

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVI, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2023



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

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

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN

Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

Coordinador

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

Profesor titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Barcelona

M.^a PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil.
Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ

Profesora titular de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ

Catedrático de Derecho civil.
Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA

Profesor titular de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Málaga

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA

Profesora titular de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONI VAQUER ALOY

Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Lleida

Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE

Profesor titular de Derecho civil.
Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Académico senior de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE

Catedrática de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil.
Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Murcia

JOSÉ M.^a MIQUEL GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN

Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

M.^a JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA

Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA

Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Valladolid

Colaboradores honorarios: Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVI, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2023

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



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

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2023

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

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

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

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

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Estudios Monográficos	
Gorka GALICIA AIZPURUA, «El derecho de regreso del fiador <i>solvens</i> : régimen sustantivo y clasificación concursal».....	7
Lidia ARNAU RAVENTÓS / Mariló GRAMUNT FOMBUENA, «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán»	75
Marta PÉREZ ESCOLAR, «Razonabilidad y contratos de servicios. Una aproximación a su utilidad como criterio de valoración del comportamiento contractual»	127
Brian BUCHHALTER-MONTERO LÓPEZ, «Declaración y voluntad en el Derecho civil alemán. Una aproximación histórico-dogmática»	165
Vida Jurídica	
Christian VON BAR, «Derecho contractual y dignidad humana. Segunda conferencia en memoria de Ole Lando»	207
Pilar BENAVENTE MOREDA, «Jornada sobre perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar. 20 de diciembre de 2022. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid»	225
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
DEL REY BARBA, Sebastián/ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (dir): «Tratado de Derecho inmobiliario registral», por Víctor Bastante Granell	243
FARIÑA FARIÑA, Rebeca: «La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el derecho español (Análisis desde una perspectiva comparada con el derecho alemán)», por Josep Maria Bech Serrat	249
RUBIO GARRIDO, Tomás: «Fundamentos del Derecho de Sucesiones», por Manuel Espejo Lerdo de Tejada	251
STAGL, Jakob Fortunat: «La vida de los hombres mismos vista de un lado particular. Ensayos de derecho civil chileno y comparado», por Jaime Alcalde Silva.....	261
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ y Davinia CADENAS OSUNA	271
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	
SENTENCIAS COMENTADAS	
PANIZA FULLANA, Antonia: «Error en el consentimiento en la adquisición de acciones: la información precontractual, el inversor cualificado y los efectos de la venta posterior. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2022)»	311

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ, Cristina ARGELICH COMELLES, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio 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, Francisco SANTANA NAVARRO.

El derecho de regreso del fiador *solvens*: régimen sustantivo y clasificación concursal*

GORKA GALICIA AIZPURUA

Catedrático de Derecho civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar los remedios que, frente al deudor, tiene el fiador que haya pagado en su lugar la deuda asegurada, los cuales vienen contemplados, principalmente, en los artículos 1838 y 1839 CC. A este respecto, el estudio persigue demostrar que, frente a lo que constituye communis opinio, las normas contenidas en dichos preceptos no son aplicables a todo garante personal, sino solo a aquel cuya intercesión reúna determinadas condiciones y características. El análisis y exposición del régimen sustantivo del derecho de regreso del fiador solvens, comprensivo de la naturaleza y modo de coordinación de las acciones de repetición, reembolso y subrogación, se completa con el de su tratamiento en el Texto Refundido de la Ley Concursal.

PALABRAS CLAVE

Fianza. Regreso del fiador. Subrogación. Concurso.

Right of compensation to the guarantor *solvens*: substantive regime and insolvency ranking

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the remedies that the guarantor who has paid the guaranteed debt has against the debtor, which are mainly provided for in Articles 1838 and 1839 CC. In this respect, the study seeks to demonstrate that,

* Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 *Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscuros sustantivos y concursales* financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y del Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) *Persona, familia y patrimonio*, de los que es IP el autor.

contrary to communis opinio, the rules contained in these provisions are not applicable to all personal guarantors, but only to those whose intervention meets certain conditions and characteristics. The analysis and exposition of the substantive regime of the right of compensation to the solvens, covering the nature and mode of coordination of the actions for reimbursement and subrogation, is completed with its treatment in the Consolidated Text of the Insolvency Act.

KEY WORDS

Guaranty. Compensation to the guarantor. Subrogation. Insolvency proceeding.

SUMARIO: I. *El problema: las oscuridades del régimen sustantivo y concursal del derecho de regreso del fiador solvens.*—II. *Régimen del regreso del fiador en el Código civil.* 1. Precisiones terminológicas y metodológicas. 2. Alcance del regreso del fiador *solvens* que sea gestor del negocio del deudor: el derecho de reembolso del artículo 1838 CC. 3. Alcance del regreso del fiador *solvens* que no sea gestor del negocio del deudor: el derecho de repetición del artículo 1158.III CC. 3.1. Contenido y alcance. 3.2. Supuestos en que procede: fiador *prohibente debitore* y fiador *in rem suam*. 4. La subrogación en favor del fiador *solvens*. 4.1. Las incógnitas que rodean a la figura. 4.2. La subrogación corresponde únicamente al fiador que sea gestor del negocio del deudor. 4.3. ¿Unidad o duplicidad de vías? Naturaleza de la subrogación. 4.4. Extensión de la subrogación. 5. Conclusiones.—III. *Clasificación concursal del crédito de regreso del fiador solvens.* 1. El artículo 263.2 TRLC y la naturaleza de la subrogación. 2. La clasificación concursal del crédito de regreso del fiador *solvens*. 3. El derecho de regreso del fiador en caso de pago parcial. 4. Conclusiones.—Bibliografía.—Jurisprudencia.

I. EL PROBLEMA: LAS OSCURIDADES DEL RÉGIMEN SUSTANTIVO Y CONCURSAL DEL DERECHO DE REGRESO DEL FIADOR *SOLVENS*

Existe dentro del régimen del Código civil en materia de fianza una cuestión que, a pesar de su carácter crucial, resulta notablemente oscura, a saber, cuál sea la disciplina aplicable al derecho que asiste al garante frente al deudor a fin de que le repare el sacrificio patrimonial sufrido en caso de que cumpla la obligación asegurada en lugar de este último. Este «ajuste de cuentas» entre ambos sujetos se regula en los artículos 1838 y 1839 CC, preceptos que, no obstante perseguir un mismo fin (el de resarcir al fiador), acogen sin embargo sendos específicos (y aparentemente disímiles) cauces de regreso: mientras el primero regula el alcance del *derecho de reembolso*, el segundo establece la *subrogación en los derechos del acreedor*.

En virtud del derecho contemplado en el artículo 1838 CC, el fiador puede reclamar al deudor no solo el importe efectivamente pagado al acreedor, sino además una serie de partidas que tienen por objeto dejarle completamente ileso de su intercesión por el obligado, de modo que la indemnización a que se refiere en su primer párrafo comprende ambos aspectos: deuda, por un lado, y resarcimiento, por otro. Se trata, además, de un derecho ejercitable «aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor», locución que suscita la duda sobre si es o no procedente cuando la garantía se haya prestado contra su expresa voluntad y aun, caso de que se responda negativamente, la de qué es lo que podría repetir el fiador en tales hipótesis (si es que puede repetir algo).

Por su parte, y como si iniciara el tratamiento de las consecuencias del pago realizado por el garante, el artículo 1839.I CC encumbra al fiador *solvens* a la posición jurídica que el acreedor ocupaba dentro de la obligación afianzada: «el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor». Ahora, así como el artículo 1838 CC podría acaso, a tenor de su letra, buscar la marginación de la fianza prestada *invito debitore*, el artículo 1839.I CC, en apariencia, subroga en los derechos del acreedor a cualquier fiador que pague sean cuales sean las circunstancias que hayan rodeado a su intercesión. Esta imposibilidad de graduar la subrogación por referencia a la actitud del principal obligado, a diferencia de lo que sucede con el derecho de reembolso, ¿tiene sentido? Parte de la doctrina ha sostenido la afirmativa con base en distintos argumentos¹: primero, que el artículo 1839 CC se refiere, sin más, al fiador que paga; segundo, que la actitud del deudor respecto de la obligación fideiusoria no puede eliminar el interés que, en el cumplimiento, tiene el garante (art. 1210.3.º CC); y, tercero, que la subrogación a favor de este no empeora la situación del deudor, quien, tras el cambio de acreedor, seguirá obligado a lo mismo. Pero, entonces, ¿cómo se explica la diferencia de régimen que de esta guisa mediaría con respecto a la acción de reembolso? O dicho de otro modo: si ambos remedios responden a la misma finalidad², ¿no deberían estar sujetos a similares presupuestos?

Pero las dudas no se circunscriben solo a los importantísimos aspectos reseñados, sino que van más allá. En efecto, los artículos 1838 y 1839 CC, pese a su contigüidad, no dan ninguna pista acerca de cómo deben ser conjugados. Así, procede dilucidar si, tras el pago del fiador, la ley pone a su disposición uno o dos cauces para

¹ MANRESA Y NAVARRO, 1973, pp. 416 a 420; GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 218; DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 510; GIL RODRÍGUEZ Y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 332.

² Como explícitamente reconocen las SSTS de 30 diciembre 2015 (RJ 2015/6437), 16 enero 2020 (RJ 2020/814) y 3 febrero 2020 (RJ 2020/125).

dirigirse contra el deudor y, supuesta la existencia de una duplicidad de vías, cuándo cabe utilizar cada una de ellas, teniendo en cuenta que presentan para el fiador ventajas e inconvenientes diversos³. En este sentido, la acción del artículo 1838 CC presupone la extinción del crédito pagado y el nacimiento de un derecho nuevo. Por tanto, el fiador pierde la antigüedad de aquel (caso de que sirviera de algo frente a otros acreedores del deudor: art. 1924.II CC) y los privilegios que lo rodeen, así como cualesquiera otras garantías de que pudiera venir revestido. En el lado positivo el fiador encontrará, sin embargo, la irrelevancia del plazo de prescripción de la deuda pagada y, muy singularmente, la posibilidad de reclamar todos los conceptos enumerados en el artículo 1838.II CC. Por su parte, la subrogación del artículo 1839 CC, *siempre que se lea en combinación con la letra del 1212 CC*⁴, presenta la virtud de transferir al fiador el crédito originario y los derechos a él anexos, es decir, el principal, aunque con el límite de lo efectivamente pagado, y, además, los privilegios y las garantías prestadas por otros terceros. En cambio, por este camino no podría lograr la plena indemnidad a su intercesión, pues es claro que al menos las partidas previstas en los números 3.º y 4.º del artículo 1838 CC quedarían fuera de su ámbito, ya que jamás fueron debidas al acreedor y sí solo al garante *iure proprio*.

No obstante el contraste de ventajas e inconvenientes apreciables entre una y otra vía, la jurisprudencia y parte de la opinión científica fuerzan al fiador a escoger alguna de ambas, al estimar que se trata de acciones distintas. Evidentemente, se reconoce que corresponde al fiador la opción de preferir una u otra, pero siempre de forma autónoma, que no simultánea o cumulativa⁵. Es decir, se rechaza cualquier planteamiento conjunto, aunque, agotado el ejercicio de la elegida (subrogación), cabe acudir a la otra (se dice) a fin de obtener el resarcimiento de todos los perjuicios originados al fiador⁶. Sin embargo, de este modo se coloca al garante en una

³ Sintetizados con precisión por GIL RODRÍGUEZ y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 333.

⁴ STS de 13 febrero 1988 (RJ 1988/1985).

⁵ Aunque sus pronunciamientos no sean todo lo nítidos que cabría desear, *vid.*, sobre la duplicidad de vías en la jurisprudencia, SSTS de 11 junio 1984 (RJ 1984/3227), 13 febrero 1988 (RJ 1988/1985), 15 diciembre 1997 (RJ 1997/8817), 3 julio 1998 (RJ 1998/5213); 30 diciembre 2015 (RJ 2015/6437; si bien esta resolución se ocupa, realmente, de la aplicabilidad o no de ambos preceptos a un hipotecante por deuda ajena); 3 febrero 2020 (RJ 2020/125). Sostiene también esta solución en relación a un supuesto de pago por tercero (que no era fiador) la STS de 29 mayo 1984 (RJ 1984/2804).

Entre la doctrina que analiza la relación existente entre los derechos regulados en los artículos 1158 y 1210 y concordantes CC, defiende la idea de la duplicidad HERNÁNDEZ GIL, 1983, p. 292, cuya postura, a decir de DEL OLMO GARCÍA, 1998, p. 234, nota 144, es seguida por un buen número de autores. A la nómina que allí se relaciona cabe añadir el nombre de RUBIO GARRIDO, 1997, pp. 142 y ss.

⁶ GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 207; ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 882. Refleja fielmente esta tesis el AAP Bizkaia 20 septiembre 2000 (JUR/2000/304353) cuando, al respecto de los derechos de reembolso y subrogación, asevera que «una vez efectuado el pago por el fiador nacen a su favor dos acciones distintas, de naturaleza análoga, pero de contenido

delicada tesitura, ya que se le obliga a optar, bien por la vía del reembolso, pero sin garantías de ningún tipo –a no ser que las haya obtenido del deudor con antelación a fin de asegurarse el cobro de este nuevo derecho de crédito–, bien por la subrogación, en cuyo caso disfrutará de estas, pero a cambio de renunciar al total de partidas enumeradas en el 1838 CC y, por tanto, a la completa indemnidad a la que en principio tendría derecho. Todo ello abstracción hecha, por otra parte, de los obstáculos de índole procesal con los que el fiador podría toparse caso de que no hubiese esgrimido, al menos en forma subsidiaria, ambas acciones en la misma demanda, puesto que el ejercicio de una acción tras la consumación de la otra podría darse de bruces con los principios de preclusión y de cosa juzgada (salvo que, a tenor de las circunstancias del supuesto, cupiese considerar que lo introducido en la demanda ulterior es, en realidad, una pretensión materialmente distinta)⁷.

Esta forma, más o menos extendida, de entender la relación entre subrogación y derecho de reembolso del fiador habría alcanzado, según parte de la doctrina, a la normativa concursal, la cual, en lo que se refiere a la comunicación de créditos afianzados, contempla únicamente la del asegurado junto a la posibilidad de «subrogación» del fiador en la posición jurídica del acreedor insinuante una vez el primero le haya pagado.

A este respecto, el artículo 263.2 TRLC establece que «[l]os créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador». A continuación, el precepto sienta una regla sobre clasificación, según la cual, una vez realizado el pago por el fiador, «con subrogación en la posición jurídica del acreedor afianzado», la administración concursal deberá «reclasificar el crédito», a cuyo fin tendrá que optar por aquella que sea de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al fiador. Esto es, caso de que la clasificación adjudicable al crédito del garante personal –una vez haya hecho frente a su obligación fideusoria– sea diferente a la del acreedor asegurado, la administración deberá optar, tras la *solutio* del fiador, por aquella que, de entre ambas, revista un menor grado dentro de la escala prevista para los créditos concursales, que, como es conocido, se halla fragmentada entre créditos privilegiados, créditos ordinarios y créditos subordinados (art. 269 TRLC).

diverso y la opción de usar cualquiera de ellas, sin que se admita su ejercicio cumulativo, o sea no se puede ejercitar al mismo tiempo la acción de reembolso y la subrogatoria, sin perjuicio de que si el fiador opta por una y no obtiene el resarcimiento de todos los perjuicios originados por el pago pueda ejercitar la otra».

⁷ Advierten de estos problemas procesales CARRASCO PERERA, 2022, pp. 348 a 350, y CASTILLA BAREA, 2013, pp. 12612 y 12613.

Precisamente, el objetivo primordial de la regla (contenida anteriormente en el art. 87.6 LC 2003) se cifraría ante todo, según resalta la citada doctrina, en asegurar la eficacia de las normas de subordinación de créditos que el legislador introdujo por vez primera en el ordenamiento concursal en el año 2003 y, más concretamente, en lo relativo a *las causas subjetivas de subordinación* (arts. 282 y 293 TRLC)⁸. En efecto, en la práctica es muy frecuente que las garantías personales sean prestadas por personas especialmente relacionadas con el deudor y así, por ejemplo, en el caso de las sociedades mercantiles, no es raro que algunos de los préstamos que les son concedidos vengan avalados por socios que ostentan participaciones significativas o que, tratándose de sociedades pertenecientes a un grupo, resulten garantizados por la sociedad matriz o por otras que formen parte de él. Pues bien, precisamente porque estas garantías son prestadas *en interés propio* por estos *insiders*, que controlan o participan fácticamente en la actividad comercial y contractual del deudor, el legislador concursal las contempla con disfavor, de modo que procura taponar cualquier vía que pudiera utilizarse a fin de eludir la susodicha subordinación, como podría serlo, al parecer, la subrogación en el crédito ordinario o privilegiado del acreedor principal con base en el artículo 1839 CC⁹.

Que este sea el principal propósito perseguido con tal solución es cosa que confirmaría la lectura del artículo 310 TRLC, en el que se prescribe que, una vez que la lista de acreedores que integran la masa pasiva devenga definitiva, la clasificación del crédito correspondiente al acreedor inicial se mantendrá aunque sea posteriormente sustituido por otro sujeto mediante cesión o subrogación, *con excepción*, en lo que aquí interesa, de las dos siguientes hipótesis: la prevista en el artículo 263.2 TRLC, por un lado, y cualquier otra *en que el acreedor posterior fuera una persona especialmente relacionada con el concursado*, por otro. Pues en este último caso se aplica idéntica solución a la del primero, es decir, «la administración concursal procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o a dicha persona especialmente relacionada con el concursado».

Como bien puede observarse, de ser correcta la interpretación anterior, el legislador concursal estaría partiendo de dos específicas premisas: primero, que la subrogación «en todos los derechos que el acreedor tenía frente al deudor» prevista por el artículo 1839 CC *se da siempre y en todo caso* en favor del fiador *solvens*, esto es, con independencia de las razones, forma y circunstancias en que este

⁸ PERDICES HUETOS, 2005, p. 80; ROJO, *ADCo.*, 2006, p. 528.

⁹ PERDICES HUETOS, 2005, pp. 80, 84, 85, 89 y 90; MARTÍN ARESTI, 2012, pp. 1613 y 1614; ARIAS VARONA, 2020, p. 1490.

hubiese salido como garante personal del principal obligado; y segundo, que tal subrogación comporta indudablemente, conforme a la letra del artículo 1212 CC, la adquisición de la titularidad del derecho de crédito satisfecho. Sin embargo, de ser así el TRLC estaría omitiendo en los preceptos recién citados toda referencia a la «otra» vía establecida por la normativa sustantiva para procurar la indemnidad del fiador que pagó en lugar del deudor, o sea, el derecho de reembolso previsto en el artículo 1838 CC¹⁰. Este solo aparecería mencionado expresamente en el artículo 264 TRLC, cuando, a colación del tratamiento dispensable a los pagos parciales del crédito asegurado hechos por el garante personal antes de la declaración de concurso, dispone lo siguiente: que en la lista de acreedores se incluirá, en favor del acreedor asegurado parcialmente satisfecho, tanto el resto del crédito pendiente de pago como la totalidad del que, *por reembolso*, corresponda al garante *solvens*, y ello, «aunque este no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda»¹¹.

En las líneas que siguen se abordarán las «oscuridades» hasta aquí resaltadas, empezando por las que atañen a los artículos 1838 y 1839 CC.

II. RÉGIMEN DEL REGRESO DEL FIADOR EN EL CÓDIGO CIVIL

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y METODOLÓGICAS

Sea cual sea la tesis que se mantenga acerca de cuál haya de ser la relación existente entre los artículos 1838 y 1839 CC, ha de convenirse, como se acaba de indicar, que las dos acciones en ellos contempladas conforman conjuntamente la vía del regreso del fiador *solvens*. Pero conviene precisar¹² que, cuando usemos esta expresión o la equivalente «derecho de regreso», a lo que estaremos haciendo

¹⁰ En este sentido, se ha afirmado –aunque en relación a la versión original de la regla (art. 87.6 LC 2003)–, que «parece posible sostener que en la *mens legislatoris* era sólo la vía subrogatoria la concebida como forma de regreso, no la vía de reembolso» (PERDICES HUETOS, 2005, p. 94).

¹¹ La reciente reforma del TRLC mediante Ley 16/2022, de 5 de septiembre [para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas] ha incluido no obstante una alusión específica a los «*derechos de repetición, regreso y subrogación*» también en sede de exoneración de deudas (arts. 492 y 494 TRLC).

¹² Así lo hace también CASTILLA BAREA, 2013, p. 12610.

alusión es a esa posibilidad genérica que tiene el garante de dirigirse contra el deudor a fin de que le repare el perjuicio patrimonial que le ha ocasionado el cumplimiento de la obligación asegurada, y ello con independencia de si procede o no la subrogación en los derechos del acreedor y de qué es lo que deba entenderse por tal fenómeno subrogatorio. Por el contrario, la locución «derecho de reembolso» se reservará, exclusivamente, para hacer referencia a aquel que viene regulado en el artículo 1838, que, recuérdese, es pertinente aun cuando la fianza se haya celebrado en la ignorancia del principal obligado, pero no, a lo que parece, cuando medie su oposición: de ahí que, para diferenciar esta última hipótesis, se emplee con relación a ella el término «derecho de repetición», aunque, antes de nada, habrá que determinar si efectivamente el fiador *prohibente debitore* dispone o no de algún recurso frente a él. En fin, con la palabra «subrogación» estaremos apuntando, obviamente, al recurso dispuesto por el legislador en favor del garante *solvens* en el artículo 1839 CC.

Por otra parte, procede subrayar que, a nuestro juicio, un cierto análisis de tales preceptos exige adoptar, ineludiblemente, una premisa metodológica sin la cual resulta de todo punto imposible la adecuada comprensión de su alcance y significado, y que es la siguiente: comoquiera que la fianza supone, institucional y ontológicamente, el aseguramiento por el fiador de una deuda *ajena*, ha de tenerse bien presente que ella conlleva, en principio (y en la *mens legislatoris*), una injerencia en la esfera jurídica de otro sujeto o, lo que es igual, una intromisión directa en el círculo de intereses del obligado principalmente¹³. Es por eso que el Código civil no se ciñe a regular exclusivamente el contrato de fianza *en sentido estricto*, es decir, la relación contractual o fideusoria que media entre acreedor asegurado y fiador y que se constituye a raíz del convenio alcanzado entre ellos (arts. 1830 a 1837 CC), sino que comprende, asimismo, los *efectos reflejos* que de ella derivan para el deudor (arts. 1838 a 1843 CC): entre estos, por supuesto, los generados por el eventual cumplimiento del garante y que son los que ahora nos ocupan, pero también otros que pueden tener lugar incluso antes de ese instante, como es el caso de las acciones de relevación y cobertura contempladas en el artículo 1843 CC¹⁴.

¹³ CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 115 y 120. En palabras de esta autora, «la intervención del fiador, por definición, viene siempre referida a un negocio ajeno, es decir, a un interés cuya titularidad ostenta un tercero (art. 1822.1.º): la obligación del deudor afianzado, a la que se remite el fiador al asumir su propia obligación (arts. 1827.2.º y 1826). La injerencia del fiador en la esfera jurídica ajena, dirigida tendencialmente a la promoción de la misma (*a favor de*, art. 1823.2.º), resulta, por tanto, inherente a la obligación fideusoria».

¹⁴ Desde un punto de vista sistemático resulta extraño que el Código regule en primer lugar la vía de regreso y solo después las acciones arriba citadas, ya que estas confieren al garante, precisamente, una protección que puede invocar antes de ese momento.

En realidad, esto mismo es lo que ocurre cuando alguien, sin asegurarla, paga voluntariamente una deuda ajena, pues no cabe duda de que el tercero *solvens* que cumple en lugar del deudor interfiere en una relación jurídica que rigurosamente le es extraña¹⁵. Y es por ello, a su vez, que cabe apreciar una gran proximidad en el tenor literal de los artículos 1158 y 1823.II CC en cuanto a las circunstancias en que puede acaecer la intromisión del tercero: mientras el primero faculta para hacer el pago de la obligación a cualquiera persona «ya lo conozca y apruebe, o ya lo ignore el deudor», o ya lo haga, incluso, «contra su expresa voluntad», el segundo acepta la constitución de la fianza en favor del obligado principal «consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste»¹⁶.

Cuando la injerencia del tercero en la esfera jurídica ajena –sea que la misma consista en el pago de una deuda ya existente, sea que se cifre en su aseguramiento para el caso de incumplimiento, sea que tenga cualquier otra naturaleza– se produce con la aprobación del obligado, ningún reparo cabe oponerle, puesto que, al venir autorizada por el *dominus negotii*, el tercero está actuando como mandatario suyo. Esta es la posición que ocupa tanto quien cumple con la anuencia del deudor como quien sale como fiador por su encargo.

Sin embargo, a falta de tal autorización, conviene tener presente que nuestro Código civil (art. 1893 CC) contempla las injerencias

«Con todo, tal vez esta decisión del legislador encuentre justificación en el hecho de que, frente a la generalidad del derecho de regreso, la tutela del fiador *ex art.* 1843 CC resultará de aplicación en muchos menos casos, dada la necesidad de que concurren las situaciones específicas que la norma contempla y que restringen sensiblemente las posibilidades de hacer uso del precepto, situaciones que, según la doctrina, suponen un peligro real, y no meramente probable, para el fiador» (CASTILLA BAREA, 2013, p. 12647).

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 552.

¹⁶ Realmente, el párrafo segundo del artículo 1823 CC establece que la fianza puede constituirse, «no solo a favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo o aun contradiciéndolo éste». Literalmente entendida, la norma podría llevar a considerar que esta posibilidad de pactar la garantía con independencia de la actitud del afianzado ha de aplicarse solo al caso de la subfianza, y no a la fianza de primer grado. Pues comoquiera que el pronombre «este» parece referirse al (otro) fiador, quedaría sin solución expresa la hipótesis relativa a esta última. Sin embargo, entiende la doctrina que la interpretación de la norma es clara en el sentido de referir sus prescripciones al «afianzado», ya se trate del deudor principal, ya del fiador (en la hipótesis de la subfianza), puesto que, según relata MANRESA, 1973, pp. 297 y 298, el examen de sus antecedentes pone de relieve la existencia en ella de un error de redacción que arranca de lejos: «En efecto: el párrafo segundo del artículo 1823 del Código se deriva del párrafo segundo del artículo 1734 del Proyecto de 1851, que dice: *Puede también constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiador*, y que pasa al Proyecto de Código civil, libros III y IV (continuación del Proyecto de 1882), párrafo segundo del artículo 2.º del título... De la fianza [...]. En las distintas redacciones del Código, la palabra *fiador* se sustituye por *éste*, sin duda, para evitar la repetición del término. Con ello, el error queda definitivamente consumado, porque la verdadera redacción es la que se ofrece en el artículo 1734, párrafo segundo de la *versión manuscrita* del Proyecto de 1851, que dice: *Puede también constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiado*».

extrañas con desconfianza e incluso con cierto disfavor, de forma que no les dispensa protección indiscriminadamente, sino que solo tutela aquellas que, o bien generan resultados beneficiosos para el titular de los intereses a los que afectan, o bien resultan imprescindibles al objeto de evitarle algún perjuicio inminente y manifiesto. O sea: quien gestiona los asuntos de otro sin mediar encargo de este solo podrá exigirle que le resarza de los perjuicios que su intercesión le haya irrogado cuando la misma le haya resultado útil, utilidad que únicamente cabrá apreciar si a la finalización de la injerencia se constata la obtención de un resultado provechoso para el *dominus* (existencia de «ventajas»: art. 1893.I CC) o si, con independencia de tal resultado, cabe calificarla *ab initio* como «necesaria» (al haberse comenzado a ejecutar con el fin de evitar el referido «perjuicio inminente y manifiesto»: art. 1893.II CC)¹⁷. Es ahí donde nuestro ordenamiento ubica el punto de equilibrio entre un hipotético veto absoluto a las intromisiones de tercero en el ámbito de los intereses privativos de cada individuo (en ausencia de autorización por parte de este o de legitimación conferida por la ley) y la admisión descontrolada de este tipo de conductas, que dejaría a los particulares inermes frente a iniciativas bienintencionadas pero torpes (por innecesarias y eventualmente dañosas)¹⁸.

Por supuesto, si el tercero se inmiscuye en un negocio, asunto o interés ajenos contra la prohibición expresa del *dominus*, no dispondrá de acción frente a este (sea cual sea el estado objetivo de aquel),

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, p. 259; SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, pp. 233 y 234, y 2016, pp. 1327 y 1328.

Precisa esta última autora que, a la locución «aprovechamiento de las ventajas» empleada por el artículo 1893.I CC, conviene una interpretación objetiva: el *dominus* quedará obligado a indemnizar al agente siempre que la gestión arroje resultados positivos para sus intereses cualquiera que fuese su actitud hacia dichos beneficios (2000, pp. 285 y 286). Piénsese que, de otro modo, quedaría en manos del dueño el nacimiento de su propia obligación. En otras palabras: si se interpretase literalmente aquella norma, «habría que esperar a la decisión del dueño, que aprovecha o no las ventajas derivadas de la actuación del gestor, para saber si éste tiene derecho a ser reembolsado»; las posibilidades de satisfacción del agente se harían depender, entonces, de su exclusivo arbitrio (estos problemas también los denuncian –y corrigen por parecida vía– LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, pp. 259 y 260, y ARCOS VIEIRA, 2013, p. 12909). Así, al tiempo que se dispensa adecuada protección a este sujeto, «impidiendo que el nacimiento de sus derechos quede a expensas de la voluntad del *dominus*, se evitan injerencias perjudiciales para el dueño, que sólo quedará obligado:

– En los supuestos del artículo 1893.II CC; es decir, cuando con la actuación del agente se trate de evitar un peligro inminente o manifiesto. Se contempla en él un caso de inicio útil de la gestión, que se da porque la gestión es necesaria y urgente, para cuya calificación es preciso tomar en consideración el fin perseguido.

– En las hipótesis reguladas en el párrafo primero del artículo 1893 CC, que se refiere al aprovechamiento de las ventajas por parte del *dominus*, expresión que parece exigir una actividad por parte del dueño del negocio, pero que debe entenderse, a mi juicio, objetivamente –en el sentido expresado más arriba–, con la finalidad de evitar dejar a la discrecionalidad del dueño el nacimiento de su obligación indemnizatoria.

– Por supuesto, si hubiera ratificado la gestión» (SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, pp. 287 a 289).

¹⁸ ARCOS VIEIRA, 2013, p. 12878.

ya que dicho veto tiñe automáticamente de ilicitud su injerencia: en presencia de una voluntad expresamente manifestada por el dueño, a ella ha de estarse necesariamente, pues él es el único juez de lo que conviene (o no) a su propia esfera jurídica. Tal regla solo se exceptúa cuando la propia prohibición deba considerarse contraria a Derecho, como cuando comporte el incumplimiento de una obligación de interés público, de una obligación legal o una conculcación de las buenas costumbres¹⁹. Dicho de otro modo: «no está [...] prohibido prohibir»²⁰ si el veto no resulta contrario a la ley, la moral o al orden público; luego, para que la prohibición pueda estimarse irrelevante, debe existir un interés superior que se sobreponga a ella. Pero, fuera de esas hipótesis, la gestión *prohibente domino* constituye una inmisión intolerable, por lo que el agente o gestor carece en principio de recurso (institucionalmente articulado) contra él²¹.

Mas, entonces, ¿por qué el Código civil, en contra de sus propios postulados, admite el pago por tercero o la constitución de fianza aun en contra de la expresa voluntad del deudor y sin discriminación alguna siquiera sea por razón del tipo de deuda de que se trate? Pues lo hace porque, en ambos casos, se halla en juego no solo su particular interés, *sino también el del titular del crédito*, a quien la intercesión de un tercero resulta *a priori* objetivamente provechosa: en el primero porque obtiene la oportuna satisfacción de su derecho, siendo así que, por regla general, su interés, como dijera GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1099 del proyecto de 1851 (antecedente del actual 1158 CC), «se cifra en ser bien pagado, venga el pago de cualquiera que sea» (a salvo, claro está, las obligaciones de hacer de carácter personalísimo)²²; y en el segundo, porque, como también señalara el ilustre jurista navarro (en glosa al artículo 1754 del proyecto –equivalente al vigente 1823 CC–), mediante la fianza garantiza el cumplimiento de la deuda, sin que quepa impedirle que tome «todas las seguridades posibles sin necesidad de contar con el

¹⁹ SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, pp. 290 y 291, y 2016, p. 1332; ARCOS VIEIRA, 2013, p. 12907.

²⁰ PASQUAU LIAÑO, 1986, p. 390.

²¹ LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, pp. 261 y 262.

En estas hipótesis, por el contrario, será el dueño del negocio quien podrá reclamar del gestor el oportuno resarcimiento de los perjuicios causados. Si, por el contrario, la gestión le hubiese resultado provechosa y hubiese obtenido de ella beneficios a pesar de su expresa prohibición, se ha sostenido la posibilidad de que el gestor dirija contra él una acción de enriquecimiento (SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, p. 289; ARCOS VIEIRA, 2013, p. 12908). Por lo que se dirá después, el párrafo tercero del artículo 1158 CC podría constituir un argumento favorable a esta solución.

²² GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 128.

El artículo 1099 del proyecto isabelino decía lo siguiente: «Puede hacerse el pago por cualquiera persona que tenga algún interés en el cumplimiento de la obligación. / Puede hacerse también por un tercero, no interesado, que obre consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor. / Puede hacerse igualmente por un tercero, ignorándolo el deudor. / En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este».

consentimiento del deudor», por lo que «debe permitirse a cualquiera salir fiador»²³.

Ahora, que el Código civil admita que el pago o la constitución de la fianza se puedan hacer incluso contra la voluntad del deudor en consideración al concurrente interés del acreedor en la relación obligatoria no significa que en tales hipótesis dispense al tercero *solvens*, sea o no fiador, el mismo trato que a cualquier otro, *ya que aquel veto supone su automática exclusión de la esfera jurídica del obligado*; es decir, el Código admite el pago realizado o la fianza constituida *invito debitoris*, y lo hace por la razón que se acaba de exponer, pero, en lo que se refiere a los efectos que su intervención tiene frente al deudor, sigue los principios que, con carácter general, adopta en cuanto a las injerencias extrañas: el tercero que paga una deuda ajena o que constituye una fianza para asegurarla en contra de la voluntad del *dominus negotii* lo hace *a su riesgo y ventura*; y así, como a continuación se verá, su derecho de regreso queda sometido a un régimen distinto del que correspondería si no se hubiese dado esa circunstancia, es decir, diferente (hablando de la fianza) del previsto en el artículo 1838 CC.

2. ALCANCE DEL REGRESO DEL FIADOR *SOLVENS* QUE SEA GESTOR DEL NEGOCIO DEL DEUDOR: EL DERECHO DE REEMBOLSO DEL ARTÍCULO 1838 CC

En realidad, para sostener la idea de que el artículo 1838 CC no es aplicable al fiador que salió *prohibente debitoris*, debería bastar con lo razonado anteriormente. Pero ocurre que, a ello, se pueden adicionar, además, los siguientes argumentos:

1. El primero lo aportan los antecedentes históricos del artículo, pues aclaraba GARCÍA GOYENA al comentar el precepto correspondiente del proyecto de 1851 (art. 1752)²⁴ que la posición jurídica

²³ GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 142. En cuanto a las hipótesis de fianza constituida en la ignorancia del deudor, añadía otra razón, consistente en que, al ser un contrato de beneficencia, no debe presumirse que el obligado principalmente «resista la ventaja gratuita que se trate de proporcionarle» mediante ella, en el sentido, quizás, de que, sin dicha garantía, muy probablemente el acreedor no hubiese contratado o lo hubiese hecho en condiciones más onerosas para él (MANRESA Y NAVARRO, 1973, pp. 292 y 293).

El mencionado artículo 1734 establecía que «[l]a fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso. / Puede constituirse no solo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiador». Sobre esta última alusión al «fiador» en lugar de al «fiado», *vid.* lo dicho en nota 16.

²⁴ Dicho artículo 1752 decía así: «El fiador que ha pagado por el deudor, debe ser indemnizado por este. La indemnización comprende:

1.º La cantidad principal de la deuda.

2.º Los intereses de ella desde que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.

del fiador que hubiese salido tal contra la prohibición del deudor era, en lo referente a sus posibilidades de regreso, *la misma que la del tercero que pagó contra su expresa voluntad*: «si el fiador entró y pagó, prohibiéndolo el deudor, no tenía acción alguna en Derecho Romano y Patrio, ley 6, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; ahora se estará al artículo 1099²⁵», en cuyo último párrafo (inciso final) se establecía que el tercero que «pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este», pues «*invito beneficium non fit*, y el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar²⁶». Idea que, por cierto, reitera al analizar el artículo 1754 del proyecto, donde recuerda que aquella norma de Partida «niega al fiador *en este caso* [en el de veto del obligado] el derecho de repetir contra el deudor. Lo establecido sobre el pago al final del artículo 1099 es aplicable a este artículo»²⁷. Por tanto, en el proyecto se equiparaban completamente ambos sujetos, de modo que el *solvens*, fiador o no, que se inmiscuía contra la voluntad del obligado, carecía por completo de acción contra él.

2. El segundo lo suministra la propia letra del 1838 CC –casi idéntica a la del 1752 del proyecto–, puesto que, en su inciso final, ordena la observancia de sus disposiciones «*aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor*», conjunción adversativa de la que se sigue, lógica y gramaticalmente, que la *norma contempla como supuesto de hecho el del fiador solvens que salió por indicación del obligado principal*, es decir, por su mandato. La hipótesis prototípica que el legislador tiene en mente a la hora de regular el derecho de reembolso del garante es la de aquel que salió como tal por encargo del deudor y a quien, por tanto, autorizó a inmiscuirse en su esfera jurídica privativa. A pesar de lo cual, ordena la aplicación extensiva de sus prescripciones también al caso de la fianza prestada *ignorante debitore*, pero no, en cambio, a la celebrada contra la prohibición del deudor. ¿Y con qué fin? Pues lo hace con el propósito de simplificar el Derecho hasta entonces vigente, en el que, mientras a quien fiaba con el mandato o el consentimiento del deudor se le reconocía la *actio mandati contraria*, a quien lo hacía en su ignorancia se le daba la *negotiorum gestorum contraria*: el precepto, en resumidas cuentas, busca articular una única vía y establecer una sola acción que permita al fiador resarcirse del deu-

3.º Los gastos ocasionados al fiador después de haber puesto en noticia del deudor que se le requería para el pago.

4.º Los daños y perjuicios cuando procedan.

La disposición de este artículo tiene lugar aun cuando se haya dado la fianza, ignorándolo el deudor».

²⁵ GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 158.

²⁶ GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 129. *Vid.* nota 22.

²⁷ GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 143. El énfasis («*en este caso*») es del autor.

dor, propiciando la desaparición de la duplicidad hasta entonces existente²⁸. Mas, lógicamente, este remedio «simplificado», que presenta la ventaja de evitar cualquier indagación acerca de cuál sea el tipo de relación que media entre garante y obligado, se ofrece, no a todo fiador, sino solo a aquel que sea a un tiempo *gestor*, oficial u oficioso, del deudor; y no a cualquier otro al que no cuadre semejante calificación. Esta fue la solución pergeñada por GARCÍA GOYENA para la fianza en el seno del proyecto de 1851²⁹ y la que fuera asumida después por nuestro Código a través del artículo 1838³⁰.

²⁸ Para un análisis detallado de tales antecedentes *vid.* CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 122 a 134 y 145 a 150.

Indica la autora que los presupuestos de la atribución, en el Derecho histórico, de ambas acciones al fiador son claros: «La necesidad de asegurar al fiador su indemnidad institucional exigía proporcionarle una acción en virtud de la cual pudiera hacer efectivo su derecho contra el deudor afianzado. La imposibilidad de una *actio ex stipulatu* a estos efectos –el deudor principal quedaba al margen de la estipulación fideusoria– hizo necesario el recurso a mecanismos jurídicos derivados de otras instituciones. Había que acudir para ello a la relación jurídica que internamente pudiera existir entre fiador y deudor principal.

Así, a partir del principio general *semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* [Digesto 50, 17, 60], se concede al fiador la *actio mandati contraria*. El amplio espectro del mandato, configurado –más allá del encargo expreso– por la tolerancia consciente de la gestión, lo convirtió en el vínculo jurídico más frecuente entre fiador y deudor principal. Con todo, no debe olvidarse que “fideiubere quis etiam pro ignorante potest”, en cuyo caso “recte videtur idem dicendum in fideiussore sine mandato, quod in negotiorum gestore, quia eadem est ratio”. De modo que “... fideiussor sine mandato habet actionem negotiorum gestorum in omnibus casibus in quibus fideiussor cum mandato habet actionem mandati...”.

La atribución al fiador de una u otra acción tiene lugar, pues, “secundum formam fideiussionis, non secundum formam solutionis”. Lo que significa que el dato determinante de la acción correspondiente –de mandato o de gestión sin mandato– es, respectivamente, el conocimiento o ignorancia del principal obligado ante la constitución de la fianza. En realidad, se trata de un puro formalismo, de una cuestión de denominación. Tanto la acción contraria de mandato como la de gestión de negocios ajenos tienen, para el fiador, idéntica finalidad y contenido. Igualdad de efectos que no solo evidencia la inutilidad de la distinción entre fiador con y sin mandato. Cuestiona, además, la necesidad del propio recurso –probablemente abusivo, por lo que al tático se refiere– al mandato» (CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 122 a 124).

²⁹ Decía el coautor del proyecto isabelino al respecto del último inciso del artículo 1752 («La disposición de este artículo tiene lugar aun cuando se haya dado la fianza, ignorándolo el deudor») que, «[p]or Derecho Romano y Patrio procedía en sustancia lo mismo, ley 4, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; pero como no podía darse acción de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la de *negotiorum gestorum*: el artículo es más sencillo» (GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 158; énfasis añadido).

³⁰ En el mismo sentido, CASANOVAS MUSSONS, 1984, p. 160, quien afirma que la referencia del artículo 1838 CC al fiador *ignorante debitore* «obedece, evidentemente, a razones de tipo histórico: implica la superación de las antiguas acciones contrarias de mandato y de gestión oficiosa de negocios ajenos. La equiparación de derechos enunciada en el artículo 1838 CC *in fine* vendría de nuevo a destacar la innecesariedad de la casuística antes expuesta. Sin mayor trascendencia, quedaría reducida a un inútil lastre histórico, proveniente de un rígido sistema de acciones».

Por el contrario, GUILARTE ZAPATERO, 1979, pp. 218 y 219, entiende que el hecho de no referirse el artículo 1838 CC a la fianza dada en contra de la expresa voluntad del deudor y sí solo a la otorgada en su ignorancia no constituye una objeción a su aplicabilidad también en aquellos supuestos, pues para su válida constitución se juzga irrelevante el desconocimiento y aun la oposición de aquel: «Si el precepto estima irrelevante el conocimiento del deudor, así deben considerarse las consecuencias de tal conocimiento,

3. La corrección del aserto anterior se constata, asimismo, a la vista del contenido de la norma y de las distintas partidas que enumera como integrantes del derecho de reembolso, ya que con ellas lo que se pretende es, de modo similar a cuanto establece el artículo 1729 CC en sede de mandato, asegurar la plena indemnidad del fiador: el deudor debe reintegrarle, además de la cantidad que hubiese pagado al acreedor, los intereses legales de ella desde que le hubiese hecho saber el pago –aunque no los produjera para este último–, los gastos que se le hubieran ocasionado después de poner en su conocimiento que había sido requerido para el cumplimiento y, por último, los daños y perjuicios cuando procedan.

Llama la atención, en este sentido, el hecho de que los intereses contemplados por la norma carezcan de carácter moratorio, pues para su devengo no se exige interpelación, es decir, reclamación por el fiador al deudor de la cantidad pagada al acreedor, sino que basta con que le haya hecho saber el pago³¹: lógico, pues de lo que se trata es de compensar la pérdida patrimonial padecida por el fiador *solvens* a consecuencia de la indisponibilidad de la suma adelantada y que debió haber satisfecho el obligado principal; o sea, el objetivo es, simplemente, reparar el lucro cesante sufrido por el garante al dejar de disfrutar de ese capital. Desde esta perspectiva, la previsión viene a coincidir con lo establecido en el artículo 1728.III CC, si bien este último precepto señala como *dies a quo* del devengo de intereses de las cantidades anticipadas por el mandatario aquel en el que se hizo la anticipación, lo que resulta razonable en la medida en que es a partir de ese instante que el gestor se ve privado de las sumas en cuestión³². Ahora, que, en el caso de la fianza, los intereses de las cantidades desembolsadas por el garante solo se devenguen «*desde que se haya hecho saber el pago al deudor*» también se comprende perfectamente a la vista de la naturaleza del asunto gestionado, pues un actuar diligente por parte del gestor (*vid.* arts. 1719 y 1889 CC) exige la notificación inmediata de la materialización de la *solutio* al obligado a fin de evitar que este repita a su vez el pago. Obviamente, la norma, cuando se preocupa de puntualizar que el fiador tiene derecho al interés legal incluso en el caso de que la deuda no lo generara para el

entre ellas la posibilidad de prohibir o de oponerse a la garantía». Pero más arriba ya se ha explicado por qué el Código admite aquella constitución *prohibente debitorum*: la consideración al concurrente interés del acreedor.

³¹ CARRASCO PERERA, 2022, p. 350, nota 50, afirma también que el deudor no debe estos intereses en virtud del artículo 1108 CC, dado que su mora no es condición de la deuda de regreso. Sin embargo, MANRESA, 1973, pp. 408, estima, sin mayor explicación, que la previsión no es más que «una lógica aplicación» de la regla contenida en el 1108 CC, idea de la que parece participar GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 213.

³² LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, p. 268.

acreedor, corrobora la idea de que se está ante un derecho que nace *ex novo* en cabeza del garante³³. Lo que *sensu inverso* quiere decir igualmente que tampoco cuenta en absoluto el interés que se hubiera podido pactar para la deuda pagada: el interés legal, por la razón expuesta, surge en la fecha de referencia y sin que cuente el que tuviese la obligación afianzada. Cosa distinta es que hubiera mediado entre fiador y deudor estipulación en cuanto al porcentaje aplicable o el momento del devengo, pues ese pacto desplazaría la previsión dispositiva del artículo 1838.II CC³⁴.

En cuanto a la tercera partida incluida en la norma (gastos ocasionados al fiador después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago), la doctrina suele incluir como concepto más enjundioso el de las costas judiciales soportadas por el garante que, al no atender al requerimiento previo, se ve finalmente demandado por el acreedor. Sin embargo, suele entenderse que, a tal efecto, es necesaria la ausencia de culpa o temeridad en el fiador, de modo que no serán de cargo del deudor aquellos gastos, judiciales o extrajudiciales, que obedezcan a un comportamiento reprochable del garante: obvio, porque, como ya se ha dicho, el fiador se entromete en una esfera jurídica ajena cuyo interés ha de gestionar con la debida diligencia, de modo que no cabrá indemnizarle aquellos gastos que quepa reputar innecesarios ni los que obedezcan a su exclusiva voluntad o que se hayan generado por su comportamiento culposo (art. 1729 CC). Y de ahí también que la norma reitere la exigencia de «puesta en conocimiento del deudor», carga de cuyo cumplimiento depende, no la acción de regreso con carácter general, sino la posibilidad de recuperar los gastos mencionados, pues piénsese que solo mediante su satisfacción podría comunicar el *dominus negotii* (deudor) al fiador la eventual existencia de excepciones oponibles frente a la reclamación del acreedor y, por tanto, la pertinencia o no del pago y la subsiguiente (in)utilidad de los referidos gastos.

En fin, el número cuarto del artículo 1838 CC establece que el garante podrá reclamar asimismo del deudor «*los daños y perjuicios, cuando procedan*», es decir, cualesquiera otros que le haya podido generar el pago de la fianza y que pueda acreditar conforme a las reglas generales. En este punto, suele resaltarse la dificultad de concretar perjuicios que, derivados del incumplimiento de la obligación garantizada, sean diferentes a los englobados en las partidas anteriores, pero se han incluido aquí, por ejemplo, las impensas realizadas para readquirir las fincas que le fueron subastadas

³³ CASTILLA BAREA, 2013, pp. 12616.

³⁴ GIL RODRÍGUEZ y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 331.

para pagar al acreedor (intereses, impuestos, gastos notariales y registrales de todo tipo)³⁵ o los gastos de cancelación del embargo trabado sobre sus bienes una vez hubo pagado a aquel voluntariamente³⁶. Sin embargo, no se entiende que se pongan a cargo del deudor tales perjuicios, puesto que derivan directamente del incumplimiento del fiador de una obligación propia (la fideusoria) y, en tal sentido, difícilmente son imputables al afianzado, salvo que se considere suficiente a estos efectos el mero conocimiento por parte del deudor de la situación del garante y su abstención ante la actuación del acreedor contra este³⁷. Ahora, sea lo que sea de lo anterior, lo cierto es que este apartado 4.º del artículo 1838 CC se muestra también revelador del tipo de fiador que se representa la norma: aquel que, al ostentar la condición de gestor (oficial u oficioso) de un negocio ajeno, merece salir indemne de su intercesión. Y nótese, en refuerzo de esta idea, el carácter relativamente incondicional que se asigna a este derecho de resarcimiento integral, ya que el precepto, en esta ocasión, no supedita su efectividad a la necesidad de una previa comunicación al obligado.

3. ALCANCE DEL REGRESO DEL FIADOR *SOLVENS* QUE NO SEA GESTOR DEL NEGOCIO DEL DEUDOR: EL DERECHO DE REPETICIÓN DEL ARTÍCULO 1158.III CC

Ahora, si el fiador que no actúa en calidad de mandatario del deudor ni como su gestor oficioso, no dispone de la acción de reembolso del artículo 1838 CC, ¿qué remedio tiene frente a él en caso de que acabe pagando la deuda afianzada?

Según se ha podido comprobar en el epígrafe anterior, en Derecho histórico la respuesta era sencilla: ninguno. Y fue esta solución la que adoptó el proyecto de 1851, sentando, simultáneamente, un paralelismo con la hipótesis del tercero que, sin ser garante del deudor, pagaba una deuda ajena *prohibente debitore*: si este sujeto no tenía derecho a recuperar nada del deudor por el que había pagado, tampoco había de tenerlo el fiador que hubiese salido como tal contra la oposición del obligado principal. Es decir, por razones de

³⁵ STS de 24 julio 1996 (RJ 1996/6054).

³⁶ MONSERRAT VALERO, 2017, p. 511, con apoyo en la STS de 12 abril 2004 (RJ 2004/2054).

³⁷ En esta dirección, se ha afirmado que el fiador no está obligado frente al deudor a pagar al acreedor cuando es reclamado, cuando es el propio deudor quien, con su conducta incumplidora, ha dado lugar a que exista el proceso (CARRASCO PERERA, 2022, p. 3503). Pero no por ello los gastos arriba aludidos dejan de ser producto de actos propios del fiador, quien bien pudo consignar o pagar para evitarlos [*vid.*, en este sentido, SAP de Murcia 2 febrero 2009 (JUR\2009\276384)].

pura coherencia, se estimaba que la solución debía ser la misma para ambas hipótesis.

Sin embargo, este escenario cambia con la entrada en vigor del Código civil, porque, mudando el criterio del proyecto isabelino, pasa a reconocerse al *solvens* la posibilidad de repetir del deudor «*aquello en que le hubiera sido útil el pago*» (art. 1158.III CC), acaso por considerar (frente al criterio de GARCÍA GOYENA) que es impertinente presumir la concurrencia de ánimo liberal en quien pagó en tales circunstancias, por lo que, si no se obligase al deudor a reintegrar lo que entregó por él, este acabaría por enriquecerse injustamente a su costa³⁸.

Pues bien, como se ha sostenido con acierto, el pago hecho por el fiador *prohibente debitore* ha de producir, precisamente, los efectos del artículo 1158.III CC³⁹. Pero no porque se trate de una norma que haya de aplicarse por razón de analogía, sino porque es *la norma directamente aplicable a ese supuesto de hecho*: comoquiera que la oposición del deudor supone la automática exclusión del fiador de su esfera jurídica privativa, *el garante queda técnicamente relegado a la condición de tercero*, por lo que la recuperación de lo pagado no tiene –bajo ningún concepto– encaje jurídico en el artículo 1838 CC y sí solo en aquel otro precepto del Código⁴⁰.

Sentado lo anterior, todavía hay que abordar, sin embargo, dos importantes cuestiones.

³⁸ Recuerda CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 164 y 165, que esta solución se tomó, vía Anteproyecto, del Código civil argentino, siendo la doctrina de este país la que sintetizara su fundamento del siguiente modo: «no cabe permitir, sin más, el ánimo de liberalidad del que pagó en estas circunstancias; descartada la donación, si no se obligara al deudor al reintegro en la medida de la utilidad recibida, se enriquecería injustamente en perjuicio del *solvens*. Razones que la Comisión redactora del Anteproyecto español debió estimar como más convincentes -por equitativas- que las ofrecidas por GARCÍA GOYENA para justificar la solución del Proyecto de 1851».

³⁹ CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 165 y 166.

⁴⁰ Se muestran de acuerdo con esta conclusión CARRASCO PERERA, 2022, pp. 342 y 343; REYES LÓPEZ, 2016, p. 1144; GIL RODRÍGUEZ y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 330; CASTILLA BAREA, 2013, pp. 12618 y 12619. Como sintéticamente afirma MANRESA y NAVARRO, 1973, p. 419 –aunque, curiosamente lo hace en relación al remedio subrogatorio previsto en el artículo 1839 CC–, «lo que la ley concede en dicho caso al tercero no puede ser negado al fiador, cuyo derecho no es menos digno de protección». Sin embargo, no comparte esta opinión, como ya se advirtió en nota 30, GUILARTE ZAPATERO, 1979, pp. 218 y 219, quien estima procedente el recurso al artículo 1838 CC también en estas hipótesis so pretexto de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1823 CC: ya se dijo, no obstante, que una cosa es que se pueda constituir la fianza por convenio entre fiador y acreedor incluso con la oposición del deudor y otra completamente distinta que quepa imponerle esta relación jurídica aun en contra de su voluntad; de ahí la imposibilidad de apreciar la existencia de vínculo jurídico alguno entre deudor y fiador y la inaplicabilidad en estos supuestos de los recursos contemplados en los artículos 1838 y 1843 CC.

3.1 Contenido y alcance

La primera tiene que ver con el alcance de la acción de repetición del último párrafo del artículo 1158 CC. Como ya se ha dicho, esta norma establece la posibilidad de que cualquier persona pague una deuda ajena «tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor», o ya lo haga, incluso, «contra su expresa voluntad». Ahora, mientras que, para este último caso, la norma sienta la regla de que el tercero *solo* podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago, para los otros dos (pago con aprobación o con desconocimiento del *dominus*) dispone que podrá reclamar del obligado «lo que hubiese pagado» por él.

La dificultad con la que de inmediato se encuentra el intérprete consiste en determinar dónde estriba la diferencia entre ambas acciones, pues está claro que, a tenor de su letra, alguna debe existir. Y para descifrarla es necesario aclarar cuál sea el significado con el que el legislador emplea el término «utilidad» en el precepto.

Existe una cierta tendencia hermenéutica a equiparar esta palabra con la posible existencia de excepciones esgrimibles por el deudor frente a una hipotética reclamación del crédito por parte del acreedor (por prescripción, compensación, etc.), de modo que, si el tercero hubiese pagado con su oposición, una vez acreditada la *inutilidad* de su injerencia a la vista de aquellas, el obligado podría enervar su reclamación. Ahora bien, esta intelección conduce a resultados absurdos, ya que, tratándose de pagos hechos con el desconocimiento del deudor, termina por colocarse a este en una situación peor a la que tendría si el tercero no hubiese intervenido: en efecto, si se entiende que, habida cuenta del absoluto silencio del artículo 1158 CC, el derecho de regreso del *solvens* que pagó en la ignorancia del obligado –a diferencia de lo que acontece en los supuestos de pago con oposición– tiene siempre un carácter incondicional y que no se halla sometido a ninguna de las excepciones que este hubiese podido esgrimir frente al acreedor y que hubiesen hecho el crédito total o parcialmente inexigible, la posición de aquel se vería injusta y notoriamente empeorada.

Pero no se trata solo de eso: es que además, como ya se ha sugerido antes, quien paga un débito ajeno en la ignorancia del deudor se entromete en una esfera jurídica extraña, con lo que se erige en *gestor officioso* del negocio del obligado⁴¹, siendo así que, según se sabe, a un tal gestor únicamente le está permitido repetir

⁴¹ En este sentido, SSTS de 5 marzo 2001 (RJ 2001/2564), 25 junio 1992 (RJ 1992/5474) y 23 octubre 1991 (RJ 1991/7484).

cuando, por medio de su actuación, haya procurado una efectiva ventaja al *dominus negotii* (art. 1893 CC). Luego el deudor ha de poder enervar la reclamación que el *solvens* dirija contra él si demuestra que su intervención no le fue favorable o, tanto da, que no le reportó ningún beneficio⁴², lo cual sucederá siempre que la obligación estuviese previamente extinguida⁴³ o cuando, aun sin estarlo, su exigencia por parte del acreedor fuese excepcionalmente totalmente (o en la parte en que lo fuera). Ahora, si existiera real y verdadera ventaja (o en la medida en que la hubiere), el *solvens* podrá demandarle, no solo lo que objetivamente importase la obligación («lo que hubiese pagado por el deudor»), sino todas las expensas realizadas en su interés (siempre que fueren necesarias⁴⁴) y la indemnización de los perjuicios que hubiera podido sufrir, porque tal es el alcance que, a tenor del artículo 1893 CC, tiene la *actio negotiorum gestorum* contraria que en este caso le compete y con la que necesariamente deben integrarse, en una interpretación sistemática (art. 3.1 CC), las previsiones del 1158 CC. Entre dichos daños deben computarse, por supuesto, los intereses de las cantidades anticipadas por el agente, ya que constituyen reparación del lucro cesante que ha padecido al dejar de disfrutar de ese capital⁴⁵, si bien el deudor solo estará obligado a abonarlos en la medida de su enriquecimiento⁴⁶, como si, por ejemplo, los intereses remuneratorios pactados con el acreedor en el préstamo oneroso extinto (mediante el pago del tercero) fuesen inferiores a los legales aquí aplicables: deberá lo que importarían aquellos hasta el instante de su satisfacción al *solvens* y no los últimos; de otra manera, empeoraría su situación, en contra de la evidente voluntad de legislador⁴⁷. En fin, ni que decir tiene que el tercero, cuando pague con la apro-

⁴² STS de 30 septiembre 1987 (RJ 1987/6455).

⁴³ STS de 18 noviembre 1998 (RJ 1998/8412).

⁴⁴ Es decir, siempre que en ellas hubiese debido incurrir también el obligado o que pudieran reputarse indispensables a la vista de las circunstancias del caso.

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, p. 268; SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, pp. 519 y 520.

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, p. 268.

⁴⁷ Como ya se indicó en otro lugar: GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 28 y 29.

Por otra parte, téngase en cuenta –como también se dijo allí: p. 27– que, aun cuando el deudor acreditase la existencia de excepciones que hicieran la obligación total o parcialmente inexigible, el *solvens* todavía podría mantener su pretensión indemnizatoria si por mor de su actuación evitó «algún perjuicio inminente y manifiesto» al *dominus*, puesto que, a tenor del artículo 1893.II CC, en tales hipótesis este queda obligado aunque de la injerencia extraña no resulte provecho alguno. Ha de tratarse, por tanto, de una actuación necesaria y urgente que tenga por fin evitar que se cause un perjuicio o daño a una cosa, lo que, en el supuesto del artículo 1158 CC, quizás haya de traducirse (como único caso a considerar), en la pérdida de un valor patrimonial a resultas del ejercicio de una garantía real o de un procedimiento de apremio. Mas nótese que el perjuicio ha de ser «inminente», inminencia a la que se habrá arribado, ya por la ausencia o imposibilidad de actuación del deudor, ya por su descuido o incuria al momento de hacer valer sus defensas jurídicas, ya por la dificultad procesal de oponerlas a fin de evitar la ejecución (*vid.*, p. ej., arts. 557, 564, 695 y 698 LEC).

bación del deudor, también debe quedar indemne de su intervención, ya que su injerencia ha sido consentida por este, siempre que en el cometido del encargo no se haya conducido culposa ni imprudentemente (arts. 1728 y 1729 CC).

Pues bien: es aquí, ni más ni menos, donde reside la diferencia entre ambas acciones, esto es, entre la de *reembolso* prevista en el párrafo segundo del artículo 1158 CC para los casos de pago por tercero con la aprobación o en la ignorancia del deudor y la de *repetición* contemplada en su párrafo tercero para los supuestos de pago *invito debitore*: mientras en las dos primeras hipótesis el *solvens* tiene derecho a ser indemnizado del *entero empobrecimiento patrimonial* que su intervención le haya causado (en concordancia con lo dispuesto en los arts. 1729 y 1893 CC), en la tercera solo tiene derecho a que se le restituya el *efectivo enriquecimiento que haya proporcionado al deudor*, excluyéndose, por tanto, la reparación de los perjuicios que hubiese podido sufrir a raíz de su injerencia y, en especial, el lucro cesante padecido (así, los intereses legales de la suma anticipada si la deuda era pecuniaria). Y es que quien se inmiscuye en una esfera jurídica ajena con la oposición del interesado lo hace a su riesgo y ventura; es decir, sea que dicha intervención se haya producido en calidad de pagador directo de la deuda ajena, sea en la de garante, no tiene derecho a ser indemnizado por el obligado principal.

Atendido lo anterior, constituye un error afirmar que, a la vista del artículo 1838 CC, el fiador ostenta una mejor posición que la que tiene cualquier tercero *solvens* so pretexto de que este último ve limitado su derecho de reembolso a la cantidad satisfecha en lugar del deudor o al montante en que el pago le haya sido útil (art. 1158 CC)⁴⁸. Pues una interpretación sistemática de las normas implicadas pone de manifiesto bien a las claras que *en ambos casos la extensión, cuantía y consistencia de la acción de regreso es idéntica según cuáles sean las circunstancias en que haya tenido lugar la injerencia*: existe una primera acción de reembolso por la que el fiador o el *solvens* que actúe en calidad de gestor, oficial u oficioso, del deudor podrá reclamar y obtener de este una plena indemnidad (arts. 1158.II, 1729, 1838 y 1893 CC), y otra segunda, de carácter residual, que está reservada para el garante o el pagador *prohibente debitore* y mediante la cual únicamente podrá repetir contra él el efectivo enriquecimiento patrimonial que le haya proporcionado⁴⁹.

⁴⁸ GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 212; CASTILLA BAREA, 2013, p. 12615.

⁴⁹ Sostiene asimismo CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 166 y 181, que, en los casos de fianza *prohibente debitore*, la recuperación de lo pagado no tendrá como medida, en

En definitiva, queda claro que el fiador al que no resulte aplicable el artículo 1838 CC solo puede pretender del deudor el reintegro de la primera de las partidas allí enumeradas («[l]a cantidad total de la deuda») y, además, no con base en este precepto, sino en el 1158.III CC⁵⁰.

Por supuesto, la acción de regreso del garante (ora de reembolso, ora de repetición) solo nacerá, como en los supuestos de pago por tercero, cuando el que haya efectuado por el deudor le haya sido ventajoso. Pero es que, en este caso, existe además una norma que así lo indica de forma expresa, como es el artículo 1840 CC, según el cual, si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá este oponerle todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago. El fundamento de la norma radica, precisamente, en la imposibilidad de que la posición del deudor resulte agravada en contra de su voluntad por el acreedor o por el fiador (*vid.* art. 1835.I CC); entonces, si el garante realizó la *solutio* sin comunicárselo con la debida antelación, el deudor podrá hacer valer contra el fiador las mismas excepciones que podría haber opuesto si se le hubiera reclamado a él el cumplimiento. En este sentido, queda claro que el precepto (aunque la afirmación contraria sea habitual en la doctrina) no estipula una sanción *stricto sensu* para el fiador que obre en tales circunstancias; se trata, simplemente, de que, de concurrir aquellos medios de defensa, el crédito de regreso no llegará a nacer, pues su existencia depende de la correlativa inyección de «ventajas» en el patrimonio del obligado (art. 1158.II y III CC)⁵¹.

términos económicos, el empobrecimiento del fiador (art. 1838 CC), sino estrictamente el enriquecimiento del deudor (art. 1158.III CC).

⁵⁰ Parecidamente, el fiador *prohibente debitor* no se halla legitimado para pedir su liberación en el caso de que se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 1843 CC. Las razones para ello son varias y «obvias»:

«– El artículo 1843 (como, en su caso, el artículo 1838) viene a compendiar las antiguas acciones contrarias de mandato y de gestión oficiosa. El concepto de gestión de negocios ajenos (arts. 1888 y ss.) es incompatible con la oposición del titular.

– Tampoco existe, entre deudor principal y fiador, gestión o vinculación fideusoria que justifique el recurso al artículo 1843. La intromisión del fiador no está legitimada respecto del principal obligado. Frente a este, el fiador –que lo es frente al acreedor– ostenta la condición de simple tercero. El artículo 1843 es una norma típica y exclusiva del fiador vinculado –valga la redundancia– fideusoriamente al deudor principal. Su protección no se extiende a los terceros.

– No hay caso respecto a una posible compensación al fiador (perjudicado por alguna de las circunstancias del artículo 1843) por la utilidad que ha proporcionado al deudor principal. En primer lugar, porque se trata de una utilidad indirecta (generosidad del acreedor). Pero, sobre todo, porque no existe enriquecimiento injusto alguno» (CASANOVAS MUSSONS, 1984, p. 182).

⁵¹ Por eso se afirma que «el deudor no puede oponerse a la vía de regreso, aunque el fiador incumpliera el mandato legal, si de hecho aquél carecía de cualquier excepción que pudiera oponer a la reclamación del acreedor, o si el mismo fiador las opuso por su parte

Si, habiendo notificación, el deudor omitió comunicar al fiador las susodichas excepciones, no podrá oponérselas para eludir el recobro, lo que es consecuente con la idea de que el gestor (mandatario o agente oficioso) debe quedar indemne de los perjuicios que le haya causado la gestión sin culpa ni imprudencia por su parte (arts. 1729 y 1893 CC)⁵².

3.2 Supuestos en que procede: fiador *prohibente debitore* y fiador *in rem suam*

La segunda interrogante que procede plantearse es la de si la solución prevista en el artículo 1158.III CC resulta extensible a supuestos distintos a los del fiador *prohibente debitore*, y la respuesta al respecto ha de ser indudablemente positiva. Pues si el fundamento del derecho de reembolso regulado en el artículo 1838 CC es la existencia de una relación de gestión (contractual o cuasicontractual) entre deudor y fiador de un asunto propio del primero, ha de concluirse que, siempre que falte dicho presupuesto, el único remedio del que dispondrá el garante *solvens* frente al fiado será, en su caso, la acción de repetición contemplada en aquel otro precepto del Código.

sin necesidad de que le fueran comunicadas por el deudor» (CARRASCO PERERA, 2022, p. 377).

La STS de 14 noviembre 1981 (RJ 1981/4510) sostiene que el único efecto que produce el incumplimiento del deber del fiador previsto en el artículo 1840 CC «es que podrá el deudor utilizar en vía de regreso las excepciones que aquél debió oponer al acreedor, y presupuesta esa falta de comunicación de la intención de pagar el fiador, el deudor queda facultado para hacer valer las aludidas excepciones, de forma que el remedio a favor del deudor queda vacío de contenido cuando, como en el caso ahora contemplado, tales excepciones no existían, o han sido insuficientes, para enervar el derecho de reembolso del fiador, verificándose entonces el regreso del fiador contra el deudor, como apreció la sentencia impugnada, sin ningún género de limitación».

⁵² Ha de recordarse, no obstante, que según nuestro Código existen algunas excepciones que el fiador no puede blandir frente a la reclamación que contra él dirija el acreedor y que, sin embargo, el obligado sí podrá utilizar para hacer decaer su acción de recobro. Esto ocurre con aquellas que «competan al deudor principal» y «sean puramente personales» de este (art. 1853 CC), y que la doctrina mayoritaria equipara a las que nacen de la falta de capacidad del deudor para obligarse, ya sea a causa de su minoría de edad, ya por motivo de cualquier otra circunstancia que la constriña (*vid.* art. 1824.II CC), sin que sin embargo hayan de entenderse incluidos en dicha expresión los vicios del consentimiento, que sí constituirían excepciones oponibles por el garante.

Por el contrario, sí deben sumarse, en nuestra opinión (GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 113 y 114), aquellos medios de defensa que el fiador no pudo esgrimir frente a las exigencias del acreedor al hallarse la obligación fideusoria plasmada en título que llevase aparejada ejecución si el garante salió en la ignorancia del deudor o con su oposición (salvo, acaso, cuando el crédito contra el obligado constase en igual forma). Empero si el deudor hubiese comisionado al garante para que saliese como tal, no podrá evitar su regreso mediante el recurso a excepciones improcedentes en vía ejecutiva: a pesar de que no exista efectivo enriquecimiento del obligado, el fiador podrá exigir la restitución del empobrecimiento sufrido, pues, repetimos, ha de quedar a salvo de todo perjuicio que no obedezca a su incuria o imprudencia (art. 1729 CC).

Así sucede, en particular, en todas aquellas hipótesis en que el fiador haya salido como tal *por propio interés o por su privativa utilidad* o, lo que es igual, para gestionar negocios que en realidad solo a él incumben (fiador *in rem suam*): al faltar el *animus aliena negotia gerendi* o, lo que es igual, al concurrir en él *animus deprae-dandi*, no podrá nacer el deber de indemnizar connatural al mandato o a la gestión de negocios ajenos, y la obligación del *dominus* quedará reducida, todo lo más, a restituir al garante el enriquecimiento obtenido gracias a su intervención.

Este sería el caso, verbigracia, del socio mayoritario o administrador que afianza una deuda financiera de la persona jurídica: si finalmente paga, podrá repetir contra esta siempre y cuando no haya abuso de la personalidad, pero, desde luego, no tendrá derecho a una plena indemnidad, pues no hay aquí administración de un asunto *ajeno*, sino de uno *propio*; esto es, únicamente podrá repetir en la medida del enriquecimiento generado en favor de la sociedad *ex* artículo 1158.III CC en mérito al dogma de la separación de patrimonios. No en vano sostiene la jurisprudencia que, cuando «fiador y deudor componen un centro de imputación único o bien cuando el fiador crea la fianza porque está interesado en la buena marcha de la propia deuda como ocurre en el presente recurso, en que los fiadores eran socios de la deudora y, algunos de ellos eran, además, sus administradores sociales», la fianza ha de considerarse «vigente», sin que sin embargo pueda aplicarse el artículo 1851 CC «al haberse prestado la fianza, en realidad, no sólo en beneficio de la propia sociedad, sino en interés de los propios fiadores» (STS de 21 mayo 2009⁵³). Es decir, aunque la fianza subsiste como tal, cuando ese contrato «viene a garantizar el pago de una obligación principal del que han de beneficiarse los propios fiadores, pierde ese carácter de accesoriedad *strictu sensu* con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación específica de la fianza a favor de los garantes» (STS de 2 diciembre 1988⁵⁴), y es que ese interés propio «desdibuja la silueta de la figura del fiador, pues con ello adquiere caracteres que son propios del deudor principal» (STS de 16 septiembre 1988⁵⁵).

⁵³ RJ 2009/3029. Esta resolución cita en apoyo de su doctrina las SSTS de 23 mayo 1977, 8 mayo 1984 (RJ 1984/2399) y 30 diciembre 1997 (RJ 1997/9667).

⁵⁴ RJ 1988/9287.

⁵⁵ RJ 1988/6693.

Vid. asimismo SSTS de 31 marzo 2003 (RJ 2003/2836) y 20 julio 2018 (RJ 2018/3138), de las que también se colige que la concurrencia de la condición de socio o de administrador en el fiador no significa, para el Alto Tribunal, que la deuda financiera social deba reputarse suya, incluso en supuestos de clara infracapitalización de la sociedad. Con todo, la segunda no es coherente con la jurisprudencia citada en el texto, en la medida en que admite el ejercicio de la acción de cobertura del artículo 1843 CC por parte de los socios fiadores al no apreciar la existencia de abuso del derecho en tal sentido: sin embar-

Ahora, si, en virtud de la doctrina del levantamiento del velo o por cualquier otra circunstancia, el socio o administrador fiador mereciese la consideración de deudor antes que la de simple garante, claro es que no cabrá mantener esa «vigencia» del contrato de fianza ni habrá en consecuencia derecho de regreso⁵⁶.

Por el contrario, la concurrencia de una relación de afinidad, parentesco o amistad entre fiador y deudor es una mera cuestión fáctica sin transcendencia a estos efectos, puesto que se trata de una circunstancia que no elimina el carácter ajeno del negocio ni supone la concurrencia de un interés *material* del garante en la obligación afianzada: antes bien, es el típico supuesto de fianza prestada por razón de beneficencia que el legislador tomó como modelo al momento de regular este contrato y para los que está pensada la acción de reembolso *ex* artículo 1838 CC. Solo en caso de que se constate aquel interés material cabrá relegar el derecho de regreso del garante *solvens* a la vía del artículo 1158.III CC, sea que el provecho o utilidad propios tengan carácter directo, sea indirecto: esta sería la hipótesis, por ejemplo, del cónyuge que sale fiador de la empresa de la que el consorte es administrador o socio y de cuya actividad (conocida y consentida por aquel) se nutre la economía familiar al hallarse casados bajo el régimen de gananciales⁵⁷.

En fin, conviene subrayar que la solución postulada para el garante *in rem suam* concuerda con los antecedentes históricos,

go, en nuestra opinión, el problema no estriba en si concurre o no este último, sino en el hecho de que el fiador *in rem suam* no tiene acceso a esta acción al estar prevista por el legislador en beneficio del garante que carezca de interés en la deuda. Es decir, la facultad de liberación concedida en el artículo 1843 CC «supone una solución de equidad para el fiador injustamente expuesto a ser víctima de su propia generosidad», pero no para aquel que capitalice la intervención en provecho propio, pues no cabe apreciar en ese caso perjuicio alguno para él, en tanto que la obligación fideusoria representa una inversión en su exclusivo interés. «En definitiva, el artículo 1843 resulta inaplicable al fiador *in rem suam* porque fallan los propios presupuestos de aplicación de la norma: el interés del deudor y el perjuicio del fiador» (CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 185 a 187).

⁵⁶ Así lo entienden también COCA PAYERAS, *CCJC*, 1988, pp. 813 y 814; y CASTILLA BAREA, 2013, p. 12619. Considera esta última autora que cabría, en estos supuestos, «con las salvedades y matices oportunos, considerar que se produce una confusión de derechos *ex* artículo 1192.I CC, cuando, merced a la doctrina del levantamiento del velo, se acredita que el fiador tendría que reclamarse a sí mismo en vía de regreso, esto es, que sería simultáneamente acreedor y deudor de sí mismo» (p. 12619, nota 46).

⁵⁷ Fiador al que tampoco cuadra, al existir «vinculación funcional» con la sociedad o empresa, la calificación de «consumidor», ni, por tanto, el régimen de protección establecido por el TRLGDCU frente a posibles cláusulas abusivas: SSTS de 7 noviembre 2017 (RJ 2017/4763), 28 mayo 2020 (RJ 2020/1345) y 12 noviembre 2020 (RJ 2020/4576). *Cfr.* estas resoluciones con la STS de 19 abril 2021 (RJ 2021/1823), en la que sí se consideró que revestían la calidad de consumidores los padres fiadores de la prestataria aun cuando esta había asumido la deuda con una finalidad profesional, pues «ni tuvieron participación directa en el negocio para cuya financiación se solicitó el préstamo (una actividad profesional de la hija), ni tenían ninguna vinculación funcional con el mismo (administradores, gerentes, cónyuges que deban responder legalmente de la deuda...)».

pues este era uno de los casos que, en Derecho romano, integraba la tríada de hipótesis en las que se negaba toda acción al fiador (*vid.* ley XII, título XII, Partida V): fianza *prohibente debitore*; fianza *in rem suam*; y fianza prestada *animo donandi*⁵⁸. Así, si al momento de la aprobación del Código se mudó de criterio para reconocer al primero la posibilidad de entablar la acción de repetición del 1158.III CC a fin de recuperar el enriquecimiento generado en el deudor, parece conclusión lógica y natural extender idéntico trato al fiador actuante en provecho propio. Entonces, el único supuesto, de entre los tres citados, en el que resultaría negada, aún hoy, toda posibilidad de regreso al fiador *solvens*, sería aquel en el que salió como tal con *animus donandi*⁵⁹.

4. LA SUBROGACIÓN EN FAVOR DEL FIADOR *SOLVENS*

4.1 Las incógnitas que rodean a la figura

Tal y como se ha indicado al comienzo de este trabajo, junto al derecho de reembolso del artículo 1838, nuestro Código reconoce en el 1839 CC al fiador *solvens* otro remedio frente al deudor, que no es otro que el de la subrogación «en todos los derechos» que el acreedor tenía contra este. No obstante, el párrafo segundo de la norma introduce una importante matización, consistente en que, si el garante hubiese transigido con el titular del crédito, no podrá pedir al principal obligado más de lo que realmente hubiese pagado.

Como se ha señalado también en ese mismo lugar, surge entonces la interrogante de determinar si el fiador dispone de una única vía de regreso, cual sería la de reembolso regulada en el artículo 1838 CC pero reforzada en su ejercicio en virtud de los derechos y privilegios que correspondían al crédito satisfecho por mor de la subrogación (*ex art.* 1839 CC) o si, por el contrario, goza de dos acciones, de las que una sería la de reembolso surgida del contrato

⁵⁸ Aquella norma de Partidas (recordada por GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 1457, en su glosa al art. 1752 del proyecto isabelino), tras admitir la posibilidad de constitución de la fianza con el conocimiento, en la ignorancia o incluso contra la voluntad del deudor, establecía que, una vez el fiador pagase, aquel quedaba obligado a restituir, «[f]ueras ende en tres casos. El primero es, si el que entra fiador, paga el debdo, e lo faze con entencion de le dar por el otro, aquello que fia, o de lo pagar por el, para nunca selo demandar [es decir, con *animus donandi*]. El segundo es, si la fiadura es fecha por pro de si mismo, de aquel que entra fiador [fiador *in rem suam*]. E el tercero es, si quando entra fiador, lo fizo contra defendimiento de aquel a quien fio [fiador *prohibente debitore*].».

⁵⁹ Indica con razón CASTILLA BAREA, 2013, p. 12619, nota 44, que la prueba de la existencia de ese ánimo corresponderá al deudor demandado en vía de regreso y que, en cualquier caso, deberá concurrir en algún instante (atendido el régimen que el Código establece para la donación) una declaración negocial expresa por parte del fiador de constituirse en donante. En el mismo sentido se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, 1973, p. 417.

de fianza y la otra, la de subrogación en el crédito pagado, puesto que el artículo 1839 CC ha de ponerse en todo caso en relación con el 1212 CC, en el que se determina cuál es el alcance del fenómeno subrogatorio con carácter general; y sabido es que, según la letra de este último precepto, dicho fenómeno se extiende tanto al crédito que en el momento de la *solutio* ostente el acreedor originario como a los privilegios y derechos a él anexos, «ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas». Pero comoquiera que el fiador *solvens* no podría, obviamente, cobrar dos veces por la misma causa, se plantea de inmediato el dilema, para quienes defienden esta segunda intelección, de dilucidar si ha de ejercitar preferentemente la acción subrogatoria, o, por contra, la de reembolso, o si ha de elegir entre ellas (y cuándo), o si puede ejercitarlas conjuntamente pero en forma alternativa; posibilidades, todas, que, a tenor de su formulación, colocan al pagador ante un gravísimo dilema: el de tener que optar entre que se le indemnice todo el empobrecimiento sufrido (gastos del pago, lucro cesante, etc.) *mas sin privilegio ni garantía de ningún tipo* (salvo que hubiese tenido la precaución de obtenerla del deudor con antelación), o que se le restituya exclusivamente el importe objetivo del crédito pagado (para lo que podrá hacer uso, esta vez, de los accesorios) *aunque renunciando a la reclamación de los daños padecidos*. Si bien hay algunas aisladas opiniones que entienden que la subrogación, en la medida en que supone la pervivencia del *crédito asegurado ex artículo 1212 CC*, permitiría al garante subrogado reclamar no solo el principal, sino también los intereses, tanto remuneratorios como moratorios, que aquel genere⁶⁰.

Enseguida se abordará esta crucial cuestión, la cual, en nuestra opinión, se resuelve a la luz de la naturaleza jurídica que la subrogación tiene en el Código. Pero antes de ello, conviene aclarar otro problema, relativo, no al contenido y alcance del remedio contemplado en el artículo 1839 CC, sino a su espectro subjetivo: ¿se trata de un mecanismo estipulado en beneficio de todo fiador que haya pagado por el deudor o solo de aquel que reúna ciertas condiciones y requisitos? Aunque, como bien puede observarse, se altera así el orden expositivo seguido en el epígrafe anterior, la inversión se justifica porque, de este modo, podrá comprenderse con mayor facilidad la conclusión a la que más adelante se llegará.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, 2022, pp. 348, 350 y 356; MONSERRAT VALERO, 2017, pp. 515, 518 y 516. *Vid.* asimismo STS de 30 diciembre 2015 (FJ 8.º; RJ 2015/6437).

4.2 La subrogación corresponde únicamente al fiador que sea gestor del negocio del deudor

Según se sabe también, porque ya se ha dicho en el primer epígrafe de este trabajo, es *communis opinio* en nuestra doctrina la de que la subrogación compete a *todo* garante personal. Los argumentos que se han solido esgrimir para sostener esta idea son fundamentalmente los tres siguientes⁶¹: primero, que el artículo 1839 CC se refiere, sin mayores precisiones y sin discriminación de ningún tipo, al fiador que paga; segundo, que la actitud del deudor respecto de la obligación fideiusoria no puede eliminar el interés que en el cumplimiento tiene el garante (art. 1210.3.º CC); y, tercero, que la subrogación a favor de este no empeora la situación del deudor, quien, tras el cambio de acreedor, sigue obligado a lo mismo.

Pues bien, como fácilmente habrá intuido el lector, en nuestro criterio, tal solución es incorrecta: la subrogación, al igual que la acción de reembolso, compete únicamente al fiador que ostente la condición de gestor, contractual o cuasicontractual, del negocio del deudor, y no, por el contrario, al que hubiese salido como tal obviando su veto (fiador *prohibente debitore*) o con el fin de administrar su propio y egoísta interés (fiador *in rem suam*). A continuación se relacionan los argumentos que sustentan esta tesis, aunque se hará un esfuerzo de síntesis a fin de ganar en claridad expositiva:

1. El primero, lógicamente, es de índole sistemática: si, según se ha revelado, el artículo 1838 CC regula un derecho de reembolso en favor exclusivamente del fiador que haya salido como tal por mandato del deudor o en calidad de gestor oficioso de su interés, la interpretación integrada de ambas normas lleva ineludiblemente a concluir que el legislador ha de tener *in mente* al mismo tipo de garante en el artículo 1839 CC (que es complemento del anterior). Pues ya se ha razonado, con respecto a aquel fiador que no tiene cabida en el primer precepto, que ha sido pretensión de nuestro Código la de relegarlo a la vía secundaria y subordinada del artículo 1158.III CC, de forma que sería *un completo contrasentido* el que ahora decidiera favorecerlo (y premiarlo) con los privilegios y garantías que rodeaban al crédito pagado (con «los derechos que el acreedor tenía contra el deudor»). *Sensu inverso*, el hecho de que la mayor parte de la doctrina española no discrimine y asigne el remedio subrogatorio a todo fiador, sean cuales sean las circunstancias que hayan rodeado su intervención, no puede sorprender en tanto

⁶¹ MANRESA Y NAVARRO, 1973, pp. 416 a 420; GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 218; DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 510; GIL RODRÍGUEZ Y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 332; REYES LÓPEZ, 2016, p. 1145.

es una solución coherente con la, también normalmente indiscriminada, asignación que se hace a todo fiador de la acción regulada en el artículo 1838 CC.

2. El segundo es un argumento específicamente aplicable a los supuestos de fianza prestada contra la prohibición del deudor: piénsese que si, en ellos, se concediera al garante el beneficio de la subrogación, se le estaría permitiendo la entrada en una esfera jurídica de la que sin embargo ha quedado excluido en virtud de aquel veto; es decir, resultaría absolutamente contradictorio que, blindando como blindo el legislador el ámbito jurídico privativo del obligado, se autorizase al garante a inmiscuirse en él *oblicuamente* en virtud de la subrogación, ya que a su través tendría acceso, por ejemplo, a las garantías reales prestadas por el deudor en seguridad de la deuda (art. 1212 CC). Pero entiéndase bien: no es que la oposición del deudor impida el acceso del fiador únicamente a estas últimas, sino que la imposibilidad se extiende también a las otorgadas por terceros, pues, en la medida en que son meros accesorios de la deuda principal, ha de reputarse razón bastante para vedar el paso al garante *solvens* la sola voluntad contraria del *dominus negotii*, del mismo modo que la aprobación del obligado al pago por parte de un tercero deja a este franco el acceso a todas ellas (cfr. art. 1210.2.º CC)⁶². Vistas así las cosas, ¿cabe en verdad afirmar que la subrogación no empeora *para nada* la situación del deudor? Tal empeoramiento es aún más evidente en caso de que se defienda la idea de que el subrogado puede reclamar los intereses remuneratorios o moratorios que el crédito siga generando tras la *solutio*, ya que de este modo se estaría forzando al deudor a abonar al fiador un concepto que el legislador ha querido negarle al expulsarle del ámbito del artículo 1838 CC y relegarlo al del 1158.III CC.

3. La tercera razón atañe al fiador *in rem suam*: como se ha dicho antes, el garante que se ofreció por propio interés o, lo que es igual, para gestionar negocios que solo a él incumben, puede, si paga, dirigirse contra el deudor por la vía del artículo 1158.III CC, y así, por ejemplo, cuando los socios mayoritarios que aseguren la deuda financiera de la persona jurídica la abonen en su lugar (siempre y cuando no haya abuso de la personalidad). Sin embargo, sería completamente inicuo que terminaran por desplazar más severamente el riesgo de insolvencia de la sociedad hacia los

⁶² Vid. GALICIA AIZPURUA, 2006, p. 114. También CARRASCO PERERA, 2022, p. 343, afirma que el fiador que prestó la garantía contra la voluntad del deudor no se subroga por el camino del artículo 1839 CC, si bien considera que, como este remedio funciona al modo de una acción autónoma de la de reembolso, respecto de los terceros garantes no rige aquella regla de exclusión, pues, para tales sujetos (ajenos a la relación fideusoria), «es indiferente si el tercero que paga lo hizo con o contra el consentimiento del deudor principal» (p. 360).

acreedores de esta en su exclusivo provecho, lo que ocurriría si, en virtud del fenómeno subrogatorio, tuviesen acceso, por ejemplo, al carácter privilegiado del crédito saldado o a las cauciones reales prestadas sobre activos de aquella que lo acompañen; *inequidad que salta a la vista en cuanto no hay aquí administración de asuntos ajenos, sino exclusivamente de un interés propio o egoísta* encarnado en la sociedad, razón por la cual el legislador solo consiente que repitan el enriquecimiento generado en favor de esta *ex artículo 1158.III CC en gracia al dogma de la separación de patrimonios, pero nada más*⁶³.

4. El último, en fin, es un contraargumento frente a la invocación del artículo 1210.3.º CC como sustento en favor de la indiscriminada subrogación de *todo* fiador *solvens*, pues aunque esta norma concede tal beneficio a todo tercer interesado en el cumplimiento de la obligación –y el fiador, desde luego, lo es–, la misma tiene un alcance general que debe ser objeto de delimitación ulterior por medio de las reglas especiales pertinentes y, en nuestro particular caso, por las existentes en sede de fianza; así, comoquiera que de ellas se colige nítidamente que el fiador *prohibente debitor* y el que lo sea *in rem suam* son fiadores *sin perspectivas de subrogación*, la interpretación sistemática del 1210.3.º CC descarta aquella pretendida aplicación indiscriminada⁶⁴. Téngase en cuenta

⁶³ GALICIA AIZPURUA, 2006, p. 115. Cosa distinta será que, de ser varios los socios fiadores, el *solvens* pueda regresar contra los restantes en tanto quepa apreciar una asunción conjunta de la fianza (es decir, una «cofianza») y de los riesgos que su prestación comporta (art. 1844 CC).

⁶⁴ Con la expresión «interés en el cumplimiento de la obligación», el artículo 1210.3.º CC quiere aludir a todo aquel sujeto que tenga un mayor o menor grado de vinculación, directa o indirecta, con la obligación de cuyo pago se trata, de manera que, sin ser el deudor principal o único deudor principal, el acreedor pueda agredir su patrimonio a resultas del incumplimiento de la citada obligación (GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 87 a 89). Que este sea el significado atribuible a la transcrita proposición es cosa que se colige, ya de una interpretación lógica, ya de una interpretación sistemática, ya de los antecedentes históricos de la norma. En cuanto a lo primero, porque el último inciso del precepto («salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda») solo podría venir referido a quien ostenta alguna participación en la relación jurídica obligatoria; y, así, muy especialmente, al codeudor solidario (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 833). En cuanto a lo segundo, porque la norma es, en la mente del legislador, complemento del artículo 1158 CC, en cuyo primer párrafo se establece una amplia legitimación para proceder al pago: puede hacerlo «cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación»; en este caso, la locución quiere aclarar que puede proceder a la *solutio* no solo el sujeto que muestre algún grado de responsabilidad respecto del débito, sino, igualmente, cualquier extraño: lo primero va de suyo, ya que el interés «es siempre la medida de la acción; podrá, pues, pagar el fiador» (GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 128, en su glosa al art. 1099 del proyecto, a lo que añadía que el fiador *solvens* «quedará subrogado al acreedor, número 3, artículo 1117»). En cuanto a lo tercero, porque abstracción hecha de las hipótesis de pago por acreedor pospuesto y de *solutio* por tercero extraño con la aprobación del deudor, los restantes supuestos de subrogación *ex lege* que relacionaba el artículo 1117 del proyecto de 1851 atañían a individuos que presentaban esa especial vinculación con el débito: no solo se subrogaban automáticamente el deudor solidario y el fiador (apartado 3.º), sino también el «heredero que admite la herencia con beneficio de inventa-

que, en consecuencia, este tipo de garantes nunca podrían invocar el artículo 1852 CC para liberarse de su obligación so pretexto de perjuicio a la vía subrogatoria por parte del acreedor, puesto que para ellos esta última es intransitable.

La subrogación prevista en el artículo 1839 CC tiene un carácter automático u *ope legis*, de suerte que, para que el fiador (gestor) pueda disfrutar de ella, no es necesaria la concurrente voluntad del acreedor. Ello es así no obstante lo dispuesto en el artículo 1210 CC, el cual se limita literalmente a «presumir» el efecto subrogatorio en las hipótesis que enumera, entre las que se encuentra, según se acaba de señalar, la del *solvens* que «tenga interés en el cumplimiento de la obligación», pues, a decir de la doctrina y del Tribunal Supremo, se trata de una norma que se expresa con escasa propiedad: lo que enumera, realmente, son supuestos de subrogación *legal* en tanto en cuanto carece de sentido hacerla depender de la voluntad del titular del crédito, y porque los efectos –como es el subrogatorio– se producen o no, pero no se presumen. Por tanto, «[n]o se requiere una declaración *ad hoc*; no es preciso pedir una cesión de acciones; el que se subroga (*solvens*) no tiene que advertir, notificar, ni comunicar la subrogación al acreedor, ni al deudor; basta, en definitiva, su ejercicio» (STS de 3 febrero 2009⁶⁵).

Ahora, sabido es que junto a aquella el Código civil contempla asimismo una subrogación convencional, en virtud de la cual el pagador que no esté incluido en ninguna de las hipótesis previstas en el 1210 CC puede acceder a los privilegios y garantías del crédito saldado mediante acuerdo con el acreedor (art. 1209 CC). ¿Podrían el fiador *prohibente debitore* y el fiador *in rem suam* obtener por este otro camino la subrogación «*en todos los derechos del acreedor*» que en principio les está vedada?

rio, y paga con sus propios fondos las deudas de la misma» (número 4.º), el «que adquirió un inmueble y paga a cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior a su adquisición» (número 5.º) y el «poseedor de una finca hipotecada con otras pertenecientes a diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas» (número 6.º). Es probable que los redactores del Código estimasen abarcar todas estas hipótesis con la proposición a la que nos referimos («*cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación*»), de forma que la mención expresa de los demás casos contemplados en aquel artículo 1117 se considerara innecesaria.

⁶⁵ RJ 2009/1361.

Esta interpretación es acorde con los precedentes, pues el artículo 1117 del proyecto isabelino, en el que se contemplaban similares supuestos de subrogación, decía que, en ellos, había lugar a tal efecto jurídico «*por disposición de la ley*»; las diferencias de redacción observables entre este precepto y el 1210 CC deben reputarse simples correcciones estilísticas o formales, «salvo si se conociese la existencia segura de una ruptura o cambio de criterio en el momento de redacción final del Código civil. No es este el caso. Esta interpretación histórica tiene mayor fuerza si se recuerda que, según la Ley de Bases del Código de 11 mayo 1888, el Anteproyecto de 1851 debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar el Código civil, como fuente obligada del mismo» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALLADARES RASCÓN, 1991, p. 34).

A este respecto, conviene tener presente que el efecto subrogatorio constituye un *beneficio* o un «*premio*» que el legislador concede a quien pague una deuda ajena en determinadas hipótesis, puesto que a su través le permite el empleo de las garantías y privilegios que acompañaban al crédito pagado –y que deberían haberse extinguido con el pago: art. 1156 CC– poniendo su derecho de regreso al resguardo de la insolvencia del deudor en directo perjuicio de otros individuos, como, por ejemplo, los garantes personales, los hipotecantes por débito ajeno, otros acreedores del obligado, etc. Precisamente por tal razón el Código no prescribe la subrogación a todo trance y para cualquier supuesto de pago por tercero, sino que la limita a contadas y tasadas hipótesis: en la medida en que al legislador no le es posible controlar los motivos que guían su intervención, se cuida muy mucho de anudar esta consecuencia a todo caso de pago por tercero y, por el contrario, la constriñe a aquellos en los que constata la existencia de alguna razón objetiva para concederla, como puede serlo, verbigracia, el interés en el cumplimiento de la obligación o la aprobación a la *solutio* por parte del deudor. Tal y como decía GARCÍA GOYENA en relación a los supuestos de pago ignorado por el obligado y realizado por individuo sin especial relación con el débito, la solución contraria sería injusta, pues supondría que incluso «un tercero malicioso o vengativo» tendría «derecho para subrogarse en los privilegios, hipotecas y facultad del acreedor para el apremio personal». Sin embargo, «la ley fomenta los sentimientos generosos, no los ruines y rencorosos». La conclusión va de suyo: quien paga con el desconocimiento del obligado «ni se subroga por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni puede compeler a este a que le subrogue». La única vía que resta a este *solvens* para acceder a los adminículos del crédito liquidado es el pacto con el acreedor, porque, si bien a la ley no le es dado prescribir la atribución automática del beneficio, el acreedor es libre en subrogarle⁶⁶.

Pues bien, esa misma inquietud que manifestara el autor del proyecto isabelino puede detectarse en el tenor literal del artículo 1159 CC. Su redacción, muy próxima a las transcritas palabras de GARCÍA GOYENA, revela esa «autorrestricción» de la ley para imponer la subrogación en tanto que consecuencia jurídica inescindible del pago realizado por tercero. Pero el precepto, al tiempo, abre la puerta a la subrogación convencional: este beneficio no

⁶⁶ GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, pp. 128, 129 y 142. Señala literalmente que el caso de la subrogación convencional es «el previsto en el párrafo 3 del artículo 1099, según el cual, si un tercero paga ignorándolo el deudor, no puede compeler al acreedor a que le subrogue en su lugar o le ceda sus acciones. El acreedor, sin embargo, es libre en subrogarle; si tal hace, la subrogación ha de ser expresa y simultánea al pago».

puede concederse *ministerio legis* a quien pague en la ignorancia del obligado, pero sí le cabe al *solvens* obtenerlo si el acreedor lo quiere también, es decir, si llega a un acuerdo con él⁶⁷.

Nótese que, desde esta perspectiva, el artículo 1159 CC nada añade al régimen general establecido en sede de subrogación por el resto de preceptos concordantes: si el tercero tiene interés en el cumplimiento y paga al acreedor, se produce la subrogación legal en su posición jurídica (art. 1210.3.º CC); mientras que, si el deudor ignora el pago del tercero no interesado en el cumplimiento, no se produce dicha subrogación automática, ya que lógicamente no habrá mediado aprobación por su parte (art. 1210.2.º CC), razón por la cual se le relega a la vía de la subrogación convencional, es decir, al eventual pacto celebrado con el acreedor. Sin embargo, esta interpretación deja al artículo 1159 CC vacío de contenido normativo y acaba por convertirlo en una norma superflua que nada añade a lo ya dispuesto en aquellas otras. Ocurre, no obstante, que, en nuestra opinión, este artículo sí satisface una misión específica, consistente, ni más ni menos, en *delimitar la eficacia de la subrogación convencional*: lo que en él quiere significar el legislador es que los pactos celebrados a este respecto entre *solvens* y acreedor son absolutamente eficaces cuando el pago se haya realizado en la ignorancia del deudor, es decir, cuando el tercero haya actuado en calidad de gestor oficioso del interés de este, pero que le son inoponibles cuando se haya efectuado con su oposición. Dicho con mayor precisión: lo que la norma prescribe es que *la subrogación convencional es procedente, válida y eficaz siempre que el tercero solvens ostente la condición de gestor, pero no cuando haya intervenido en contra de la voluntad del obligado o para atender su exclusivo y egoísta interés* (con *animus depraedandi*)⁶⁸. De donde se colige que el fiador *prohibente debitore* y el fiador *in rem suam* no podrían eludir por este oblicuo camino su exclusión de la subrogación automática o legal *ex* artículos 1158.III, 1838 y 1839 CC, ya que cualquier convenio celebrado con el titular del crédito en ese sentido es inoponible, ya al deudor, ya a los terceros, «*sean fiadores o poseedores de las hipotecas*» (art. 1212 CC)⁶⁹.

⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALLADARES RASCÓN, 1991, p. 37.

⁶⁸ *Vid.* GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 70 y 72. ALBALADEJO, 2011, p. 348, también niega la operatividad de la subrogación convencional en caso de pago con la oposición del deudor (pues para su eficacia, dice, no es necesario el consentimiento de este, pero sí «su no oposición expresa»), conclusión que extrae de lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 1158 CC.

⁶⁹ La excepcional pervivencia de las garantías y privilegios que comporta el fenómeno subrogatorio (a la vista de la regla general contenida en el art. 1156 CC) solo tiene sentido cuando el *solvens* muestre una actitud colaboradora tanto con el acreedor como, principalmente, con el deudor, y, en esta dirección, resulta de todo punto lógico que, cuando actúe con su oposición o en interés egoísta, se le niegue el acceso a los accesorios

4.3 ¿Unidad o duplicidad de vías? Naturaleza de la subrogación

A pesar de que el Código, según se ha visto, solo concede una vía específica de reparación –con derecho a plena indemnidad– al fiador *solvens* que sea verdadero gestor del interés del deudor y, por tanto, de modo restrictivo, es lo cierto que, en la práctica, esta se ha visto ampliamente superada –diríase que eclipsada– por la subrogación. Hasta tal punto es así, que, en numerosas ocasiones, la acción subrogatoria se presenta por jurisprudencia y doctrina como el remedio «natural» del que goza el garante para paliar la pérdida patrimonial sufrida a raíz del pago de la deuda afianzada, remedio que además suele reconocerse a *todo* fiador con independencia de cuáles sean sus circunstancias y condiciones personales.

Algo tiene que ver en ello, desde luego, la asistemática interpretación que suele acometerse de las normas concernidas, pero también la contundente letra del artículo 1212 CC, en el que se dispone claramente que, en los supuestos en que proceda la subrogación, el crédito pagado por el tercero subsiste; entonces, prescribiendo el artículo 1839 CC este efecto en sede de fianza, doctrina y jurisprudencia llegan natural y generalizadamente a la conclusión de que todo garante *solvens* adquiere de forma automática la titularidad del crédito asegurado tras el pago.

Que la subrogación no compete a todo fiador *solvens*, pues debe entenderse que queda excluido el que salió como tal contra el veto del deudor o para gestionar su egoísta interés, es cosa que ya se ha dicho y argumentado. Lo que a continuación corresponde preguntarse es cómo se articulan la acción de reembolso y la subrogación que el legislador adjudica al fiador que sea auténtico gestor del interés del deudor.

Según se ha indicado más arriba, las opciones barajadas al respecto son múltiples y estas, al forzarle con carácter general a escoger entre una u otra vía, o bien pecan por defecto, como cuando le imponen el ejercicio de la acción de reembolso si es que quiere obtener un completo resarcimiento de los perjuicios seguidos de su intercesión pero renunciado, al tiempo, a las cauciones y privilegios a los que podría acceder por medio de la subrogación, o bien lo hacen por exceso, como cuando postulan que, de hacer valer el fiador la vía

del crédito pagado como forma complementaria de blindar la esfera jurídica del obligado (violada por el pagador), de la que forman parte las cauciones prestadas por terceros (en tanto son simple añadido de la obligación, negocio que lo es solo del deudor). Frente a esto siempre cabría decir que el tercero podría haber pactado la cesión del crédito, a la que habría acompañado la transmisión «de todos los derechos accesorios» (art. 1528 CC); pero para ello debería recabarse previamente el consentimiento del acreedor y que, además, este se hallase dispuesto a asumir la responsabilidad prevista en el artículo 1529 CC. En definitiva, otro régimen jurídico.

subrogatoria, tendrá derecho a reclamar no solo el principal, sino también los intereses remuneratorios y moratorios que genere el crédito pagado tras la *solutio*. De este modo, se ha sostenido, incluso, que el pacto de un determinado interés entre deudor y fiador (en cuanto al crédito de reembolso, se sobreentiende) no impide que este último (salvo prueba de voluntad en contrario) se subrogue en el interés remuneratorio más alto pactado en el crédito en que se subroga⁷⁰, ni que pueda reclamar el abono de unos intereses moratorios más altos que los legales cuando así se hubiesen estipulado respecto del crédito saldado: en lo que hace a los moratorios devengados antes del pago del fiador, este los podrá reclamar en tanto que integran el crédito objeto de subrogación, pero se añade que también podrá exigir los que se generen a partir del pago del garante. Pues si la subrogación no supone la extinción de la obligación del deudor ni del correlativo crédito del acreedor asegurado, se seguirán devengando intereses moratorios hasta tanto aquel no pague a su nuevo acreedor, que es el fiador, y ello sin necesidad de que el subrogado vuelva a constituir en mora al deudor⁷¹. Aún más: si el fiador hubiese pagado después de que el acreedor hubiese obtenido sentencia condenatoria contra el obligado, podrá reclamar los intereses de la mora procesal previstos en el artículo 576.1 LEC, los cuales habrán comenzado a generarse a partir de ese instante⁷². O sea, esta particular interpretación permite en última instancia al garante obtener, gracias a la subrogación en el crédito pagado, *incluso más de aquello que en principio le competiría en vía de regreso*: si no tiene la condición de gestor, porque podrá reclamar, en contra de las previsiones del artículo 1158.III CC, no solo la mera restitución del enriquecimiento propiciado al deudor, sino también los intereses remuneratorios y moratorios generados por el crédito en el que se ha subrogado (pues recuérdese que, frente a lo aquí sostenido, doctrina y jurisprudencia reconocen la subrogación a *todo* fiador); y si la tiene, porque podría eventualmente reclamar intereses *por encima de la medida establecida en el artículo 1838 CC*: el fiador podría reclamar el abono de

⁷⁰ CARRASCO PERERA, 2022, p. 350.

⁷¹ MONSERRAT VALERO, 2017, p. 518; SAP de Navarra 14 abril 2003 (JUR\2003\166580); SAP de Valencia 30 noviembre 2011 (JUR\2012\47223).

⁷² CARRASCO PERERA, 2022, p. 356; MONSERRAT VALERO, 2017, pp. 515 y 516. En coherencia con este planteamiento, y aun aceptando la diferente naturaleza jurídica de las acciones reguladas en los artículos 1838 y 1839 CC, este último autor ha defendido la posibilidad de su ejercicio acumulado y en un mismo procedimiento con el objeto de colmar diferentes pretensiones: el *solvens* podría ejercitar la acción de reembolso para obtener la indemnización por los conceptos que aparecen en el artículo 1838 CC y que no podría obtener si hiciera uso de la subrogación (p. ej., daños y perjuicios), mientras que a través de esta última podría reclamar los intereses que devenga el crédito del acreedor, los cuales pueden ser superiores a los intereses legales de la cantidad pagada a este *ex* artículo 1838.2.º CC (MONSERRAT VALERO, 2017, p. 554).

los remuneratorios y moratorios devengados por el crédito en el que se subroga aun cuando fueran superiores a los legales marcados en aquella norma. Extraño resultado, este último, no solo en perspectiva sistemática, sino en la del propio artículo 1839 CC, en el que expresamente se dice que, si el fiador ha transigido con el acreedor, *no podrá pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado*.

En nuestra opinión, el problema en el que se entretienen jurisprudencia y doctrina es, sin embargo, un falso dilema, pues la subrogación no supone, pese a la literalidad del artículo 1212 CC, una excepción al efecto extintivo que, de acuerdo con el artículo 1156 CC, conlleva todo pago, sino que, tal y como sugiere el artículo 1839 CC, lo que hay en realidad es una mera subsistencia de los adminículos que acompañaban al crédito pagado y extinto como consecuencia de la *solutio*. O sea, en los supuestos de pago por el fiador, lo que hay en realidad es un derecho de reembolso (un derecho de crédito *nuevo*) mediante el que aquel puede reclamar al deudor el abono de las partidas previstas en el artículo 1838 CC, derecho al que no obstante se adicionan, para facilitar y asegurar su satisfacción, «*los derechos que el acreedor tenía contra el deudor*» (art. 1839 CC), esto es, las garantías personales y reales y los privilegios de los que viniera provisto⁷³.

Se es consciente de que esta tesis, aun cuando sí condice con el tenor literal del 1839 CC, contraviene el del 1212 CC. Pero existen argumentos sistemáticos que demuestran que hay que saltar por encima de la *errónea* letra de una norma que ni procede de nuestro Derecho histórico (no existía en el Proyecto de 1851), ni tiene parangón en el Derecho comparado, y que fue incluida por vez primera de manera sorpresiva en el Anteproyecto de 1882-1888⁷⁴. Tales argumentos sistemáticos son los siguientes:

⁷³ Manejan esta noción de la subrogación FERNÁNDEZ VILLA, 1999, pp. 249 y ss.; CAÑIZARES LASO, 1996, pp. 76 y ss.; GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 45 y ss.; CAPILLA RONCERO, 1995, p. 6384 (aunque este último autor solo la defiende en relación a la subrogación *ex parte debitoris* prevista en el art. 1211 CC).

⁷⁴ FERNÁNDEZ VILLA, 1999, p. 253. Explica este autor que el artículo 1212 CC fue tomado muy probablemente del 1255 del Anteproyecto belga de LAURENT, en el que se disponía que «La subrogation conventionnelle ou légale transporte au subrogé la créance avec tous les droits qui y sont attachés; elle a effect, tant contre le débiteur, que contre les tiers, tels que les cautions et les tiers détenteurs». Por su parte, los redactores del Anteproyecto de 1882-1888 lo llevaron a su artículo 1229 con el siguiente tenor: «La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anejos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas». Por tanto, con una letra coincidente con la del artículo 1212 CC. Precisa asimismo FERNÁNDEZ VILLA que el artículo 1229 del Anteproyecto estaba encuadrado en la sección dedicada a la novación como modo de extinción de las obligaciones, en tanto que los restantes artículos dedicados a la subrogación (1226 a 1230 CC) procedían todos del Proyecto de 1851 –en el que no existía artículo alguno equivalente al actual 1212– «que, a su vez, los había tomado del *Code civil*, en el que tampoco aparece norma jurídica alguna que pueda compararse con este artículo 1212 de nuestro Código. Al parecer, los autores del Anteproyecto de 1882-1888, decantándose por una de las tesis de la

1. El primero se extrae del artículo 1213 CC⁷⁵, precepto que establece que, en los casos en que el acreedor haya aceptado un pago parcial, puede ejercitar «su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud» de dicho pago incompleto. Y es que, si se considera que lo que ocurre en estos supuestos, de acuerdo con un entendimiento literal del artículo 1212 CC, es una división del crédito entre el acreedor y el tercero pagador, *la norma produce un llamativo y paradójico resultado en aquellas hipótesis en las que, precisamente, el crédito esté desprovisto de toda garantía o privilegio*. ¿Por qué? Pues porque, en ese caso, el tercero subrogado que concurra con el acreedor sobre el insuficiente patrimonio del deudor ocupará siempre peor posición que aquel *solvens* que jamás hubiera podido subrogarse por no cumplir los requisitos exigidos por el Código para gozar de semejante beneficio: así, por ejemplo, el tercero que pagó con la aprobación del deudor (art. 1210.2.º CC) quedaría supeditado, en caso de insolvencia de este, al preferente cobro por parte del acreedor de su crédito parcialmente subsistente; mientras que el tercero que pagó en la ignorancia del deudor, al carecer del beneficio de la subrogación, *cobraría junto al acreedor y a prorrata con él* sobre el insuficiente patrimonio del obligado, de conformidad con la regla de la *par conditio*. ¿Y cómo puede ser que el tercero *solvens* a quien el legislador deseaba favorecer con un *beneficio* (el de la subrogación) acabe perjudicado por su concesión (y por comparación a quien, según su criterio, ¡no lo merece!)? Lo absurdo de la conclusión demuestra que nada de esto es así o, dicho de otro modo, que nada de esto sucede, *por la sencilla razón que la subrogación no lo es en el crédito* (que se ha extinguido por el pago: art. 1156 CC), *sino solo y exclusivamente en los privilegios y garantías* que lo acompañan, razón por la cual, si estos no existen, el tercero que pagó con la aprobación del deudor deberá ser tratado, en la hipótesis que ha servido de ejemplo, igual que quien lo hizo en su ignorancia cobrando a prorrata junto al acreedor.

época, importaron el precepto del único sitio en el que se había positivado, el Anteproyecto belga de LAURENT, y lo hicieron, así, sin más, sin analizar mínimamente si el artículo que importaban cuadraba con los restantes que lo iban a acompañar en la regulación de la subrogación» (pp. 253 y 254). *Vid.*, en el mismo sentido, CAÑIZARES LASO, 1996, pp. 76 y 77.

No obstante, aclara CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 271 a 274, que lo que LAURENT realmente sostenía era que el pago extinguía la deuda y que, por tanto, solo por una ficción cabía entender subsistentes por razones de equidad, para su traslado en favor del tercero *solvens*, todos aquellos derechos y garantías que le dotaran de cierta seguridad en orden a la recuperación de lo pagado.

⁷⁵ GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 51 a 53.

Aún más: vistas las cosas desde esta perspectiva, el principio *nemo subrogat contra se* que el artículo 1213 CC intenta reflejar⁷⁶ tiene pleno sentido, pues el acreedor parcialmente satisfecho es quien disfrutaba desde un inicio y en primera instancia de los privilegios y las garantías que rodeaban al crédito. Resulta, por tanto, lógico que pueda hacer uso de ellos para cobrarse el resto con preferencia al *solvens* que pagó parcialmente la deuda, ya que le protegían de una posible situación de insolvencia del deudor, se prestaron en su favor y han de satisfacer tal función *incluso frente al subrogado*. Esto supone que, si concurriesen como únicos acreedores privilegiados estos dos sujetos y el patrimonio del deudor fuese insuficiente para satisfacer a ambos íntegramente, el acreedor debería ser preferentemente pagado al *solvens*⁷⁷. Pero ello, a diferencia del caso anterior, no implica ningún trato discriminatorio por comparación al tercero pagador sin derecho a subrogación, pues este, por supuesto, debe padecer asimismo e irremediablemente el privilegio en cuestión.

2. En la misma dirección apunta el artículo 1211 CC y su norma de desarrollo, es decir, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Nótese que el supuesto de hecho de aquel precepto nada tiene que ver con las hipótesis de pago por tercero, porque en él lo que se contempla es *un pago materializado por el propio deudor* con el dinero obtenido mediante préstamo celebrado con otro acreedor en condiciones más ventajosas –se presupone– que los de la deuda originaria. Esto es, la única razón por la que el legislador regula en esta sede la subrogación *ex parte debitoris* es porque, en ella, al igual que en los casos de satisfacción del débito por tercero, se producen idénticas consecuencias. Que en el artículo 1211 CC la subrogación no supone efectiva adquisición del crédito saldado por el prestamista se deduce tanto del hecho de ser el propio deudor quien realiza el pago como del dato de que, disponiendo de su propio crédito *ex mutuo*, lo único que interesa al nuevo acreedor es la ventaja que, para su cobro, le proporciona la hipoteca que adornaba al ahora extinguido con el rango que ostente; así, el gravamen que protegía a la primera deuda no se extingue al ser pagada por el deudor, sino que perdura en beneficio del prestamista y en perjuicio de terceros, como, por ejemplo, de aquellos acreedores hipotecarios que debe-

⁷⁶ Según indicara GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 143, en relación al artículo 1121 del proyecto isabelino, cuya redacción (salvo alguna coma) apenas difiere de la del 1213 CC: «El acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto, con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar, a virtud del pago parcial del mismo crédito».

⁷⁷ GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 143.

rían ser preferentes al segundo prestamista, pero que por efecto de la norma, ven cómo el último en llegar ocupa la posición del primer acreedor⁷⁸.

Como se sugería, la misma idea cabe colegir de la Ley 2/1994, ya que, de la lectura de su articulado, se sigue que el objetivo de la norma es únicamente el de facilitar la comunicación de la garantía hipotecaria del primitivo crédito a aquel del que deviene titular la nueva entidad prestamista como consecuencia del contrato de mutuo celebrado con el deudor. Más concretamente, de su artículo 2 se deriva que lo que este último acuerda con la nueva entidad financiera es un «nuevo préstamo hipotecario» (*vid.* su párrafo segundo) que, aunque limitado en cuanto a su posible contenido, pues solo puede diferir del antiguo en el tipo de interés pactado (tanto ordinario como de demora) como en el plazo (art. 4.1), nada tiene que ver con el que le precede: este desaparece como consecuencia del pago que, aunque materializado por el acreedor subrogado, se efectúa con dinero que pertenece al deudor por virtud del nuevo contrato de mutuo celebrado con él⁷⁹. Pero no se trata solo de eso: que la Ley en cuestión reconozca que la subrogación no lo es en el crédito y sí solo en la hipoteca se deduce asimismo del tipo de asiento escogido para dejar constancia registral de aquella, puesto que el cauce elegido no es el de la inscripción, como si de la cesión de un crédito hipotecario se tratara (art. 149 LH), sino el de la *nota marginal*. El artículo 5 de la Ley 2/1994 prevé que la subrogación no surtirá efecto contra tercero hasta tanto no se haga cons-

⁷⁸ CAPILLA RONCERO, 1995, p. 6384.

La conclusión viene corroborada por los precedentes del artículo 1211 CC. Según señala VITERI ZUBIA (2013, pp. 248 a 252), el precepto procede del originario 1250 del Code, el cual, a su vez, se inspiró en un edicto de Enrique IV de Francia del año 1609, titulado «Declaration du Roy portant pouvoir de succeder aux hypothèques des anciens creanciers, sans cession d'iceaux», y que, con ocasión de una bajada generalizada en los tipos de interés, trató de facilitar y promover la subrogación de todos aquellos prestamistas que estuviesen dispuestos a conceder un interés más bajo, en cuyo caso el primitivo acreedor debía cederles las garantías que tuviese en su poder. En consecuencia el texto hablaba, en todo momento y únicamente, de la sucesión en las antiguas hipotecas y privilegios en beneficio de los nuevos prestamistas, pero nunca de la subrogación en el derecho de crédito mismo del acreedor originario satisfecho con el dinero prestado: que esto fuera así resultaba «muy lógico, pues, si lo que se pretendía era una reducción generalizada de los tipos de interés al 6,25%, mal se produciría esta reducción si la subrogación se entendiese como subrogación en el derecho de crédito mismo, pues este devengaba intereses al 8,33%. Lo que se pretendía era que los derechos de crédito antiguos, que devengaban intereses al 8,33% se cancelaran por derechos de crédito nuevos, al tipo del 6,25%, pero contando este nuevo derecho de crédito con todos los privilegios y garantías con los que contaba el antiguo derecho de crédito. Subrogación, por tanto, solo en los privilegios y garantías, y subrogación, además, sin cesión ni transferencia, porque no es una transmisión derivativa de estos derechos que realiza su titular, el acreedor originario, sino una sucesión legal en unos derechos ya existentes, un cambio de titularidad dispuesto por la propia ley, sin concurso alguno de la voluntad de su antiguo titular» (FERNÁNDEZ VILLA, 1999, p. 264).

⁷⁹ VITERI ZUBIA, 2013, pp. 254 y 255; CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 266 y 267.

tar en el Registro al margen de la inscripción de la hipoteca el nuevo contrato de préstamo con indicación de «*la persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor*» y «*las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, del plazo, o de ambos*»⁸⁰.

3. El tercer argumento en pro de la tesis sostenida acerca de la naturaleza de la subrogación tiene que ver con su ubicación sistemática, pues no sin motivo, y contra lo que podría parecer acaso «natural», viene contemplada por nuestro Código, no en sede de pago, sino en sede de novación, la cual conforma otra de las causas de extinción de las obligaciones a tenor del artículo 1156 CC: en efecto, si se tiene en cuenta que la subrogación presenta la particularidad de dejar subsistentes los privilegios y garantías que rodeaban al crédito pagado para adornar el que une al *solvens* con el deudor, cobra toda lógica su inserción en los artículos 1203 a 1213 CC en vez de en los 1157 a 1171 CC, ya que, aun cuando a la subrogación preceda siempre un pago (bien lo realice el deudor –art. 1211 CC–, bien un tercero –art. 1210 CC–), existe entre este medio extintivo y la novación una diferencia esencial: mientras el pago supone la extinción *absoluta* del vínculo obligatorio primitivo, la novación se caracteriza por serlo tan solo *relativamente*, al crear como consecuencia, tras de sí, otra relación jurídica dispar. Vistas las cosas desde esta perspectiva, cabe aseverar que la subrogación reúne los requisitos propios de toda novación *propia* o *extintiva*: «una obligación previa entre el acreedor primitivo y el deudor que se extingue como consecuencia del pago (*prior obligatio*) y una obligación nueva entre el deudor y el tercero (*nova obligatio*) que deriva directa o indirectamente de aquella (pues se constituye *per relationem* con ella⁸¹) y a la que se comunican las garantías y los privilegios de la primera, pero con la que presenta una notable diferencia, consistente en el cambio de acreedor (aquí se hallaría el *aliquid novi*). Existe, así, una interrelación entre ambas obligaciones que, a nuestro juicio, acerca enormemente la figura al ámbito de la novación, de la que solo difiere en el alcance de sus efectos: mientras que la novación opera por lo general la extinción de la obligación principal y la de las accesorias que le acompañan (art. 1207 CC), la subrogación exceptúa [...] el principio de accesoriedad por lo que hace a la desaparición de estas últimas (art. 1212 CC)»⁸². Queda explicado, así, por qué el Código se

⁸⁰ CASTELLANOS CÁMARA, 2020, p. 267.

⁸¹ Como indica FERNÁNDEZ VILLA, 1999, p. 325, el derecho de reembolso del *solvens*, aunque autónomo e independiente del que tenía el acreedor satisfecho frente al deudor, viene a sustituirlo en alguna forma, hallándose vinculado a él, hasta el punto de que si este, por el motivo que fuese, no existiera, aquel tampoco llegaría a nacer.

⁸² CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 268 y 269. Añade la autora en ese mismo lugar a modo de síntesis que subrogación y novación «comparten la misma esencia y encierran un

limita a apuntar a la subrogación como uno de los posibles efectos que derivan del pago en la sección dedicada a este, relegando sin embargo su regulación detallada a los artículos 1209 y siguientes CC, y por qué el artículo 1207 CC establece que, cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, «*solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento*»: lo que la norma quiere decir, llanamente, es que, en los casos de novación, las garantías u «obligaciones accesorias» que acompañaban a la antigua obligación se esfuman con ella por regla general, *a no ser que aprovechen a terceros que no hayan consentido su desaparición*; ¿y cuáles pueden ser esos terceros que «aprovechen» las garantías y demás obligaciones accesorias? Pues no son otros, claro está, que aquellos que se hayan hecho mercedores del beneficio de la subrogación al pagar la deuda ajena⁸³.

4. En fin, repárese, como argumento de refuerzo, en que, si el ordenamiento ya adjudica al tercero que paga en nombre del deudor un derecho de reembolso a fin de paliar el empobrecimiento que tal intervención le ha causado (o un derecho de repetición que le permite reclamar de aquel la utilidad patrimonial que le haya proporcionado), ningún sentido tiene atribuirle, además, un crédito complementario que, en principio, debería reputarse extinto (*ex arts. 1156 y 1158.I CC*); de este, lo único que interesa al tercero es la seguridad que, en orden al cobro de su *propio* crédito, pueden reportarle las garantías y privilegios que lo acompañaban; en síntesis, la privilegiada posición que ocupara el acreedor originario. El

característico efecto extintivo-constitutivo que no puede predicarse del pago ni, en general, de ningún otro medio extintivo», razón por la cual el legislador decidió, muy probablemente, unificar su regulación y dar así cumplimiento a la tarea que le encomendaba la Base 19 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988: «se simplificarán los modos de extinguirse las obligaciones, *reduciéndolos a aquellos que tienen esencia diferente*, y sometiéndolos a las doctrinas admitidas, respecto de los que como elementos entran en su composición».

⁸³ CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 270 y 271 y 293 a 302. En palabras de la autora, «solo hay unos *terceros* (que verdaderamente lo son respecto de la obligación novada) a los que *aprovecha* la subsistencia de las obligaciones accesorias: aquellos que, [...] por efecto de la subrogación, deseen conservar sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba al primer acreedor la primitiva obligación. Dicho de otro modo, quienes, al amparo de los artículos 1210.1 y 1211 CC, se subroguen en los derechos del acreedor originario. Claro es que el acreedor que paga a otro preferente o quien presta dinero al deudor a fin de subrogarse en los derechos de su acreedor a lo que aspira precisamente es a ocupar la posición preferente de este y a utilizar para sí las *obligaciones accesorias* que concurren en su favor».

Entendido de esta forma el precepto, su misión consistiría, entonces, en refrendar la excepción que en materia de accesoriedad contempla el artículo 1212 CC para el cambio de acreedor por vía subrogatoria: si bien la obligación principal se extingue por efecto del pago, las accesorias a ella subsistirán en garantía de la nueva obligación y *conservarán la preferencia que les daba la primitiva* [...] siempre que aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento a la extinción, o sea, precisamente a quienes pasan a ocupar la posición activa en la *nova obligatio*» (p. 301).

razonamiento se aparece en su entera dimensión cuando se cae en la cuenta de que, en nuestro Código, puede existir perfectamente derecho de regreso sin subrogación, pero no fenómeno subrogatorio sin derecho de regreso⁸⁴.

En definitiva, por medio de la subrogación el legislador introduce una excepción al principio de accesoriedad de las garantías (que no al del efecto extintivo del pago), mediante la cual permite, por razones de equidad, que aquellas que fueron establecidas para la seguridad de un determinado crédito pasen a respaldar otro distinto. Y es que mientras no se adivinan cuáles son las razones que podrían llevar al legislador a reconocer un pago no extintivo en sede de subrogación (puesto que, al contar con el suyo propio, nada aporta al *solvens* un crédito de otro acreedor, como no sea la ventaja de ocupar su privilegiada posición), sí las hay, por el contrario, según se ha podido comprobar, para excepcionar dicho principio de accesoriedad⁸⁵. Pues de lo que se trata en resumidas cuentas es, no de sanar el quebranto patrimonial que el tercero haya sufrido como consecuencia del pago de una obligación ajena, sino de reforzar y asegurar la satisfacción del derecho de regreso (*recte*: de *reembolso*) que sirve a tal fin. Así, atendidos los intereses en presencia, el legislador pergeña un mecanismo que si, de un lado, ofrece cierta tranquilidad y seguridad a los terceros que garantizan deudas ajenas, de otro, sirve de acicate para procurar su más rápida liquidación. La subrogación es un «premio» que, por eso mismo, solo es adjudicado por el ordenamiento al *solvens* que reúna determinadas condiciones, ya que el anormal desplazamiento del riesgo de insolvencia hacia otros sujetos que la subrogación comporta (sea mediante el acceso a las garantías constituidas en favor del acreedor, sea mediante el acceso al privilegio propio del crédito extinto) únicamente encuentra plena justificación en ciertas circunstancias: el pago, en principio, ha de producir la desaparición de los derechos «*anexos*» y la preferencia para el cobro que estos llevan implícita, luego no cualquier *solvens*, aunque ostente la cualidad de fiador, merece que subsistan en su beneficio y no en cualquier caso «*puede presumirse*» el efecto subrogatorio, sino solo en los supuestos «*expresamente mencionados en este Código*» (art. 1209 CC)⁸⁶.

⁸⁴ GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 57 y 58. En esta misma dirección, VATTIER FUENZALIDA, *RDP*, 1985, p. 493; BONDÍA ROMÁN, 1993, p. 995; y DEL OLMO GARCÍA, 1998, pp. 279 y 280.

⁸⁵ CASTELLANOS CÁMARA, 2020, p. 276.

⁸⁶ GALICIA AIZPURUA, 2006, p. 64. Fuera del CC, no obstante, también pueden encontrarse otros ejemplos de esta excepcional subsistencia de las garantías tras el pago de la deuda asegurada y la extinción del correlativo derecho de crédito impuesta por el legislador por razones de equidad. Tal es el caso del artículo 118.II LH cuando regula el

De esta solución no se sigue perjuicio alguno para los terceros garantes ni para los restantes acreedores del deudor: en primer lugar, porque estos habrían tenido que soportar igualmente las garantías y los privilegios en cuestión aun cuando el sujeto que se subroga no hubiese intervenido; y, en segundo lugar, porque el subrogado solo podrá hacer uso de los derechos anexos en la misma medida y por el mismo tiempo en que los hubiera podido emplear el acreedor satisfecho: la injerencia del tercero jamás podría alterar su posición, y así lo sugiere, como no podía ser de otro modo, el artículo 1211 CC⁸⁷. Aún más: si el acreedor se

supuesto de venta de finca hipotecada, pues, a su tenor, «[s]i no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiese descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, *quedará subrogado este en el lugar del acreedor* hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado». De forma que, si es el vendedor quien finalmente satisface la deuda —una deuda que, nótese bien, en ningún momento ha dejado de ser *suya*—, se prescribe la subsistencia en su favor del gravamen hipotecario al objeto de reforzar el derecho de reintegro que tiene frente al comprador por el importe retenido o descontado del precio de compra. Y el único motivo por el que el legislador podría establecer esta solución reside, claro está, en la equidad: de lo que se trata es de que el vendedor pueda obtener del comprador con mayor seguridad una efectiva reparación del empobrecimiento que ha sufrido por razón del descuento. Pero se insiste: lo que hay en el artículo 118.II LH es únicamente una *subrogación en la hipoteca*, no en el crédito asegurado que quedó extinto a consecuencia del pago del mismo por parte de quien era su deudor; de modo tal que, tras este, el crédito garantizado por el gravamen real *passa a ser otro distinto*: el derecho de reintegro del que es titular el vendedor frente al comprador por el importe retenido o descontado (GALICIA AIZPURUA, 2006, p. 92).

Otro tanto de lo mismo sucede en la subasta de inmuebles seguida a raíz de un procedimiento de apremio a tenor de lo establecido en los artículos 666.1, 669.2 y 670.5 LEC, conforme a los cuales, quien resulte adjudicatario del bien «*habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos*», minorándose su importe de su avalúo. Pues esta solución no comporta una asunción legal por parte de dicho adjudicatario de la deuda asegurada con el gravamen anterior, para la que debería mediar (sí o sí) el consentimiento del acreedor garantizado (*vid.* arts. 1205 CC y 118.I LH). O sea: en ningún caso existe alteración de la responsabilidad personal del deudor, que sigue siendo el (único) sujeto obligado (CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 254 y 255). Ahora, si es él quien finalmente acaba pagando la deuda, tendrá frente al adjudicatario un derecho de crédito por el importe descontado del valor de tasación del bien ejecutado a fin de corregir el enriquecimiento que, de otro modo, este obtendría injustamente a costa de su patrimonio, *con derecho de subrogación en la garantía* (argumento *ex* arts. 118.II LH, 231 RH y 1210.3.º CC). En cambio, si quien paga al acreedor garantizado preferente al objeto de evitar la ejecución de la garantía ante el incumplimiento del deudor es el adjudicatario, nada podrá repetir contra el obligado, puesto que en nada le habrá enriquecido mediante el pago de tal deuda, a pesar de ser ajena (GALICIA AIZPURUA, 2021a, pp. 228 y 229, nota 54).

⁸⁷ Los requisitos exigidos por esta norma para que pueda tener lugar la subrogación *ex parte debitoris* (constancia del nuevo préstamo en escritura pública, consignación en ella del propósito de su concesión, etc.) tienen por objeto evitar el perjuicio a los acreedores con privilegios o hipotecas posteriores, quienes, al producirse la subsistencia de la hipoteca originaria no obstante el pago del crédito asegurado, van a ver frustrada la posibilidad de avanzar en el rango de la suya propia. Y es que «[p]odría un deudor después de haber pagado con su propio dinero suponer que lo había hecho con dinero de otro para este objeto, y hacer la subrogación *para defraudar a los acreedores posteriores*: los requisitos de haber de constar el préstamo y pago en escritura pública y de expresarse en ambos casos

hubiese conformado con una cantidad menor a la debida (o prestación de inferior valor), serán los terceros garantes, los restantes acreedores del deudor y este mismo los que quedarán beneficiados con la rebaja, porque, siendo la subrogación mero refuerzo y complemento del derecho de regreso, no podría el *solvens* esgrimirla para enriquecerse a su costa. *Esto es precisamente lo que quiere significar el párrafo segundo del artículo 1839 CC*: si el fiador-gestor transige con el acreedor al momento del pago, no podrá pedir del deudor, ni de los otros garantes personales, *más de lo que realmente haya pagado*, ni emplear las garantías reales o, en su caso, los privilegios más que en esa extensión. O sea: si la acción de reembolso del fiador-gestor *ex artículo 1838 CC* es objetivamente más extensa que el crédito pagado, el exceso podrá ser reclamado obviamente por el tercero, pero sin garantía ni privilegio especial; si es menor, únicamente podrá utilizar los accesorios en tal medida. Por idéntica razón, si bien la deuda afianzada ya no seguirá sujeta a plazo de prescripción una vez el fiador haya pagado (pues se ha extinguido), este solo podrá hacer uso de los adminículos en refuerzo de su crédito de regreso durante el plazo de prescripción que reste a aquella.

Recuérdese que el garante personal *in rem suam* y el que salió *prohibente debitore* no tienen en ningún caso derecho de subrogación y que solo disponen del residual remedio consistente en la acción de repetición prevista en el párrafo tercero del artículo 1158 CC. Por otra parte, si el fiador-gestor avaló únicamente a uno de los varios deudores solidarios, dispondrá de derecho de reembolso frente a todos (frente al afianzado por el art. 1838 CC; frente a los demás, por los arts. 1158 y 1893 CC), pero solo disfrutará del beneficio de la subrogación frente al primero, puesto que respecto de los restantes, de los que no salió como fiador (y por los que por ende no responde), no es más que un simple gestor oficioso sin derecho a subrogación legal (art. 1159 CC); es dudoso, incluso, que pueda acceder a los accesorios mediante pacto con el acreedor, cuando menos si paga (que será lo normal) con el objeto de satisfacer su obligación fideusoria, ya que para él este es un pago *debido*⁸⁸.

lo que previene el artículo, bastan para tranquilizar y poner a cubierto el derecho de los acreedores posteriores; *así no podrán estos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues sin el pago la habría tenido el mismo acreedor*» (GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 143, en la glosa al artículo 1120; énfasis añadido).

⁸⁸ La cuestión arriba planteada ha sido discutida por la doctrina: *vid.* una exposición de las diferentes tesis en GUILARTE ZAPATERO, 1979, pp. 222 y 223.

4.4 Extensión de la subrogación

La extensión y los efectos de la subrogación del fiador-gestor *solvens* deben calibrarse conforme a la naturaleza de la figura y, en este punto, lo primero que conviene precisar es que podrá emplear en su favor las otras cauciones concurrentes *en toda su plenitud*, sea que hayan sido otorgadas por el mismo deudor, sea por terceros; sea que tengan naturaleza personal, sea real; sea que se hayan constituido antes de la fianza, sea después. Ello es así no solo porque el artículo 1212 CC lo ordene literalmente, sino también porque, a través de la subrogación, el legislador opera una distribución del riesgo de insolvencia del deudor entre los diferentes terceros que hayan asegurado la obligación *por separado* y sin asumir conjuntamente esa función de garantía: quien en primer término pague al acreedor hace méritos para adquirir el abrigo que, respecto al peligro de insuficiencia patrimonial del deudor, suponen las citadas garantías, luego, en cierta manera, depende de su actitud el que puedan acceder a ellas con prioridad a cualesquiera otros sujetos. De ahí que el Código no discrimine el acceso a las concurrentes cauciones por parte del *solvens* ni en función de su respectiva naturaleza, ni en función de su fecha de constitución, y de ahí que tampoco ordene un reparto interno de la deuda entre los distintos cogarantes (p. ej., en proporción al montante de su respectiva garantía en relación al total del crédito)⁸⁹.

Con mayor concreción, cabe realizar las siguientes especificaciones en lo que hace a los derechos «anexos» respecto de los cuales puede operar la subrogación:

1. En lo que atañe a las garantías reales, no hay ninguna duda de que el fiador-gestor *solvens* se subrogará en la hipoteca, subrogación que se hará constar en el Registro de la Propiedad por medio de nota marginal, siempre que acredite el pago (así como su condición de garante-gestor) de forma fehaciente. Que este sea el asiento adecuado a tales efectos se deduce, según se ha indicado antes, de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, pero también de lo esta-

⁸⁹ GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 120 y 121. Se manifiesta de acuerdo con esta solución CASTILLA BAREA 2013, p. 12628.

Como arriba se ha indicado, se habla siempre de sujetos que se comprometieron por separado como garantes, asumiendo individualmente el riesgo de que el deudor garantizado resulte finalmente insolvente, por lo que carecerán de derecho de recobro entre sí. En cambio, si en el negocio de constitución de las respectivas cauciones, cualquiera que fuese su naturaleza, los garantes plasmaron la voluntad de compartir aquel riesgo, existirá entre ellos un derecho de regreso *pro parte*: esto es lo que dispone precisamente el artículo 1844 CC para la cofianza. Sobre el régimen de este derecho de regreso y de la subrogación en las hipótesis de cofianza, *vid.* GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 124 a 132.

blecido en el artículo 659.3 LEC para los casos de subrogación por pago de un acreedor posterior al ejecutante cuando dicho pago tenga lugar dentro de un procedimiento de apremio (a cuyo fin se exige presentación en el Registro de acta notarial de entrega de las cantidades correspondientes o, en su caso, mandamiento expedido por el Letrado de la Administración de Justicia). En cambio, ha de considerarse impertinente la vía del artículo 149 LH, ya que no hay aquí, por ningún lado, cesión del crédito hipotecario, extinto tras el pago⁹⁰.

También hay por supuesto subrogación en la hipoteca mobiliaria, en la prenda (sea sin desplazamiento de la posesión, sea posesoria), en la reserva de dominio (siempre que se trate de la constituida conforme a las exigencias de la LVPBM de 1998⁹¹) y en la anticresis. En lo que a la prenda posesoria respecta, debe entenderse que el acreedor originario está obligado a entregar la cosa al fiador o a legitimarle para que pueda tomar el control posesorio sobre ella cuando se encuentre en manos de un tercero designado como su depositario, sin necesidad de previa autorización del pignorante⁹².

2. Además de en las garantías personales y reales, el fiador *solvens* se subrogará en los privilegios del crédito pagado, aunque provengan simplemente de su fecha (arts. 1924.3.º, 1926.2.ª, 1927.2.ª y 3.ª y 1929 CC). Con todo, es dudosa la posibilidad de acceso a los privilegios adjudicados legalmente al crédito pagado en consideración a la persona de su titular, como acontece con los créditos salariales y los públicos. Pues si, de un lado, negar la comunicabilidad de tal preferencia contraría en algún modo el fundamento de la subrogación, que no es otro que el de facilitar la pronta liquidación de las deudas y premiar a aquellos terceros, garantes o no, que cooperen con deudor y acreedor mediante el expediente de reforzar su derecho de regreso, de otro, el artículo 310.2 TRLC constituye un argumento de peso en sentido contrario: la norma ciñe la posibilidad de subrogación en el privilegio salarial exclusivamente al FOGASA, en tanto que aquel que pudiera corresponder por retenciones tributarias o de seguridad social y el

⁹⁰ Sin embargo, quienes defienden que el crédito hipotecario subsiste por mor de la subrogación consideran que el cauce oportuno es el artículo 149 LH: MONSERRAT VALERO, 2017, pp. 520 a 532; CARRASCO PERERA, 2022, p. 356.

⁹¹ Pues, en nuestra opinión, esta reserva tiene la naturaleza y consistencia propias de una garantía pignoraticia, mientras que la pactada al margen de dicha Ley no es más que una mera titularidad fiduciaria inadmisibles dentro de nuestro ordenamiento, ya por inexistencia de causa de la obligación (arts. 1261.3.º y 1274 CC) asumida por el fiduciante-comprador (es decir, de inexistencia de causa del sacrificio patrimonial asumido por este), ya por conculcación de la prohibición de pacto comisorio (arts. 1859 y 1884 CC); y otro tanto de lo mismo cabe aseverar del dominio fiduciario que se reserva la arrendadora financiera en el contrato de leasing (vid. GALICIA AIZPURUA, 2014, *passim*; y 2021b, pp. 69 a 71).

⁹² RUBIO GARRIDO, 1997, p. 161.

general por créditos de derecho público queda limitado al *solvens* que ostente la condición de organismo público. La única forma de superar este escollo positivo consistiría en apelar al carácter de norma especial del artículo 310.2 TRLC y considerarlo entonces una excepción concursal.

3. ¿*Quid* en los casos de subrogación por pago parcial del artículo 1213 CC? Recuértese que, en ellos, el acreedor parcialmente satisfecho tiene preferencia para cobrarse con cargo a la garantía o al privilegio frente al fiador, ya que *nemo subrogat contra se*. Esto significa, en lo tocante a las otras garantías personales susceptibles de subrogación, que, en caso de ejecución universal o singular del garante que haya pasado a serlo tanto del acreedor no pagado íntegramente como del fiador *solvens*, aquel deberá cobrar con prioridad a este (para lo que, en su caso, habrá de interponer tercería de mejor derecho). Y lo mismo puede decirse *mutatis mutandis* de los privilegios, los cuales podrán ser hechos valer preferentemente por el acreedor asegurado. En cuanto a las garantías reales, no se observa impedimento técnico alguno para proceder al fraccionamiento de la hipoteca inmobiliaria⁹³, no tanto porque el principio de indivisibilidad que preside su régimen no sea una característica institucional de la figura, sino porque ni siquiera entra aquí en juego: no hay en estos casos de subrogación parcial cancelación superficiaria, es decir, cancelación de la hipoteca con respecto a una parte de la finca gravada (que es lo prohibido por los arts. 1860 CC, 122 y 125 LH), sino cancelación del gravamen en lo que hace a la cuantía inicialmente asegurada y satisfecha por el tercero con subrogación de este en aquella. Sin embargo, la hipoteca originaria seguirá asegurando íntegra e indivisiblemente sobre la totalidad del inmueble o inmuebles gravados el resto de la obligación en favor del *accipiens*. Parece, además, que toda situación de cotitularidad, atendidos los inconvenientes que acarrea, ha de eludirse en la medida de lo posible. Ahora bien, supuesta la «división» de la hipoteca (en el sentido expuesto) entre el acreedor originario y el tercero pagador, la del primero ostentará, por prescripción del artículo 1213 CC, *preferente rango* respecto a la del segundo y, así, a efectos de ejecución de ambas cauciones (*vid.* arts. 666 y 674.2 LEC). En cualquier caso, la hipoteca del subrogado será prioritaria a todas las inscritas con posterioridad a la del acreedor en parte pagado, quedando solo subordinada a la propia de este y a la de los acreedores hipotecarios anteriores. Lo mismo

⁹³ De modo que tras el pago parcial haya dos distintas: la originaria, que continuará garantizando el crédito afianzado en la porción en que este subsista, y otra segunda, que vendrá a reforzar el crédito de regreso del fiador subrogado.

cabe sostener para la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento (art. 2 LHMPD) e incluso para la prenda posesoria⁹⁴.

4. Obviamente, comoquiera que la subrogación no comporta la subsistencia del crédito pagado a pesar de la letra del artículo 1212 CC, aquella no alcanza a los intereses remuneratorios o moratorios que el mismo hubiese podido hipotéticamente generar tras el pago por el fiador, ya que se extinguió una vez efectuado (art. 1156 CC), de suerte que, si el garante hubiese realizado desembolsos por tales conceptos, pasarán a engrosar su derecho de reembolso. Y, por idéntica razón, tampoco abarcará los derechos potestativos inherentes a la posición jurídica del acreedor originario, a la que jamás se accede en virtud de la subrogación; es decir, el *solvens* no podría ejercitar, por ejemplo, la acción de resolución del artículo 1124 CC para así reclamar la restitución de la prestación originalmente realizada por el acreedor garantizado⁹⁵, ni tampoco las acciones paulianas o subrogatorias que competían a este último⁹⁶: las ostentará como propias en tanto se certifique perjuicio a su singular crédito de regreso. En fin, tampoco existe subrogación en las acciones cambiarias del acreedor cuando el fiador garantiza extracambiariamente el pago de una letra por el aceptante⁹⁷, ni sustitución en el título ejecutivo del acreedor pagado⁹⁸, ni sucesión en el proceso ni en la acción ejecutiva ya ejercitada⁹⁹, pues la pretensión del *solvens* es por completo extraña a la de aquel, ora en su fundamento, ora en su extensión¹⁰⁰. Luego deberá recuperarse el pago en un proceso nuevo con base en su título de

⁹⁴ Sobre la posibilidad de constitución de prendas posesorias sucesivas y el régimen de coexistencia entre ellas, *vid.* GALICIA AIZPURUA, 2021a, pp. 268 a 273.

⁹⁵ Defienden sin embargo esta posibilidad CARRASCO PERERA, 2022, pp. 356 y, con dudas, MONSERRAT VALERO, 2017, pp. 532 a 537.

⁹⁶ *Cfr.* la opinión contraria de GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 218.

⁹⁷ Pero no solo porque el crédito pagado no sea un crédito cambiario (SSTS de 3 junio 2002 [RJ 2002/4723] y 11 junio 1984 [RJ 1984/3227]), sino también por razón de la naturaleza de la figura.

⁹⁸ *Cfr.*, sin embargo, SAP de Girona 23 febrero 1999 (AC 1999/350); SAP de Islas Baleares 16 mayo 2001 (JUR\2001\244847); SAP de Salamanca 28 enero 2002 (JUR\2002\74542).

⁹⁹ *Cfr.* SAP de Navarra 27 enero 1999 (AC\1999\3021).

Además de no condecir con la naturaleza jurídica de la subrogación, la admisión de la sucesión procesal del fiador *solvens* en la ejecución incoada por el acreedor genera indefensión en el ejecutado, pues pueden existir causas de oposición oponibles exclusivamente al nuevo ejecutante, es decir, al garante: así lo denuncia el AAP Madrid 5 mayo 2000 (AC\2000\2007), en el que se menciona, a modo de ejemplo, la excepción de pluspetición que concurriría en las hipótesis de cofianza, ya que, en ellas, la ejecución se despacharía siempre por una cantidad superior a la correspondiente al cofiador que pagó. Es cierto que el deudor tiene siempre a su disposición la vía del procedimiento declarativo posterior para reclamar (*vid.* art. 564 LEC y la opinión de CARRASCO PERERA, 2022, p. 373), pero no se ve por qué razón habría de soportar semejante carga.

¹⁰⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ VILLA, 1999, pp. 484 y ss.

reembolso y en el que podrá hacer valer los adminículos del crédito pagado con la extensión y el alcance recién descritos.

En cualquier caso, pesa sobre el acreedor la carga de colaborar con el fiador *solvens* para que este pueda efectivamente utilizar en su favor los privilegios y garantías del crédito extinto tras el pago y así, por ejemplo, entregarle la posesión en que consista la prenda o concurrir con él al otorgamiento de la escritura que permita hacer constar registralmente la subrogación en la hipoteca o en cualquier otra garantía registral. El incumplimiento de esta carga constituye un «perjuicio en la subrogación» en el sentido del artículo 1852 CC, de modo que el fiador podrá reclamar la restitución del pago hecho en la medida en que la conducta del acreedor haya dañado sus posibilidades de regreso¹⁰¹.

5. CONCLUSIONES

1. El derecho de reembolso del artículo 1838 CC y el beneficio de la subrogación previsto en el artículo 1839 CC competen *exclusivamente* al fiador que ostente la cualidad de gestor del interés del deudor, sea porque salió por su mandato, sea porque lo hizo en su ignorancia y en calidad de *negotiorum gestor*. En cambio, el fiador *prohibente debitor* y el fiador *in rem suam* no gozan ni de uno ni de otro derecho: únicamente disponen frente al deudor de la acción de repetición prevista en el párrafo tercero del artículo 1158 CC.

2. El fiador-gestor *solvens*, siempre que haya gestionado diligentemente el negocio del deudor, no solo tiene derecho a salir plenamente indemne de su intercesión, estando este obligado a resarcir *su entero empobrecimiento*, sino que además puede utilizar a tal fin las garantías y privilegios que acompañaban al crédito pagado, es decir, puede «aprovechar» (art. 1207 CC) esos adminículos en su propio beneficio dentro de los límites cuantitativos de tal crédito. Sin embargo, el fiador *prohibente debitor* y el fiador *in rem suam* solo pueden reclamar del obligado *la restitución del enriquecimiento que hayan generado en su patrimonio*, y no la pérdida que su intervención les haya irrogado; además, claro está, de que no tienen acceso a los adminículos del crédito saldado ni aun por la vía de la subrogación convencional (art. 1159 CC).

3. El fenómeno subrogatorio, a pesar de la letra del artículo 1212 CC (norma extraña introducida de forma sorpresiva en el Anteproyecto de 1882-1888), no comporta la subsistencia del crédito pagado, puesto que así lo demuestran los antecedentes históricos, la ubicación

¹⁰¹ CARRASCO PERERA, 2022, p. 373.

sistemática de la figura y una interpretación armónica y conjunta de las normas concernidas. Por tanto, el fiador-gestor *solvens* no dispone de dos vías para recuperar lo pagado, sino de una sola: la acción de reembolso del artículo 1838 CC ataviada con las garantías y privilegios en los que se haya subrogado¹⁰². Tal y como afirma la STS de 25 mayo 2012¹⁰³, el fiador, «una vez cumple la prestación debida por su afianzado, está facultado *ex lege* para recuperar, en vía de regreso, lo que haya pagado. Dispone para ello de la acción de reembolso por la cantidad total de la deuda, en cuyo ejercicio el artículo 1839 del Código civil –en relación con los artículos 1210 CC, regla tercera, y 1838 CC, regla primera, del mismo texto legal– le favorece, al mandar que sea considerado como subrogado *en la posición del acreedor satisfecho, con el fin de permitirle que se beneficie de la antigüedad del crédito garantizado y de sus privilegios, preferencias y garantías*»¹⁰⁴.

III. CLASIFICACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DE REGRESO DEL FIADOR SOLVENS

1. EL ARTÍCULO 263.2 TRLC Y LA NATURALEZA DE LA SUBROGACIÓN

Tal y como se ha indicado en el primer epígrafe de este trabajo, se ha querido ver, en ocasiones, en el tratamiento concursal del crédito de regreso del fiador *solvens* un reflejo de la tesis «dualista», al considerar que el propósito del artículo 263.2 TRLC (antiguo 87.6 LC) sería el de evitar que un fiador especialmente relacionado con el deudor concursado *ex* artículos 281.5.º, 282 y 283 TRLC que pagara al acreedor afianzado (ordinario o privilegiado) tras la declaración de concurso pudiera eludir, mediante el ejercicio de la vía subrogatoria prevista en el artículo 1839 CC, la posición subordinada que en el procedimiento colectivo le corresponde en función de tales normas. Esto es lo que el dicho artículo concursal querría significar –se afirma– cuando ordena a la administración

¹⁰² Esta tesis «monista» en cuanto al modo de articulación entre regreso y subrogación es defendida en la actualidad por un cada vez más nutrido grupo de autores, aunque es necesario advertir que son muy variadas las formas de entenderla, y por ello difieren en muchos aspectos de la postura aquí defendida: MANRESA Y NAVARRO, 1973, pp. 420 y 421 (con apoyo en la similar opinión de PUIG BRUTAU); REYES LÓPEZ, *ADC*, 1988, p. 220 (si bien la autora parece haber cambiado posteriormente de opinión: 2016, p. 1148); ALONSO SÁNCHEZ, 1993, pp. 28 a 33; LACRUZ BERDEJO, 2005, pp. 333 y 334; CASTILLA BAREA, 2013, p. 12613; GIL RODRÍGUEZ y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 334; CARRASCO PERERA, 2022, p. 348. Parece también comparar esta tesis, aunque no se pronuncia con contundencia, MONSERRAT VALERO, 2017, p. 557.

¹⁰³ RJ 2012/6543.

¹⁰⁴ Énfasis añadido.

concurstal que, una vez realizado el pago por el fiador del crédito insinuado en el concurso, «*con subrogación [...] en la posición jurídica del acreedor afianzado*», proceda a su «reclasificación», a cuyo fin habrá de optar por aquella que sea de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor y al fiador. Dicho de otro modo: caso de que la clasificación adjudicable *per relationem* al garante personal sea diferente a la del acreedor asegurado, la administración deberá decantarse, tras la *solutio* del fiador, por aquella que, de entre ambas, revista un menor grado dentro de la escala establecida para los créditos concursales, fragmentada, según se sabe, entre créditos privilegiados, créditos ordinarios y créditos subordinados (art. 269 TRLC).

Un ejemplo de esta tesis lo proporciona la SAP de Murcia 30 enero 2020¹⁰⁵ cuando asevera que, en la normativa concursal, «[d]e forma específica se contempla que si el acreedor posterior es una persona especial relacionada con el concurso, se debe optar la calificación menos gravosa para el concurso entre el acreedor inicial y el posterior. Así ocurre en casos de que el fiador sea una persona especialmente relacionada con el concursado: si paga al acreedor principal y hace valer su derecho al reembolso al amparo del artículo 1838 CC (acción de reembolso), no podrá evitar la calificación que legalmente le corresponde de conformidad con el artículo 92.5.º LC [actual 281.5.º TRLC]. Y si comunica su crédito en cuanto subrogado en la posición y derecho que ocupaba el acreedor principal, por mérito de la subrogación operada *ex* artículo 1839 CC (que le convierte en titular del mismo crédito, con todas sus garantías y derechos accesorios), interviene el artículo 87.6 LC [actual 263.2 TRLC] impidiendo que la subrogación produzca, en el ámbito concursal, el efecto que reconoce la Ley sustantiva civil, e imponiendo así, a la postre, la calificación que corresponde a ese nuevo titular conforme a la aplicación del régimen concursal».

Conviene advertir que el supuesto de hecho de esta resolución venía referido a un préstamo hipotecario concedido por una entidad financiera a una sociedad mercantil que fue afianzado, entre otros sujetos, por dos socios que eran partícipes en su capital social en una proporción superior al 10%. Iniciado proceso de ejecución por el acreedor, los socios, que seguían ostentando dicha participación, adquirieron el crédito mediante cesión celebrada con él. Al declararse poco después el concurso de la mercantil, la administración concursal incluyó en la lista de acreedores el crédito adquirido por los socios con la calificación de subordinado, extremo que

¹⁰⁵ JUR\2020\128830.

impugnaron: su tesis a este respecto se cifraba en que el crédito cedido, al estar garantizado con hipoteca, gozaba de privilegio especial, sin que la normativa concursal consintiera su subordinación en tanto en cuanto la fecha determinante para la calificación había de serlo la del nacimiento del crédito, siendo así, de un lado, que en ese instante no había relación alguna entre acreedor (entidad financiera) y deudor (sociedad mercantil) que la justificara y, de otro, que los cesionarios (los actores) ostentaban los mismos derechos que el cedente. La Audiencia concluyó, obviamente, que los impugnantes tenían la condición de personas especialmente relacionadas con el concursado, y que, no siendo acreedor concursal la entidad prestamista, sino los propios actores, el crédito necesariamente debía clasificarse por relación a ellos; en resumen, al ostentar aquella especial relación al instante del surgimiento de su posición acreedora (es decir, al momento de la cesión) no podía por menos que sostenerse su carácter subordinado. Pues bien, a juicio de la Sala, este resultado no podría eludirse ni aun por la vía del artículo 1839 CC, *al impedir la normativa concursal* (en el referido precepto: art. 87.6 LC –263.2 TRLC–) *que pudieran ejercitar el crédito privilegiado especial en el que se habrían subrogado a tenor de «la Ley sustantiva civil»*.

A estas alturas, el lector ya sabe que, en nuestra opinión, los fiadores del litigio no gozaban de ningún modo, *de acuerdo con la norma sustantiva civil*, del beneficio de la subrogación, pues, al serlo *in rem suam*, no estaban amparados por el artículo 1839 CC, sin que tampoco pudieran obtener la ventaja que representaba la hipoteca que garantizaba el préstamo a través de una sedicente «cesión» crediticia de todo punto equiparable a una subrogación convencional al impedirlo el artículo 1159 CC¹⁰⁶. Aún más: aquellos ni siquiera disponían de la acción de reembolso del artículo 1838 CC, sino exclusivamente de la de repetición del 1158.III CC, esto es, un crédito ordinario de extensión circunscrita al efectivo enriquecimiento insuflado a la mercantil deudora o, lo que es igual, ceñido a *«aquello en que le hubiera sido útil el pago»*, crédito que, en el ámbito concursal, había de calificarse incontestablemente como subordinado.

Mas sea lo que fuere de lo anterior, lo que ahora procede preguntarse es si la lectura de la Audiencia acerca del sentido de la regla de reclasificación *ex* artículo 263.2.II TRLC es correcta, en cuyo caso el legislador concursal estaría indicando –contra lo que hemos sostenido en páginas anteriores– que, en efecto, la subroga-

¹⁰⁶ Recuérdense el sentido que en este trabajo se ha dado a dicho precepto: *vid.* epígrafe II.4.2.

ción del fiador *solvens* lo es en el crédito pagado; o si, por el contrario, es factible proponer una interpretación de la norma acorde con la (a nuestro entender) auténtica naturaleza del fenómeno subrogatorio, consistente en el simple «aprovechamiento» por parte del garante *solvens* de los accesorios del crédito saldado y extinto tras el pago al objeto de dotar de mayor seguridad a su propio crédito de reembolso frente al deudor.

Ciertamente, la letra del antiguo artículo 87.6 LC 2003 resultaba despistante a este respecto, puesto que, tras sentar la regla de reconocimiento del crédito asegurado que hoy también se lee en el artículo 263.2.I TRLC («Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador»), pasaba a establecer la de calificación menos gravosa (o conforme al grado inferior) una vez producida «la subrogación por pago» por parte del fiador. Sin embargo, esta redacción fue alterada deliberadamente (es de suponer) en el TRLC, que, nótese bien, ha cambiado el giro y ha pasado a establecer literalmente que la administración concursal procederá a la susodicha reclasificación «[u]na vez realizado el pago, con subrogación del fiador en la posición jurídica del acreedor afianzado».

Leída con detenimiento, la norma contenida en el artículo 87.6 LC resultaba anfibológica, pues si, de un lado, utilizaba en su primera parte el término «sustitución» en lugar de «subrogación» (vocablos que no son sinónimos en absoluto), de otro, al imponer la recalificación del crédito una vez acaecida la «subrogación por pago», en alguna forma venía a contradecir la idea de que esta conlleve la subsistencia, tal cual, de la relación obligacional anterior; y es que si, por hipótesis, el fenómeno subrogatorio no supone alteración alguna en la misma, salvo en lo atinente a la titularidad del crédito, devenía tarea ardua comprender el sentido de aquella solución en la perspectiva de la tesis «dualista»; ¿no estaría, en verdad, el legislador concursal expresándose incorrectamente al aludir a la subrogación?; ¿no querría, antes bien, referirse al derecho de reembolso, un derecho nuevo y por ende (este sí) susceptible de nueva y distinta calificación?¹⁰⁷.

En nuestra opinión, todas estas dudas han quedado despejadas con la nueva redacción dada a la norma, pues lo que se dice ahora en ella, para evitar equívocos, no es que la reclasificación haya de realizarse «[s]iempre que se produzca la subrogación por pago», sino «[u]na vez realizado el pago, con subrogación en la posición jurídica del acreedor afianzado»; es decir, lo que los redactores del

¹⁰⁷ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADCo.*, 2018, p. 48.

Texto Refundido han querido dejar claro con este nuevo giro es que, cuando tenga lugar un pago postconcurzal por parte del fiador, lo que habrá es, no una subrogación en el crédito satisfecho, sino una *sustitución* del acreedor originario por el fiador en la masa pasiva (primer párrafo) con la consiguiente *subrogación* de este en la posición jurídica de aquel dentro del concurso (segundo párrafo). De ahí que la administración concursal deba proceder a sustituir al acreedor inicial e incluir en su lugar en la lista de acreedores *el crédito de reembolso o de repetición* que corresponda al garante *solvens*, aunque no con la calificación que le resultaría propia, sino con la que tenga inferior grado de entre las que competan a uno y otro sujeto; y de ahí también que dicho crédito de regreso *jamás pueda ser considerado como un crédito contra la masa*¹⁰⁸. En otras palabras: el precepto en cuestión no dice que el pago postconcurzal hecho por el fiador dé lugar a su subrogación en el crédito pagado, sino a su subrogación en la posición jurídica que el acreedor satisfecho ostentaba dentro del procedimiento concursal, con la consecuencia de que este («*el titular del crédito*») será «sustituido» en él por el garante. Todo ello, por supuesto, en coherencia con lo establecido en el artículo 310.2.2.º TRLC.

Ciertamente, el apartado primero de este precepto, cuando se ocupa de la posible sustitución del acreedor inicial y de la confección de la lista definitiva de acreedores, dice textualmente que tal cambio puede tener lugar, «*bien por adquisición del crédito, bien por subrogación en la titularidad del mismo*». Sin embargo, la norma no constituye un contraargumento atendible, ya por su carácter incidental, ya porque no aborda específicamente la sustitución del acreedor inicial por el fiador *solvens*, la cual se regula en el ordinal tercero del apartado segundo de este artículo 310 TRLC. En cualquier caso, el valor hermenéutico conferible a esta locución aislada de la ley concursal (subrogación en la «*titularidad*» del crédito) *no podría ser distinto al que en este trabajo se ha asignado al artículo 1212 CC*.

Esta última idea también es extensible a la expresión «*sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador*» utilizada por el párrafo primero del artículo 263.2 TRLC

¹⁰⁸ Es, por tanto, la propia norma concursal en análisis la que *expresamente* proscribire semejante posibilidad, sin que sea en absoluto necesario (sino más bien erróneo) recurrir a la tesis «dualista» para desecharla, como hace la STS de 16 enero 2020 (RJ 2020/814), en cuyo FJ 5.º se asevera que el pago postconcurzal del fiador «*le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito, que seguirá siendo concursal, sin que el hecho de gozar el fiador, no sólo de la acción subrogatoria (art. 1839 CC), sino también de la de reembolso (art. 1838 CC), permita concluir que la obligación frente al deudor nació con el pago posterior a la declaración de concurso y por ello su crédito es contra la masa. En todo caso, el fiador que paga con posterioridad a la declaración de concurso del deudor, se subroga en la titularidad del crédito, que mantiene la consideración de concursal*». Se muestra conforme con esta tesis jurisprudencial BLANCO GARCÍA-LOMAS, 2021, pp. 1769, 1770 y 1783; se hace eco de ella MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, 2021, p. 1408.

si es que la misma desea leerse en el sentido de «sustitución en la titularidad del crédito pagado» en lugar de ver en ella (como también es posible) un circunloquio utilizado por el redactor de la norma a fin de evitar la reiteración de la palabra «acreedor».

En consecuencia, no existe, en nuestra opinión, contradicción entre el TRLC y el Código civil en lo que hace a la naturaleza del fenómeno subrogatorio, ni tampoco en lo que atañe a los remedios de los que dispone el garante personal *solvens* frente al deudor afianzado: el derecho que ejercita en el seno del concurso no es el crédito del que era titular el acreedor asegurado ya satisfecho (extinto por el pago), sino *su* propio derecho de reembolso *ex* artículo 1838 CC o *su* propio derecho de repetición *ex* artículo 1158.III CC, con subrogación, en el primer caso, en los privilegios y garantías del crédito pagado si fuera merecedor del beneficio previsto en el 1839 CC (en conexión con los 1207, 1210 y 1212 CC). Ahora bien, que efectivamente pueda hacer uso de tales accesorios en el seno del concurso depende, además, en última instancia, de la regla de reclasificación contenida en el párrafo segundo del artículo 263.2 TRLC.

2. LA CLASIFICACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DE REGRESO DEL FIADOR *SOLVENS*

En realidad, si bien se observa, el sujeto en el que piensa preferentemente el artículo 263.2 TRLC es en el acreedor asegurado, pues es respecto de su crédito (afianzado) que dispone que será reconocido en el concurso por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de que la administración concursal proceda a su sustitución en caso de pago por el fiador. En el ínterin, según la jurisprudencia, el crédito de regreso del garante personal podrá ser insinuado como contingente (con las limitaciones enumeradas en el artículo 261.3 TRLC), si bien su calificación no se efectuará hasta tanto no se ejecute la garantía¹⁰⁹.

Por tanto, es una vez satisfecha la deuda por el garante que ha de clasificarse su crédito conforme a las reglas legales, y más concretamente de acuerdo con lo establecido en los artículos 263.2 y 310.2.3.º TRLC, los cuales, recuérdese, imponen a la administración concursal la obligación de optar por aquella clasificación que tenga un inferior grado de entre las que correspondan a acreedor y fiador.

¹⁰⁹ SSTS de 8 junio 2020 (RJ 2020/1570) y 15 marzo 2022 (RJ 2022/1178).

De acuerdo con esta idea, es obvio que la calificación de un crédito como subordinado, al ser más favorable para el resto de acreedores del deudor concursado que su calificación como ordinario, deberá reputarse «inferior» a esta última, del mismo modo que su calificación como ordinario será «inferior» a su calificación como privilegiado. En cualquier caso, esta «calificación de inferior grado» ha de decidirse entre las que competan al acreedor afianzado y al garante personal *solvens*, de forma que, *entendida la norma literalmente*, la disyuntiva se planteará siempre que la calificación del crédito asegurado, por un lado, y la del crédito de regreso del fiador, por otro, sean diferentes.

Esta parece ser la interpretación preferida por la jurisprudencia, que ha sostenido, por ejemplo, que, siendo el del acreedor un crédito ordinario, el del fiador habrá de calificarse como tal aunque su derecho de regreso goce de un privilegio general por tratarse de un ente público (Gobierno Vasco), pues si bien debe reconocerse en su favor en el concurso «el importe del crédito satisfecho y respecto del que se subroga», su clasificación queda sujeta a la citada regla concursal: así, aun cuando no se discuta la calificación correspondiente a acreedor (ordinario) y fiador (privilegiado con privilegio general), comoquiera que, «[d]e entre estas dos clasificaciones, la menos gravosa para el concurso es la primera [...], en aplicación del artículo 87.6 LC, debía optarse por ella y clasificar el crédito del Gobierno Vasco de crédito ordinario» (STS de 23 mayo 2018¹¹⁰). Del mismo modo, el crédito del fiador a recuperar lo pagado a la entidad prestamista antes de la declaración de concurso por los intereses derivados del préstamo, al tener la consideración de subordinado por razones objetivas (art. 92.3.º LC; art. 281.1.3.º TRLC), debe calificarse como tal aunque realmente aquel merezca la consideración de ordinario y forme parte de su derecho de reembolso *ex* artículo 1838 CC, ya que, por lo que hace a este particular extremo, esta última acción tiene (al parecer) un alcance subrogatorio (STS de 25 mayo 2012¹¹¹). Esta tesis solo ha sido abandonada por el Alto Tribunal en relación a las contragarantías concertadas entre fiador y deudor concursado a fin de asegurar el derecho de regreso del primero, pues, aun cuando en este caso difiera la

¹¹⁰ RJ 2018/2138.

¹¹¹ RJ 2012/6543. Lo que literalmente afirma esta sentencia (FJ 11.º) es que la fiadora recurrente, «al cumplir la deuda de la prestataria, adquirió contra ésta el derecho a lo que establece el artículo 1838 CC. Pero en el ejercicio de la acción de reembolso «por la cantidad total de la deuda» se subrogó en la posición de la acreedora. Y, al haber sido declarada en concurso la deudora, su crédito a recuperar lo que pagó a la prestamista por los intereses derivados del préstamo, tiene la consideración de subordinado, por las razones objetivas y de origen que resultan de la regla tercera del artículo 92 de la Ley 22/2003 y han sido expuestas».

calificación entre crédito satisfecho (ordinario) y crédito de reembolso (privilegiado con privilegio especial), comoquiera que tal divergencia no obedece ni a la naturaleza del crédito afianzado ni a la consideración subjetiva del fiador, sino a la contragarantía real (hipoteca) concertada entre ambas partes, la constitución de esta «no se debe ver afectada por la regla del artículo 87.6 LC»: «Esta garantía no cubriría el crédito de los acreedores financieros garantizados por la fianza, sino que se constituyó por el deudor principal y a favor del fiador para garantizar las consecuencias de la ejecución de la fianza» (STS de 8 junio 2020)¹¹².

Sin embargo, esta intelección literal de la norma no es, a nuestro juicio, acertada en la medida en que puede conducir a una *injustificada proscripción del beneficio de la subrogación* cuando el fiador-gestor realice un pago postconcursal, ya que si, en efecto, este no tuvo la precaución de procurarse alguna contragarantía del deudor asegurado, cuando su crédito de reembolso tenga la consideración de ordinario perderá sistemáticamente y sin remedio alguno toda posibilidad de acceso a los privilegios generales o especiales de los que gozaba el acreedor satisfecho.

A este respecto, conviene tener presente que, en estas hipótesis, la diferente clasificación del crédito afianzado proviene de una cualidad *intrínseca* suya, cualidad (ya derive de una garantía real, ya de un privilegio) que bien pudo ser tomada en consideración por el fiador al instante de salir como tal por estimar que le proporcionaba suficiente abrigo (al modo de una «contragarantía») en el ejercicio de su derecho de regreso frente al deudor. Vistas las cosas desde esta perspectiva, imponer al garante *solvens* la calificación de su crédito de reembolso como ordinario con pérdida, verbigracia, de la hipoteca otorgada por el deudor en seguridad del crédito afianzado con base únicamente en la literalidad del artículo 263.2

¹¹² RJ 2020/1570.

La conclusión del TS parece haber sido refrendada por el nuevo artículo 492.2 TRLC introducido por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ya que en él se establece que, si bien el crédito de regreso del fiador ha de quedar afectado por la eventual exoneración del pasivo insatisfecho obtenida por el deudor concursado «*en las mismas condiciones que el crédito principal*», habrá de ser tratado como crédito garantizado en caso de que goce de garantía real.

Apréciase, en cualquier caso, la incoherencia que la conclusión del Alto Tribunal guarda con su propia tesis acerca de la naturaleza de la subrogación y el sentido del artículo 263.2 TRLC: si por medio del pago postconcursal el fiador no hace otra cosa que subrogarse en la titularidad del crédito pagado, ¿cómo se explica que para recuperar lo abonado por el deudor pueda ejecutar una garantía real por completo extraña a este? ¿No es (*vid. nota 108*) que el pago postconcursal por el garante únicamente le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito concursal con base en el artículo 263.2 TRLC y que el hecho de gozar, no solo de la acción subrogatoria, sino también de la de reembolso, no supone que la obligación frente al deudor haya nacido con ese pago posterior a la declaración de concurso?

TRLC entrañaría una palmaria contradicción con la (lógica) excepción sentada por el Tribunal Supremo en la última de las resoluciones citadas y el sentido del artículo 1852 CC. Aún más cuando se repara en el hecho de que, de la subsistencia del privilegio, *no deriva perjuicio alguno para el resto de acreedores*; por el contrario, es su supresión lo que les conferiría una ventaja injusta¹¹³.

Es por ello que ha de compartirse la idea de que la regla de la reclasificación conforme al «inferior grado» debe reservarse para los supuestos en que la diferente calificación provenga de una cualidad *extrínseca* a ambos créditos que sea *indisponible* por los interesados y, más concretamente, para aquellas hipótesis en que, bien el acreedor, bien el fiador, ostenten la condición de acreedores subordinados por tratarse de personas especialmente relacionadas con el deudor¹¹⁴. Así, aunque el fiador-gestor *solvens* merezca el beneficio de la subrogación y, por tanto, el aprovechamiento de los accesorios que acompañen al crédito pagado en refuerzo de su derecho de regreso conforme a lo establecido en los artículos 1839 y 1212 CC, no podrá hacer uso de los mismos en el seno del concurso si reviste aquella condición, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 302 TRLC¹¹⁵; y así será aunque el acreedor satisfecho sea efectivamente un acreedor privilegiado, pues la administración concursal, tras el pago por el fiador, habrá de optar por la clasificación de inferior grado de entre las correspondientes a ambos¹¹⁶. En este sentido, conviene destacar cómo nuestro Código civil se encargó hace ya mucho tiempo de impedir el acceso a la subrogación a algunos de los sujetos enumerados en los artículos 282 y 283 TRLC

¹¹³ Tal y como apunta PERDICES HUETOS, 2005, pp. 97 y 98, «todo crédito ordinario tiene la posibilidad de convertirse en singularmente privilegiado si así se pacta antes de la apertura del concurso. Basta en ese sentido que acreedor y deudor así lo quieran y lo aseguren con una garantía real. Ante ello, el resto de acreedores, que igualmente están en disposición de hacer lo propio con sus créditos, deben soportar esa seguridad añadida, que les será sin duda onerosa pero que tienen que soportar. Abundando en ello, si un fiador ordinario garantiza la posición de un acreedor con garantía real, aquél, en el fondo, está contemplando y contratando indirectamente esa garantía (arts. 1839 y 1852 CC), sin que el resto de acreedores tampoco vean injustamente agravada en absoluto su posición por el hecho de que se pacte esa garantía personal adicional. En el fondo, garantizando a un acreedor con una garantía real, el fiador está contratando por vía indirecta una contragarantía frente al deudor».

¹¹⁴ PERDICES HUETOS, 2005, pp. 80 y ss.

¹¹⁵ Nótese que las previsiones de esta norma no convierten en superfluas o en meramente «declarativas» las del 263.2 TRLC cuando se trata de fiador especialmente relacionado con el deudor, puesto que este último precepto tiene la virtualidad de aclarar que las garantías a «cancelar» no son solo las «contragarantías» pactadas para asegurar específicamente su derecho de regreso (únicas en las que piensa el 302 TRLC), sino también aquellas a las que pudiera acceder por mor del beneficio de la subrogación conforme al régimen sustantivo contenido en el Código civil.

¹¹⁶ Sería el caso, por ejemplo, del padre que salió fiador del préstamo hipotecario del hijo concursado para la adquisición de su vivienda habitual por mandato de este y que pagó la deuda a la entidad prestamista.

por tratarse, en su caso, de fiadores *in rem suam*. Pero, ciertamente, esta solución no es enteramente coincidente con la de la Ley Concursal, ya por el círculo de personas afectadas (mucho más amplio en esta última), ya por el objetivo perseguido: lo que pretende el TRLC no es solo que los sujetos enumerados en los citados preceptos no tengan acceso a las garantías y privilegios del crédito afianzado, sino que, además, cobren su crédito de regreso en el concurso (ya se trate de verdadero reembolso –art. 1838 CC–, ya de mera repetición –art. 1158.III CC–) de forma postergada y en último lugar. Eso sí, el fundamento de la solución adoptada en uno y otro cuerpo legal es, en algunos supuestos, el mismo, a saber, evitar un injusto desplazamiento de la carga que representa la insolvencia del deudor desde aquellos acreedores que hayan ostentado un cierto grado de control sobre la conducta de este (los denominados «*insiders*») hacia los demás¹¹⁷.

Por otro lado, téngase en cuenta que la regla de la clasificación conforme al grado inferior también deberá ser aplicada cuando sea el acreedor afianzado quien ostente la condición de subordinado, siendo por su parte el garante personal ordinario o privilegiado (por disfrutar de una contragarantía), de forma que el crédito de regreso de este pasará a ostentar dicho carácter subordinado. Y no solo porque así lo ordene el artículo 263.2 TRLC, sino porque, de lo contrario, los acreedores del deudor concursado podrían resultar perjudicados; perjuicio que, con mayor exactitud, sufrirían si, abonada la deuda por el fiador fuera del concurso, este pudiera insinuar su crédito de regreso como ordinario o privilegiado cuando el

¹¹⁷ Es esta la razón por la que el crédito de regreso de los socios fiadores debe reputarse subordinado en el seno del concurso aun cuando el pago de la deuda avalada lo hayan hecho tras la pérdida de la condición de socios, sin que sea necesario en absoluto recurrir a la equivocada tesis «dualista» para sostener semejante conclusión. Así lo hizo, sin embargo, la STS de 3 febrero 2020 (RJ 2020/125) para desestimar el recurso de casación interpuesto por los fiadores y contradecir el argumento por ellos esgrimido de que, como la acción que habían ejercitado era la de «reembolso» (*recte*: repetición) y no la subrogatoria (a la que, según nuestra opinión, tampoco tendrían derecho), su crédito de regreso no podía reputarse subordinado, ya que nació con el pago de la deuda asegurada (es decir, cuando ya no eran socios). Para rebatir esta idea, el Alto Tribunal, con apoyo en la STS de 16 enero 2020 (RJ 2020/814), aseveró (FJ 4.º) que el derecho del garante a «reclamar de la sociedad deudora lo pagado no es propiamente una nueva deuda social, sino una modificación subjetiva de la obligación originaria, un cambio de acreedor. Esto que resulta muy claro en el caso de la acción subrogatoria del artículo 1839 CC, también lo sería cuando en la acción de reembolso se reclama la deuda satisfecha por el fiador y los intereses (ordinales 1.º y 2.º del art. 1838 CC). De este modo, en un caso como el presente, para clasificar el crédito de reembolso de la deuda social satisfecha por el fiador, y, en concreto, para comprobar si el fiador era persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, por ser socio de la concursada con una participación superior al 10% de capital social, el momento relevante es aquel en que se afianzó el crédito. Se entiende, a estos efectos, que el crédito cuya clasificación es objeto de impugnación nació con el afianzamiento y no más tarde con el pago del crédito afianzado. Lo relevante es que los fiadores demandantes, cuando asumieron la fianza, se hallaban en esa situación descrita por el artículo 93.2.1.º LC».

crédito principal debería haber sido subordinado. Dicho de otro modo: el objetivo que persigue en este punto la norma es impedir que un acreedor que habría sido subordinado en el concurso obtenga del garante personal el pago íntegro de su crédito y que este a su vez insinúe en él su derecho de regreso por el total abonado en condición de ordinario o privilegiado, en daño del resto de la masa pasiva¹¹⁸.

Una última cuestión: comoquiera que lo que ejercita en el concurso el fiador *solvens* es su derecho de regreso (tal y como reconoce el artículo 492.2 TRLC), este tendrá la extensión que determina el Código, de modo que, si salió como tal contra la prohibición del deudor o para gestionar su egoísta interés, solo podrá reclamar el importe pagado al acreedor abstracción hecha de su propio empobrecimiento, y sin derecho, entonces, a los intereses por las cantidades anticipadas ni a que le sean indemnizados cualesquiera otros perjuicios que hubiera podido sufrir (art. 1158.III CC). En cambio, el crédito del fiador-gestor tendrá la amplitud y abarcará las partidas que aparecen mencionadas en el artículo 1838 CC, para cuyo cobro podrá usar (a salvo las hipótesis vistas de subordinación) las garantías y privilegios del crédito pagado en la misma medida en que pudiera haberlo hecho el acreedor afianzado. Ahora bien, los intereses legales de las cantidades anticipadas (art. 1838.2.º CC) y muy probablemente también, por analogía *iuris*, el importe debido al fiador en concepto de gastos y daños (art. 1838.3.º y 4.º CC), han de considerarse créditos subordinados *ex* artículo 281.1.3.º TRLC¹¹⁹. No así, por contra, los intereses remuneratorios y moratorios generados por el crédito afianzado que el garante abonó al acreedor, puesto que estos integran el concepto «cantidad total de la deuda» del artículo 1838.1.º CC, salvo que se entienda, como hace el Tribunal Supre-

¹¹⁸ PERDICES HUETOS, 2005, pp. 91 y 92, quien ilustra la cuestión con el siguiente ejemplo: «una sociedad matriz concede un crédito a la filial, con un aval bancario garantizado con prenda de valores. Concursada la sociedad filial, la matriz, que en el concurso vio su crédito calificado como subordinado, ejecuta el aval, recupera la totalidad del préstamo y el avalista, por la vía de un reembolso suspensivamente condicionado (art. 1838 CC), se presenta en el concurso con un crédito por la totalidad y, además, no sólo ordinario, sino singularmente privilegiado. *Admitir en tal caso el reembolso del fiador ordinario que avala a un subordinado sería, a nuestro juicio, una forma fácil de defraudar las reglas de subordinación subjetiva.* En definitiva, eso equivaldría de hecho a permitir al acreedor especialmente relacionado con el deudor, mediante el coste a que ascendiese la constitución de la garantía, a ponerse a salvo de las consecuencias de su subordinación concursal, y ello a costa de cargar sobre el resto de acreedores con la presencia de un acreedor vicario –el fiador– con rango ordinario o en su caso singularmente privilegiado. Eso, eliminar la subordinación, parece sin duda el único motivo por el que dos personas especialmente relacionadas pueden acordar recurrir a un tercero como garante de su relación jurídica» (énfasis del autor).

¹¹⁹ Además, para que el fiador pueda reclamar tales partidas, parece requisito necesario la previa insinuación de su crédito de regreso como contingente, posibilidad admitida por la jurisprudencia (*vid.* nota 109).

mo, que la suspensión del devengo de intereses en caso de concurso del deudor principal (art. 152 TRLC) conlleva, como consecuencia del carácter accesorio de la fianza (art. 1826 CC), que los mismos tampoco sean exigibles al fiador, «[c]on el efecto reflejo de que si, por las razones que sean [...] el fiador hubiera pagado al acreedor estos intereses, no puede reclamarlos al deudor principal» (STS de 8 junio 2020¹²⁰). Dígase lo mismo, por supuesto, del garante que solo cuente con la acción de repetición del artículo 1158.III CC. Esta doctrina, aceptable para los pagos postconcursoales, no lo es en absoluto para los hechos antes de la declaración de concurso y, en ese sentido, no puede compartirse el criterio de la anteriormente mencionada STS de 25 de mayo de 2012¹²¹.

¹²⁰ RJ 2020/1570. A diferencia de lo señalado en la nota anterior en cuanto a los intereses, gastos y daños, no tiene sentido exigir, respecto de esta partida («cantidad total de la deuda»), la previa insinuación del crédito de regreso del fiador como contingente, ya que a este le «aprovecha» la comunicación que el acreedor asegurado haga del crédito afianzado: una vez incluido en la lista de acreedores, constará al tiempo en el concurso la existencia de la fianza y, por tanto, el eventual derecho de regreso del fiador (arts. 258.1 y 263.2 TRLC), derecho que, en la mente del legislador, no es más que un trasunto de aquel (*vid.*, de nuevo, art. 492.2 TRLC). En consecuencia, aunque se defienda, como se hace en este trabajo, que lo que hace valer el garante en el concurso es siempre su propio crédito de reembolso o de repetición (y no el del acreedor garantizado, extinto tras el pago postconcursoal), carece en absoluto de sentido plantearse la existencia de un hipotético problema de tardío reconocimiento del mismo en ausencia de insinuación previa.

Desde una visión «dualista» de la subrogación, se ha afirmado que, en el concurso, «no pueden concurrir el crédito de regreso del fiador y el crédito principal ya que son pretensiones idénticas. El TRLC establece el mejor derecho del acreedor principal a la hora del reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor, porque se trata de un crédito actual y no meramente contingente, como, en su caso, sería el crédito de regreso de quien todavía no hubiera pagado al acreedor. El crédito de regreso del fiador no podrá ser reconocido mientras concorra al concurso el crédito principal, pero sí podrá participar en el procedimiento en caso de subrogación en el crédito principal previa satisfacción del mismo» (SACRISTÁN BERGIA, 2020, pp. 1308 y 1309).

Con apoyo en la idea de que lo que hay en los casos de pago postconcursoal por el fiador es solo un cambio en la titularidad del crédito afianzado en virtud de la subrogación, BLANCO GARCÍA-LOMAS, 2021, p. 1769, considera que el derecho de reembolso del garante es (¿siempre?) un crédito concursual no concurrente: a su entender, el pago que lo origina no supone el cumplimiento de ninguna contingencia, de modo que no cabe acudir al procedimiento de modificación de la lista de acreedores para incluirlo en lugar del asegurado. Así, de acuerdo con la doctrina de la STS de 16 noviembre 2016 (RJ 2016/5198), dicho crédito de reembolso únicamente podrá ser satisfecho «una vez concluido el concurso, ya sea con el remanente de la liquidación o con los nuevos bienes que pudieran entrar en el patrimonio del concursado una vez concluida la liquidación y con ella el concurso (art. 178 LC), o, en caso de convenio, una vez declarado el cumplimiento del mismo, si bien en tal caso el crédito sufrirá las quitas acordadas en el convenio (art. 134.1 LC)».

¹²¹ RJ 2012/6543. Según relata el FJ 1.º de la sentencia, en la tramitación del concurso de una sociedad mercantil se planteó la controversia sobre si merecía ser calificado como ordinario o como subordinado el crédito contra la concursada del que era titular la fiadora por los intereses abonados a la entidad prestamista antes de su declaración. La administración concursual había calificado este crédito como subordinado con base en el artículo 92 LC 2003, mientras que la garante pretendía que se clasificara como ordinario. A tal fin alegaba, con razón, que, si bien estaba conforme con que se clasificara como subordinado el derecho a los intereses generados por la deuda de regreso, no lo estaba con que tuviera esa condición su derecho a la suma que, por la totalidad de lo debido por la prestataria y afianzada en concepto tanto de principal, como de intereses, había previamente abonado a la acreedora afianzada,

3. EL DERECHO DE REGRESO DEL FIADOR EN CASO DE PAGO PARCIAL

Existen dos disposiciones dentro del TRLC que hacen referencia al derecho de regreso del fiador en una hipótesis singular, a saber, aquella en que este haya efectuado un pago parcial de la deuda asegurada antes de la declaración de concurso, y que tienen por objeto introducir sendas reglas especiales: una primera en relación a la comunicación de créditos (art. 264 TRLC); otra segunda atinente a la fase de liquidación (art. 437 TRLC).

En virtud de la primera se establece que el acreedor afianzado que haya recibido un pago parcial de su garante personal puede solicitar a la administración concursal que incluya en su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por «reembolso», corresponda al fiador que ha pagado en parte, incluso aun cuando este no haya comunicado su crédito o haya hecho remisión de la deuda.

En virtud de la segunda regla, en cambio, se reconoce a ese acreedor satisfecho parcialmente antes de la declaración de concurso el derecho a obtener en él el pago correspondiente al fiador, si bien hasta el límite de su propio crédito, ya que, obviamente, no podría pretender cobrar por esta vía más de aquello que le es debido.

Como bien puede observarse, las soluciones sentadas por ambas normas son en cierto modo contradictorias con lo que dictaría una lógica intuitiva, ya que esta podría hacer pensar que, en tales supuestos de pago parcial, deberían ser ambos sujetos los que concurrían en el concurso: el acreedor, por la parte que le falta por cobrar, y el fiador, por su crédito de regreso. Sin embargo, no es tal la regulación dispuesta por el TRLC, la cual adjudica al *solvens* una posición relegada y subordinada en el concurso respecto a la propia del acreedor garantizado.

Aunque la primera de las facultades reconocidas al acreedor (es decir, la prevista en el art. 264 TRLC) va mucho más allá del reconocimiento de una mera preferencia, la doctrina ha querido ver en el artículo 1213 CC la fuente de inspiración de ambas reglas concursales, de suerte que tanto una como otra vendrían a ser una duplicación

con base en la idea de que los intereses satisfechos a esta última y derivados del préstamo afianzado no conformaban ya un crédito accesorio, sino que, con el pago, pasaron a ser objeto del derecho principal del que era titular. La respuesta del TS a esta alegación es ya sabida (FJ 3.º): la calificación de este crédito como subordinado «se debe a razones objetivas y no se altera por el hecho de que la correlativa deuda haya sido pagada por el fiador, dado el alcance subrogatorio que el artículo 1839 del Código civil atribuye a la acción de reembolso que, en cuanto a la cantidad total de la deuda, le reconoce el artículo 1838, ordinal primero del mismo Código, en caso de haber pagado».

o un trasunto del principio *nemo subrogat contra se* recogido en aquel precepto del Código¹²². Sin embargo, tal y como ha habido oportunidad de comprobar en este trabajo, la preferencia que el artículo 1213 CC atribuye al acreedor parcialmente satisfecho se constriñe, en realidad, única y exclusivamente a los privilegios y garantías que acompañen al crédito afianzado, y ello con el objetivo de que aquel pueda seguir disfrutando con prioridad del abrigo que las mismas le venían proporcionando incluso frente al subrogado. Para ilustrar esta idea, se pondrá otro ejemplo distinto al que ya se utilizó en su momento, referido esta vez al fiador *prohibente debitore* (aunque también podría pensarse, si así se prefiere, en el que lo es *in rem suam*): este garante, conforme al régimen establecido en los artículos 1210, 1838 y 1839 CC, no goza del beneficio de la subrogación, puesto que, al haberse inmiscuido en una esfera jurídica ajena en contra del veto del *dominus negotii*, el legislador le deniega el acceso oblicuo que, a ella, obtendría a través de dicho efecto, reconociéndole frente al deudor solamente una acción de repetición por el enriquecimiento (la contemplada en el art. 1158.III CC). Si, por hipótesis, el crédito afianzado y parcialmente satisfecho fuera puramente ordinario al no venir acompañado de ningún privilegio o garantía real, la aplicación del artículo 1213 conduciría a un sorprendente y paradójico resultado si se considerara que la subrogación lo es en el crédito parcialmente pagado: en efecto, mientras que el fiador-gestor con derecho a subrogación debería esperar a que al acreedor garantizado cobrase preferentemente con cargo al insuficiente patrimonio del deudor, el que salió como tal *prohibente debitore*, al no subrogarse, cobraría a prorrata con él. Flaco favor o nulo «beneficio» (más bien) sería entonces el que el legislador sustantivo estaría concediendo al fiador que salió por mandato del obligado o con la intención de gestionar el interés de este. En resumen, el artículo 1213 CC viene a demostrar que tanto la subrogación como la preferencia adjudicada al acreedor en los casos de pago parcial lo son solo en los accesorios.

Por ello, si el deseo de los redactores del TRLC era el de trasponer el artículo 1213 CC al ámbito del concurso, la solución debería haber consistido, simplemente, en reconocer en favor del fiador-gestor que pagó parcialmente la deuda asegurada su subrogación en el privilegio general o especial propio del crédito en parte satisfecho (caso de existir), si bien que postergando la satisfacción de su crédito de regreso a la de este último una vez abierta la fase de liquidación.

¹²² CORDERO LOBATO, 2004, pp. 1035 y 1036; PERDICES HUETOS, 2005, p. 28; MARTÍN ARESTI, 2012, p. 1619; MONSERRAT VALERO, 2017, p. 450; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADCo.*, 2018, p. 42, nota 21; SIERRA NOGUERO, 2020, p. 1915; MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, 2021, p. 1410.

Nada de esto ha hecho el legislador concursal, quien, por el contrario, ha autorizado al acreedor principal a «apropiarse» del crédito de regreso del fiador aun en perjuicio de la masa pasiva, ya que puede solicitar su inclusión en su favor en la lista de acreedores aunque aquel no lo haya comunicado o aunque se haya extinguido por remisión del garante. En este sentido, parece evidente que las previsiones del artículo 264 TRLC no comportan una cesión en garantía del derecho de regreso del fiador en favor del acreedor, ni una suerte de ejercicio del mismo por vía subrogatoria (*ex art. 1111 CC*), sino que conllevan su simple inclusión en el concurso en beneficio del acreedor con carácter cautelar y a fin de asegurar que este pueda materializar la «expropiación» prevista en el artículo 437 TRLC. Del mismo modo, también resulta obvio que el acreedor solo podrá gozar de esta ventaja cuando el fiador *solvens* haya garantizado la deuda en su integridad, y no, en cambio, cuando se haya obligado a menos que el deudor principal (art. 1826.I CC) y haya pagado totalmente su obligación fideusoria. Pues la única razón que puede explicar la adopción de una solución como la expuesta es la de «sancionar» en algún modo al fiador que haya incumplido en parte su deuda frente al acreedor, de forma tal que se le impide cobrar su crédito de regreso en el seno del concurso hasta tanto este último no haya obtenido plena satisfacción de su derecho.

4. CONCLUSIONES

1. Los dos párrafos que integran el artículo 263.2 TRLC contienen, en lo que hace a los pagos postconcursoales por el fiador, sendas reglas plenamente compatibles con la naturaleza jurídica que la subrogación ostenta en el Código civil. Pues la consecuencia que en ellas se prevé para tales hipótesis no es la subrogación del garante en el crédito satisfecho, sino la simple *sustitución* del acreedor originario por el fiador en la masa pasiva (primer párrafo) con la consiguiente *subrogación* de este en la posición jurídica de aquel dentro del concurso (segundo párrafo). Así pues, una vez verificado el pago por el fiador, la administración concursal deberá proceder a sustituir al acreedor inicial e incluir en su lugar en la lista de acreedores *el crédito de reembolso o de repetición* de aquel, aunque no con la calificación que le resultaría propia, sino con la que tenga inferior grado de entre las que competan a uno y otro sujeto.

2. La regla de «reclasificación» del fiador *solvens* conforme al «inferior grado» de uno y otro crédito (el afianzado, por un lado, y el de regreso, por otro) contenida en el párrafo segundo del artículo 263.2 TRLC no debe aplicarse indiscriminadamente y en todo supuesto, ya que, entendida literalmente, podría conducir a una *injustificada proscripción del beneficio de la subrogación* reconocido por el Código civil al fiador-gestor. Por el contrario, se trata de una regla que debe reservarse para aquellas hipótesis en que la diferente calificación provenga de una cualidad *extrínseca* a ambos créditos e *indisponible* por los interesados, es decir, cuando, bien el acreedor, bien el fiador, ostenten la condición de acreedores subordinados por tratarse de personas especialmente relacionadas con el deudor.

3. Lo que ejercita en el concurso el fiador *solvens* es su derecho de regreso, el cual tendrá la extensión que determina el Código, de modo que, si salió como tal contra la prohibición del deudor o para gestionar su egoísta interés, solo podrá reclamar el importe pagado al acreedor abstracción hecha de su propio empobrecimiento (art. 1158.III CC). En cambio, el crédito del fiador-gestor abarcará las partidas mencionadas en el artículo 1838 CC, para cuyo cobro podrá usar (a salvo las hipótesis de subordinación) las garantías y privilegios del crédito pagado. Los intereses legales de las cantidades anticipadas (art. 1838.2.º CC) y, por analogía *iuris*, el importe debido al fiador en concepto de gastos y daños (art. 1838.3.º y 4.º CC), han de considerarse créditos subordinados *ex* artículo 281.1.3.º TRLC. No así, por contra, los intereses remuneratorios y moratorios generados por el crédito afianzado que el garante abonó al acreedor, ya que integran el concepto «cantidad total de la deuda» del artículo 1838.1.º CC, salvo que se entienda, con el Tribunal Supremo, que la suspensión del devengo de intereses en el concurso (art. 152 TRLC) conlleva, por el carácter accesorio de la fianza (art. 1826 CC), que los mismos tampoco sean exigibles al fiador.

4. Las disposiciones contenidas para los supuestos de pago parcial por el fiador en los artículos 264 y 437 TRLC no son un trasunto del artículo 1213 CC ni encuentran justificación en él, y solo se explican como «sanción» al fiador que, habiendo asegurado íntegramente la deuda, haya cumplido solo en parte.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, tomo II: *Derecho de obligaciones*, Madrid, 14.^a ed., 2011.
- ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz: *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993.
- ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: «Comentario a los artículos 1888 a 1894», en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ), tomo VI, Valencia, 2013, pp. 12878-12918.
- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «Comentario al artículo 310», en *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. por J. PULGAR), tomo I, Madrid, 2.^a ed., 2020, pp. 1487-1490.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Fianza, concurso y exoneración de deudas», *Anuario de Derecho Concursal*, 44, 2018, pp. 33-98.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, y VALLADARES RASCÓN, Etelvina: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XVI, vol. 1.^o: *Artículos 1156 a 1213 del Código civil*, Madrid, 2.^a ed., 1991.
- BLANCO GARCÍA-LOMAS, Leandro: «Comentario a los artículos 308 a 310», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral* (dir. por P. PRENDES y N. FACHAL), tomo I, Cizur Menor, 20201, pp. 1759-1787.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando: «La subrogación en el crédito», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.^o, Barcelona, 1993, pp. 979 y siguientes.
- CAÑIZARES LASO, Ana: *El pago con subrogación*, Madrid, 1996.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: voz «Subrogación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, pp. 6383 y ss.
- CASANOVAS MUSSONS, Anna: *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.
- CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, 4.^a ed., 2022.
- CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Recargas y novaciones hipotecarias*, Cizur Menor, 2020.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Comentario a los artículos 1838 y 1839», en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ), tomo VI, Valencia, 2013, pp. 12609-12631.
- COCA PAYERAS, Miguel: «Comentario a la sentencia de 16 de septiembre de 1988», *CCJC*, 1988, núm. 18, pp. 801-816.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Comentario al artículo 87», en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. por R. BERCOVITZ), vol. I, Madrid, pp. 1022-1038.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo II: *Las relaciones obligatorias*, 6.^a ed., Cizur Menor, 2008.
- FERNÁNDEZ VILLA, José: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Granada, 1999.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka: *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia, 2006.
- «Prenda de créditos dinerarios, garantías financieras, pacto comisorio y pacto marciano (o por qué el Código civil no reguló la prenda de créditos)», en *Asimetrías en el sistema español de garantías reales* (dir. por G. GALICIA), Cizur Menor, 2021 (a), pp. 203-277.
- «La venta en garantía en la jurisprudencia: simulación y anomalías causales», en *Asimetrías en el sistema español de garantías reales* (dir. por G. GALICIA), Cizur Menor, 2021 (b), pp. 37-78.
- *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Madrid, 2014.

- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852 (reed. facsímil, 1973).
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; KARRERA EGIALDE, Mikel: «El contrato de fianza», en *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (coord. por M. YZQUIERDO TOLSADA, J. M. ALMUDÍ CID, M. Á. MARTÍNEZ LAGO), tomo IX, Cizur Menor, 2014, pp. 285-373.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: «Comentario a los artículos 1838 y 1839», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pp. 203-225.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «La gestión de negocios sin mandato», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, pp. 245 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, AGUSTÍN, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.º, 3.ª ed. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Madrid, 2005.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, tomo XII, Madrid, 1973.
- MARTÍN ARESTI, Pilar: «Garantías personales», en *Enciclopedia de Derecho concursal* (dir. por E. BELTRÁN y J. A. GARCÍA-CRUCES), Cizur Menor, 2012, pp. 1605-1625.
- MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Francisco Javier: «Comentario a los artículos 261 a 264», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral* (dir. por P. PRENDES y N. FACHAL), tomo I, Cizur Menor, 2020, pp. 1398-1414.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Cizur Menor, 2017.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986.
- PERDICES HUETOS, Antonio B.: *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Madrid, 2005.
- PROVERA, Giuseppe: «Riflessioni sul beneficium cendendarum actionum», en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, tomo IV, Milán, 1983, pp. 609 y siguientes.
- REYES LÓPEZ, María José: «Algunas consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 CC», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 153-221.
- «Comentario a los artículos 1838 y 1839», en *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES, P. DE PABLO y R. VALPUESTA), vol. IV, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, pp. 1143-1149.
- ROJO, Ángel: «La calificación de los créditos concursales con garantía personal», *Anuario de Derecho Concursal*, 7, 2006, pp. 517-540.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando: «Comentario al artículo 263», en *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. por J. PULGAR), tomo I, Madrid, 2.ª ed., 2020, pp. 1307-1310.
- SÁNCHEZ JORDÁN, Elena: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000.
- «Comentario a los artículos 1893 y 1894», en *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES, P. DE PABLO y R. VALPUESTA), vol. IV, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, pp. 1325-1333.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: «Comentario al artículo 437», en *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. por J. PULGAR), tomo I, Madrid, 2.ª ed., 2020, pp. 1913-1917.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Notas sobre la subrogación personal», *Revista de Derecho privado*, 1985, pp. 491 y siguientes.
- VITERI ZUBIA, Ibon: *El pago anticipado en las obligaciones a plazo*, Valencia, 2013.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 14 noviembre 1981 (RJ 1981/4510).
STS de 8 mayo 1984 (RJ 1984/2399).
STS de 29 mayo 1984 (RJ 1984/2804).
STS de 11 junio 1984 (RJ 1984/3227).
STS de 30 septiembre 1987 (RJ 1987/6455).
STS de 13 febrero 1988 (RJ 1988/1985).
STS de 16 septiembre 1988 (RJ 1998/ 6693).
STS de 2 diciembre 1988 (RJ 1988/9287).
STS de 23 octubre 1991 (RJ 1991/7484).
STS de 25 junio 1992 (RJ 1992/5474).
STS de 24 julio 1996 (RJ 1996/6054).
STS de 15 diciembre 1997 (RJ 1997/8817).
STS de 30 diciembre 1997 (RJ 1997/9667).
STS de 3 julio 1998 (RJ 1998/5213).
STS de 18 noviembre 1998 (RJ 1998/8412).
STS de 5 marzo 2001 (RJ 2001/2564).
STS de 3 junio 2002 (RJ 2002/4723).
STS de 31 marzo 2003 (RJ 2003/2836).
STS de 12 abril 2004 (RJ 2004/2054).
STS de 3 febrero 2009 (RJ 2009/1361).
STS de 21 mayo 2009 (RJ 2009/3029).
STS de 25 mayo 2012 (RJ 2012/6543).
STS de 30 diciembre 2015 (RJ 2015/6437).
STS de 16 noviembre 2016 (RJ 2016/5198).
STS de 7 noviembre 2017 (RJ 2017/4763).
STS de 23 mayo 2018 (RJ 2018/2138).
STS de 20 julio 2018 (RJ 2018/3138).
STS de 16 enero 2020 (RJ 2020/814).
STS de 3 febrero 2020 (RJ 2020/125).
STS de 28 mayo 2020 (RJ 2020/1345).
STS de 8 junio 2020 (RJ 2020/1570).
STS de 12 noviembre 2020 (RJ 2020/4576).
STS de 19 abril 2021 (RJ 2021/1823).
STS de 15 marzo 2022 (RJ 2022/1178).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Navarra 27 enero 1999 (AC\1999\3021).
SAP de Girona 23 febrero 1999 (AC 1999/350).
SAP de Islas Baleares 16 mayo 2001 (JUR\2001\244847).
SAP de Salamanca 28 enero 2002 (JUR\2002\74542).
SAP de Navarra 14 abril 2003 (JUR\2003\166580).
SAP de Murcia 2 febrero 2009 (JUR\2009\276384).
SAP Valencia de 30 noviembre 2011 (JUR\2012\47223).
SAP Murcia de 30 enero 2020 (JUR\2020\128830).

La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

Profesora agregada de Derecho civil
Universidad de Barcelona

MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA

Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Barcelona¹

RESUMEN

El legislador catalán ha implementado las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en el ordenamiento civil catalán mediante una modificación del libro sexto del Código civil de Cataluña. La reforma de la regulación hasta la fecha vigente en materia de contrato de compraventa destaca, especialmente, por la incorporación de los bienes inmateriales como posible objeto del contrato, por la generalización de la presunción de existencia de la falta de conformidad al tiempo de la entrega, por la reordenación de los remedios por falta de conformidad y, en fin, por la ampliación del plazo de responsabilidad del vendedor. En materia de suministro de contenidos y servicios digitales, el legislador catalán no tipifica ningún nuevo contrato, limitándose a introducir una disciplina general aplicable a ciertos contratos onerosos en los que se compromete el suministro de contenidos o servicios digitales. Se trata de un régimen que se generaliza, no exigiéndose la presencia de un contratante consumidor, y que se complementa con una aplicación subsidiaria de las reglas de la compraventa cuya razón de ser es la presencia, en todo caso, de un vínculo oneroso.

PALABRAS CLAVE

Compraventa, suministro de contenidos y servicios digitales, derecho civil catalán, consumidor

¹ La contribución de la Dra. Arnau forma parte de los trabajos realizados en el marco del Proyecto DER 2021-126857NB-I00. La contribución de la Dra. Gramunt forma parte de los trabajos realizados en el marco del Proyecto PID 2019-107195RB-I00. Las autoras pertenecen al Grupo Consolidado SGR 00347 Q0818001J GRC Grup de Dret civil català UB.

The regulation of sale contract and contracts for the supply of digital content and digital services after transposition of the Directives (UE) 2019/770 and 2019/771 into Catalan law

ABSTRACT

The Catalan legislator has implemented Directives (UE) 2019/770 and 2019/771 in the Catalan civil law through a modification of the Catalan Civil Code. The reform of the regulation up to the current date in terms of sales contract stands out, especially, for the generalization of the rules about burden of proof, for the rearrangement of remedies for lack of conformity and, finally, for the time limits of the liability of the seller. Regarding the supply of digital content and services, the Catalan civil law does not classify any new contract and introduces general rules for certain onerous contracts in which supply of digital elements is committed. These rules don't require a consumer and are complemented by a subsidiary application for sales contract rules.

KEY WORDS

Sales contract, contracts for the supply of digital content and digital services, Catalan civil law, consumer

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Aspectos generales.* 2.1. Aspectos formales. 2.1.1. La incorporación de las Dir. (UE) 2019/770 en la sistemática del CCCat. 2.1.2. Modificaciones por causa de armonización o coherencia formal interna. 2.2. Aspectos sustantivos. 2.2.1. Cuestiones transversales. 2.2.1.1. La generalización de reglas: más allá de la contratación con consumidores. 2.2.1.2. Cuestiones no uniformizadas. 2.2.1.3. ¿Supletoriedad del derecho estatal? 2.2.2. La (sobrevenida) conformidad del Derecho catalán al europeo. 2.2.2.1. La corrección a iniciativa del vendedor. 2.2.2.2. La resolución por incumplimiento esencial. 2.2.3. La incorporación de la Dir. (UE) 2019/770 a través de un régimen general aplicable a los contratos de suministro de elementos digitales.–3. *Aspectos particulares.* 3.1. ¿Qué nueva regulación para el contrato de compraventa? 3.1.1. Los bienes con elementos digitales. 3.1.2. Criterios de conformidad. 3.1.3. Plazos: duración, cómputo y otras vicisitudes. 3.1.4. Remedios: modalidades, jerarquía y efectos restitutorios. 3.2. Una disciplina general para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. 3.2.1. La remisión a las reglas de la compraventa. 3.2.2. Las reglas específicas.–4. Conclusiones.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771² al ordenamiento catalán se ha llevado a cabo mediante el Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, «*d'incorporació de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives als contractes de subministrament de continguts i serveis digitals i als contractes de compravenda de béns, al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*»³, validado por el Parlamento de Cataluña en fecha de 26 de enero de 2022⁴. Se implementa, de este modo⁵, un régimen parcialmente nuevo en materia de conformidad de los bienes que se adquieren en virtud de contrato de compraventa. Para ello ha sido preciso adaptar a lo previsto en la Dir. 2019/771 un conjunto de normas internas que, en su momento, ya se inspiraron en la Dir. 99/44/CEE⁶; en particular, la reforma ha afectado a los artículos 621-1 y ss. CCCat que son los que, desde su entrada en vigor en enero de 2018, disciplinan aquel contrato en el Derecho catalán⁷. El Decreto-ley 27/2021 también dota a este ordenamiento, por primera vez, de un régimen aplicable a los contratos relativos al suministro de contenidos y servicios digitales que, por ello, dejan de ser absolutamente atípicos en el Derecho catalán.

El presupuesto de esta actuación normativa es la competencia de la Generalitat de Cataluña para incorporar directivas europeas. No se trata de una competencia autónoma, sino que depende indisolublemente del tipo o naturaleza de la materia regulada; de ahí que sólo se ostenta competencia para ejecutar el mandato de transposición del artículo 24 Dir. 2019/770 y del también artículo 24 Dir. 2019/771 en la medida en que se tiene competencia sobre los

² Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, «relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales» (*DOUE* L 136, de 22.05.2019, pp. 1-26); Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (*DOUE* L 136, de 22.05.2019, pp. 28-50). En adelante, las referencias se harán a las Dir. 2019/770 y Dir. 2019/771.

³ *DOGC*, núm. 564, de 16.12.2021, pp.1-15. En adelante, el Código civil de Cataluña será citado como CCCat.

⁴ Véase Resolución 218/XIV del Parlamento de Cataluña (*DOGC*, núm. 8596, de 1 de febrero de 2022)

⁵ También a golpe de Decreto-ley y sin la concurrencia de una situación real de urgencia, como ya había ocurrido a propósito de la incorporación de las Dir. 2019/770 y 2019/771 al ordenamiento estatal mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, «de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de (...) defensa de los consumidores» (véase, acerca de esta manera de proceder, ARROYO, 2022, p. 4).

⁶ Directiva 1999/44/CEE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, «sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo» (*DOUE* L 171, de 07.07.1999, pp. 12-16).

⁷ Véase Ley 3/2017, del Parlamento de Cataluña, de 15 de febrero, «del libro sexto del Código civil de Cataluña» (*DOGC* núm. 7314, de 22 de febrero).

aspectos que se abordan en uno y otro texto (art. 189 Estatuto de Autonomía de Cataluña⁸). En este contexto, habiéndose ya calificado internamente las normas de Derecho privado en materia de contratación con consumidores como normas de naturaleza civil (descartándose la mercantil)⁹, la competencia de la Generalitat de Cataluña para incorporar al Derecho catalán las reglas impuestas por las Dir. 2019/770 y 2019/771 se asienta en su competencia legislativa en materia civil (art. 149.8 CE; art. 129 EAC)¹⁰.

Situados en este contexto, este comentario pretende sólo describir los ejes fundamentales de aquella transposición haciendo especial hincapié en la manera en que las nuevas reglas han encontrado acomodo, sustantiva y estructuralmente, en el aún incompleto libro sexto CCCat.

2. ASPECTOS GENERALES

La incorporación implementada por el legislador catalán sugiere presentar, con carácter previo, algunos de sus aspectos generales. Los metodológicos o formales dan paso a los estrictamente sustantivos. Presupuesto de todo ello es, en cualquier caso, la propia decisión y oportunidad (políticas) de abordar dicha transposición. Desde el entendimiento de la competencia legislativa atribuida por el artículo 129 EAC como una legitimación (pero no como un deber) para legislar, lo destacable serían los contextos, distintos entre sí, en los que irrumpen una y otra directiva. A propósito de la Dir. 2019/771, debe señalarse que la misma existencia de una regulación propia en materia de compraventa, aplicable también en caso de concurrir un comprador consumidor (art. 621-2 CCCat), acarrea, para el legislador catalán y desde que se aprobó, la necesidad permanente de adaptarla al (cambiante) régimen europeo; si esta atención se descuida, se corre el riesgo de mantener una regulación interna no conforme con la europea. Era preciso, pues, incorporar la Dir. 2019/771 a fin de

⁸ En adelante, EAC.

⁹ Esta calificación *interna* (imprescindible para saber quién puede legislar sobre el particular y por quién y cómo pueden incorporarse al Derecho interno las directivas que se dictan sobre la materia) forma parte de la autonomía institucional reconocida a los Estados miembros; véase, con mayor detalle ARNAU, 2020, p. 110.

¹⁰ La STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019 (ECLI: ES: TC:2019:132) se pronuncia, esencialmente, acerca de la constitucionalidad de la regulación civil catalana en materia de contrato de compraventa, cuyo ámbito subjetivo de aplicación alcanza a los contratos con consumidores. Véase, GARCÍA RUBIO, 2019, pp. 1 y ss.; GETE-ALONSO, 2020, pp. 41 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2020, pp. 313 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, 2020, pp. 235 y ss.; insiste en el cambio de criterio que implementa dicha resolución a propósito de lo que deba interpretarse por «desarrollo» del Derecho propio (art. 149.8 CE), BARRAL VIÑALS, 2020, pp. 9 y ss.; XIOL, 2021, pp. 47.

preservar esta conformidad. En cambio, hasta la aprobación del Decreto-ley 27/2021, la falta de reglas contractuales propias en materia de suministro de contenidos y servicios digitales¹¹ flexibilizaba aquella tensión; el legislador catalán podría haberse abstenido de transponer la Dir. 2019/770, refugiándose en la supletoriedad del Derecho estatal en este particular (art. 149.3 CE)¹². Se ha optado, sin embargo, por la incorporación de ambos textos. Desde una perspectiva material, las grietas que presenta la armonización plena en ambas directivas (véanse, respectivamente, artículo 4, al final, Dir. 2019/770 y 2019/771) atribuían al legislador catalán un margen de maniobra lo suficiente y cualitativamente importante como para avalar una actuación legislativa *útil* en el sentido de diferenciada y no necesaria y absolutamente coincidente (esto es: *más de lo mismo e igual*) con la ya desarrollada por el legislador estatal.

2.1 ASPECTOS FORMALES

La decisión, implementada en 2017 (y, por lo demás, *naturalmente* lógica dada la existencia de un Código civil *in fieri*¹³), consistente en regular el contrato de compraventa (incluido el celebrado con persona consumidora) en el CCCat, condicionaba sobremanera la cuestión relativa al dónde incorporar las Dir. 2019/770 y 2019/771. Eran precisamente algunas de las normas concernientes el contrato de compraventa las que procedía adaptar a la Dir. 2019/771. Y, en fin, siendo también civil el contrato otorgado con consumidor y relativo al suministro de elementos digitales, se imponía igualmente, a falta de razón que justificara otra alternativa razonable¹⁴, esa misma ubicación para las normas implementadoras de la Dir. 2019/770. Ubicación compartida que, por lo demás, dota a todo el conjunto del valor y la función añadidos de «derecho común en Cataluña» (art. 111-4 CCCat)¹⁵.

¹¹ En adelante, en todos aquellos supuestos en que no sea preciso distinguir, se utilizará la expresión *elementos digitales* para referirse indistintamente a contenidos y/o servicios digitales.

¹² Sobre ello ARNAU, 2021, p. 93.

¹³ Véase el artículo 3.f Ley 29/2002, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, «Primera Ley del Código civil de Cataluña» (DOGC núm. 3798, de 13 de enero), que reconduce hacia el libro sexto CCCat todas las normas que apruebe el Parlamento de Cataluña en materia de obligaciones y contratos, incluidas las que contemplen la contratación con consumidores.

¹⁴ El CCCat admite la eventual existencia de normas civiles situadas al margen de este mismo texto (véase art. 111-1.1 CCCat [«...las *otras* leyes en materia civil...»] –la cursiva es nuestra–). Un ejemplo de ello son las distintas disposiciones de naturaleza civil contenidas en la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Parlamento de Cataluña, «del Código de consumo de Cataluña» (en adelante, CcoCat).

¹⁵ BADOSA, 2007, pp. 30 y ss.

2.1.1 La incorporación de la Dir. (UE) 2019/770 en la sistemática del CCCat

Pero ¿dónde ubicar, en concreto, las reglas reguladoras de los contratos de suministro de elementos digitales? La decisión pasaba por considerar dos aspectos: uno externo al ordenamiento catalán y otro interno, relativo a la propia estructura del libro sexto CCCat. El elemento externo obedece al contenido de las reglas a incorporar. Es sabido que la Dir. 2019/770 se ocupa sólo de proporcionar reglas relativas a la obligación de suministrar elementos digitales (art. 5 Dir. 2019/770)¹⁶, a la conformidad de tales elementos (art. 6 a 15 Dir. 2019/770) y a su modificación (art. 19 Dir. 2019/770); ni pretende tipificar un nuevo contrato, ni persigue tampoco regular *todo* lo relativo a aquellos contratos (sean internamente del tipo que sean) en los que concurren, como mínimo, dos elementos: subjetivamente, la presencia de un consumidor como parte contratante; objetivamente, la obligación de suministrarle elementos digitales a cambio de precio o de una autorización para el uso de datos personales.

El elemento interno es la sistemática adoptada por el libro sexto CCCat. Dispone de un único título, el II, rubricado «Tipos contractuales», cuyo Capítulo I se ocupa de los «[C]ontratos con finalidad transmisora» y cuyo el Capítulo II se destina a los «[C]ontratos sobre actividad ajena». La regulación del contrato de compraventa acapara, con ocho subsecciones, la sección primera del Capítulo I. ¿Qué hacer entonces? Una posible opción pasaba por regular el contrato de suministro de contenidos digitales como una modalidad más de compraventa y por situar el contrato de suministro de servicios digitales en sede de contrato de servicios. Por lo pronto, desgajar los contenidos digitales de los servicios digitales y resituarse los primeros como objeto (autónomo) de un contrato de compraventa implicaba lidiarse con la propia definición que ofrece el artículo 621-1 CCCat de este tipo contractual^{17 18}. Y, ello, especialmente por un triple motivo. Primero, por el desencaje entre «contenidos digitales» (o «datos pro-

¹⁶ A semejanza de como hace, a propósito de la obligación de entregar los bienes objeto del contrato de compraventa, el artículo 18 Dir. (UE) 2011/83, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, «sobre los derechos de los consumidores».

¹⁷ Antes aún, irrumpiría la cuestión relativa a la distinción entre contenidos y servicios digitales que, más allá de su respectiva definición (incorporada al art. 621-3.2, a y b CCCat), puede no resultar siempre clara. Advierte de ello, del carácter relativo y circunstancias de la distinción y de sus consecuencias a propósito de la facultad de desistimiento la propia Comisión Europea (véase *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83*, 2021/C 525/01, *DOUE*, 29 de diciembre de 2021).

¹⁸ El precepto, que no se ha visto modificado a raíz de la reforma, define la compraventa a partir de las obligaciones de las partes: la de entregar un bien conforme al contrato y la de transmitir su titularidad, a cargo del vendedor; la de pagar un precio en dinero y la de recibir el bien, a cargo del comprador.

ducidos y suministrados en formato digital» [art. 2.1 Dir. 2019/770]) y los «bienes» sobre los que, según el artículo 621-3 CCCat (en su versión previa a la reforma), podía recaer el contrato; en este precepto, los bienes se identificaban por remisión a los artículos 511-1 y 511-2 CCCat («según los artículos 511-1 y 511-2») de forma que el concepto quedaba reservado a las cosas u objetos corporales (art. 511-1.2 CCCat) y a los «derechos patrimoniales» (art. 511-1.1 CCCat). De empeñarse en implementar esta opción, entonces: o bien se reformaba el artículo 621-3 CCCat a los efectos de *incluir*, junto a la referencia a los bienes futuros, aquella modalidad de *bienes inmateriales*, o se ampliaba el elenco de los bienes inmateriales ya previstos en el artículo 511-1.1 CCCat alcanzando, junto a los «derechos patrimoniales», a los contenidos digitales. En cualquier caso era preciso modificar el artículo 621-3 CCCat, directamente o indirectamente (por la vía de la reforma del art. 511-1 CCCat). En segundo lugar, la naturaleza dineraria del precio («en dinero» [art. 621-1 CCCat]) tampoco casaba bien con el supuesto previsto en el artículo 3.1 Dir. 2019/770 que, alusivo al compromiso de «facilitar datos personales», en todo caso rehúye de exigir siempre la presencia de una contraprestación dineraria¹⁹. En tercer lugar, son imaginables contratos cuyo objeto sean contenidos digitales sin que la finalidad del negocio sea «transmitir su titularidad» en el sentido del artículo 621-1 CCCat²⁰, de forma que técnicamente tampoco procedía por este motivo reconducir *siempre* el contrato de suministro de contenidos digitales hasta el contrato de compraventa. A lo anterior puede añadirse que desgajar los contenidos de los servicios digitales, apostando por ubicaciones sistemáticas distintas, probablemente hubiese auspiciado un entramado de remisiones difícilmente favorecedor de la siempre deseada claridad normativa.

Descartada la opción anterior, situar, entonces, la regulación relativa al suministro de elementos digitales (ya se tratase de conte-

¹⁹ A fin de esquivar la dificultad de encajar en el tipo de la compraventa tanto los bienes inmateriales como una eventual contraprestación no dineraria, podría haberse propiciado un acercamiento al contrato de permuta, aunque, como la compraventa, se trata de un tipo contractual que también pivota sobre el concepto legal de *bien* («... cada parte se obliga a entregar a la otra un *bien*...» [art. 621-56 CCCat]), cuya definición legal debe buscarse en el artículo 511-1 CCCat.

²⁰ Desde el momento en que, ya antes de la reforma, cabe la compraventa de derechos patrimoniales (art. 621-1.1 y 511-1 CCCat), la obligación de transmitir la propiedad (presente en los art. 2.5 Dir. 2011/83; art. 2.1 Dir. 2019/771 y art. 59.bis f TRLGDCU) da paso a la de transmitir la «titularidad» del «bien» (que es como reza el art. 621-1 CCCat); desde esta perspectiva, la transmisión, para concebirse el negocio que la pretende como compraventa, debe contemplarse como una transmisión naturalmente indefinida y definitiva sin perjuicio de que, en su caso, aparezca coartada por la propia naturaleza y contenido del «derecho» transmitido, que puede ser un derecho limitado en cuanto a las facultades que incorpora o en cuanto a su duración (piénsese, en este sentido, en la compraventa de un derecho de usufructo o de un derecho de crédito). Sobre la cuestión, ARROYO, 2022, pp. 16-17.

nidos, ya se tratase de servicios...), en el Capítulo I o en el II o, incluso, incorporar un Capítulo *ex novo* en el Título II del libro sexto CCCat, no dejaban de ser alternativas todas ellas factibles desde una perspectiva técnico-jurídica. La opción sistemática finalmente escogida consiste en crear una sección cuarta en el Capítulo I (art. 621-67 a 621-78 CCCat); así, la nueva regulación sigue a la relativa a los contratos de compraventa (sección primera), permuta (sección segunda) y cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura (sección tercera). La ubicación implementada denota el vínculo que, en mayor o menor medida, puede apreciarse entre las reglas procedentes de la Dir. 2019/770 y el contrato de compraventa. De hecho, esta vinculación entre el contrato oneroso por excelencia y los contratos de suministro de elementos digitales ya resulta de las mismas Dir. 2019/770 y 2019/771 que, en muchos aspectos, son prácticamente coincidentes. Esta vinculación explica, pues, que las normas que materializan la incorporación de la Dir. 2019/770 se ubiquen en el Capítulo que recoge también las reglas de la compraventa; ubicación compartida, pero *guardando las distancias*, esto es: aquella transposición no se ha realizado creando una nueva subsección relativa a este último contrato, sino apostando por una sección que corre paralela a la reservada a la compraventa²¹. De esta manera, las remisiones a la regulación del contrato de compraventa, en lo que proceda, lo serán a preceptos que se encuentran *sistemáticamente* más cercanos de lo que lo serían si tales remisiones se hubiesen efectuado desde el Capítulo II o desde un Capítulo de nueva creación. En cualquier caso, se trata de una apreciación sólo formal²². Por lo demás, ubicar en la sección cuarta del Capítulo I el régimen de los contratos de suministro de elementos digitales no significa que todo *lo digital* se encuentre allí. La necesidad de contemplar y tratar, en determinados casos, como contrato de compraventa aquel que recae parcialmente sobre elementos digitales (arg. art. 3.3 Dir. 2019/771) acarrea que todo lo concerniente a esta modalidad de contrato objetivamente mixto, incluso la propia definición de «contenidos digitales» y «servicios digitales» (art. 621-3.2 CCCat), se contenga en la sección primera.

²¹ El que no se haya reubicado como sección segunda del Capítulo I (es decir, justo después de la regulación del contrato de compraventa) obedece, según la Exposición de motivos del Decreto-ley 27/2021 (III, al final), al propósito de evitar cambios de numeración en el articulado de unas secciones que, de hecho, son de reciente aprobación. Se ha buscado, por tanto, afectar mínimamente la estructura prevista en la Ley 3/2017.

²² Desde una perspectiva aún formal, situar las reglas procedentes de la Dir. 2019/770 en el Capítulo II o en un Capítulo nuevo quizás hubiese coadyuvado a potenciar, por ejemplo, la aplicación por analogía de las reglas en materia de conformidad de los servicios digitales a otros contratos, típicos o atípicos, de servicios o a otros contratos objetivamente complejos.

2.1.2 Modificaciones por causa de armonización o coherencia formal interna

La coyuntura propiciaba modificar o corregir algunos aspectos formales ajenos o sólo indirectamente vinculados a la incorporación de los textos europeos. Y se ha aprovechado la ocasión para acometer tales cambios. Baste apuntar, en este sentido, la reformulación de la rúbrica del artículo 621-39 CCCat (que ahora reza: «[S]uspensión del cumplimiento de las obligaciones»), que elude la redundancia del anterior artículo 621-40 CCCat («[S]uspensión del pago del precio o del cumplimiento de las obligaciones») ²³. En el mismo sentido, aportan coherencia interna los nuevos artículos 621-23 y 621-24 CCCat ²⁴. El primero aglutina ahora el plazo de garantía y sus circunstancias (en especial, su ámbito [art. 621-23. 1, 2, 3 y 6 CCCat] y el *dies a quo*) y posibles eventualidades (pactos de reducción [art. 621-23.4 CCCat] y suspensión del cómputo [art. 621-23.5 CCCat]). El segundo incorpora determinadas presunciones en materia de conformidad cuyos parámetros temporales se entienden mejor si, antes, se conoce cuál es el plazo de garantía. Antes de la reforma, el plazo de garantía se situaba en el artículo 621-29 CCCat mientras que la presunción de existencia de la falta de conformidad (que regía en tanto el defecto o deficiencia se manifestase durante los seis primeros meses de aquel plazo de garantía), se anticipaba en el artículo 621-23.2 CCCat ²⁵. Este desorden queda ahora corregido.

²³ El artículo 621-39.2 CCCat (que alude a «las obligaciones derivadas de la puesta en conformidad del bien») podría parecer también redundante toda vez que la obligación de «garantizar que el bien es conforme al contrato» (art. 621-9.1.b CCCat), ya queda comprendida, como obligación que es del vendedor, en el artículo 621-39.1 CCCat. Sin embargo, el art. 621-39.2 CCCat aclara, en primer lugar, que siendo exigible la obligación de pago del precio, el comprador no puede suspenderla, sin más, durante todo el tiempo en el que subsiste la obligación de garantizar la conformidad; podrá hacerlo si, manifestada la falta de conformidad, ya ha reclamado la subsanación (art. 621-39.2 CCCat) o incluso, antes de reclamar, si alberga «motivos razonables» que le permiten sospechar que el vendedor no subsanará (art. 621-39.1.b CCCat). También debería proceder la suspensión, al amparo del artículo 621.39-1.b CCCat, antes incluso de manifestarse la falta de conformidad (así, cuando se sospecha fundadamente que el bien entregado no es conforme [y que así se revelará] y que el vendedor no corregirá la falta de conformidad). Desde la perspectiva del vendedor, el artículo 621-39.2 CCCat aclara también que, manifestada la falta de conformidad, reclamada la subsanación y suspendida la obligación de pago del precio (así, al amparo, precisamente, del artículo 621-39.2 CCCat), el vendedor no puede, a su vez, suspender la reparación o la subsanación alegando que el comprador no ha cumplido con la obligación de pagar (art. 621-39.1.a CCCat).

²⁴ Para su comentario, véase *infra* 3.1.3.

²⁵ No se ha modificado, en cambio, el artículo 621-9.1.a, al final, CCCat, a fin de suprimir la mención a accesorios y a documentos, cuya entrega ya resulta implícita en el artículo 621-9.1.b CCCat (véase, abogando por ello, ARNAU, GRAMUNT [2022], pp. 193).

2.2 ASPECTOS SUSTANTIVOS

Desde una perspectiva sustantiva, se detectan cuestiones generales que, transversalmente, se proyectan tanto sobre la reformada regulación del contrato de compraventa como sobre las reglas que disciplinan los contratos de suministro de elementos digitales. Otras, aun siendo también generales, sólo cobran sentido en el contexto específico de una u otra regulación.

2.2.1 Cuestiones transversales

Se aprecia la transversalidad a propósito de la decidida generalización del régimen europeo, del (moderado) desarrollo de aspectos no armonizados y del espacio que queda (si es que alguno queda) para la supletoriedad del Derecho estatal.

2.2.1.1 LA GENERALIZACIÓN DE REGLAS: MÁS ALLÁ DE LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES

La Ley 3/2017 generalizó, subjetiva y objetivamente, el régimen que en materia de conformidad procuraba la Dir. 99/44 que, en aquel momento, era el texto europeo vigente y, por el tanto, el único referente a efectos de fiscalizar, en materia de conformidad de la prestación satisfecha, la debida adecuación del derecho interno al ordenamiento europeo. En este sentido, la obligación de entregar un bien conforme al contrato se impuso a *todo* vendedor (art. 621-1 y 621-20 CCCat), recayera el contrato sobre un bien mueble o un bien inmueble (art. 621-3 CCCat), fuera o no consumidor aquél se ocupaba la posición de parte compradora (art. 621-1 y 621-2 CCCat). Esta generalización, en aquel momento, no implicaba ningún tipo de vulneración del derecho europeo. La razón: la misma por la que ahora, tras la reforma, aquella misma generalización (que se intensifica en sede de compraventa y se implementa a propósito de los contratos de suministro de elementos digitales) tampoco plantea ningún problema en términos de conformidad con las directivas incorporadas. En este sentido, la regulación contenida en los artículos 621-1 y ss. CCCat (y, en particular, todo aquello que obedece a la incorporación de la Dir. 2019/771) se aplica a toda compraventa, aunque no se haya celebrado con comprador consumidor y aunque recaiga sobre bienes inmuebles o sobre bienes *exclusivamente* inmateriales (art. 621-2 y 621-3.1 CCCat); a propósito de esto último, cabe anticipar que, la nueva referencia a

los «bienes inmateriales» en el reformulado artículo 621-3 CCCat implica ir más allá de lo exigido por el artículo 3 Dir. 2019/771, que sólo impone contemplar una determinada modalidad de bien parcialmente inmaterial (así, los llamados bienes con elementos digitales)²⁶. Por otra parte, el régimen procedente de la Dir. 2019/770 también se generaliza subjetivamente; las reglas que integran la sección cuarta rigen se trate o no de un contrato de consumo (art. 621-67.3 CCCat). Además, e indirectamente, también cabría apreciar una suerte de generalización objetiva a raíz de la falta de incorporación al Derecho catalán del artículo 3.5 Dir. 2019/770, que sitúa al margen del texto europeo servicios no digitales pero obtenidos o transmitidos en formato o a través de canales digitales. Probablemente, la trascendencia de esto último es más aparente que real dado que, tratándose de servicios no digitales, al contrato en virtud del que se comprometa su suministro no le serán de aplicación (al menos, de forma directa) las reglas de los artículos 621-67 y ss. CCCat precisamente por causa de aquella naturaleza *no digital*, sin necesidad de una exclusión expresa.

La generalización no ha sido indiscriminada; tampoco lo era en la regulación previa a la reforma. En sede de contrato de compraventa, el criterio general ha sido el de seguir reservando para la compraventa de consumo las reglas (quizás ahora modificadas en algún aspecto) que, ya antes de la incorporación de la Dir. 2019/771, exigían la presencia de un comprador consumidor. Así: a propósito del valor de las manifestaciones públicas como criterio de conformidad, el artículo 621-25.2 CCCat permite que, sólo en la compraventa de consumo, puedan funcionar como tales las procedentes incluso de cualquier tercero que haya intervenido en la cadena de comercialización; en cuanto al examen del bien tras la entrega, el artículo 621-28.4 CCCat exime de tal deber al consumidor, y en materia de conocimiento de la falta de conformidad por parte del comprador, el artículo 621-26.2 CCCat recuerda que para la compraventa de consumo rige una norma especial (que es la contenida en el art. 621-20.4 CCCat). La excepción, tan significativa como sorprendente, es el artículo 621-24.1 CCCat que generaliza a toda compraventa la presunción de existencia de la falta de conformidad al tiempo de la entrega si es que dicha falta de conformidad se manifiesta durante los dos primeros años; antes de la reforma, sólo el consumidor podía beneficiarse de tal presunción legal (que, además, según el art. 621-23.2 CCCat sólo regía durante los seis primeros meses tras la entrega). La reforma ha propiciado la incorporación de nuevas reglas, que también se reservan a la compraventa de consumo. Así: a propósito de los requisitos objetivos, el artículo 621-20.4 CCCat

²⁶ Para mayor detalle, véase *infra* apartado 3.1.1.

niega que quepa hablar de falta de conformidad si el consumidor aceptó, de forma expresa y separada, la falta de alguno o algunos de ellos; en el contexto de la compraventa de bienes de segunda mano, el artículo 621-23.4 CCCat admite sólo determinados pactos de reducción del plazo de garantía, mientras que el artículo 621-24.3 CCCat hace lo propio en relación con el plazo de la presunción de la falta de conformidad al tiempo de la entrega y, en fin, sólo si el comprador es consumidor, la restitución del precio por causa de resolución debe realizarse atendiendo a las circunstancias, de forma y tiempo, previstas en el artículo 621-42.6 CCCat.

Sólo son dos, los artículos 621-73.3 y 621-74.2 CCCat, las normas que en materia de contratos de suministro de elementos digitales restringen su ámbito de aplicación al contrato de consumo. En este contexto, además de estas reglas relativas a la presunción de falta de conformidad, deben considerarse aquellas otras que resultan de la remisión, en lo no previsto en los artículos 621-67 y ss. CCCat, a la disciplina de la compraventa (art. 621-67.2 CCCat) y que también exigen de la presencia de un consumidor.

Técnicamente se habría podido generalizar aún más. Cabría haber generalizado más pero, en cualquier caso, respetando el límite impuesto por otras directivas. Así, por ejemplo, no habría resultado conforme al Derecho europeo someter cualquier contrato relativo, de un modo u otro, a elementos digitales a las reglas procedentes de la Dir. 2019/770; la sujeción de los llamados bienes con elementos digitales a la Dir. 2019/771 (según impone su art. 3.3) exige que sean las normas internas que la incorporan al Derecho nacional, y no las que se ocupen de la Dir. 2019/770, las que disciplinen su conformidad con el contrato. Por lo demás, los artículos 621-67 y ss. CCCat sólo implementan una generalización subjetiva, no resultando siempre precisa la presencia de un consumidor. Por el contrario, estas reglas no se han generalizado objetivamente: no alcanzan expresamente a servicios no digitales ni a contratos en los que a cambio del producto digital se comprometa una prestación no dineraria o consistente en algo distinto a la autorización para hacer uso de los datos personales del adquirente.

2.2.1.2 CUESTIONES NO UNIFORMIZADAS

La estrategia de protección plena que siguen ambas directivas no impide que el legislador interno pueda disciplinar libremente los aspectos no uniformizados. Las directivas, al margen de presentar expresamente la armonización máxima como una regla no absoluta («salvo que se disponga de otro modo en la presente

Directiva» [art. 4, al final, Dir. 2019/770 y art. 4, al final, Dir. 2019/771]), ejemplifican alguno de los extremos en los que existe margen de maniobra interno²⁷. En el contexto derivado de la Dir. 2019/771 y de la disciplina de la compraventa que articula el CCCat, alguno de estos espacios o bien carecen de sentido, o bien resultaría hasta sorprendente que no hubiesen sido ya abordados por el legislador catalán. Dos ejemplos dan muestra de uno y otro escenario. El primero sería el relativo a la determinación de los supuestos en los que la contratación con doble finalidad permite acceder a los remedios por falta de conformidad (Cdo. 22 Dir. 2019/771). En el ámbito interno, decae notoriamente el sentido de la cuestión desde el momento en que, desde su aprobación en 2017, la regulación contenida en el CCCat impone a todo vendedor la obligación de garantizar la conformidad; poco importa, entonces, la finalidad que se alberga al contratar y, en especial, si la profesional es o no la principal. La excepción serán las reglas aplicables sólo a la compraventa de consumo. Sobre ello, el artículo 621-2.1 CCCat no ha sido modificado y, por tanto, la cuestión se resuelve tal y como la contempló el legislador en 2017²⁸, que es exigiendo que el propósito principal sea el no profesional a fin de reputar consumidor a quien compra. El segundo escenario lo ejemplifican normas como las relativas a la entrega del bien; en concreto, los Cdo. 38 y 56 Dir. 2019/771 invitan al legislador interno a perfilar el concepto de entrega y, en especial, a fijar el lugar en el que debe realizarse. En el marco de una regulación general y tendencialmente completa de este tipo contractual, es más que razonable la presencia de normas que desmenucen la que, de hecho, es la primera obligación del vendedor según el artículo 621-9.1 CCCat; de ahí que los artículos 621-10 a 621-19 CCCat (no modificados por el Decreto-ley 27/2021) ya se ocupen de la entrega y de sus circunstancias.

Al margen de estas situaciones, el legislador catalán ha desarrollado aspectos no uniformizados. Así: tal y como sugería el Cdo. 43 Dir. 2019/771, contempla ahora la incidencia de la reparación y la sustitución tanto en el plazo de responsabilidad (art. 621-23.5 CCCat) como en el de ejercicio de los remedios (art. 621-44.4 CCCat), plazos cuyo cómputo se suspende; habilita la corrección de la falta de conformidad por el propio comprador o por un tercero (véase, aludiendo a la cuestión, Cdo. 54 Dir. 2019/771) en aquellos supuestos en los que, solicitada primero al vendedor, éste no

²⁷ Para una relación de todos ellos, véase ARNAU RAVENTÓS, 2021, pp. 96-98.

²⁸ En cambio, sí se ha reformulado el artículo 621-2.2 CCCat a fin de recoger, más claramente, la regla según la cual, si la compraventa es de consumo, toda la regulación deviene imperativa y no cabe pacto en perjuicio del consumidor.

procede debidamente a ella (art. 621-38.5 CCCat)²⁹; amplía el plazo general de garantía (art. 621-23.1 CCCat; Cdo. 41 y art. 10.3 Dir. 2019/771), que permite pactos de reducción en la compraventa de consumo (pero sólo si recae sobre bienes de segunda mano y el plazo es, como mínimo, de un año [art. 621-23.4 CCCat y art. 10.6 Dir. 2019/771]) y que convive con un plazo de ejercicio de los remedios (art. 621-44 CCCat; Cdo. 42 y art. 10.4 Dir. 2019/771); amplía, para toda compraventa, hasta dos años el alcance temporal de la presunción de existencia de la falta de conformidad al tiempo de la entrega (art. 621-24.1 CCCat, Cdo. 45 y art. 11.2 Dir. 2019/771); mantiene el deber de notificar la falta de conformidad, si bien esta notificación deja de ser imprescindible a fin de ejercitar eficazmente el remedio correspondiente (art. 621-29 CCCat; Cdo 46 y art. 12 Dir. 2019/771); contempla en qué condiciones la contribución del comprador a la falta de conformidad determina la falta de responsabilidad del vendedor (art. 621-27 CCCat; art. 13.7 Dir. 2019/771) y, en fin, desarrolla las modalidades de devolución y reembolso en caso de resolución del contrato (art. 621-42.5 y 6 CCCat; art. 16.3 Dir. 2019/771).

Sin embargo, el legislador catalán no llega a fijar el lugar en el que debe procederse a la reparación o sustitución (Cdo. 56 Dir. 2019/771); en el artículo 621-38 CCCat incorpora, sin mayores precisiones, la expresión «plazo razonable» (Cdo. 55 Dir. 2019/771 y Cdo. 46 Dir. 2019/770, que impone una determinación objetiva) y, en el artículo 621-39 CCCat, la regulación de las modalidades de suspensión del pago del precio acaba concretándose sólo en la posibilidad de suspenderlo total o parcialmente, sin mayor desarrollo (Cdo. 18 y art. 13.6 Dir. 2019/771). El artículo 621-7 CCCat, relativo al deber precontractual de información («... antes de la conclusión del contrato...»), no se ha visto afectado por la reforma (Cdo. 20 Dir. 2019/771). A propósito de la incorporación de la Dir. 2019/770, el derecho catalán no incluye referencia alguna a los prestadores de plataformas que no ostentan la condición de empresario (en el sentido del art. 2.5 Dir. 2019/770), tal y como sugiere hacer el Cdo. 19 Dir. 2019/770. Tampoco llega a pronunciarse acerca del incumpli-

²⁹ El artículo 621-38.5 CCCat se remite a las circunstancias del artículo 621-38.4 CCCat, relativo a los gastos que pueda originar la subsanación, que se imponen al vendedor. El 621-38.5 CCCat merece dos comentarios. El primero es que la remisión debería serlo al artículo 621-38.3 ya que la legitimación para subsanar por sí mismo o por un tercero debería alcanzar aquellos supuestos en los que el vendedor no corrige en «un plazo razonable» y/o «sin inconvenientes significativos para el comprador». El segundo comentario, centrado en el artículo 621-38.4 CCCat, es que de él se desprende implícitamente que la corrección, en caso de bienes que habían sido instalados, comprende la retirada del bien no conforme y la instalación del sustituto; luego, si el vendedor no procede a ello en las circunstancias del artículo 621-38.3 CCCat, el comprador también debe entenderse legitimado para subsanar por sí mismo o a través de tercero.

miento no imputable al vendedor, tal y como invitaba a hacer el Cdo. 14 Dir. 2019/770 («...cuando dicho incumplimiento o falta de conformidad se deban a un impedimento fuera de control del empresario y cuando no pueda esperarse del empresario que hubiese evitado o superado el impedimento o sus consecuencias, tales como en caso de fuerza mayor»). De hecho, la remisión del artículo 621-67.2 CCCat a las reglas de la compraventa consagra la responsabilidad del suministrador en los términos del artículo 621-26 CCCat. El precedente de la norma (art. 621-25 CCCat, en su versión previa a la reforma), tratándose de una compraventa de consumo, era mucho más contundente, imponiendo, al menos literalmente, una responsabilidad cercana a la objetiva («2. En la compraventa de consumo, el vendedor responde *siempre* de la falta de conformidad», salvo conocimiento y aceptación del consumidor [la cursiva es nuestra]). En la versión modificada del precepto (art. 621-26.2 CCCat), desaparece el adverbio (y, con él, la contundencia que imprimía) y se sustituye la regla por una remisión al artículo 621-20.4 CCCat, relativo a la aceptación expresa y por separado de la falta de conformidad por parte del comprador o adquirente. En este contexto, la lectura que ahora se sugiere del artículo 621-26 CCCat es que el vendedor (o suministrador) sigue respondiendo *siempre* salvo conocimiento real o potencial del comprador o adquirente (art. 621-26.1 CCCat) o, siendo el contrato de consumo, salvo aceptación expresa y por separado de aquél. En su caso, la no responsabilidad del empresario por causa de fuerza mayor podría sustentarse en el artículo 1105 CCE, considerando que, al menos en el ámbito de la Dir. 2019/770, no parece que una interpretación del Derecho interno conforme al europeo exija descartar, ni siquiera en el contrato de consumo, la inimputabilidad del vendedor por causa fuerza mayor³⁰. Nótese que en la Dir. 2019/771 no hay ningún rastro de la idea expresada en el Cdo. 14 Dir. 2019/770.

2.2.1.3 ¿SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL?

Sin duda que en relación con aquellos aspectos situados al margen de la uniformización pretendida por los textos europeos (y, en especial, a propósito de todo lo relativo a «los aspectos del Derecho contractual en general» [Cdo. 12 y art. 4.10 Dir. 2019/770 y Cdo. 18 y art. 3.6 Dir. 2019/771]), la supletoriedad del Derecho estatal rige conforme a las reglas generales (art. 149.3 CE; art. 111-5 CCCat)³¹.

³⁰ Véase, aludiendo a la «neutralidad» del incumplimiento del que parte el artículo 621-37 CCCat, relativo a los remedios, ANDERSON, 2021, pp. 374-378.

³¹ En el bien entendido que no habría estrictamente supletoriedad, sino aplicación directa del Derecho estatal, en la medida en que tales aspectos se reputen «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8° CE).

El escenario es bien distinto si la duda se plantea a propósito del ámbito uniformizado. En este contexto, considerando que el legislador catalán ha llevado a cabo una actividad legislativa dirigida a incorporar las Directivas 2019/770 y 2019/771³², ¿qué lectura debe hacerse en caso de detectarse una eventual falta de acomodo o correlación entre la norma interna y la europea?; ¿qué efectos seguirán a esta falta de conformidad del Derecho catalán al europeo? En términos generales, puede defenderse que aquel desencuentro no merma la aplicabilidad del Derecho autonómico (dado que es Derecho válido y vigente) ni, en el particular contexto del ordenamiento español, permite auspiciar sin más la aplicación subsidiaria del Derecho estatal³³.

La falta de regulación, en el CCCat, del llamado «[D]erecho de repetición» (art. 20 Dir. 2019/770; art. 18 Dir. 2019/771) permite valorar aquel posible desencaje a partir de una situación concreta³⁴. A propósito de tal facultad y de su configuración *europaea*, nótese dos elementos: por una parte, que se trata de la reclamación que el vendedor «responsable ante al consumidor» puede dirigir contra la persona o personas «responsables» de la falta de conformidad por razón de una «acción u omisión» cometidas en una fase previa a la contratación; por otra, que la determinación del responsable «y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes» compete establecerlas al «Derecho nacional»³⁵. Así las cosas, el artículo 125.2 TRLGDCU concede a quien haya respondido frente al consumidor una acción «de repetición» «frente al responsable de la falta de conformidad», ejercitable en el plazo de un año «a partir del momento en que se ejecutó la medida correctora». El fundamento de la reclamación es extracontractual, toda vez

³² Y es en este marco que el legislador catalán ha hecho uso de la discrecionalidad reconocida al legislador interno por los textos europeos; así, por ejemplo, no ha excluido del ámbito de aplicación del régimen de la compraventa (ni, en particular, de la disciplina de la conformidad) los supuestos recogidos en el artículo 3.5 Dir. 2019/771. Esta falta de exclusión, en sí misma, encierra una decisión legislativa, que evita la situación de laguna legal y, en consecuencia, evita también cualquier intento –que sería técnicamente impropio– de aplicar el artículo 114.2 TR LGDCU a las compraventas de consumo basándose meramente en la ausencia de norma autonómica sobre el particular.

³³ ARNAU, 2020, pp. 139-146.

³⁴ El debate puede igualmente plantearse en relación con las llamadas garantías comerciales (art. 17 Dir. 2019/771), de las que el legislador catalán tampoco dice nada (salvo las referencias genéricas que el CcoCat realiza en los artículos 123-4 –relativo a la información precontractual que, entre otros aspectos, ha de hacer referencia a las «garantías adicionales»– y 123-7.2 –que se refiere al efecto vinculante de la promoción, la publicidad y las ofertas comerciales, y menciona expresamente las «garantías ofrecidas»).

³⁵ El Cdo. 78 Dir. 2019/770 resulta en todo punto impreciso al señalar que, a propósito del empresario, «es importante garantizar que el empresario tenga los *mismos derechos* frente a las diferentes personas en la cadena de transacciones» (la cursiva es nuestra) para acabar concluyendo que es el Derecho interno el que debe identificar los responsables, las acciones a interponer y las condiciones de ejercicio.

que prescinde de la existencia de vínculo contractual entre reclamante y reclamado; la indemnidad del reclamante se consigue a través de una acción «para repetir». Pero nada se añade acerca de la *responsabilidad* del reclamado. El precepto ni siquiera traslada al ordenamiento interno la referencia a la «acción u omisión» desencadenante de dicha responsabilidad (art. 18 Dir. 2019/771; art. 20 Dir. 2019/770); de hecho, no determina quien es el responsable ni las condiciones de ejercicio ni el alcance de la acción correspondiente, tal y como exigen los textos europeos. En este contexto, pueden ensayarse distintas formas de encarar la ausencia de toda referencia a la acción en el Derecho catalán. La primera pasaría por negar la supletoriedad del Derecho estatal considerando que el legislador catalán ya ha regulado la materia³⁶, de forma que la falta de norma relativa al derecho del vendedor contra el responsable significa que, en este ordenamiento, esta acción específica no se ha querido incorporar. Ahora bien, siendo aplicable al caso el Derecho catalán, el vendedor siempre podrá pretender que quien provocó la falta de conformidad le indemnice en virtud de responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios sufridos a raíz del remedio ejercido por el comprador (art. 1902 CC); para reclamar tal responsabilidad, el plazo de prescripción será el de tres años del artículo 121-21,d CCCat. El resultado que se alcanza con esta interpretación (esto es: que el vendedor sí puede reclamar al causante de la falta de conformidad, luego puede resarcirse de la pérdida generada a raíz de su subsanación) casa y se aviene con lo dispuesto en el Derecho europeo que, según se ha dicho, encarga al Derecho interno la fijación de los términos de la responsabilidad del causante de la falta de conformidad.

Cabría, sin embargo, abogar por una aplicación supletoria del artículo 125.2 TRLGDCU, argumentando que la transposición de las Dir. 2019/770 y 2019/771 ha sido parcial o sólo en lo concerniente a las relaciones contractuales entabladas, por una parte, entre el vendedor y el comprador y, por otra parte, entre el suministrador y el adquirente de contenidos o servicios digitales. La no incorporación, en esta particular, de los artículos 18 Dir. 2019/771 y 20 Dir. 2019/770 no revelaría la voluntad legislativa de *no querer* que el vendedor disponga de este canal de reclamación, sino la de *no querer regularlo* (al menos, de momento), de forma que se abriría paso a la aplicación supletoria del precepto estatal. A partir de aquí se reproducirían los problemas interpretativos que ya suscita

³⁶ De hecho, la rúbrica del Decreto-ley 27/2021 («*d'incorporació de les directives...*») evidencia que la voluntad ha sido incorporar, sin matices ni parcialmente, las Dir. 2019/770 y 2019/771.

el propio artículo 125.2 TRLGDCU y, en particular, el de si es preciso que en el «responsable» concurra algún elemento de culpa para que le sea imputable tal responsabilidad o si basta con una simple relación objetiva de causalidad entre su actuación (positiva o negativa) y la falta de conformidad de la que respondió el vendedor³⁷ ³⁸.

En cualquier caso, descartar la aplicación del artículo 125 TRLGDCU tiene un coste adicional. Se proyecta sobre la acción directa del consumidor frente al productor (art. 125.1 TRLGDCU), que el Derecho europeo sólo impone en caso de garantía comercial ofrecida por este último (Cdo. 18 y 63, al final, Dir. 2019/771; Cdo. 12 y 13 Dir. 2019/770). Descartar la aplicación del artículo 125 TRLGDCU implica descartar también esta acción.

2.2.2 La (sobrevenida) conformidad del Derecho catalán al europeo

Antes de la promulgación del Decreto-ley 27/2021, la regulación catalana en materia de compraventa suscitaba dudas en cuanto a su plena conformidad con el Derecho europeo y, más concretamente, con la Dir. 99/44. Se albergaba esta sensación al menos en relación con dos aspectos si bien, lógicamente, sólo para el caso de compraventa con consumidor: la facultad de corrección a iniciativa del vendedor y la resolución del contrato (véanse, respectivamente y en su versión original, los art. 621-39 y 621-41 CCCat).

2.2.2.1 LA CORRECCIÓN A INICIATIVA DEL VENDEDOR

El régimen de la corrección a instancias del vendedor una vez agotado el plazo de cumplimiento del contrato casaba mal con un sistema en el que, formalmente, la elección del remedio corrector correspondía, sin duda, al consumidor (art. 3.2 y 3.3 Dir. 99/44). El artículo 621-39.2 CCCat, en cambio, sólo permitía al comprador rechazar la subsanación propuesta por el vendedor en determinados casos. En el contexto de la Dir. 2019/771, es también al consumidor a quien corresponde elegir la medida correctora (art. 13.2 Dir. 2019/771), pudiendo el vendedor, sólo en determinadas cir-

³⁷ Aunque sea a propósito del artículo 10 Ley 23/2003, de 10 de julio, «de garantías en la venta de bienes de consumo», véanse distintas propuestas interpretativas, todas perfectamente traspolables al artículo 125.2 TRLGDCU, en GARCÍA RUBIÓ, 2006, pp. 30 y 34.

³⁸ Nótese que una lectura del artículo 125.2 TRLGDCU en términos de responsabilidad extracontractual permitiría defender, al amparo del artículo 111-4 CCCat, que el plazo asociado a la acción es de tres años (art. 121-21.d CCCat).

cunstancias, negarse a implementarla (art. 13.3 Dir. 2019/771)³⁹. El encaje se hacía complejo y la solución ha sido fulminante: se ha procedido a la derogación, indiscriminada, del precepto, que deja de regir en todo caso, luego no sólo si la compraventa es de consumo⁴⁰. En el Derecho catalán vigente, por supuesto que el vendedor sigue teniendo, con carácter general, derecho a corregir la falta de conformidad, pero atendiendo a la reparación o sustitución previamente elegida y solicitada por el comprador (art. 621-38.2 CCCat).

2.2.2.2 LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

En la regulación aprobada en 2017, la resolución del contrato exigía un incumplimiento «esencial» (art. 621-41.1 CCCat), que el artículo 621-41.2 CCCat definía en términos de privación substancial de aquello a lo que tenía derecho el acreedor. Si el incumplimiento había sido de tal envergadura (esto es: esencial), la facultad de resolver directamente el contrato implicaba para el consumidor una mayor protección (cualitativa) que la dispensada por la Dir. 99/44, que situaba esa modalidad de ineficacia en un segundo nivel de remedios y que, por tanto, no era accesible directamente como primera opción. Y nada que decir sobre ello tratándose de una Directiva de protección mínima (art. 8 Dir. 99/44). Sin embargo, en caso de falta de conformidad no esencial, el derecho a la resolución que el artículo 3.2 Dir. 99/44 reconocía al consumidor tras un primer intento fallido de corrección, no encontraba acomodo en el artículo 621-41 CCCat, que exigía en todo caso aquella esencialidad. En estos casos, la falta de conformidad del Derecho interno al europeo obedecía a esa menor protección que dispensaba el primero⁴¹. La situación se ha reconducido tras la reforma: el artículo 621-40.1 CCCat ha generalizado la regla del artículo 13.4 Dir. 2019/771 y garantiza el acceso de todo comprador a los remedios contractuales (reducción del precio y resolución del contrato), prescindiendo de la gravedad de la falta de conformidad. En su caso, la gravedad justificará su ejercicio inmediato y directo (art. 621-40.1,c CCCat); en cualquier caso, ahora se salvaguarda la facultad de resolver, aunque

³⁹ La vaguedad del Cdo. 50 Dir. 2019/771 («... el consumidor debe informar al respecto al vendedor para darle la oportunidad de restablecer la conformidad del bien...») no desmiente lo señalado en el texto. Se cree que lo quería indicarse es sencillamente que el consumidor no puede optar, sin más y en primer lugar, entre la reducción del precio o la resolución del contrato. Tampoco que se cree que pueda sustentarse, al amparo de una determinada interpretación del artículo 14.1.b Dir. 2019/771, que el vendedor pueda imponer una determinada manera (pero la que *él* quiera) de corregir la falta de conformidad tras haber sido informado de ella por el comprador, pero sin que éste haya ejercitado ninguna pretensión correctora concreta.

⁴⁰ Se planteaba esta opción en ARNAU, GRAMUNT, 2022, p. 191.

⁴¹ ARROYO, 2018, p. 230; ARNAU, 2021, p. 137.

sea a modo de remedio de segundo nivel, al margen de si la falta de conformidad es o no grave.

El comentario ulterior aboca al vigente artículo 641-42.1 CCCat que, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 621-40.1 CCCat, reconoce a ambas partes la facultad de resolver el contrato en casos de incumplimiento esencial. La lectura conjunta de ambos preceptos sugiere algunas ideas. La primera es que la *esencialidad* del artículo 641-42.1 CCCat («... las partes pueden resolver el contrato si el incumplimiento de la otra parte es esencial...») se presenta como algo no necesariamente coincidente con la *gravedad* (art. 621-40.1.c CCCat: «La falta de conformidad es tan grave que justifica directamente la opción de exigir la reducción del precio o la resolución del contrato»). Si fueran lo mismo, no tendría sentido (y técnicamente sería poco apropiado) el empleo de dos términos distintos para referirse al mismo supuesto⁴². Además, sólo se define la esencialidad en términos de privación substancial de aquello a lo que el acreedor tiene derecho (art. 621-42.1, al final, CCCat); no se acota qué es «falta de conformidad grave». La segunda observación es que el artículo 621-40 CCCat se configura como una norma especial para el caso de incumplimiento «por falta de conformidad», de forma que, en estos casos, sólo el incumplimiento grave, prescindiendo de su esencialidad, permitirá resolver el contrato. Ciertamente, desde un punto de vista literal, nada obsta a una lectura no excluyente de ambas normas en casos de falta de conformidad de forma que, cabría decir, el comprador también podrá resolver en casos de falta de conformidad esencial y en virtud del artículo 621-42.1 CCCat. Sin embargo, en este razonamiento necesariamente debe interferir, de nuevo, la naturaleza de la Dir. 2019/771 como instrumento de armonización plena; de ahí que, si mediante la vía de permitir la resolución directa por falta de conformidad esencial se amplía el elenco de supuestos en los que ya cabe resolver (y estos supuestos son los contemplados en el art. 621-40.1.c CCCat), entonces se estará aumentando la protección prevista en el texto incorporado (admitiendo más causas de resolución) y de ahí que, tratándose de una compraventa de consumo, se estará infringiendo su nivel de armonización. La cuestión se reduce a determinar, pues, si un incumplimiento esencial es algo más que un incumplimiento grave (lo grave es también esencial) o si cabe apreciar supuestos de incumplimiento esencial que no sea grave (en este escenario, cabría resolver directamente, en virtud del artículo 621-42 CCCat, a pesar de la falta de gravedad). De entrada, debe apuntarse que mientras la esencialidad del artículo 621-42.2 CCCat no parece admitir gradación (esto es: el incumplimiento o es esencial, o

⁴² Véase, sugiriendo *de lege ferenda* la implementación, en ambos preceptos, de la noción de incumplimiento «grave» ARNAU/GRAMUNT, 2022, p. 22.

no lo es), la gravedad del artículo 621-40.1.c CCCat sería modulable de manera que sólo cabría resolver si la falta de conformidad fuera de *tal gravedad* que justificara esta medida⁴³; y parece que con ello quiere aludirse a una gravedad especialmente potente como para alterar la jerarquía de remedios provocando, además, la ineficacia del negocio⁴⁴. En cualquier caso, sólo una falta de coincidencia entre ambos términos da sentido al empleo de una y otra categoría, con la consecuencia añadida que sólo el incumplimiento esencial anticipado permite resolver también el contrato (art. 621-42.3 CCCat). En este contexto, y a fin de preservar la conformidad del Derecho catalán al europeo, se aboga por reservar el artículo 621-40.1.c CCCat a la resolución directa por falta de conformidad y, de ahí, que de llegar a admitirse una falta de conformidad esencial pero no grave, no cabría resolver directamente al amparo del artículo 621-42.1 CCCat. Además, en ningún caso sería posible resolver anticipadamente por falta de conformidad (aunque también cupiese anticipar su gravedad); en este sentido, en la Dir. 2019/771, la anticipación sólo está presente en su artículo 13.4.d, que permite reducir el precio o instar la resolución si «el vendedor ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad». Lo que se anticipa es el fracaso en la corrección de la falta de conformidad, no la falta de conformidad misma, de forma que admitir esto último en el Derecho interno implicaría una mayor protección, vetada por la armonización plena del texto europeo⁴⁵. Al hilo de lo anterior, resulta que el incumplimiento esencial del artículo 621-42.1 CCCat sólo puede predicarse de obligaciones distintas a la de garantizar la conformidad del bien, a cuyo incumplimiento se reserva el artículo 621-40 CCCat. Aquel incumplimiento esencial puede referirse, por tanto, a la obligación de entregar el bien y a la relativa al pago del precio⁴⁶.

⁴³ Sólo a título orientativo y de forma poca esclarecedora, el Cdo. 52 Dir. 2019/771 describe una situación en la que cabría apreciar dicha gravedad resolutoria: «... como cuando la falta de conformidad afecte gravemente a la capacidad del consumidor de hacer un uso normal de los bienes y no quepa esperar que el consumidor confíe en que la reparación o sustitución efectuada por el vendedor resuelva el problema». Más específico es el Cdo. 65 Dir. 2019/770 («... el consumidor debe tener derecho a pedir directamente una reducción del precio o la resolución del contrato cuando se le suministre un programa (*software*) antivirus que esté infectado con un virus...»).

⁴⁴ Nótese, en el contexto más amplio del libro sexto CCCat, que la resolución por incumplimiento contractual, salvo excepciones (art. 623-20.3, b CCCat), no se vincula siempre a un incumplimiento de especial intensidad o relevancia (véanse art. 621-63, 623-20.3, 624.6.2 -al final-, 624-9 y 626-6 CCCat).

⁴⁵ Los Cdo. 18, 59 y 60 Dir. 2019/771 no desmienten lo que se indica en el texto; salvo que se fuerce la interpretación de «modalidades» de resolución, a las que alude el Cdo. 59, la legislación interna no puede contemplar la resolución anticipada por falta de conformidad.

⁴⁶ A propósito del pago del precio, la esencialidad del tiempo en el que deba realizarse deberá haberse pactado; en otro caso, es razonable entender que el momento del pago no es esencial y que, a pesar de no cumplirse a tiempo, al vendedor le sigue interesando su cobro, aunque sea con retraso.

2.2.3 **La incorporación de la Dir. 2019/770 a través de un régimen general aplicable a los contratos de suministro de elementos digitales**

Es sabido que el legislador europeo, al aprobar la Dir. 2019/770, no pretendía tipificar un nuevo contrato ni, menos aún, imponer una determinada tipificación al legislador interno (Cdo. 12 Dir. 2019/770). Sabido es también que la tarea tipificadora del legislador catalán es un proceso aún no culminado y que, en consecuencia, en el CCCat sólo aparecen regulados, de momento, algunos tipos contractuales. Es en este contexto que el CCCat se limita a incorporar un régimen para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales caracterizado por su generalidad y por su carácter preferente. La regulación catalana es tan general como lo es la europea, en el sentido de que se aplica siempre que concurren *SUS* elementos tipificadores (es decir, los elementos que determinan la aplicación de esta disciplina general); estos índices son la causa onerosa (o «contratos onerosos» según el artículo 621-67.1 CCCat) y el objeto (conformado, por una parte, por los «contenidos o servicios digitales», que deban suministrarse y, por otra, por el «precio en dinero» que deba pagarse o los «datos personales» cuyo uso se autoriza). Se trata de un régimen general en el sentido que bastan ambos elementos para activar su aplicación sin que pueda verse obstruida por una eventual tipificación contractual más específica. Es más: si este tipo contractual interno concurriera con esta disciplina general, ésta sería la preferentemente aplicable. La regulación catalana brinda un claro ejemplo de ello. El artículo 621-3.1 CCCat, relativo al «[O]bjetos» del contrato, admite, tras la reforma, que la compraventa recaiga sobre bienes «inmateriales». Considerando que los «derechos patrimoniales» ya se mencionaban y siguen presentes en el artículo 621-1.1 CCCat, el término introducido debe referirse, por fuerza, a otra modalidad de bien incorporal. Tienen cabida en esta categoría, por ejemplo, los contenidos digitales cuando se suministran con licencia indefinida de uso (Preámbulo Decreto-ley 27/2021, IV, 2.º pár., al final)⁴⁷ ⁴⁸. En este caso, por mucho que el contrato pueda calificarse internamente como compraventa, deberán aplicarse-

⁴⁷ ARROYO, 2022, pp. 16-17. También había admitido esta calificación el propio TJUE, si bien en un contexto ajeno al de la conformidad de la prestación. En la sentencia de 16 de septiembre de 2021 (C-410/19, *Software Incubator*), el TJUE admite, a los efectos del artículo 1.2 Directiva 86/653, de 18 de diciembre de 1986, «relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes», que es «venta de mercancías» el suministro en forma electrónica de un *software* informático acompañado de una licencia de carácter perpetuo y por todo lo cual el cliente paga un precio. En cambio, aún en el ámbito europeo, el suministro de contenido digital sin soporte material escapa de las definiciones de contrato de compraventa y de contrato de servicios que contemplan, respectivamente, los artículos 2.5 y 2.6 Dir. 2011/83.

⁴⁸ El Decreto-ley 27/2021 no ha modificado, en cambio, el artículo 511-1 CCCat a efectos de ampliar el concepto de «bien» a todo bien inmaterial.

le, preferentemente a las reglas correspondientes a este tipo, las contenidas en la sección cuarta del Capítulo I del libro sexto. Se trata, ante todo, de un supuesto de contrato oneroso de suministro de contenidos digitales y esto basta para determinar la aplicación preferente de las reglas internas de incorporación de la Dir. 2019/770, quedando en un segundo lugar su calificación como contrato como compraventa. De otro modo: el argumento según el cual la regla específica desplaza a la general no permite esquivar, por la vía de una tipificación contractual interna, la aplicación de las reglas generales procedentes de la Dir. 2019/770; de ahí el carácter preferente de estas últimas frente a las propias del tipo contractual. Cualquier otra articulación implicaría, si el contrato fuera de consumo, propiciar la aplicación de un régimen interno no conforme con el Derecho europeo.

Hay otro exponente que confirma la idea ya expuesta: es el recogido en el artículo 621-68.2 CCCat, que es el que somete a las reglas de los artículos 621-67 y ss. CCCat el soporte material portador de elementos digitales (véanse, art. 3.3 Dir. 2019/770 y 3.4.a Dir. 2019/771). Por mucho que *se compre*, por ejemplo, un CD que contenga un determinado *software* u otro contenido digital⁴⁹, las reglas en materia de conformidad son las generales relativas al suministro de contenidos y servicios digitales, que resultan preferentes a las de la compraventa; en este supuesto, el dato añadido es que la presencia de un soporte material empaña el escenario llegándose a una solución acorde con la tangibilidad de este elemento: en materia de conformidad, soporte y contenido digital se rigen por los artículos 621-67 y ss. CCCat; en materia de entrega y accesibilidad, lo hacen por los artículos 621-10 y concordantes CCCat, relativos al contrato de compraventa, si el negocio celebrado es de este tipo o si es atípico (art. 621-67.2 CCCat).

El régimen de los artículos 621-67 y ss. CCCat tiene otra potencialidad interna. Y es que cabe su aplicación por analogía (luego, sólo si existe identidad de razón) a otros contextos contractuales sujetos al Derecho catalán pero que carecen, en este ordenamiento y por ahora, de regulación específica⁵⁰. La propuesta en ningún caso vulnera el artículo 3.5.a Dir. 2019/770, que declara la no aplicación del texto a «la prestación de servicios distintos a los servicios digitales (...)». Esta no vulneración se explica porque la finalidad de la norma europea es sólo aclarar que no son servicios digitales aquellos que no encajan en la definición prevista en el artículo 2.2 Dir. 2019/770 y, ello, «independientemente de que el empresario haya utilizado formas o medios

⁴⁹ El artículo 104.c TRLGDCU (procedente del art. 9.2.c Dir. 2011/83) avalaría que el contrato que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de un soporte portador de contenido digital es un contrato de compraventa.

⁵⁰ ARNAU, 2021, pp. 99-100.

digitales para obtener el producto del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor». Siendo ello así, los contratos situados al margen del ámbito de aplicación del texto europeo son libremente regulables por el legislador interno que, si quiere, puede sujetarlos a la misma disciplina que rige los servicios digitales; a falta de sujeción expresa, nada obsta a la aplicación analógica de los artículos 621-67 y ss. CCCat a otros contratos de servicios.

3. ASPECTOS PARTICULARES

Mientras que la sección cuarta del Capítulo I del libro sexto CCCat es íntegramente nueva, los artículos 621-21 y ss. CCCat sólo han sido modificados en aspectos concretos.

3.1 ¿QUÉ NUEVA REGULACIÓN PARA EL CONTRATO DE COMPRAVENTA?

El Preámbulo del Decreto-ley 27/2021 reserva un cierto protagonismo al nuevo plazo de garantía, a la distinta configuración del deber de notificar al vendedor la falta de conformidad y a la presunción de la falta de conformidad al tiempo de la entrega (Preámbulo IV, a, b y c). Sin embargo, los cambios exceden de los que afectan a estas cuestiones.

3.1.1 Los bienes con elementos digitales

El artículo 621-3 CCCat facilita la incorporación del artículo 3.3 Dir. 2019/771. Este último impone la sujeción de los elementos digitales que conforman el componente digital de los llamados «bienes con elementos digitales» a las reglas de la compraventa en materia de conformidad⁵¹. Esta categoría de bien mixto se define en el artículo 2.5.b. Dir. 2019/771, erigiéndose en una nueva modalidad de bien mueble. En este contexto, el artículo 621-3 CCCat presenta los bienes con elementos digitales como posible objeto del contrato de compraventa y garantiza, de este modo, aquella sujeción. Esta manera de proceder sugiere dos órdenes de consideraciones: a propósito

⁵¹ Acerca de la trascendencia real de situar estos bienes en el ámbito de aplicación de la Dir. 2019/771, descartando hacerlo en el de la Dir. 2019/770, véase ARNAU, 2021, pp. 27-28, que acaba augurando posibles estrategias a fin de forzar la sujeción de los elementos digitales a las reglas procedentes de la Dir. 2019/770 (así, en virtud de su contratación a través de un contrato distinto al de compraventa).

de la técnica jurídica empleada y en relación con el alcance, en este particular, del artículo 621-3 CCCat.

En cuanto a lo primero, el artículo 3.3 Dir. 2019/771 es mucho más explícito que el precepto interno al tiempo de imponer aquella aplicación («La presente Directiva ... sí se aplicará a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos...») y de precisar que ello es así siempre que su contratación obedezca al mismo contrato de compraventa («... y que se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa...»). Literal y aisladamente, el artículo 621-3.1, al final, CCCat confirma sólo que los bienes «que incorporen o estén interconectados a contenidos o servicios digitales» pueden ser objeto del contrato de compraventa descartándose, con ello, que aquella incorporación o interconexión de algún modo pueda interferir en la potencialidad de aquel bien para ser objeto de este tipo contractual. Sin embargo, en el artículo 621-3.1 CCCat faltan otros dos datos cuya concurrencia condiciona, en la Dir. 2019/771, la aplicación del régimen de la compraventa al componente digital: la dependencia funcional («de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones» [artículo 2.5.b Dir. 2019/771]) y su contratación en virtud del mismo contrato de compraventa (artículo 3.3 Dir. 2019/771). Con todo, se observa que aquella dependencia sí está presente en la definición de «bien con elemento digital» del artículo 621-3.2.c CCCat («... de tal manera que si faltan no puede desarrollar sus funciones...»). Por su parte, en cuanto a la unidad de contrato, la exigencia europea subyace a la presunción del artículo 621-3.3 CCCat («[C]uando el objeto del contrato es un bien con elementos digitales, se presume que estos elementos están comprendidos en el contrato de compraventa...»). Se trata de una presunción inspirada, también, en el artículo 3.3 Dir. 2019/771. Y se dice que el precepto catalán incorpora indirectamente el requisito europeo porque carecería de sentido presumir que todo se contrató en virtud del mismo contrato de compraventa si esta circunstancia resultara irrelevante⁵². En este particular, por tanto, se aboga por una interpretación sistemática y conjunta de los distintos apartados del artículo 621-3 CCCat que facilite una aplicación del Derecho interno conforme al europeo⁵³ en el sentido, acorde con el artículo 3.3 Dir. 2019/771, de sujetar a las reglas de la compraventa los componentes (material y digital) de los llamados «bienes con elementos digitales» (art. 621-3.2 CCCat) siempre que se hayan con-

⁵² La irrelevancia de quién acabe finalmente suministrando el producto digital resulta del art. 3.3, al final, Dir. 2019/771 y 621-3.3, al final, CCCat.

⁵³ Acerca de esta directriz de aplicación, véase ARNAU, 2020, pp. 140-142.

tratado en virtud del mismo contrato. Puede añadirse que la sujeción del elemento digital también al régimen de la compraventa no descarta que, en esta sede, se incorporen reglas específicas para *lo digital*, que serían distintas a las que disciplinan el componente material; en ese sentido, por ejemplo, el artículo 621-24.2 CCCat se refiere explícitamente a la conformidad, sólo, del elemento digital de suministro continuo y hace coincidir el plazo durante el que rige la presunción con el plazo de garantía (art. 621-23.1 y 621-23.2 CCCat).

Hay otro dato a considerar. En principio, no debería generar reticencia que las reglas de la compraventa se apliquen igualmente al componente digital; de hecho, la ampliación del objeto contractual a los bienes inmateriales (art. 621-3 CCCat) aboca al mismo resultado prescindiendo, incluso, de los requisitos relativos a la dependencia funcional (art. 621-23.2.c, al final, CCCat) y a la contratación conjunta (art. 621-23.3 CCCat). El razonamiento inmediato sería: si la disciplina de la compraventa puede aplicarse a contratos cuyo objeto es íntegramente inmaterial, con mayor razón podrá hacerlo en casos de objeto sólo en parte digital. El dato, sin embargo, no es concluyente y puede cuestionarse al amparo de dos argumentos. El primero es que la categoría de «bien inmaterial» puede abarcar los contenidos digitales, pero no los servicios digitales (que, se mire como se mire, tratándose de manifestaciones de un *hacer*, no pueden considerarse «bienes»). El segundo argumento es que el contrato de compraventa podrá recaer sobre un contenido digital si se acompaña de una licencia indefinida de uso, pero no en otro caso. Pueden ensayarse, pues, distintos escenarios: es posible que por la vía del «bien con elemento digital» queden sujetos a las reglas de la compraventa contenidos digitales, aun cuando carezcan de autorización ilimitada de uso, y servicios digitales; y es posible también que por el cauce de los «bienes inmateriales» puedan devenir objeto de la compraventa contenidos digitales contratados autónomamente y, *a fortiori*, contenidos digitales incorporados a un bien mueble, sin que éste presente dependencia funcional respecto de aquellos.

La tipificación de los «bienes con elementos digitales» en la Dir. 2019/771 obedece, ya se ha dicho, al propósito claramente explicitado de unificar las reglas aplicables en materia de conformidad a esta modalidad de bien mixto, que queda sujeto íntegramente a las de la compraventa⁵⁴. La perspectiva del artículo 621-3 CCCat es más amplia: convierte el bien con elemento digital en

⁵⁴ Se entiende que ello es así, claro está, solo si el contrato tiene como finalidad la transmisión de la propiedad del bien (art. 2.1 Dir. 2019/771). La cesión temporal de su uso abocaría, en el contexto europeo, a un contrato de servicio (art. 2.6 Dir. 2011/83) que recaería sobre un «bien con elemento digital».

posible objeto del contrato de compraventa *a todos los efectos* (y no sólo a los de la conformidad). Ello explica que se haya incorporado una regla adicional al artículo 621-10.1 CCCat, relativa a la entrega de bienes con elementos digitales; a su amparo, habrá entrega cuando se haya puesto el bien a disposición del comprador o se le haya transmitido su posesión y, además, cuando pueda igualmente acceder al elemento digital. Esta idea de entrega vinculada, a propósito de lo digital, a la de accesibilidad también está presente en la Dir. 2019/771 (Cdo. 39). Ello se explica porque la entrega no es algo ajeno a la conformidad de la prestación; por el contrario, es un parámetro temporal a efectos del cómputo del plazo de garantía (art. 10 Dir. 2019/771). Ocurre lo mismo en el ordenamiento catalán; así, el artículo 621-23.1 fija aquel *dies a quo* y el artículo 621-10.1 CCCat determina cuando se entiende producida la entrega. Sin embargo, como resulta lógico en el marco de una regulación completa y sistemáticamente ordenada del contrato de compraventa, el CCCat regula otros aspectos relacionados con la entrega (así, el cuándo, cómo y dónde debe entregarse lo debido; los efectos en caso de entrega fallida...), no tan íntimamente relacionados en la conformidad del bien entregado y que ahora pueden predicarse también del bien con elemento digital.

3.1.2 Criterios de conformidad

Los criterios de conformidad, previstos en el artículo 621-20 CCCat, se revisan y retocan a la luz de los artículos 6 y 7 Dir. 2019/771, si bien preservando el carácter general de la norma, que sigue aplicándose a toda compraventa. Formalmente, la distinción entre, por una parte, criterios pactados o subjetivos (art. 6 Dir. 2019/771) y, por otra, criterios legales u objetivos (art. 7 Dir. 2019/771), la atestiguan los dos primeros apartados del artículo 621-20 CCCat que, sistemáticamente, no se modifican; así, el art. 621-20.1 CCCat relaciona los requisitos acordados y el art. 621-20.2 CCCat hace lo mismo con los legales. Se añade el artículo 621-20.6 CCCat que, paralelamente al artículo 621-20.1.d CCCat (alusivo a las actualizaciones pactadas), contempla, a modo de criterio objetivo de conformidad de los bienes con elementos digitales, las actualizaciones que resultan legalmente exigibles. Y sin que ello revista mayor alcance, el CCCat sitúa los «fines específicos manifestados por el comprador» en el artículo 621-20.5 CCCat (cuyo precedente es el anterior art. 621-20.3 CCCat); se preserva la autonomía formal del caso (es decir, se ubica sistemáticamente al margen de las listas de los art. 621-20.1 y 621-20.2 CCCat) y se acomoda la redacción de la regla al artículo 6.b Dir. 2019/771; de ahí, que se admi-

ta ahora que aquella manifestación se realice «antes» o en el momento de la perfección del contrato⁵⁵. A propósito de los artículos 621-20.1, 621-20.2 y 621-20.6 CCCat, la reforma introduce criterios reveladores de capacidades y necesidades tecnológicas (algunas definidas en el artículo 621-20.3 CCCat, a saber: compatibilidad, funcionalidad y interoperabilidad). La lectura de todo este entramado permite plantear dos órdenes de cuestiones.

La incorporación, en este particular, de la Dir. 2019/771 explica que se reproduzca, ahora en el marco del ordenamiento interno, alguna duda ya suscitada por el texto europeo. La propician, en concreto, dos criterios legales u objetivos: la durabilidad (art. 620.2.b CCCat) y las actualizaciones de los bienes con elementos digitales suministrados en acto único (art. 621-20.6 CCCat). Al amparo del artículo 620.2.b CCCat, es exigible, como criterio de conformidad, aquella durabilidad que un comprador razonablemente puede esperar, habida cuenta la naturaleza del bien. Sin embargo, considerando que el plazo de garantía es de tres años según el artículo 621-23.1 CCCat, ¿cómo podrá hacerse valer tal durabilidad transcurrido este tiempo?⁵⁶ Se detecta una situación muy similar a raíz de lo que establece el artículo 621-20.6 CCCat, que impone al vendedor la obligación de proporcionar al comprador las actualizaciones necesarias a fin de mantener la conformidad del bien durante el período «que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes y elementos digitales». Nuevamente, se desconoce cómo hacer valer esta exigencia transcurridos los tres años del plazo de garantía, salvo que pueda aventurarse que, en estos casos, el plazo de garantía puede exceder del formulado con carácter general^{57 58}.

⁵⁵ Véase, descartando que la expresión «el vendedor haya expresado su aceptación» implique necesidad de aceptación expresa, ARNAU, GRAMUNT, 2022, p.185.

⁵⁶ Se remite al Cdo. 32 Dir. 2019/771, destacando que la durabilidad razonable puede estar en función, entre otros elementos, del precio satisfecho, de la intensidad o frecuencia del uso dado al bien por el consumidor, el mantenimiento razonable, entre otros, TWIGG, 2020, p. 65. Véase, también, DE FRANCESCHI, 2021, pp. 152-153; el autor sitúa el supuesto en el marco de las prácticas comerciales desleales, apuntando los remedios contractuales previstos en el artículo 11 bis Dir. (UE) 2161/2019. En España, el TRLGDCU, modificado por el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre, excluye de la categoría «práctica comercial» las relaciones de naturaleza contractual (art. 19) y sólo permite reclamar por lo primero daños y perjuicios (art. 20 bis). Véase, acerca de las dudas que suscita el precepto en términos de conformidad con el Derecho europeo, DE ELIZALDE IBARBIA, 2021, pp. 79-84.

⁵⁷ A propósito de la Dir. 2019/771, admite que podría tratarse de un plazo que excediera de los dos años, KALAMEES, 2021, p. 136. Esta interpretación daría sentido a la salvedad contenida en la regla del art. 10.1 Dir. 2019/771 («Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 3, el presente apartado se aplicará también a los bienes con elementos digitales» [la cursiva es nuestra]). En contra, limitando las razonables expectativas del consumidor a los dos años a contar desde la entrega, TWIGG, 2020, p. 70.

⁵⁸ En el caso de bienes con elementos digitales de suministro continuo durante un período de tiempo, el artículo 621-20.6.b CCCat incorpora el artículo 7.3.b Dir. 2019/771

Hay cuestiones que se ya se planteaban bajo la regulación anterior (léase, art. 2.2.d Dir. 99/44) y que, hoy por hoy, siguen planteándose porque, en este particular, nada ha cambiado (art. 7.1.d Dir. 2019/771). El referente es, nuevamente, el artículo 621-20.b CCCat que, a modo de criterio legal de conformidad, menciona distintos parámetros (cantidad, durabilidad, interoperabilidad, compatibilidad...) exigibles según concurren otras dos circunstancias («... que presenten normalmente bienes del mismo tipo y que el comprador pueda razonablemente esperar» considerando «la naturaleza del bien y las declaraciones públicas hechas por el vendedor o por terceros»)⁵⁹. La aplicación de la norma no debería descuidar, al menos en la compraventa de consumo, el artículo 123.7 CcoCat, que proclama la exigibilidad del contenido de la publicidad, «que ha de tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato». Sin perjuicio de la distancia que pueda haber entre publicidad y «declaraciones públicas», la cuestión que subyace es si aquellos parámetros o características sólo funcionan como criterios de conformidad si concurren «normalmente» en «bienes del mismo tipo» o si, en cambio, cabe prescindir de esta presencia *normal* (que no la habrá si se trata de una característica o prestación inédita, innovadora...) bastando con que sí se haya hecho referencia a ella en la publicidad del bien. En este particular, se abogaría por desvincular la función integradora de la publicidad de la normalidad o anormalidad de la característica anunciada; en otro caso, la exigibilidad de las características extravagantes o anormales, aunque publicitadas, podría quedar en entredicho, infringiendo el principio elemental de buena fe. Ahora bien, atendiendo a la literalidad de la conjunción «y», propiciar una articulación de la publicidad como criterio autónomo de conformidad implicaría, tratándose de una compraventa de consumo, una mayor protección que la dispensada por el artículo 7.1.d Dir. 2019/771 que, sin duda, acumula parámetros.

En otro orden de consideraciones, debe añadirse que el trasfondo de los artículos 621-20.4, 621-25 y 621-26 CCCat es el artículo 7.5

imponiendo al vendedor la obligación de facilitar al comprador las actualizaciones que precise la conformidad del bien durante un plazo de tres años (si el período del suministro es inferior o coincide con este plazo) o durante el plazo pactado del propio suministro (si se ha previsto, para él, una duración superior a los tres años). Por lo demás, el artículo 7.4 Dir. 2019/771, que declara y regula la no responsabilidad del vendedor por aquellas faltas de conformidad causadas «únicamente» por la falta de instalación de las actualizaciones, se incorpora en el artículo 621-21 CCCat, relativo a la «[C]onformidad en la instalación». El precepto, por tanto, aglutina ahora una doble tipología de supuestos: las faltas de conformidad derivadas de una «incorrecta» instalación del bien, ya se hubiere realizado por el vendedor (art. 621-21.1.a CCCat), ya lo hubiere sido por el propio consumidor (art. 621-21.1.b CCCat) y las faltas de conformidad que obedezcan a la falta de instalación de las actualizaciones o a su instalación incorrecta.

⁵⁹ La cursiva es nuestra.

Dir. 2019/771, que niega la falta de conformidad («[N]o habrá falta de conformidad...») si, habiendo sido informado «de forma específica» de la ausencia de una característica o prestación exigible en virtud de los artículos 7.1 y 7.3 Dir. 2019/771, el consumidor hubiese «aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato». *A contrario*, y a diferencia de lo que señala el artículo 2.3 Dir. 99/44, la Dir. 2019/771 cubre supuestos de falta de conformidad *conocida* (o no oculta). Y es que la falta de conformidad (y, con ella, la responsabilidad del vendedor) ya no desaparece a raíz del conocimiento de que ella tuviese o hubiese debido tener el consumidor al tiempo de contratar, sino que, prescindiendo ahora de este conocimiento efectivo o potencial, lo relevante es haber recibido información específica y haberla aceptado expresamente y por separado. Cualquier intento de esquivar la norma⁶⁰ infringiría el nivel de protección dispensado por la Dir. 2019/771. De ahí, que el legislador catalán actúe doblemente: por una parte, incorpora casi literalmente la regla del artículo 7.5 Dir. 2019/771 en el artículo 621-20.4 CCCat; por otra, modifica los artículos 621-25 y 621-26 CCCat, relativos, respectivamente, a las manifestaciones públicas previas al contrato y al conocimiento de la falta de conformidad por el comprador. Ambos órdenes de modificaciones tienen en común que afectan, sólo, a la compraventa de consumo y, sin duda, se trata de una limitación razonable considerando que se extreman triplemente (por la vía de la exigencia de información específica, aceptación expresa y aceptación por separado) las medidas de protección del comprador. En este sentido, el artículo 621-25.3 CCCat excluye la aplicación del artículo 621-25.1.a CCCat si la compraventa es de consumo; la consecuencia última es que el vendedor ya no podrá eximirse de responsabilidad por la falta de conformidad derivada de las manifestaciones públicas hechas por él mismo, o por un tercero legitimado, acreditando que el comprador conocía o podía razonablemente conocer la incorrección. En la misma línea, la regla general de exoneración de la responsabilidad del vendedor por conocimiento de la falta de conformidad del comprador no actúa si la compraventa es de consumo (art. 621-26.2 CCCat)⁶¹. En estos casos, al conocimiento, debe añadirse la aceptación expresa y por separado de la falta de conformidad a fin de descartar el incumplimiento del vendedor.

⁶⁰ Así, argumentando que el consumidor, al tiempo de contratar, sabía perfectamente que el bien no presentaba una determinada característica o uso exigibles o que aceptó tal ausencia tácitamente o, incluso, expresamente, aunque no de forma separada.

⁶¹ La regla del artículo 7.5 Dir. 2019/771 inspira también el artículo 621-30.3 CCCat, relativo a la conformidad jurídica. Se trata de una regla reservada a la compraventa de consumo y en cuya virtud, a fin de no responder por falta de conformidad, el vendedor debe informar específicamente (y el comprador aceptar expresamente y por separado) acerca de cualquier derecho o pretensión razonablemente fundada de tercero que pueda interferir en los criterios de conformidad.

3.1.3 Plazos: duración, cómputo y otras vicisitudes

Los artículos 621-23 y 621-24 CCCat reordenan, reorganizan (en dos preceptos consecutivos) las materias tratadas, antes de la reforma, en los artículos 621-23 y 621-29 CCCat (rubricados, respectivamente, «[E]xigencia y momento de la conformidad» y «[P]lazo de responsabilidad de la falta de conformidad»). Lo hacen, además, ajustando las reglas relativas a los distintos plazos en liza a los preceptos que la Dir. 2019/771 dedica a la materia.

El artículo 621-23.1 CCCat (reintitulado «[E]xigencia y plazos de la conformidad») procura un nuevo plazo de garantía y perfila el *dies a quo* de su cómputo. Los dos años del artículo 621-29.1 CCCat (en su versión previa de la reforma) se amplían a tres años, en el bien entendido que la Dir. 2019/771 ni siquiera impone articular técnicamente un plazo como de garantía⁶²; ahora bien, si la opción interna es mantener o introducir uno que cumpla con esta función, entonces la regla general será, tratándose de bienes *tout court*, que su duración mínima sea de dos años (y ampliable sin límite según el art. 10.3 Dir. 2019/771), a contar desde la entrega (art. 10.1 Dir. 2019/771). En este particular, el artículo 621-23.1 CCCat se acomoda plenamente al texto europeo, haciendo uso de la legitimación para ampliar aquel plazo mínimo. En cuanto al *dies a quo*, la entrega activa el cómputo de los tres años. Esta es la regla general, que se acompaña de una regla específica; a saber: el artículo 621-23.1 CCCat, en consonancia con el artículo 621-21.1 CCCat («[C]onformidad en la instalación»), modula aquel criterio en el caso de bienes que requieren instalación para su uso de forma que, si el servicio se contrató al vendedor, el plazo empezará a correr desde la «completa instalación»⁶³; si el bien debía ser instalado por el propio consumidor, entonces, el cómputo se iniciará en «el momento en que razonablemente se podría entender hecha la instalación»⁶⁴.

⁶² Una interpretación sistemática del artículo 10.5 Dir. 2019/771 (a luz de las restantes reglas del artículo 10 Dir. 2019/771 y del artículo 11 Dir. 2019/770 [en especial, art. 11.2. III – «...los derechos previstos en el artículo 14 (...) solo están sujetos a un plazo de prescripción...»-]) permite concluir que la finalidad de la regulación europea es, en cualquier caso, permitir que los consumidores puedan reclamar por las faltas de conformidad que se manifiesten durante los dos años siguientes a la entrega pero sin llegar a imponer una determinada manera de articular dicho plazo; de este modo, los Estados pueden establecer plazos de garantía y/o plazos de ejercicio de los remedios.

⁶³ Este parámetro temporal ya figuraba en la versión original del artículo 621-23.2 CCCat, a propósito de la presunción de entrega de bien no conforme; servía para fijar el *dies a quo* del plazo, hoy superado, de los seis primeros meses.

⁶⁴ Nótese que, siendo el consumidor quien debe instalar, el criterio de la «completa instalación» dejaría completamente en manos del comprador el inicio del cómputo del plazo de garantía. Es en este contexto que irrumpen dos opciones basadas en la idea de seguridad jurídica. La primera, que es prefijar legalmente un *dies a quo* (por ejemplo, 30

El artículo 621-23.2 CCCat contempla la compraventa de bienes con elementos digitales de suministro continuado durante un período superior a los tres años; en este caso, el vendedor responde por toda falta de conformidad que se manifieste durante el suministro. El precepto permite, como poco, tres comentarios. El primero sería que, literalmente y a diferencia de la regla general del artículo 621-23.1 CCCat, no se exige la presencia de la falta de conformidad en el momento de la entrega, sino únicamente su manifestación durante el plazo del suministro. El segundo sería que, también literalmente, el precepto no distingue entre el componente material y el componente digital del bien mixto permitiendo entender que *todo* queda sujeto a la misma regla. El tercer comentario resultaría del contraste entre lo dispuesto en el artículo 621-23.2 CCCat y lo que deriva de su interpretación *a contrario*; a saber: que los bienes con elementos digitales de suministro en acto único y de suministro durante un plazo inferior a los tres años quedan sujetos a la regla general del artículo 621-23.1 CCCat, de manera que, en estos casos, sí rige la exigencia de falta de conformidad al tiempo de la entrega. ¿Casa todo ello bien con la Dir. 2019/771? No del todo. Considerando lo que establecen los artículos 10.1, 10.2 y 10.3 Dir. 2019/771, no hay problema en que los bienes con elementos digitales de suministro continuado durante un período superior a los tres años dispongan de un plazo de garantía equivalente al período del suministro⁶⁵; sin embargo, el artículo 10.3 Dir. 2019/771 legitima sólo a «adoptar plazos más largos», pero no a exceptuar la presencia de la falta de conformidad al tiempo de la entrega en caso de bien íntegramente material o del componente material del bien con elemento digital (art. 10.1, al final, Dir. 2019/771). De esta manera, a fin de favorecer una aplicación del Derecho interno conforme al europeo, debería propiciarse una lec-

o 60 días a contar desde la entrega), podría verse como una minoración de la protección dispensada por el texto europeo, que no impone (ni permite) ningún plazo máximo. Tampoco puede desconocerse que se trata de una posibilidad que ya se rechazó durante su tramitación (véase art. 8.2 Propuesta de Directiva, del Parlamento europeo y del Consejo, «relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia» [COM 2015 635 final]; ARNAU, 2021, pp. 116-117). La segunda opción, que consiste en activar el cómputo a partir del momento en que efectivamente se ha instalado el bien (siempre que este momento esté debidamente acreditado por el consumidor), podría alejarnos muchísimo del tiempo de la entrega y propiciar una nueva variable (a saber: la manera en que se mantuvo o conservó el bien desde que se compró hasta que se instaló). La solución que implementa el Derecho catalán intenta equilibrar intereses: no impone un momento concreto a partir del que deba considerarse realizada la instalación, pero tampoco permite que sea el consumidor el que pueda imponer este momento.

⁶⁵ El artículo 10.2 Dir. 2019/771 hace coincidir el plazo de garantía con el plazo del suministro pero sólo en relación con los contenidos o servicios digitales; el texto no impone esta coincidencia a propósito del componente material o tangible.

tura del artículo 621-23.2 CCCat en el sentido de exigir, a propósito del elemento tangible, que la falta de conformidad esté presente en el momento de la entrega, no bastando con que se manifieste durante el período del suministro. Siendo ello así, técnicamente nada impide que este componente material disponga de un plazo de garantía superior al que rige si el contrato recae sobre un bien con elemento digital de suministro en acto único o suministro continuado por un período inferior a los tres años. En sentido inverso, y también a fin de favorecer igual lectura del Derecho catalán conforme al artículo 10.2, al principio, Dir. 2019/771, en las compraventas de bienes con elementos digitales de suministro continuado durante un plazo inferior a los tres años, la falta de conformidad que presente el elemento digital basta con que se manifieste en dicho plazo, pero sin poder exigir, además, que esté presente al tiempo de la entrega.

Si la compraventa es de consumo, el artículo 621-23.4 CCCat admite la reducción convencional del plazo de garantía. La eficacia del pacto depende de que concurren dos circunstancias: que la compraventa recaiga sobre un bien de segunda mano y que aquel plazo sea, como mínimo, de un año. Debe apuntarse que el artículo 10.6 Dir. 2019/771 no impone al legislador interno la necesaria admisión de este tipo de acuerdos, pero sí las condiciones que deben reunir tales pactos si es que acaban permitiéndose en el ordenamiento nacional. Nótese, además, que del artículo 621-23 CCCat cabe deducir la nulidad íntegra de todo pacto de reducción infringiendo el límite del año («los pactos... sólo son válidos») y no sólo su nulidad parcial o en cuanto a la reducción excesiva. No hay límite ni condición a propósito de los pactos de reducción del plazo legal de responsabilidad en compraventas que no sean de consumo, ni tampoco las hay, sea o no consumidor quien compra, a fin de acordar la ampliación del plazo legal.

Las reglas generales de los artículos 621-23.3 y 621-23.5 CCCat presuponen que el comprador ha solicitado la reparación o la sustitución del bien e inciden en cuestiones que escapan de la uniformización pretendida por la Dir. 2019/771; en concreto, versan acerca del efecto que despliega el ejercicio de los remedios obligacionales en el cómputo del plazo de responsabilidad del vendedor y acerca de la responsabilidad de este último una vez realizada la reparación o la sustitución. Lo primero era cuestión de la que el CCCat nada decía antes la reforma. Ahora, el artículo 621-23.5 CCCat declara la suspensión de aquel plazo desde que el comprador pone el bien no conforme a disposición del vendedor y hasta la entrega, ya sea del bien

reparado, ya sea del sustituto⁶⁶. Por su parte, el artículo 621-23.3 CCCat establece la responsabilidad de vendedor durante el año siguiente a la reparación o la sustitución por toda falta de conformidad que coincida en su causa con la falta de conformidad que generó la corrección inicial; esta coincidencia de causas se presume. El precepto no excluye que este plazo pueda concurrir, total o parcialmente, con el plazo inicial de responsabilidad.

El artículo 621-24 CCCat tiene como precedente la regla del artículo 621-23.2 CCCat (en su redacción previa a la reforma). La nueva regulación de la presunción de falta de conformidad incorpora el artículo 11 Dir. 2019/771 y ello da explicación, y permite comentar, sus tres reglas. La primera es que el plazo general al que alcanza dicha presunción son dos años a contar desde la entrega (art. 621-24.1 CCCat y art. 11.2 Dir. 2019/771)⁶⁷. La generalidad de la regla es doble: desde una perspectiva subjetiva, alcanza a toda compraventa y no sólo a la celebrada con un consumidor; desde una perspectiva objetiva, rige para toda compraventa, sea cual sea el objeto sobre el que recaiga, salvo que resulte de aplicación alguna de las dos reglas específicas de los artículos 621-24.2 y 621-24.3 CCCat⁶⁸. Tales disposiciones contemplan plazos distintos del general, que se explican por razón de la naturaleza del bien. El artículo 621-24.2 CCCat, tratándose de una compraventa de bienes con elementos digitales de suministro continuado, establece que la presunción de falta de conformidad del elemento digital rige durante todo el período indicado en el artículo 621-23 CCCat. El precepto merece, a su vez, tres observaciones: la primera es que la presunción tendrá el alcance de dos años desde la entrega (art. 621-24.1 CCCat) si el contrato recae sobre bienes con elementos digitales de suministro en acto único y, ello, tanto en relación con el componente material como con el componente digital; la segunda es que también rige el artículo 621-24.1 CCCat a propósito del componente material del bien con elemento digital de suministro continuado (art. 621-24.2, a contrario, CCCat); la tercera es que el artículo 621-24.2 CCCat hace una remisión general al artículo 621-23 CCCat (luego, no sólo al art. 621-23.2 CCCat, que es el que, en

⁶⁶ Véase, a propósito de la aplicación de la regla en caso de falta de conformidad del elemento digital cuya corrección no requiera de la puesta a disposición del componente material, ARNAU, 2022, p. 213.

⁶⁷ Los artículos 621-24.1 y 621-24.4 CCCat sistemáticamente escinden el extremo relativo al *dies a quo* del plazo durante el que rige la presunción. Se aplica, en cualquier caso, el mismo criterio que ya resultaría del artículo 621-23.1 CCCat, es decir, en función de si se trata o no de un bien que requiere o no instalación y, en este último caso, en función de si la instalación debe realizarla el vendedor o el propio consumidor.

⁶⁸ La suspensión del cómputo del plazo de garantía por causa de la reparación o la sustitución (art. 621-23.5 CCCat) sería extensible también al plazo de la presunción.

particular, contempla un supuesto específico de aquella modalidad contractual). La generalidad de la remisión permite concluir que, a propósito de los elementos digitales de suministro continuado, la presunción se extiende durante toda la duración del suministro (si es que excede de tres años [art. 621-23.2 CCCat]) o durante los tres años del plazo de garantía (que es el que rige tanto para el componente material como para el componente digital del bien con elemento digital de suministro continuado durante un plazo inferior a los tres años [art. 621-23.2, a contrario, y art. 621-23.1 CCCat]⁶⁹). Esta lectura encaja con el art. 11.3 Dir. 2019/771.

Por otra parte, el artículo 621-24.3 CCCat, relativo a la compraventa de consumo de bienes de segunda mano, establece que el plazo «es siempre de un año, aunque se haya pactado la reducción del plazo de responsabilidad del vendedor». La Dir. 2019/771, si bien permite que la legislación interna avale pactos de reducción del plazo de garantía (art. 10.9 Dir. 2019/771), blinda el alcance temporal mínimo de la presunción (que es de un año, según el art. 11.1 Dir. 2019/771), que no admite excepciones. La más inmediata consecuencia de todo ello es que, si el plazo de responsabilidad del vendedor en la compraventa de consumo de bienes de segunda mano se reduce convencionalmente hasta el mínimo posible, este pacto ni implica ni puede incorporar una reducción de la temporalidad de la presunción; en estos casos, la presunción regirá durante todo el plazo de la garantía (un año desde la entrega). Este es el trasfondo del artículo 621-24.3 CCCat. Por lo demás, que el plazo de la presunción «siempre» sea de un año tratándose de bienes de segunda mano, se haya o no pactado una reducción del plazo de garantía, puede considerarse algo más o menos razonable pero, en cualquier caso, casa bien con los artículos 11.1 y 11.2 Dir. 2019/771, dado que se respetan sus parámetros temporales. Sin embargo, la cuestión que suscita la norma es que, comparativamente, el consumidor que compra un bien de segunda mano queda menos protegido que un comprador no consumidor en las mismas circunstancias; en este último caso, si nada se ha pactado⁷⁰, el plazo de la presunción será de dos años (art. 621-24.1 CCCat)⁷¹.

⁶⁹ Luego, en caso de bienes con elementos digitales de suministro continuado, mientras que la presunción cubrirá los dos años siguientes a la entrega en relación con el componente material (art. 621-24.1 CCCat), su alcance será superior (tres años o más) a propósito del elemento digital.

⁷⁰ Se entiende que nada impide un pacto de reducción del plazo legal de garantía o de reducción del alcance temporal de la presunción. Los límites, de naturaleza imperativa en protección del comprador (art. 621-2 CCCat), sólo rigen en la compraventa de consumo (art. 621-23.4 y 621-24.3 CCCat).

⁷¹ La situación podría corregirse estableciendo que, en todo caso y en cualquier compraventa de bienes de segunda mano, la presunción rige sólo durante el primer año a contar desde la entrega. La norma sería dispositiva sólo en caso de comprador no consumi-

Al margen de los previstos en los artículos 621-23 y 621-24 CCCat, hay otros plazos igualmente implicados en el régimen de la compraventa. La reforma no modifica el plazo de tres años para interponer un remedio por causa de falta de conformidad (art. 621-44.1 CCCat). Tampoco se ve afectado su *dies a quo* (a saber: desde el conocimiento real o potencial de la falta de conformidad [art. 621-44.2 CCCat]); de hecho, vinculando el inicio del cómputo a este conocimiento, se cumple escrupulosamente con la única exigencia europea a propósito de los plazos de ejercicio (llamados «de prescripción» en el artículo 10 Dir. 2019/771), que es que permita al consumidor exigir las medidas correctoras que procedan por toda falta de conformidad de la que sea responsable el vendedor (art. 10.4 Dir. 2019/771) o, de otro modo, que el plazo de ejercicio no se agote antes de agotarse el propio plazo de responsabilidad o garantía. A semejanza del artículo 621-23.5 CCCat, el artículo 621-44.4 CCCat anuda a la reparación y a la sustitución un efecto suspensivo del plazo de ejercicio de los remedios⁷².

A propósito de la notificación de la falta de conformidad al vendedor, el artículo 621-29 CCCat (que es un precepto aplicable a toda compraventa) modifica sustancialmente las reglas contenidas, hasta la reforma, en el artículo 621-28 CCCat (que también se aplicaba a todo comprador). Partiendo del margen de maniobra que el artículo 12 Dir. 2019/771 atribuye al Derecho interno en este particular, el legislador catalán ha reconfigurado aquella notificación, que ha dejado de ser un requisito imprescindible a fin de que el consumidor «pueda hacer valer sus derechos». En el artículo 621-29 CCCat, la notificación ha perdido la fisonomía de condición legal para el ejercicio de un remedio (que, según el anterior artículo 621-28 CCCat debía ejercerse en un plazo mínimo de dos meses desde el conocimiento de la falta de conformidad) para convertirse en un deber (que procede cumplir, según el art. 621-29.1 CCCat, «sin dilación indebida»⁷³) y cuya infracción acarrea que sea el comprador quien responda ante el vendedor por los daños y perjui-

dor; en la compraventa de consumo no cabrían pactos en perjuicio del consumidor y, por tanto, quedaría *siempre* a salvo el plazo anual.

⁷² La suspensión, que casaría bien con la reducción del precio y la resolución del contrato (dado que se trata de facultades de configuración jurídica, a las que la ley anuda un plazo de caducidad suspendible [art. 122-1 CCCat]), ciertamente desencaja cuando se predica de la reparación o la sustitución y, ello, no porque los plazos de prescripción de tales pretensiones no puedan suspenderse (que sí pueden [art. 121-15 y ss. CCCat]), sino porque el efecto natural del ejercicio de la pretensión es la interrupción de dicho plazo (art. 121-11 CCCat). Véase, a propósito de la relación entre la naturaleza del plazo establecido en el artículo 621-44 CCCat y la naturaleza de la facultad que se ejerce, ESPIAU, 2019, pp.24-25.

⁷³ El legislador catalán utiliza la expresión «dilación indebida» en los artículos 621-29.1 y 621-42.2, mientras que en los art. 621-42.6 y 621-77.1, 621-77.3 y 621-77.7 CCCat se refiere a la «demora injustificada». Es más adecuada esta segunda expresión, puesto que la dilación o demora puede o no estar justificada, mientras que nunca una demora es debida.

cios derivados del retraso en la notificación (art. 621-29.2 CCCat). La regla es esencialmente idéntica a la prevista, hasta su reforma por el Real Decreto-ley 7/2021, en el artículo 123.4 TRLGDCU⁷⁴.

Por lo demás, la *razonabilidad* acompaña al plazo durante el cual deben facilitarse actualizaciones de los componentes digitales suministrados en acto único (art. 621-20.6.a CCCat), al plazo para reparar o sustituir (art. 621-38.3 CCCat) y al plazo adicional para entregar el bien o pagar el precio (art. 621-42.2 CCCat). El plazo razonable para instalar el bien por uno mismo determinará el *dies a quo* del plazo de garantía del bien y de su instalación (art. 621-23.1, al final, y art. 621-24.4, al final, CCCat).

3.1.4 Remedios: modalidades, jerarquía y efectos restitutorios

El elenco general de remedios a interponer por el acreedor insatisfecho se ubica, tras la reforma, en el artículo 621-37 CCCat. La tipología no se ve alterada (cumplimiento específico, suspensión del cumplimiento de las obligaciones del propio acreedor, reducción del precio, resolución del contrato e indemnización), salvo en lo relativo a las modalidades de cumplimiento específico, que abarcan la reparación, la sustitución «o cualquier otra medida de corrección de la falta de conformidad». La amplitud de esta última expresión permite ajustar al cumplimiento específico, al menos, dos grupos de supuestos. El primero se integra por aquellos casos en los que la falta de conformidad afecta al componente digital del bien con elemento digital, siendo así que, a propósito de lo digital, no siempre es posible encauzar su corrección a través, específicamente, de los remedios de la reparación o la sustitución (arg. art. 13 y Cdo. 63 Dir. 2019/770). El segundo grupo alcanzaría aquellos otros casos en los que la falta de conformidad consiste, materialmente hablando, en una *falta de entrega* (así, de parte de los bienes comprados [art. 621-20.1.a y 621-20.2.b CCCat], o de los accesorios o de las instrucciones [art. 621-20.1.c y 621-20.2.d CCCat]). En estas circunstancias, la corrección no exige una manipulación del bien no conforme (a efectos de repararlo), ni entregar otro en sustitución, sino otra modalidad de cumplimiento específico. Ciertamente, una concepción amplia del concepto «reparación», al estilo del artículo 1.2.f Dir. 99/44 y predicable, no del bien, sino de la propia falta de conformidad (que es lo que debe repararse, sea como sea, implique lo que implique), hubiese hecho innecesaria la

⁷⁴ En el artículo 123.4 TRLGDCU, la notificación debía realizarse en el plazo de dos meses desde que se tuvo conocimiento de la falta de conformidad. Hoy por hoy, en el Derecho estatal este deber de notificar ha sido derogado.

previsión del artículo 621-37.1.a, al final, CCCat. En cualquier caso, y desde un punto de vista técnico, la distinción («la reparación, la sustitución del bien no conforme...») y el genérico añadido que la acompaña («...o cualquier otra medida de corrección...») tampoco merece mayor reparo, aunque sí debe tenerse en cuenta a propósito del efecto suspensivo previsto en los artículos 621-23.5 y 621-44.4 CCCat, en cuanto a la garantía de la propia corrección (art. 621-23.3 CCCat) y a efectos de valorar si se corrige en tiempo y forma (art. 621-38.3 y 621-40 CCCat); todos estos preceptos contemplan solo la reparación y la sustitución pero deben ampliarse, en virtud de interpretación sistemática, a cualquier otra modalidad de corrección.

Al hilo de las modalidades de remedios, el artículo 621-40.2 CCCat pretende incorporar el artículo 16.2 Dir. 2019/771 relativo a la resolución parcial del contrato en el contexto de una compraventa de varios bienes y por causa de la falta de conformidad de alguno o algunos de ellos. Si se atiende a la estricta literalidad del artículo 16.2 Dir. 2019/771, parece que la finalidad del precepto es permitir la resolución sólo parcial del contrato a pesar de ser todo él resoluble («... haya motivos para la resolución de *dicho contrato* conforme al artículo 13...») ⁷⁵, en el bien entendido que la resolución total es posible, de acuerdo con las reglas generales, si ha fracasado el intento previo de corregir de la falta de conformidad o, directamente, si se trata de una falta de conformidad grave. Esta lectura, quizás demasiado simplista y acaso amparada en la regla según la que quien puede lo más (resolverlo todo) puede lo menos (resolver sólo parcialmente), pone el acento en el efecto legitimador de la norma, al avalar la resolución solo parcial del contrato. Esta lectura, además, pasa por entender que la corrección sin éxito de la falta de conformidad que afecta a sólo alguno o algunos de los bienes da acceso, igualmente (es decir, como si se hubiera comprado únicamente uno), a la resolución total. Esta lectura, sin embargo, concurre con otra más inspirada en el efecto útil de la norma ⁷⁶ y en cuya virtud, si la falta de conformidad es parcial, es posible (*rectius, solo* es posible) resolver parcialmente el contrato. La aplicación de las reglas generales (en especial, el art. 13 Dir. 2019/771) pasaría por proyectar los remedios *solo* sobre el bien o bienes afectados, de

⁷⁵ La cursiva es nuestra.

⁷⁶ También favorecen esta segunda línea argumentativa otras versiones oficiales del artículo 16.2 Dir. 2019/771 y el argumento según el cual, si el contrato pudiese resolverse íntegramente, no tendría sentido que el precepto condicionara, como hace («...y en relación con cualesquiera otros bienes que el consumidor hubiera adquirido junto con los bienes no conformes si no se puede razonablemente esperar que el consumidor acepte conservar únicamente los bienes conformes...»), qué otros bienes, además del no conforme, pueden verse afectados por la resolución; véase, para mayor detalle, ARNAU, 2020, pp.90-92.

forma que, si en relación con ellos, la falta de conformidad es grave, será posible la resolución parcial directa; si no lo es, podrá resolverse parcialmente el contrato a modo de remedio de segundo nivel. La corrección sin éxito de la falta de conformidad parcial no permite la resolución total. Una resolución de tal alcance tampoco es viable aun cuando la falta de conformidad sea grave en relación con el bien que la presenta; la excepción deben ser los supuestos en los que esta misma falta de conformidad parcial, no sólo es grave a la luz del bien no conforme, sino que también reviste gravedad desde la perspectiva del íntegro contrato. La facultad de resolver todo el contrato en estos casos, si bien no aparece expresamente aludida en el artículo 16.2 Dir. 2019/771, podría ampararse en la regla general del artículo 13.4.c Dir. 2019/771⁷⁷. Es en este contexto interpretativo que el artículo 621-40.2 CCCat contempla la resolución *total* por falta de conformidad *parcial* como algo excepcional («[E]l comprador *sólo* puede resolver totalmente el contrato si consta claramente que no habría efectuado la compra sin el bien afectado por la falta de conformidad») ⁷⁸. La resolución total se supedita a un criterio de intencionalidad negativa («...no habría efectuado...») que, según como se mire, implica llevar al límite el criterio que contempla el artículo 16.2 Dir. 2019/771 a propósito del alcance de la resolución; así, si en determinadas circunstancias, junto con el no conforme, el consumidor puede también resolver el contrato en relación con otros bienes, no puede descartarse que, por esta misma vía, la resolución alcance a todos los bienes y que, por tanto, la resolución acabe siendo total. En este contexto, el *no haber efectuado la compra sin el bien no conforme* del artículo 621-40.2 CCCat y el *no poder razonablemente esperar que el consumidor acepte conservar únicamente el bien conforme* del artículo 16.2 Dir. 2019/771 no resultan criterios tan alejados. Con todo, la plena conformidad del Derecho catalán al europeo exige permitir también la resolución total en aquellos supuestos en los que, prescindiendo de intencionalidades, la falta de conformidad que padezca sólo alguno o algunos de los bienes redunde en una falta de conformidad grave en relación con *todo* el contrato (art. 621-40.1.c CCCat).

Aún en relación con el nuevo artículo 621-40.1 CCCat, debe señalarse que el precepto restaura la conformidad del Derecho catalán al europeo incorporando la jerarquía de remedios por falta de

⁷⁷ Piénsese, por ejemplo, en una falta de conformidad que obedezca a la entrega sólo parcial de la prestación debida, siendo así que la importancia cuantitativa y/o cualitativa de la parte o porción no entregada permite igualmente calificar la falta de conformidad que padece la prestación sí satisfecha como grave.

⁷⁸ La cursiva es nuestra.

conformidad que impone el artículo 13 Dir. 2019/771 y, de ahí, que el artículo 621-40.1 CCCat supedita los contractuales al fracaso de los estrictamente obligacionales. Esta jerarquía resulta de los artículos 621-40.1.a y 621-40.1.b CCCat, que supeditan la reducción del precio y la resolución del contrato a la falta de corrección eficaz (ya sea porque el vendedor, sencillamente, no ha reparado o sustituido el bien, se ha negado a reparar o sustituir, ha descuidado las circunstancias de tiempo y forma del artículo 621-38 CCCat⁷⁹ o, en fin, el bien reparado o el bien sustituto presentan igualmente falta de conformidad); la salvedad, ya se ha apuntado, es que concurra una falta de conformidad grave, en cuyo caso el acceso a cualquiera de los remedios es directo (art. 621-40.1.c CCCat). Esta reordenación afecta al remedio de la reducción del precio. En este particular, los términos en los que se planteaba y plantea la conformidad del Derecho catalán al europeo son distintos a los descritos a propósito de la resolución y el tránsito del artículo 621-41 CCCat, en su versión previa a la reforma, al nuevo artículo 621-42.1 CCCat⁸⁰. El artículo 621-42 CCCat, en su versión original, permitía al comprador aceptar el bien no conforme (esto es, *conformarse*) y solicitar una rebaja del precio. El recurso a esta opción no se supeditaba a ningún intento previo y fallido de corrección o subsanación de la falta de conformidad ni, tampoco, a que ésta revistiera un determinado grado o nivel de intensidad; formalmente, la reducción del precio se contemplaba como un remedio directamente accesible por el comprador, luego como un mecanismo de primer nivel. Esto último casaba plenamente con el nivel de protección mínima de la Dir. 99/44 en el sentido que eliminar la jerarquía prevista en su artículo 3 no dejaba de ser una manera de mejorar aquella tutela, incrementándola cualitativamente. La naturaleza de la Dir. 2019/771 como directiva de protección plena y el distinto perfil de la jerarquía de remedios que contempla este texto obligaban a modificar el artículo 641-42 CCCat, convirtiendo la reducción del precio en un mecanismo de segundo nivel, salvo que la falta de conformidad sea grave (art. 621-40.1.c CCCat).

La reforma incide también en los efectos que siguen al ejercicio de algunos remedios. En un sentido negativo, y al compás del artículo 14.4 Dir. 2019/771, el artículo 621-38.6 CCCat niega que el consumidor deba restituir el valor del uso normal dado al bien no conforme antes de la sustitución por causa de falta de conformidad. En un sentido positivo, los artículos 621-42.5 y 621-42.6 CCCat

⁷⁹ Se advierte que la remisión del artículo 621-40.1.a CCCat al artículo 621-38.3 a) y b) CCCat debería serlo al artículo 621-38.3 y 4 CCCat.

⁸⁰ Véase *supra* apartado 2.2.2.

contemplan la restitución subsiguiente a la resolución del contrato. El primero, que es general, impone el coste de la restitución al contratante incumplidor y resuelve el *impasse* que podría derivarse de una aplicación escrupulosa del principio de cumplimiento simultáneo legitimando, a favor del vendedor, la retención del precio hasta que se acredite la devolución del bien; una y otra regla casan con las que, respectivamente, se recogen en los artículos 16.3.a y 16.3.b Dir. 2019/771. El artículo 621-42.6 CCCat, que se aplica también al reembolso por causa de reducción del precio en una compraventa (art. 621-41.3 CCCat), desarrolla algo más que «las modalidades de devolución y reembolso» a las que alude el artículo 16.3, al final, Dir. 2019/771. El artículo 621-42.6 CCCat es una norma aplicable a la compraventa de consumo y cuya finalidad es regular las circunstancias temporales y formales de la devolución del precio: por una parte, y temporalmente, el reembolso debe llevarse a cabo sin demora injustificada y, en cualquier caso, en el plazo de catorce días desde que resulta acreditada la devolución del bien; por otra, aquel reembolso debe efectuarse a través del mismo medio de pago empleado por el consumidor salvo voluntad contraria de éste y siempre que no conlleve para él ningún coste. El precepto claramente se inspira en el artículo 18 Dir. 2019/770. Tales circunstancias, ya se ha dicho, no rigen para la compraventa general.

3.2 UN RÉGIMEN GENERAL PARA LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

Se ha justificado ya la ubicación sistemática finalmente elegida por el legislador catalán a fin de incorporar la Dir. 2019/770; también se ha hecho lo propio en relación con la naturaleza de las normas contenidas en la sección cuarta del Capítulo I del Título II del libro sexto⁸¹ en términos de disciplina general basada en el doble parámetro de la onerosidad y de la naturaleza digital de la prestación comprometida por uno de los contratantes. Se ha argumentado también la ubicación de la definición de «contenidos digitales» y «servicios digitales» en el artículo 621-3 CCCat, relativo al objeto del contrato de compraventa, y que también sea el artículo 621-20 CCCat el que anticipe, en relación con los criterios de conformidad, determinadas categorías tecnológicas relacionadas con lo digital.

⁸¹ Véase *supra* apartado 2.2.3.

3.2.1 La remisión a las reglas de la compraventa

El modelo pasa también por una remisión a las normas de la compraventa; se trata de una llamada condicionada a que tales reglas «sean compatibles con la naturaleza del contrato» de suministro de elementos digitales (art. 621-67.2 CCCat). En consecuencia, hoy por hoy, de resultar aplicable el Derecho catalán a un contrato oneroso relativo a contenidos y servicios digitales, en aquello a lo que los artículos 621-67 y siguientes CCCat no den respuesta, deben aplicarse las reglas de la compraventa. De ahí que, de celebrarse una compraventa de contenidos digitales (art. 621-3 CCCat), la regulación a la que remite el artículo 621-67 CCCat y la regulación correspondiente al tipo contractual coincidirán, de manera que, en este caso, la compatibilidad del artículo 621-67.2, al final, CCCat está garantizada. En otro caso⁸², deberá estarse al fundamento de la regla que pretenda aplicarse a fin de valorar su compatibilidad con el contrato otorgado. Sea como sea, nótese que esta remisión facilita, técnicamente, que aquellas reglas en las que las Dir. 2019/770 y 2019/771 prácticamente coinciden⁸³ no deban incorporarse por partida doble: basta con que figuren entre los artículos 621-1 y ss. CCCat y la remisión del artículo 621-67.2 CCCat hace el resto.

La remisión permite, por ejemplo, integrar el régimen del contrato de suministro con el artículo 621-2 CCCat, a fin de determinar en qué casos el contrato será «de consumo» y, por ello, resultará aplicable el artículo 621-67.3 CCCat; facilita abogar también por la aplicación, entre otros, de los artículos 621-7 CCCat, relativo al deber precontractual de información, 621-32 CCCat, en materia de pago del precio, 621-42.4 CCCat, relativo al ejercicio de la facultad de resolución, 621-45 y 621-46 CCCat, en materia, respectivamente, de aprovechamiento injusto y de rescisión por causa de lesión⁸⁴. La remisión al régimen de la compraventa suscita la cuestión relativa a la aplicación de sus reglas (y, de hecho, de las que integran la disciplina general de los contratos de suministro de elementos digitales) en caso de contratación de servicios futuros (arg. art. 621-3.1 CCCat). Aquella remisión aboca también al examen del servicio digital (art. 621-28.1 CCCat) o a la notificación de la falta de conformidad (art. 621-29 CCCat); nótese que la aplicación subsidiaria de este precepto, que ya no impone aquella notificación como requisito para alegar falta de

⁸² Piénsese, por ejemplo, en la cesión onerosa pero solo temporal del uso de un contenido digital.

⁸³ Habla de una relación de complementariedad entre ambas directivas, STAUDENMAYER, 2020, p. 230; las califica como «twin-directives», VAN GOOL, MICHEL, 2021, p. 1.

⁸⁴ Nótese que estos dos preceptos ya delimitan, por sí mismos, su propio ámbito de aplicación, que alcanza a todo contrato oneroso.

conformidad, no vulnera la Dir. 2019/770, en la que dicho deber no existe. Aún en este ámbito, puede añadirse que, en materia de criterios de conformidad, la remisión del artículo 621-71 CCCat al artículo 621-20 CCCat resulta repetitiva, ciertamente innecesaria. Probablemente obedezca a la extrañeza que el legislador catalán creyó que podía causar, en el contexto de esta sección cuarta, la falta de toda norma relativa a los requisitos de conformidad que debe presentar producto digital⁸⁵. Lo mismo puede señalarse a propósito de la remisión expresa del artículo 621-76.1, al final, CCCat, al artículo 621-40 CCCat, que es el que relaciona los supuestos que permiten optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato.

3.2.2 Las reglas específicas

La generalidad del régimen de los contratos de suministro de elementos digitales, ya se ha dicho, obedece a la irrelevancia del tipo contractual concreto en el que quepa subsumir el contrato. A su vez, el carácter *específico* de las reglas que integran aquella disciplina revela su falta de coincidencia con las reglas de la compraventa (que, en virtud del artículo 621-67.2 CCCat, actúan como régimen legal supletorio). Algunas de estas reglas son las que siguen.

La primera se concreta en la obligación del suministrador consistente en poner a disposición del adquirente el producto contratado, sean contenidos (art. 621-69.2.a CCCat), sean servicios (art. 621-69.2.b CCCat); el precepto disciplina la puesta a disposición del contenido o servicio digital (art. 621-29.2 CCCat) y señala el momento en que resulta exigible, que es desde la perfección del contrato «salvo pacto en contra» (art. 621-69.3 CCCat). El referente europeo es el artículo 5 Dir. 2019/770 que dista del artículo 621-69 CCCat en dos aspectos: el primero, sin mayor trascendencia, es que el protagonismo que reviste la obligación de suministrar en el artículo 5.1 Dir. 2019/770 («El empresario suministrará...»), da paso, en el derecho interno, al de la obligación de poner a disposición del adquirente el producto digital (así, según el artículo 621-69.1 CCCat, «El suministrador debe poner a disposición...»); la segunda, es que la exigibilidad inmediata de la prestación (art. 621-69.3 CCCat), sin excepciones, no casa del todo con el suministro «sin demora indebida tras la celebración del contrato» (art. 5.1 Dir. 2019/770), que permite el retraso justificado. A propósito del artículo 5 Dir. 2019/770, debe señalarse que no hay

⁸⁵ La remisión, en cualquier caso, permite reproducir debates ya analizados (así, a propósito del criterio de la durabilidad o del plazo durante el que deben suministrarse las actualizaciones [sobre ello, en los antecedentes, MAK, 2016, p. 17]).

precepto correlativo en la Dir. 2019/771, que presupone la entrega del bien, pero sin regularla. A nivel europeo, es el artículo 18 Dir. 2011/83 el que facilita una disciplina parcial de la obligación, a cargo del vendedor, de entregar el bien; en concreto, determina su exigibilidad y los supuestos en los que procede la resolución por falta de entrega. El artículo 621-13 CCCat disciplina el tiempo de la entrega del bien acorde con tales parámetros. En relación con lo previsto en tales preceptos, europeo y catalán, debe señalarse, en primer lugar, que la regla de la entrega sin dilación indebida se acompaña de una regla especial para el caso de comprador consumidor, de forma que en ningún caso cabe demorarla más de treinta días desde la perfección del contrato (art. 18 Dir. 2011/83; art. 13.2 CCCat); no hay límite similar en la Dir. 2019/770 y, de ahí, que el art. 621-69.3 CCCat prevea una única regla. En segundo lugar, el artículo 621-69 CCCat pivota (incluso se intitula así) sobre el concepto de «puesta a disposición» que, ciertamente, también está presente en el artículo 5.2.a Dir. 2019/770, a propósito del contenido digital. En este último texto, tanto en relación con el contenido digital como con el servicio digital, el suministro da paso también a la categoría de *accesibilidad*. Y a pesar de que *dar acceso* al producto puede lógicamente entenderse como una manera de ponerlo a disposición (de forma que este último término abarcaría el primero), el legislador catalán ha optado por desplegar la obligación de poner a disposición de la mano, también, de la de permitir el acceso al contenido o servicio digital (art. 621-69.2 CCCat).

La segunda regla, prevista en el artículo 621-71 CCCat, acompaña la remisión al artículo 621-20 CCCat. Conciernen a la versión del elemento digital requiriendo que, salvo pacto, «sea la más reciente» al tiempo de la contratación. Incorpora el artículo 8.6 Dir. 2019/770. Se trata de una exigencia de conformidad que la Dir. 2019/771, en materia de bienes con elementos digitales, no impone y que, por tanto, el artículo 621-20 CCCat no recoge.

La tercera regla se refiere a la integración del elemento digital; a semejanza de lo previsto en relación con la instalación del bien (art. 621-21 CCCat; art. 8 Dir. 2019/770), la integración incorrecta es tratada como falta de conformidad del contenido o servicio digital (art. 621-72 CCCat; art. 9 Dir. 2019/770). Aconsejaban proporcionar una regla específica, descartándose con ello la remisión al artículo 621-21 CCCat, las dos diferencias que se aprecian entre los artículos 8 Dir. 2019/771 y 9 Dir. 2019/770; así: primero, este último, a diferencia del artículo 8 Dir. 2019/771, no exige que la integración se haya contratado en virtud del mismo contrato de suministro; segundo, el artículo 9.b Dir. 2019/770, a diferencia del

artículo 8.b Dir. 2019/771, no distingue al tiempo de señalar quien debe haber proporcionado las instrucciones al consumidor, bastando que sea «el empresario» (en cambio, a propósito de los bienes con elementos digitales, el art. 8, b, al final, Dir. 2019/771 admite que pueda serlo el vendedor o el proveedor). El artículo 621-72.1.b CCCat también alude, sin más, al «suministrador»; en el artículo 621-72.1.a CCCat, en cambio, el legislador catalán ha incluido la exigencia adicional de contratación «en virtud del mismo contrato de suministro»; estrictamente, el precepto sitúa al margen de su ámbito de aplicación las faltas de conformidad derivadas de una deficiente integración del producto digital, ejecutada por quien lo suministró pero en virtud de contrato distinto al de suministro. El precepto europeo no avala la expulsión de este supuesto.

En materia de plazos de responsabilidad del vendedor, los artículos 621-73 y 621-74 CCCat incorporan los artículos 11 y 12.2 y 12.3 Dir. 2010/770 y lo hacen atendiendo a la duración o modalidad del suministro; de este modo, disciplinan, respectivamente, el suministro en acto único o en actos individuales y el suministro continuo. Y esta disciplina comprende el plazo de responsabilidad (art. 11 Dir. 2010/770) y lo equivalente a la «carga de la prueba» según los artículos 12.2 y 12.3 Dir. 2010/770. Aquel plazo, en el suministro en acto único o en actos separados, se prolonga durante los dos años siguientes a la puesta a disposición o a la completa integración del producto, en el bien entendido que, si el contrato es de consumo, se presume que la falta de conformidad que se manifieste durante el año siguiente a aquel *dies a quo* ya existía al tiempo de permitir al consumidor el acceso al producto (art. 621-73 CCCat; art. 11.2. II y 12.2 Dir. 2019/770). El plazo de responsabilidad en el suministro continuo coincide con el del propio suministro, sea inferior o superior a los dos años; si el adquirente es consumidor, todas las faltas de conformidad que se manifiesten durante el suministro se presume que existían al tiempo de suministrarse el elemento digital (véase art. 11.3 Dir. 2019/770).

Aún sistemáticamente a propósito de la carga de la prueba, los artículos 12.4 y 12.5 Dir. 2019/770 dan razón del artículo 621-75 CCCat; todos ellos tienden a facilitar al vendedor la obtención de pruebas que vinculen causalmente la falta de conformidad con el entorno digital del adquirente. Desde una perspectiva jurídica, ello se consigue: primero, imponiendo a este último el deber de cooperar con el suministrador a fin de esclarecer si es aquel entorno digital el causante de la falta de conformidad; segundo, para el caso de infringirse tal deber, invirtiendo la carga de la prueba relativa a la

falta de conformidad de los elementos digitales al tiempo de suministrarse.

A propósito de los remedios por falta de conformidad, el artículo 621-76 CCCat alude, directamente, a la reducción del precio y a la resolución contractual y remite al artículo 621-40 CCCat a efectos de fijar los supuestos en los que el adquirente puede acceder a una u otra por causa de falta de conformidad. No hay alusión alguna, en esta sección cuarta, a ningún otro remedio por causa de incumplimiento contractual, si bien el artículo 621-77.1 CCCat se refiere nuevamente a la resolución vinculada, en este precepto, al incumplimiento de la obligación de suministro. Aquel silencio en cuanto al resto de remedios activa la remisión prevista en el artículo 621-67.2 CCCat y, a su amparo, la aplicación del artículo 621-37 CCCat. Es en este contexto que nuevamente cobra sentido, en cuanto al cumplimiento específico de la obligación de suministrar elementos conformes al contrato, la referencia a «cualquier otra medida de corrección» de la falta de conformidad (art. 621-37.1.a CCCat). La referencia casa bien con el artículo 14.2 Dir. 2019/770, que no tipifica modalidades concretas de corrección, siendo así que el consumidor tampoco puede imponer una manera determinada de subsanar la falta de conformidad; la consecuencia es, pues, que el consumidor está legitimado sólo para exigir la corrección pero es el suministrador quien puede y debe decidir el modo de implementarla, sea facilitando una nueva descarga, sea facilitando una actualización... (Cdo. 63 Dir. 2019/770). Es en este contexto que debe interpretarse la remisión del art. 621-76.1, al final, al artículo 621-40 CCCat y, en concreto, a sus apartados 1.a y 1.b: en ellos, las alusiones a la reparación y a la sustitución deben entenderse hechas a la corrección solicitada. En cualquier caso, aquella remisión avala que, también a propósito del contrato de suministro de elementos digitales, los remedios están organizados jerárquicamente salvo que la falta de conformidad sea suficientemente grave como para permitir, directamente, el acceso a cualquier de ellos (art. 621-40.1c CCCat). Aún en el contexto de esta remisión, el artículo 621-76.2 CCCat hace innecesario recurrir al artículo 621-40.3 CCCat; como también hace este último, el artículo 621-76.2 CCCat excluye la resolución en casos de falta de conformidad leve pero solo si el suministro se ha contratado a cambio de precio; en otro caso, la resolución procede independientemente de cómo quepa calificar la falta de conformidad (art. 14.6 Dir. 2019/770) ⁸⁶.

⁸⁶ A pesar de que el artículo 14.6 de la Dir 2019/770 dispone, igual que lo hace el artículo 13.5 de la Dir 2019/771 con respecto al vendedor, que la carga de la prueba de que la falta de conformidad es leve corresponde al suministrador, el artículo 621-76.2 CCCat no recoge expresamente esta exigencia. En este particular, la aplicación del artículo 621-40.3, al

En materia de resolución, el artículo 621-76.3 CCCat presupone un suministro que se ha prolongado en el tiempo y una falta de conformidad sobrevenida de forma que la restitución del precio debe ser proporcional al tiempo en que el elemento digital no fue conforme (art. 16.1, II Dir. 2019/770). La regla básica, propia de la reciprocidad obligacional y que subyace a tal norma, es que la falta de conformidad del contenido o del servicio digital determinan la inexigibilidad de su precio. Es la misma regla que, en el fondo, inspira el artículo 17.3 Dir. 2019/770 y, a su amparo, el artículo 621-76.5 CCCat, que no permiten exigir ningún importe por el uso dado al elemento digital a pesar de su falta de conformidad y antes de solicitarse la resolución. El tiempo y el modo de la restitución del precio se desarrollan en el artículo 621-77.3 CCCat; el precepto también resulta aplicable a la restitución resultante de una reducción del precio (art. 621-76.4 CCCat) y prácticamente coincide con el artículo 621-42.6 CCCat, salvo en lo relativo a su ámbito de aplicación; en este sentido, sorprende que el artículo 621-42.6 CCCat se reserve a la compraventa de consumo mientras que el artículo 621-77.3 CCCat sea de alcance general. A la luz de los artículos 16 y 17 Dir. 2019/770, los artículos 621-77.4, 621-77.5 y 621-77.6 CCCat disciplinan la obligación, a cargo del adquirente, de abstenerse de usar los elementos digitales tras la resolución del contrato y, en este mismo supuesto, la pareja obligación del suministrador de abstenerse de usar los datos personales o contenidos facilitados por el consumidor.

En último término, el artículo 621-70 CCCat incorpora el artículo 19 Dir. 2019/770 relativo a la modificación de los contenidos o servicios digitales. El precepto legitima condicionadamente tal modificación pese a *no* resultar precisa a fin de mantener la conformidad de los elementos digitales durante el tiempo (determinado) en el que se prolongue el suministro. Aquellas condiciones consisten: primero, en la previsión contractual de la facultad de modificar el contrato, cuando el suministro se ha de garantizar durante un tiempo determinado⁸⁷ y de las «causas justificadas» a las que puede obedecer

final, CCCat (en virtud del art. 621-67.2 CCCat), procura una regulación interna conforme a la europea.

⁸⁷ El hecho de que se vincule la facultad a que el suministro deba tener lugar durante «un período de tiempo determinado» (¿o indefinido?) suscita alguna duda en relación con la eventual legitimidad de las modificaciones efectuadas en determinadas circunstancias. Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en que el adquirente consumidor se haya comprometido a mantener la relación contractual durante un período mínimo de tiempo porque la contratación ha tenido lugar en condiciones especialmente ventajosas y en el contrato se haya previsto una cláusula penal para el caso de incumplimiento de dicho período, ¿sería lícita la modificación unilateral por parte del suministrador durante ese período de tiempo, aunque nada se haya previsto al respecto en el contrato? O, por el contrario, la cláusula que permitiese la modificación durante ese período ¿podría ser declarada abusiva al amparo de los artículos 85 y 87 TRLGDCU? Véase GRAMUNT, 2022, p. 263.

cer su ejercicio (art. 621-70.2.a CCCat)⁸⁸; segundo, en la indemnidad económica del adquirente en el sentido que «[L]a modificación se realiza sin costes adicionales para el adquirente» (art. 621-70.2.b CCCat). El precepto sólo permite resolver el contrato por causa de modificación si impide el acceso a contenidos o servicios digitales, pero no si la afectación es leve⁸⁹ (art. 621-70.2 CCCat), ni tampoco si el suministrador le facilita el mantenimiento de los contenidos o servicios digitales sin la modificación, siempre que estos sigan siendo conformes al contrato y no implique costes adicionales para el adquirente (art. 621-70.3 CCCat).

4. CONCLUSIONES

La incorporación de las Dir. 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán se ha visto condicionada por la estructura jurídica que debía albergarla; era preciso acomodar las nuevas reglas en materia de conformidad a las ya preexistentes en sede de compraventa y, en general, a la propia estructura del todavía incompleto libro sexto CCCat. En este ejercicio, ha pesado sobremanera la similitud, en lo esencial, entre ambas directivas y la tradicional presentación de la compraventa como exponente de las reglas propias de la causa onerosa; esto último, en concreto, da razón de la ubicación de las reglas que incorporan la Dir. 2019/770 (así, compartiendo Capítulo con la disciplina de la compraventa) y de la remisión del artículo 621-67.2 CCCat, que permite integrar el régimen general de los contratos de suministro de elementos digitales acudiendo a dicha disciplina.

La naturaleza de las Dir. 2019/770 y 2019/771 como textos de protección plena o máxima sitúa al legislador interno en una

⁸⁸ Habrá que prestar atención a la expresión de las causas justificativas de las modificaciones unilaterales, dado que el TJUE se ha pronunciado sobre ello en dos sentencias (STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, RWE Vertrieb, y STJUE 23 de octubre de 2014, asuntos acumulados C-359/11, Schulz y C 400/11, Egbringhoff), con ocasión de modificaciones introducidas en contratos de suministros básicos, sobre todo en el ámbito de las telecomunicaciones, a veces relativas al precio, a veces relativas a la configuración de los servicios prestados. Ciertamente, en el caso del artículo 621-70 CCCat, la modificación parece referirse a la materialidad del objeto, pero ello no es obstáculo a que la jurisprudencia ya asentada deba tenerse en cuenta en relación con la necesaria justificación de las causas sobre las que aquella se base, su comunicación previa al adquirente y la información que esta ha de contener. GRAMUNT, 2022, p. 264.

⁸⁹ Ese es el sentido de la norma, a pesar de que la redacción no sea, en este caso, del todo precisa. El artículo 621-70.2 CCCat debería decir «pero no», en vez de «excepto», con la finalidad de despejar toda duda sobre los casos en que procede o no la resolución contractual. Además, así como en el caso del artículo 621-40.3 CCCat. –resolución del contrato de compraventa de consumo por falta de conformidad– la carga de la prueba de que la falta es leve corresponde al vendedor –esto es, para que no proceda la resolución–, aquí nada se dice al respecto, de manera que cabe entender que será el adquirente, consumidor o no, quien deberá probar, si pretende resolver el contrato, que la afectación es grave.

posición ciertamente incómoda al tiempo de transponer textos que, o bien no son suficientemente claros, o bien carecen de justificación suficiente; aprovechar la actividad de incorporación a fin de esclarecer o corregir las reglas europeas implica el riesgo de contradecirlas y de alejarse de la conformidad del derecho interno al europeo. El legislador catalán se ha mostrado cauto en algunos casos y ha revelado un mayor atrevimiento en otros. Así, aquella cautela resulta de la incorporación, literal, de las definiciones de «contenido digital» y «servicio digital» (art. 621-3.2 CCCat), del criterio de la «durabilidad» como parámetro objetivo de conformidad (art. 620.2.b CCCat) y de la exigencia de actualizaciones a fin de mantener los bienes conformes al contrato (art. 621-20.6 CCCat)... Pero no siempre puede resultar clara la distinción entre «contenido» y «servicio», y entre «servicio digital» y servicio no digital. De igual modo, y en los términos ya expuestos, la existencia de plazos de responsabilidad o garantía puede comprometer la efectividad de aquellas exigencias de conformidad. En esta misma línea, seguramente también por prudencia, se ha reservado el deber de cooperación del artículo 621-75 CCCat o la facultad de modificación del artículo 621-70 CCCat a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, sin plantearse su aplicación a propósito de los elementos digitales del art. 621-3 CCCat. En cambio, se ha asumido cierto riesgo al tiempo de incorporar el poco claro artículo 16.2 Dir. 2019/771, en materia de resolución parcial o de exigir el requisito de la unidad contractual en el artículo 621-72.1.a CCCat, relativo a la integración de los contenidos o servicios digitales.

Escapan del control de conformidad del derecho interno al europeo (dado que se sitúan dentro del margen de maniobra del legislador interno) otras dos medidas, que nuevamente quieren destacarse. Por una parte, la presentación de los «bienes inmateriales», *tout court*, como posible objeto del contrato de compraventa (art. 621-3 CCCat) hace que la aparición, también en el artículo 621-3 CCCat, de los bienes con elementos digitales (o de bienes *parcialmente inmateriales*) no sea tanta novedad. Por otra parte, la generalización de la presunción del artículo 621-24.1 CCCat, al margen de su dudosa justificación, no guarda paralelismo con los artículos 621-73.3 y 621-74.2 CCCat que, en cambio, contienen presunciones similares pero exigen la presencia de un adquirente consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La STC 132/2019 sobre el libro VI del Código civil de Cataluña ¿incidente o punto de inflexión?», *Revista española de Derecho internacional*, vol. 72, núm.2, 2020, pp. 313-320.
- ANDERSON, Míriam: «Comentari a l'art. 621-37», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya, Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 372-386.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia: «La conformitat del Dret català al Dret europeu en matèria de contractació amb consumidors: els efectes en cas de Dret no conforme», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol.22, 2020, pp. 107-146.
- «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio; ARROYO AMAYUELAS, Esther (dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 79-100.
- «La implementació al Dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns», en Institut de Dret privat europeu i comparat. Universitat de Girona (dir.), *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, Documenta Universitària, Girona, 2021, pp. 85-140.
- «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Education and Law review*, núm. 24, abril-septiembre 2021 (<https://doi.org/10.1344/REYD2021.24.36294>).
- «La garantía de la reparación o la substitució del bé no conforme: de cara a una revisió de l'art. 621-23.4 CCCat», en BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Estudis de dret català. Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 203-216.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia; GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, «Cap a un dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *Indret*, 1-2022, pp. 171-205.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista Cesco*, 41/2022.
- «El derecho a resolver el contrato de compraventa, ¿Qué inspiración europea para un derecho civil catalán moderno?», en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (coord.), *Estudios sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña*, Col·legi de Notaris de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 231-250.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019», *Derecho privado y Constitución*, núm. 37, 2020, pp. 235-272.
- BADOSA COLL, Ferran: «El caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya». *Revista catalana de Dret privat*, núm. 8, 2007, pp. 19-46.
- BARRAL VIÑALS, Imma: «La compravenda de consum és “legislació civil” i té com a únic límit “les bases de las obligaciones contractuales”. Apunts sobre un canvi de rumb –estable?– en la legislació constitucional», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 119, núm. 1, 2020, pp. 9-30.
- DE FRANCESCHI, Alberto: «Consumer's remedies for defective goods with digital elements», *JIPITEC*, 2/2021, pp. 143-156.
- 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», *RDC*, vol. VIII, núm. 4, 2021, pp. 47-89.

- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «La extinción de las pretensiones y las acciones correspondientes al incumplimiento de las obligaciones contractuales en el contrato de compraventa», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 10, 2019, pp. 11-36.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil (Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro VI del Código civil de Cataluña», *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, pp. 1-43.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «El derecho de regreso del responsable frente al consumidor en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 263, 2006, pp. 25-36.
- GETE-ALONSO CALERA, M.^a Carmen: «Plurilegislación civil: Ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial. Breve comentario de la STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 5, pp. 41-89.
- GRAMUNT FOMBUENA, Mariló: «Reflexions al voltant de la modificació unilateral en el subministrament de continguts i serveis digitals», en BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Estudis de dret català. Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 241-250.
- KALAMEES, Piia: «Goods with digital elements and the seller's updating obligation», *JIPITEC*, 2/2021, pp. 131-142.
- MAK, Vanessa: «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content», PE 536.494.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 2016, núm. 20, pp. 204-208.
- STAUDENMAYER, Dirk: «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law*, 2-2020, pp. 219-250.
- TWIGG-FLESSNER, Christian: «Conformity of goods and digital content/digital service», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio; ARROYO AMAYUELAS, Esther (dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 49-78.
- VAN GOOL, Elias; MICHEL, Anaïs: «The New Consumer Sales Directive 2019/771 and sustainable consumption», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2021, pp. 136-147.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La competència en Dret civil en el segle XXI», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, Universitat de Girona (COORD.), *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, Documenta Universitaria, Girona, 2021, pp. 17-54.

Razonabilidad y Contrato de Servicios. Una aproximación a su utilidad como criterio de valoración del comportamiento contractual

MARTA PÉREZ ESCOLAR
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

El objeto de este trabajo es realizar una aproximación a la razonabilidad como criterio para la valoración del comportamiento contractual y consecuente integración del contrato de servicios conforme a su enmarcación en el principio más genérico de buena fe. El régimen jurídico anacrónico e insuficiente que el Código Civil dedica a este contrato justifica el análisis de vías de solución de los vacíos contractuales que supongan un avance en este sentido. Por ello, entendemos que el criterio de la razonabilidad, extraordinariamente desarrollado por el Borrador de Marco Común de Referencia, representa un instrumento interesante en este sentido y también de cara a la necesaria modernización de la regulación básica del contrato de servicios.

PALABRAS CLAVE

Contrato de servicios, razonabilidad, resultado razonablemente esperado, Derecho contractual europeo.

Reasonableness and Service Contract. An approach to its usefulness as a contractual integration criterion

ABSTRACT

The purpose of this work is to make an approximation to reasonableness as a criterion for the assessment of contractual behavior and integration of the service contract in accordance with its framework in the most generic principle of good

faith. The anachronistic and insufficient legal regime that the Civil Code dedicates to this contract justifies the analysis of ways to solve the contractual gaps that suppose and advance in this sense. For this reason, we understand that the principle of reasonableness, extraordinarily developed by the Draft Common Frame of Reference, represents an interesting instrument in this sense and also with a view to the necessary modernization of the basic regulation of service contract.

KEY WORDS

Service contract, reasonableness, reasonably expected result, European contract law.

SUMARIO:–I. Preliminares. 1. La extraña situación normativa que caracteriza al contrato de servicios. 2. Razonabilidad e integración contractual.–II. La razonabilidad como aportación de los textos de Derecho Contractual Europeo. 1. Los *Principles European Contract Law*. 2. El *Draft Common Frame of Reference*. 2.1. Valoración general. 2.2. Razonabilidad y contrato de servicios en el DCFR. 2.2.1. La razonabilidad en la información precontractual. 2.2.2. La consecución del resultado razonablemente esperado. 2.2.2.1. El artículo IV. C.-2:106 DCFR. 2.2.2.2. Servicios sanitarios y expectativas razonables del paciente. El caso de la prestación de servicios médicos a distancia. 2.2.3. Otras manifestaciones de la razonabilidad.–III. Algunas aplicaciones de la regla de la razonabilidad en el régimen general del contrato de servicios. 1. Desistimiento unilateral. 1.1. Artículo 1584 párrafo primero CC: servicios domésticos y de cuidado. 1.2. Artículo 1586 CC: resto de servicios civiles. 2. Restitución de bienes utilizados para la prestación del servicio: artículo 1587 CC. 3. Responsabilidad del prestador de servicios: obligación de medios y expectativas razonables del acreedor del servicio.–IV. A modo de conclusión.–Fuentes.–Bibliografía.

I. PRELIMINARES

1. LA EXTRAÑA SITUACIÓN NORMATIVA QUE CARACTERIZA AL CONTRATO DE SERVICIOS.

El contrato civil de servicios, «arrendamiento de servicios» en la terminología decimonónica del Código Civil (en adelante, CC), representa uno de los más claros ejemplos de desfase normativo que nos podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico. Su regulación general, contenida en los artículos 1583 a 1587 CC («Del servicio de criados y trabajadores asalariados»), nació ya desfasada como primera manifestación o antecedente de lo que más adelante sería el contrato de trabajo, y ello no sólo porque, fiel

al liberalismo decimonónico, no reflejó la realidad de las relaciones laborales del momento ni las cuestiones sociales que llevaban aparejadas, sino también porque ni siquiera se incluyeron las prestaciones de servicios intelectuales como objeto del contrato.

Entrado el siglo xx, esta escasa regulación del contrato de servicios fue superada como consecuencia del surgimiento y desarrollo del Derecho laboral y de la propia evolución de los servicios civiles en el tráfico jurídico, pues el protagonismo alcanzado por el denominado «sector terciario» o «sector servicios» en la economía contemporánea derivó en una creciente importancia de los contratos civiles de prestación de servicios, que se consolidó hace ya mucho tiempo pivotando en torno a la contratación de consumo.

Así, actualmente nos encontramos con un gran número de relaciones contractuales entre empresarios y particulares consumidores que tienen por objeto prestaciones de servicios muy diversas pero todas ellas encuadrables en el tipo contractual general del contrato civil de servicios¹: aquél en el que una de las partes asume la realización de una prestación de hacer de forma diligente a cambio de una remuneración (art. 1544 CC). Sobre esta base podemos situar desde las clásicas prestaciones de servicios profesionales de médicos o abogados hasta las de configuración más moderna llevadas a cabo por administradores de fincas, asesores o empresas relacionadas con el ocio². En definitiva, prestaciones de servicios que

¹ Situamos las relaciones de consumo, entre empresario y consumidor, en el ámbito del Derecho civil, dado el propio fundamento o justificación del Derecho de consumo: la protección de la persona del consumidor. A mayores, el hecho de que una de las partes del contrato sea, en su caso, un empresario, no es criterio suficiente para calificar el contrato como mercantil, pues el ejercicio de una actividad profesional no está excluido de la legislación civil. Con relación a esto último, *vid.* TRIGO GARCÍA (1999), pp. 149 y ss, 152 y 153.

² Partimos, por tanto, de la configuración clásica de nuestro contrato de servicios, diferenciado de otros en los que se asume también una prestación de hacer pero con connotaciones distintas y particulares que determinan su distinta tipología contractual. Así, el contrato de obra se caracteriza esencialmente por la vinculación del deudor de la prestación de hacer con la obtención de un resultado concreto cuya consecución no presenta componentes de aleatoriedad y que por esta razón determina total y absolutamente el cumplimiento de la obligación [por ejemplo, los proyectos de arquitectura o ingeniería, la reparación de vehículos o electrodomésticos, el mantenimiento informático, el suministro de servicios básicos (agua, luz, gas), de telecomunicaciones, financieros o de pago (tarjetas de crédito o débito, *PayPal*) o los relacionados con la restauración (*catering*)]. Entendemos por ello que, dentro de la categoría general que podría denominarse «contratos de prestación de servicios», hay que situar como subtipos el contrato de servicios propiamente dicho, el contrato de obra, el contrato de mandato y el contrato de depósito.

Con relación a la distinción tradicional entre obligaciones de medios y de resultado aplicada a los contratos de servicios y obra, dada la abundante literatura existente, *vid.*, por todos, DíEZ-PICAZO (2011), pp. 459 y ss, y, de forma más específica, el estudio clásico de JORDANO FRAGA, *ADC* (1991), pp. 6 y ss, y, recientemente, ALONSO PÉREZ (2019), pp. 173 y ss, donde subraya la importancia de seguir manteniéndola pues, efectivamente, «este modo de diferenciar tipos de contratos de servicios sobre la base de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado favorece un funcionamiento correcto del sistema al permitir adscribir los supuestos de contratos que articulan prestaciones de hacer a un tipo u otro» (*op. cit.*, p. 173).

nada tienen que ver con las que estuvieron en la mente del codificador civil, incipientes relaciones laborales y prestaciones de servicios no intelectuales.

A mayores, alguna de las normas en cuestión fue tácitamente derogada por la Constitución Española (en adelante, CE) dado su carácter discriminatorio en función de la condición social (art. 1586 párrafo segundo CC), que atenta contra la dignidad de la persona y el principio de igualdad (arts. 10 y 14 CE)³. Por todo ello, los artículos 1583 a 1587 CC se han llegado a calificar como «muestra de arqueología legal»⁴.

Pese a todo, esta extraña situación normativa que afecta a un tipo contractual cuantitativamente muy importante sigue careciendo de respuesta por parte del legislador. Desde la promulgación del CC en 1889 únicamente se ha producido algún intento aislado de actualización del régimen jurídico básico del contrato de servicios: dejando al margen el intento de modificación que representó la Real Orden de 9 de noviembre de 1902, determinado por la necesidad de dar respuesta a las relaciones laborales⁵, la actualización del régimen jurídico de los servicios civiles sólo ha contado con tres iniciativas, el «Proyecto de Ley 121/000043, por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra» de 12 de abril de 1994 (en adelante, PLCS), que decayó como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales⁶; la «Proposición de Ley 124/000002, de Reforma del Código Civil en materia de arrendamiento de servicios» de 29 de mayo de 2009, remitida al Congreso por el Senado pero de poca trascendencia jurídica⁷, y la «Propuesta de la Comisión General de Codificación

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) también se ha articulado sobre la base de esta distinción entre obligaciones de medios y de resultado como caracterización para el contrato de servicios y el contrato de obra, respectivamente. A modo de ejemplo, entre las resoluciones más recientes, *vid.* STS de 1 de junio de 2021 (*R. J. A.* núm. 2615), Fundamento de Derecho Tercero.1, Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis SEOANE SPIEGELBERG, sobre servicios jurídicos y falta de diligencia profesional, en la que además se pone de manifiesto la aleatoriedad que afecta a los objetivos que se asumen en una obligación de medios.

Existen, sin embargo, posiciones críticas e innovadoras al respecto. Así, por ejemplo, ORTEGA DÍAZ, *RCDI* (2008), pp. 229 y ss, partidario de la configuración del contrato de servicios como tipo contractual general cuya regulación sea aplicable a todas las prestaciones de servicios, dejando al contrato de obra como tipo especial con respecto al anterior e identificado únicamente con el contrato de edificación.

³ *Vid.* TRIGO GARCÍA (1999), pp. 82 y ss.

⁴ *Vid.* CRESPO MORA (2017), p. 263.

⁵ En aquel momento, se previó incluir el tipo contractual en el ámbito del contrato de trabajo, si bien finalmente este último se consolidó con independencia del contrato civil de servicios. *Vid.* *Gaceta* de 12 de noviembre de 1902.

⁶ *Cfr.* *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (en adelante, *BOCG*), Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 de abril de 1994, núm. 58-1, pp. 1-7.

⁷ *Cfr.* *BOCG*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 29 de mayo de 2009, núm. 187-1, pp. 1-2.

(Sección Civil) de 13 de abril de 2011 relativa a la regulación del contrato de servicios» (en adelante, Propuesta de la CGC), borrador de Anteproyecto que, como veremos, contiene una propuesta de regulación más detallada, inspirada en buena parte en textos de Derecho contractual europeo, dirigida al establecimiento de un régimen jurídico adecuado para el contrato de servicios⁸.

A nivel de Derecho comunitario, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se centró en el libre acceso de los servicios al mercado europeo⁹, de forma que, partiendo del principio de que su ejercicio debe ser conforme con las normas del país que corresponda, sólo incidió en algún aspecto puntual del contrato (art. 22, deberes de información precontractual). Consecuentemente, su transposición al Derecho español por Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, siguió esta misma línea de no incidencia en el contenido del contrato de servicios salvo en lo relativo a las «obligaciones de información de los prestadores» (art. 22).

Este panorama normativo puede ser salvado en cierta medida en los casos referidos en que el contrato sea una relación jurídica de consumo, en decir, una relación contractual establecida entre un empresario (público o privado) / prestador del servicio y un consumidor / acreedor del servicio, en cuyo caso son de aplicación las normas específicas de protección de los consumidores dirigidas a la consecución de una situación contractual equilibrada, especialmente las relativas a deberes de información precontractual, cláusulas abusivas si el contrato es no negociado y las que afectan específicamente a la contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil¹⁰. Así, por ejemplo, el artículo 85.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLCU), determina

⁸ Como curiosidad, el artículo 1581.3 de la Propuesta de la CGC de 2011 declara que «los contratos de trabajo se regirán por su propia legislación»: esta aclaración, si bien en principio pudiera parecer innecesaria, no lo es tanto en consideración de la confusión que en ocasiones se observa en torno al ámbito de aplicación del contrato civil de servicios. Cfr. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios. PDF, p. 1.

⁹ Según su artículo 1.1, «en la presente Directiva se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, ...». Cfr. *Diario Oficial de la Unión Europea* (en adelante, *DOUE*) de 27 de diciembre de 2006, L 376/50.

¹⁰ La Propuesta de la CGC de 2011 pretendió establecerlo así expresamente en el CC, artículo 1581.4: «...si el cliente fuera un consumidor, será aplicable la legislación específica sobre la materia». Cfr. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios. PDF, p. 1. Sobre el consumidor de servicios jurídicos, *vid.* CRESPO MORA, *RDC* (2021), pp. 98 y ss.

el carácter abusivo de «las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo», pues se entiende que con ello se produce un desequilibrio contractual derivado de la vinculación del contenido del contrato a la voluntad del empresario. Con ello, las previsiones sobre duración del contrato del artículo 1583 CC («puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo»), que como veremos mantiene alguna aplicabilidad¹¹, encuentran una plasmación normativa adecuada en el ámbito de la contratación con consumidores.

Por otro lado, los servicios correspondientes a las denominadas profesiones liberales cuentan con las normas corporativas de los respectivos Colegios profesionales, que suplen en gran medida la ausencia de una regulación adecuada del contrato e integran así su contenido *ex* artículo 1258 CC, sobre todo en consideración de que se trata de normativas muy detallistas y de obligado cumplimiento para quien pertenece a dichos Colegios profesionales con la finalidad de ejercer la profesión en cuestión. Ello se justifica sobre la base de que se trata de personas jurídicas de Derecho público que, como tales, tienen atribuido el ejercicio de potestades públicas relacionadas, en este caso, con el buen ejercicio de la profesión de que se trate; de ahí la existencia de estos «códigos deontológicos»¹².

Pero, con independencia de la aplicación cuando proceda de las normas sobre contratación con consumidores y de las reglas deontológicas de los Colegios profesionales, el régimen jurídico general del contrato de servicios sigue en una situación de desfase tal que ha llegado a hablarse incluso de la atipicidad del contrato¹³, pues,

¹¹ Así, por ejemplo, ÁLVAREZ MORENO (2016), p. 266.

¹² Así, por ejemplo, con relación a los servicios sanitarios, el artículo 2 del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España de 2011 declara que: «1.- Los deberes que impone este Código, en tanto que sancionados por una Entidad de Derecho Público, obligan a todos los médicos en el ejercicio de su profesión, cualquiera que sea la modalidad en la que la practiquen», de tal manera que: «2.- El incumplimiento de algunas de las normas de este Código supone incurrir en falta disciplinaria tipificada en los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, ...». *Cfr.* https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf, p. 11. Esta necesidad de cumplir el código deontológico de la profesión médica cuenta además con normativa específica relativa a dicha obligatoriedad: artículo 44 del RD 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, y artículo 9.1 párrafo primero de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

¹³ En este sentido, TRIGO GARCÍA (1999), pp. 127 y ss; ORTEGA DÍAZ, *RCDI* (2008), pp. 225 y 226. El PLCS de 1994 decía que se trataba de una «figura totalmente huérfana de regulación». *Cfr.* *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 de abril de 1994, núm. 58-1, p. 2.

de hecho, se trata de un contrato que prácticamente carece de regulación básica y que, por ello, queda en muchas ocasiones, como quiso el codificador, al arbitrio de la autonomía de la voluntad de las partes.

La propia denominación del contrato utilizada por el CC, «arrendamiento de servicios», entraña un grado de anacronismo insostenible tanto por su significado histórico, relacionado con la prestación de servicios del Derecho romano y su enmarcación en el concepto unitario de la *locatio conductio*¹⁴, como por dar lugar con ello a confusión en relación con la verdadera naturaleza del contrato de servicios y su autonomía respecto al contrato de arrendamiento de cosas¹⁵. De ahí que con mucho mejor criterio tanto el PLCS de 1994 como la Propuesta de la CGC de 2011 presentaran sus respectivas proposiciones legislativas para la renovación de este tipo contractual en el CC bajo la rúbrica «Del contrato de servicios»¹⁶.

2. RAZONABILIDAD E INTEGRACIÓN CONTRACTUAL

La situación normativa que caracteriza al contrato de servicios en el Derecho español justifica plantear las posibilidades de aplicación y consecuente utilidad de la denominada regla o principio de la razonabilidad como criterio de valoración de los comportamientos en el Derecho de contratos. Como vamos a ver, la razonabilidad constituye para nuestro ámbito jurídico una aportación relativamente reciente del Derecho contractual europeo que tiene su origen en el *Common Law*, en el que la caracterización general del contrato conforme a parámetros objetivos deriva en la inevitable

¹⁴ Vid. SEVERIN FUSTER, *REHJ* (2016), pp. 201 y ss, explicando la doble vía a través de la que se habría producido la recepción en el CC de 1889 de la concepción romana unitaria del arrendamiento (de cosas, obras y servicios): el *Code civil* francés de 1804 y nuestra propia tradición jurídica plasmada en Las Partidas.

¹⁵ En este sentido, la mejor doctrina. Vid. LACRUZ BERDEJO / SANCHO REBULLIDA / LUNA SERRANO / RIVERO HERNÁNDEZ / RAMS ALBESA (2009), p. 175; Díez-PICAZO (2011), pp. 459 y ss.

¹⁶ Como se decía en la Exposición de Motivos del PLCS, «se sigue con ello una tendencia, ya consagrada firmemente en la doctrina, y no sólo en la española, unánime en la idea de que la teoría unitaria del arrendamiento no tiene hoy otra justificación que el respeto a un precedente histórico completamente superado. La inclusión de estas figuras contractuales en el título que el Código Civil dedica a la regulación «Del contrato de arrendamiento», Título VI del Libro Cuarto, resulta tan artificial que el mismo legislador prescinde de tal caracterización al poner como rúbrica de la Sección primera del capítulo, que debería dedicarse al arrendamiento de obras y servicios, la expresión «Del servicio de criados y trabajadores asalariados», y en la Sección segunda «De las obras por ajuste o precio alzado». Cfr. *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 de abril de 1994, núm. 58-1, pp. 1 y 4. Para la Propuesta de la CGC de 2011, cfr. https://www.mjusticia.gob.es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios. PDF, p. 1.

consideración del punto de vista de la «persona razonable», merecedora de protección, así como en la valoración de la confianza razonable («fiabilidad») creada entre las partes contratantes¹⁷. Los trabajos dirigidos hacia la construcción de un Derecho europeo de contratos han adoptado este concepto o criterio de la razonabilidad como instrumento de armonización facilitando así su conocimiento y utilización en los sistemas continentales¹⁸.

En su consideración general para el Derecho privado, son interesantes las aportaciones al respecto de la profesora argentina Noemí Lidia Nicolau, que define la razonabilidad como «la máxima que obliga a obrar de manera arreglada, en concordancia con los principios del sentido común y con los juicios de valor generalmente aceptados»; de ahí su consideración como principio general del Derecho, pues la excepción del obrar irrazonable no existe. Según esta autora, el significado de la razonabilidad solo vendría a ser parcialmente coincidente con la racionalidad, la justicia y la equidad: «lo racional es sistemático, metódico, lógico, deductivo, riguroso, cierto; lo razonable es inducción, oportunidad, moderación, medida, pragmatismo, flexibilidad, empirismo, experiencia»; por otra parte, la razonabilidad es «una derivación de lo justo y a la vez un instrumento para alcanzarlo» así como un criterio que por naturaleza se opone a la arbitrariedad¹⁹.

En la misma línea, la profesora Torrelles Torrea dice a propósito de la razonabilidad que «se trata de un parámetro para medir la conducta humana; un referente o punto de comparación que ayuda a determinar la corrección», corrección de la conducta que en nuestra tradición jurídica se aproxima ciertamente a la actuación diligente del «buen padre de familia». La razonabilidad es un modelo

¹⁷ Vid. CARTWRIGHT (2019), pp. 119 y 120. Para un análisis más detallado del origen anglosajón del estándar de la razonabilidad, relacionado con el *tort law* del siglo XIX, vid. TORRELLES TORREA (2017), pp. 181 y ss.

¹⁸ Como ejemplo, el régimen de garantías postventa de los arts. 114 a 127 bis artículos TRLCU, en el que la razonabilidad aparece en reiteradas ocasiones referida a cuestiones como lo que las partes pueden «razonablemente esperar» la una de la otra (arts. 115 ter.1 y 2 y 119 ter.3 TRLCU), el «plazo razonable» [arts. 115 ter.3, 118.4.b), 119 b) y f), y 119 ter.5.e) TRLCU], la información suministrada con «antelación razonable» [art. 126.d) TRLCU] o a la cooperación «razonablemente posible» entre las partes contratantes (art. 121.4 TRLCU).

¹⁹ Como explica NICOLAU, RDP (2010), p. 9, el recurso a los principios generales del Derecho no amplía injustificadamente las facultades de los jueces, al contrario, las limita, «porque para resolver un caso fundado en un principio general, están obligados a demostrar la correcta aplicación de un criterio lo más objetivo posible. El juez debe demostrar que su solución es razonable, mientras que, por lo general, si aplica una norma legal le basta con ello»; «es evidente que los principios generales introducen flexibilidad, pero esto no debe ser confundido con una anarquía disvaliosa, porque cuando ellos se integran al sistema adquieren el claro sentido que el mismo les atribuye». En el mismo sentido, VITO (2018), p. 741: el equilibrio de intereses a que conduce la aplicación de la razonabilidad no supone una contradicción con el principio de legalidad, pues dicha aplicación se realizará conforme a las directivas o principios que rigen el ordenamiento aplicable.

de comportamiento que define «el nivel o tipo de cumplimiento debido o exigible a un sujeto cuando cumple un deber» y que se corresponde con el comportamiento equilibrado entre el interés propio y el interés ajeno²⁰.

Pero, al margen de los estándares de diligencia media o, si se quiere, razonable, exigibles en el cumplimiento de las obligaciones, la consideración de lo razonable en el ámbito del Derecho de contratos nos remite inevitablemente al clásico y genérico principio de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC), esencia del *Civil Law*, y a su consideración específica en el ámbito contractual como medio de integración del contrato *ex* artículo 1258 CC²¹.

El principio de buena fe constituye el fundamento de nuestro sistema jurídico del que derivar el criterio de la razonabilidad y sus aplicaciones concretas, por ejemplo, en materia de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones²². Sin embargo, la razonabilidad de los comportamientos, basada en la buena fe, posee una virtualidad distinta al permitir situarnos en un punto de vista más concreto cuando se realiza la valoración de la posición o actuación, razonable, que las partes deben asumir como consecuencia de la celebración del contrato; de ahí su relevancia en relación con la búsqueda de la conservación del equilibrio contractual y en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento²³. La razonabilidad, por tanto, no puede considerarse un modelo de comportamiento que desplace a la buena fe contractual propia de los sistemas civiles continentales sino que más bien, y sin perjuicio de lo que supone en cuanto forma de aproximación con los sistemas anglosajones, se trata de un criterio que la complementa, actualiza y matiza en su consideración en el caso concreto.

Por todo ello, las posibilidades de aplicación de la razonabilidad en la dinámica de nuestro contrato de servicios suponen reconocer la operatividad integradora de la buena fe contractual ante la

²⁰ Vid. TORRELLES TORREA (2017), pp. 183 y ss.

²¹ Así, por ejemplo, con relación al contrato de servicios, *vid.* STS de 24 de julio de 2013 (*R. J. A.* núm. 5009), Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZA JIMENA, Fundamento de Derecho Decimotercero; STS de 18 de febrero de 2016 (*R. J. A.* núm. 559), Ponente: Excmo. Sr. D. Javier ORDUÑA MORENO, Fundamento de Derecho Tercero.2; STS 1 de octubre de 2019 (*R. J. A.* núm. 3926), Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José VELA TORRES, Fundamento de Derecho Décimo. 3 y 4.

²² Una visión reciente sobre el principio general de buena fe, relacionada con la incertidumbre contractual generada por las últimas circunstancias sanitarias, puede verse en MALO, AC (2021), pp. 1-11, donde afirma su utilidad para «contrastar y confirmar la razonabilidad de las opciones disponibles para las partes en el Derecho legislado» (*op. cit.*, p. 6).

²³ Vid. TORRELLES TORREA (2017), pp. 186 y ss, subrayando en ambos casos una cercanía de la razonabilidad a la buena fe contractual que más adelante concreta especificando que el origen de la razonabilidad está, efectivamente, en el principio de buena fe, que constituye la pauta que sirve para juzgar lo razonable de las conductas de los contratantes (*op. cit.*, pp. 190 y ss).

inexistencia de voluntad de las partes válidamente manifestada y de norma dispositiva aplicable pero con un valor añadido, el que representa el modelo objetivo y concreto del contratante razonable, coherente, lógico, equilibrado en sus pretensiones y vinculado en último término con los valores superiores de justicia y equidad.

Con esta justificación, pasamos a ver la aportación que han realizado los dos grandes textos de Derecho contractual europeo en torno al concepto o criterio de la razonabilidad, pues son estos textos europeos de referencia los que más han fomentado su conocimiento y recepción en nuestro ámbito jurídico con aplicación además singularmente, en el caso de uno de ellos, al contrato de servicios, respecto del que destaca la contribución relativa a la idea del resultado razonablemente esperado por el acreedor del servicio²⁴.

II. LA RAZONABILIDAD COMO APORTACIÓN DE LOS TEXTOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

1. LOS PRINCIPLES EUROPEAN CONTRACT LAW

Los *Principles European Contract Law* (en adelante, PECL), «Principios de Derecho Contractual Europeo», también conocidos como «Principios Lando», ya se refirieron de forma reiterada al comportamiento razonable o no razonable de la parte contractual como criterio a tener en cuenta en el desenvolvimiento del Derecho de contratos. El «carácter razonable» de la actuación de los contratantes aparece definida desde sus «disposiciones generales» diciendo que dicha actuación razonable «debe juzgarse de acuerdo con lo que considerarían personas que actúan de buena fe y en la misma situación que las partes. En concreto, para determinar lo que es razonable, se deben tener en cuenta la naturaleza y el fin del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los ramos de negocios o profesiones involucrados» (art. 1:302 PECL)²⁵.

De forma más concreta, los términos «razonable» e «irrazonable» aparecen en los PECL para referirse, entre otras cosas, a las expectativas que la parte contratante puede tener respecto de lo que la otra parte ha de saber o tener en cuenta, al tiempo que se puede esperar hasta alcanzar un acuerdo, al carácter equitativo del precio, al esfuerzo que se puede considerar que ha de hacer la otra parte

²⁴ Para una aportación comprensiva de otros textos de Derecho uniforme europeo, como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y los Principios Unidroit, *vid.* NICOLAU, *RDP* (2010), pp. 18 y ss; TORRELLES TORREA (2017), pp. 177 y ss.

²⁵ *Cfr.* Díez-PICAZO / ROCA TRÍAS / MORALES (2002), p. 24.

contratante en orden al cumplimiento de su prestación o a la irrazonabilidad del contenido de una cláusula²⁶.

En definitiva, y sin perjuicio de estas manifestaciones concretas, la razonabilidad fue formulada por los PECL como una forma de expresar el principio de buena fe en el ámbito contractual que vendría de este modo a conciliar la tradición anglosajona y romano-germánica²⁷. No obstante, nos remite como hemos visto a una idea más concreta de dicho principio de buena fe que valora específicamente y con especial atención la naturaleza y fin del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas profesionales, lo cual permite reflexionar a propósito del límite entre la buena fe, sin más, y la razonabilidad aplicada al contenido y ejecución del contrato²⁸.

2. EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

2.1 Valoración general

En el mismo sentido que los PECL, el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR), «Borrador de Marco Común de Referencia» de 2009, se refiere a la «razonabilidad» dentro de sus «disposiciones generales» como principio a tener en cuenta en la valoración de cualquier dinámica contractual. Así, el artículo I.-1:104 DCFR declara que dicha razonabilidad «se verificará objetivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de lo que se realiza, las circunstancias del caso, y los usos y prácticas relevantes». Esta verificación objetiva de lo razonable, conforme con la tradición anglosajona, se relaciona también sin embargo con la buena fe a través de la norma precedente, artículo I.-1:103 DCFR, «buena fe contractual», número (2), en la que se alude a lo razonable al decir que, «en particular, es contrario a la buena fe contractual que una parte actúe de forma incoherente con una previa declaración o conducta suya, en detrimento de la parte que había depositado razonablemente su confianza en tal declaración o conducta»²⁹.

La razonabilidad constituye un concepto nuclear del DCFR, pues aparece con posterioridad de forma reiteradísima como criterio de valoración de las conductas de las partes contratantes³⁰; en

²⁶ Vid. BARRES BENLLOCH / EMBID IRUJO / MARTÍNEZ SANZ (2003), pp. 168 y 169.

²⁷ Así, TORRELLES TORREA (2017), p. 179.

²⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO / ROCA TRÍAS / MORALES (2002), pp. 163 y 164. Sobre el principio general de buena fe consagrado en el artículo 1:201 PECL, «buena fe y lealtad», *vid. op. cit.*, pp. 23, 155 y ss; BARRES BENLLOCH / EMBID IRUJO / MARTÍNEZ SANZ (2003), pp. 147 y ss.

²⁹ *Cfr.* JEREZ DELGADO (2015), pp. 68 y 500.

³⁰ Vid. VALPUESTA GASTAMINZA (2011), pp. 89 y 94: «la razonabilidad transe, prácticamente, todas las reglas del DCFR».

esta línea, veremos en el siguiente apartado su concreción en las reglas relativas al contrato de servicios, especialmente con relación al resultado razonablemente esperado por quien contrata la prestación del servicio [art. IV. C.-2:106 (1) DCFR³¹]. Téngase en cuenta que todo lo relacionado con la «protección de la confianza razonable y de las expectativas», que constituye una constante en el texto, implica ni más ni menos que la responsabilidad de una de las partes contratantes por el cumplimiento de la obligación en los términos que la otra parte había pensado razonablemente que se había asumido al celebrar el contrato³².

Por todo ello, se puede incidir en la idea de que la razonabilidad, según aparece plasmada en los textos de referencia de Derecho contractual europeo, conecta con los valores de justicia y equidad y, por tanto, con el común denominador de los principios generales del Derecho, esencia de los ordenamientos jurídicos³³. Además, y a tenor de lo dispuesto en dichos textos en sus disposiciones generales, su carácter de concepto jurídico indeterminado se matiza necesariamente en consideración de la naturaleza y fin del contrato y de los usos y prácticas que resulten aplicables, en conexión con la buena fe contractual. En palabras del profesor Hans Schulte-Nölke, el DCFR, si bien «carece de autoridad en sentido estricto como ley aplicable», «puede, sin embargo, convertirse en autoridad en el sentido de fuente de inspiración y marco de referencia en debates internacionales sobre la ley vigente o propuestas legislativas»³⁴, como de hecho sucedió, según veremos, con la Propuesta de la CGC de 2011 relativa a la regulación del contrato de servicios en nuestro CC³⁵.

2.2 Razonabilidad y contrato de servicios en el DCFR

2.2.1 LA RAZONABILIDAD EN LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

Los deberes de información precontractual, aplicación del principio de buena fe en la fase de formación del contrato, tienen como objetivo esencial conseguir que el consentimiento contractual se

³¹ Vid. JEREZ DELGADO (2015), p. 211.

³² Vid. VON BAR / BEALE / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE (2015), pp. 41 y 42. Ello conecta además con la doctrina de la responsabilidad precontractual en las negociaciones previas a la celebración del contrato. Vid. VALPUESTA GASTAMINZA (2011), p. 94.

³³ Vid. BARRES BENLLOCH / EMBID IRUJO / MARTÍNEZ SANZ (2003), pp. 169 y 170: «el artículo 1:302 expresa algo que parece común a la esencia de los ordenamientos jurídicos».

³⁴ Vid. SCHULTE-NÖLKE (2015), pp. 27 y 28.

³⁵ En este sentido, CRESPO MORA (2017), pp. 264 y 265, destaca cómo las propuestas armonizadoras de Derecho contractual europeo han trascendido el ámbito académico en el que surgieron para pasar a implementarse en los ordenamientos europeos y a ser tenidas en cuenta por los tribunales.

preste en las mejores condiciones posibles de conocimiento por parte de quien requiere la prestación principal, pues sólo se puede consentir válidamente sobre aquello de lo que se tiene conocimiento. Su desarrollo normativo se ha producido precisamente en el ámbito de la contratación con consumidores, en el que se presume la inexistencia de equilibrio contractual, como instrumento para la protección del consumidor, parte débil de la relación jurídica.

Tratándose de un contrato de servicios, ello se traduce en la obligación del prestador del servicio de informar al cliente antes de la celebración del contrato a propósito de su naturaleza y características³⁶, lo cual incluye de suyo las posibilidades de éxito que tenga la prestación del servicio y los riesgos que entrañe. Si además nos encontramos ante una relación de consumo, la obligación de informar con carácter previo a la celebración del contrato se relaciona con la publicidad sobre los servicios a prestar, pues los aspectos publicitados forman parte de la oferta contractual y, como tal, integran el contenido del contrato, «aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido» (art. 61.2 TRLCU).

Esta importancia de los deberes de información precontractual en las prestaciones de servicios es corroborada por el DCFR, que contiene disposiciones muy detalladas al respecto en las que además se plasma significativamente la idea de la razonabilidad. Así, el artículo IV. C.-2:102 (1) DCFR, relativo a los «deberes precontractuales de advertir» en el contrato de servicios, dice que «el prestador de servicios tiene el deber precontractual de advertir al cliente si llega a su conocimiento el riesgo de que el servicio solicitado: (a) puede no lograr el resultado indicado o previsto por el cliente; (b) puede perjudicar otros intereses del cliente; (c) puede resultar más caro o requerir más tiempo de lo que el cliente razonablemente habría previsto». No obstante, según el artículo IV. C.-2:102 (2) DCFR, este deber de información no se aplicará cuando el cliente «(a) ya conoce la existencia de los riesgos...; o (b) es razonable suponer que los conoce»³⁷.

Con ello, el DCFR introduce la expectativa razonable de que la persona que recibe el servicio conozca los riesgos que el mismo entraña como factor de modulación de la obligación de informar, lo cual sin embargo se concreta en el artículo IV. C.-2:102 (7) DCFR aplicando un nivel de diligencia con relación a dicho conocimiento no precisamente elevado, que reafirma por tanto correlativamente la

³⁶ Recuérdese el artículo 22 de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, que reguló de forma detallada los deberes de información precontractual de los prestadores de servicios, cuya transposición al Derecho español se corresponde con el también artículo 22 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

³⁷ *Cfr.* JEREZ DELGADO (2015), pp. 207 y 208.

obligación de informar: «no es razonable suponer que el cliente conoce un riesgo simplemente porque sea un profesional del ramo, o esté aconsejado por quienes lo son, en el campo pertinente, salvo que dichos terceros actúen en calidad de agentes del cliente, ...»³⁸. En definitiva, se utiliza la razonabilidad tanto para valorar la expectativa de conocimiento de los riesgos del servicio por parte del acreedor como para descartar tal conocimiento simplemente por el hecho de ser un profesional del ramo al que pertenezca la prestación del servicio o haya buscado consejo por parte de tales profesionales.

Pese a ser una norma de *soft law*, se trata de una norma significativa y orientativa de cara a la valoración de la importancia de los deberes de información precontractual y su conexión con la responsabilidad del prestador de servicios, pues la obligación de información se amplía a dicha necesidad de advertir y asesorar al destinatario del servicio presumiéndosele desconocedor de los riesgos que conlleva su ejecución incluso en el caso de que se trate de un profesional del ramo o esté aconsejado por alguien que lo sea, salvo que actúe como su representante³⁹. Esta significación de la norma fue corroborada por el artículo 1583.1 y 2 de la Propuesta de la CGC de 2011, cuyo contenido es evidente que proviene directamente de estas normas del DCFR⁴⁰, la cual ha sido destacada precisamente en este sentido como uno de los mayores aciertos e innovaciones de la misma⁴¹.

Efectivamente, la razonabilidad descarta requerir un conocimiento de los riesgos que entraña el servicio cuando el mismo pertenece al ámbito de ramas de conocimiento que, como la Medicina o el Derecho, se caracterizan por una complejidad técnica y exten-

³⁸ Cfr. JEREZ DELGADO (2015), p. 208.

³⁹ La obligación precontractual de informar del artículo IV. C.-2:102 DCFR se extiende, como hemos apuntado antes conforme al Derecho español, a los aspectos del servicio que se pudieran haber recibido a través de la publicidad. Vid. BARRÓN ARNICHES (2012), p. 1159.

⁴⁰ Artículo 1583, «deber precontractual de información del prestador del servicio»:

«1. Antes de la celebración del contrato, el prestador del servicio ha de informar al cliente de los riesgos que conozca sobre el servicio en cuestión, en concreto:

a) que no se pueda alcanzar el resultado pretendido por el cliente,
 b) que se puedan lesionar otros intereses del cliente, o
 c) que pueda resultar más oneroso o requerir más tiempo del que razonablemente podía esperar el cliente.

Se presume que el prestador del servicio conocía los riesgos mencionados si eran manifiestos atendiendo a todos los hechos y circunstancias conocidos por él, teniendo en cuenta la información que debía reunir sobre el resultado pretendido por el cliente y las circunstancias en las que hubiera de llevarse a cabo.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable si el cliente conocía ya los riesgos referidos o podía presumirse que los conociera. No se puede presumir que el cliente conozca un riesgo por el hecho de que sea perito en la materia, o haya sido asesorado por un perito, a no ser que éste haya actuado como mandatario y conociera el riesgo, o debiera haberlo previsto». Cfr: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios. PDF, p. 2.

⁴¹ CRESPO MORA (2017), pp. 270 y 271.

sión de conocimientos inasumible e inabarcable en su totalidad para cualquier persona que no se dedique específicamente al ámbito concreto en que consista la prestación del servicio, por lo que también a un médico o a un jurista que requiere un servicio sanitario o jurídico, respectivamente, hay que proporcionarle la información precontractual oportuna con la única salvedad de que se trate de un experto sobre el objeto concreto de la prestación o bien actúe a través de representación de una persona con estas características de conocimiento especializado, experto, de la prestación.

Finalmente, la importancia de los deberes de información del prestador del servicio deriva en su extensión durante la ejecución del contrato, lo cual, siendo también una manifestación de su más genérica obligación de actuar con diligencia y conforme a la buena fe, se consagra sin embargo expresamente en el artículo IV. C.-2:108 DCFR, «obligación contractual del prestador del servicio de advertir al cliente»: durante la ejecución del servicio, el prestador sigue estando obligado a informar sobre las mismas cuestiones y en los mismos términos vistos para la fase precontractual [(1) (3) y (6)], pero, además, «debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que el cliente conoce el contenido de la advertencia» (2). Y, respecto a los riesgos que entraña la prestación del servicio, se presume que el prestador los conoce «si resultan obvios dados los hechos y circunstancias que ya conociese sin realizar investigación alguna» (5)⁴².

Por tanto, se considera que el prestador del servicio no sólo debe seguir obligado a informar debidamente durante la ejecución del servicio sino que, además, debe asegurarse de su comprensión por parte de quien recibe el servicio y se le presume el conocimiento de los riesgos que resulten «obvios»; en definitiva, se incrementa la importancia de los deberes de información durante la vida del contrato en cuanto manifestación de la debida diligencia y buena fe con que debe actuar, determinante de su responsabilidad⁴³.

2.2.2 LA CONSECUCCIÓN DEL RESULTADO RAZONABLEMENTE ESPERADO

2.2.2.1 *El artículo IV. C.-2:106 DCFR*

Una de las aportaciones más relevantes del DCFR en materia de contrato de servicios, sino la que más, atañe precisamente a la idea de la razonabilidad y al aspecto derivado de la relación contractual que mayores consecuencias prácticas genera: la responsa-

⁴² Cfr. JEREZ DELGADO (2015), pp. 212 y 213.

⁴³ Vid. BARRÓN ARNICHES (2012), p. 1192.

bilidad del prestador de servicios⁴⁴. Y ello porque el artículo IV. C.-2:106 DCFR, en sede de normas de aplicación general a todos los contratos de servicios, se refiere a la «obligación de lograr un resultado» como obligación del prestador del servicio: según su número (1), el prestador del servicio debe alcanzar el resultado pactado o previsto por el cliente cuando se celebró el contrato, siempre que, en este último caso (resultado previsto por el cliente pero distinto del estipulado en el contrato), tal resultado «fuera tal que cabía razonablemente suponer que el cliente lo previera» (a) y, además, el cliente no tuviera motivo para creer «que existía un riesgo considerable de no alcanzar el resultado estipulado» (b)⁴⁵, lo cual se conecta con el tema de la información precontractual.

Con ello, el planteamiento clásico de nuestro ordenamiento jurídico, que parte de la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado para diferenciar contrato de servicios y contrato de obra, se matiza en el sentido de que, aun partiéndose de la premisa de que el prestador del servicio asume una obligación de medios y, por tanto, cumple si actúa diligentemente, ello no se desvincula del objetivo o resultado deseado por un cliente con expectativas razonables. El resultado no se considera algo totalmente ajeno a la prestación del servicio objeto del contrato cuando constituya un objetivo razonable del acreedor y no esté marcado por la nota de aleatoriedad para el prestador, que quedaría así integrado con estas características en la diligencia profesional exigible a dicho prestador de servicios⁴⁶.

Acudiendo a la explicación aportada en los comentarios oficiales del DCFR a propósito del artículo IV. C.-2:106, nos encontramos con que, tomándose como punto de partida las dos posibilidades (obligación de medios y obligación de resultado), y reconociéndose la dificultad de la cuestión, se justifica una solución que podría calificarse de intermedia, pero que, efectivamente, no abandona la obligación de medios con su vinculación a la diligencia profesional en la medida en que los resultados solo son exigibles en determinadas circunstancias: «*the solution which is chosen in this Article reflects the idea that the probability that the result envisaged by the client can be achieved should be decisive for the obligation to be imposed upon the service provider*»⁴⁷. Y esta probabilidad de alcanzar o no un resultado como consecuencia

⁴⁴ Así se reconoce en los propios comentarios oficiales del texto. *Vid. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (2009), p. 1655.

⁴⁵ *Cf.* JEREZ DELGADO (2015), p. 211.

⁴⁶ En este sentido, *vid.* CRESPO MORA (2013), pp. 18 y ss, defendiendo el mantenimiento de la vinculación entre obligación de medios y contrato de servicios en el DCFR.

⁴⁷ *Vid. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (2009), pp. 1655 y 1656.

de la prestación del servicio se conecta con el ámbito de control del prestador⁴⁸, y, en relación con lo anterior, con los riesgos inherentes a la actividad a desarrollar, que han de haber sido convenientemente informados a la otra parte contratante antes de la celebración del contrato⁴⁹.

La importancia de esta aportación relativa al resultado razonablemente esperado por el cliente fue corroborada por el artículo 1588.1 de la Propuesta de la CGC de 2011 relativa a la regulación del contrato de servicios, el cual, bajo la rúbrica de «prestación de resultado y prestación de actividad», propuso la incorporación al CC de una norma similar: «cuando las partes hubieren pactado el resultado que había de obtenerse o cuando, a pesar de la falta de pacto, el cliente podía razonablemente esperar determinado resultado, el prestador del servicio cumplirá su obligación si aquel resultado se consigue; pero cuando el contrato tuviere por objeto solamente la prestación de determinada actividad sólo habrá incumplimiento contractual cuando no se preste dicha actividad en los términos estipulados»⁵⁰.

La valoración de la razonabilidad del resultado esperado requiere partir como es lógico de las circunstancias del caso concreto para, sobre esta base, configurar como resultado razonablemente esperado aquel que haya sido debidamente informado en este sentido al acreedor del servicio por formar parte de la esfera de control del profesional, es decir, por carecer de componentes aleatorios, en cuyo caso se configura como un objetivo cuya consecución se deriva naturalmente de una actuación diligente, conforme a la *lex artis ad hoc*, del prestador del servicio⁵¹.

A este respecto, la *lex artis ad hoc* se desarrolla de forma muy detallada en el artículo IV. C.-2:105 DCFR, «obligación de competencia y diligencia», y de nuevo sobre la base de la razonabilidad: (1) «el prestador del servicio debe ejecutarlo: (a) con la diligencia y competencia que cabe razonablemente esperar de un prestador de servicios en las circunstancias de que se trate; ...», si bien, (2) «si el prestador del servicio tiene un nivel más alto de competencia y diligencia, deberá prestar el servicio con dicha competencia y

⁴⁸ Ejemplificándose además servicios sanitarios y servicios jurídicos con resultados de muy difícil consecución (enfermedades graves y pretensiones jurídicas no fundamentadas, respectivamente). Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (2009), p. 1653.

⁴⁹ Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (2009), p. 1654.

⁵⁰ Cfr. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios. PDF, p. 6.

⁵¹ En este sentido, CRESPO MORA (2013), pp. 25 y ss.

diligencia»⁵². Por tanto, el DCFR recoge el criterio de que la diligencia exigible al prestador del servicio debe elevarse cuando su cualificación profesional sea superior a la media, es decir, esté por encima de la pericia que cabe esperar según una razonabilidad genérica en las circunstancias del caso concreto, lo cual a su vez determinará el resultado razonablemente esperado por el acreedor del servicio.

Además, conforme al artículo IV. C.-2:105 (4) DCFR, «para determinar la competencia y diligencia que el cliente tiene derecho a exigir» deben tenerse en cuenta circunstancias como, entre otras, «la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos de la prestación del servicio al cliente» (a), y, «si se produce un daño, los costes de las medidas preventivas que habrían evitado que se produjera este daño o uno similar» (b), precauciones que son específicamente contempladas en el artículo IV. C.-2:105 (5) DCFR sobre la base de la razonabilidad: «las obligaciones previstas en el presente artículo exigen, en particular, que el prestador de servicios adopte las medidas preventivas razonables para evitar que se produzcan daños como consecuencia de la prestación del servicio»⁵³. Con ello, estos conceptos relativos a la «previsibilidad de los riesgos» y a las «medidas preventivas razonables para evitar que se produzcan daños» nos remiten de nuevo a la información precontractual, que debe aportar suficientes criterios para la valoración tanto de los riesgos que se asumen con la prestación del servicio por ser previsibles como de las precauciones que se deben tomar para evitar la causación de daños derivados de tales riesgos por ser razonables con este fin.

En definitiva, todos estos elementos permiten configurar en abstracto el resultado razonablemente esperado por el acreedor del servicio, delimitador del cumplimiento o incumplimiento del prestador, sobre la base de que las expectativas razonables del primero han de derivar de circunstancias que pertenecen a la esfera de control del prestador del servicio, bien porque formen parte de su capacitación profesional específica (*lex artis ad hoc*) o bien porque se trate de riesgos previsibles respecto de los que se puedan adoptar precauciones razonables.

Por todo ello, la consideración normativa del resultado razonablemente esperado introduciría un factor de flexibilización en la

⁵² Cfr. JEREZ DELGADO (2015), p. 210.

⁵³ Cfr. JEREZ DELGADO (2015), pp. 210 y 211. Vid. BARRÓN ARNICHES (2012), pp. 1172 y ss.

Muy similar al artículo IV. C.-2:105 DCFR es el artículo 1587 de la Propuesta de la CGC de 2011, «diligencia y pericia exigible al prestador del servicio». Cfr. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF, p. 5.

configuración tradicional de nuestro contrato de servicios, vinculado a la obligación de medios y a la actuación diligente, suponiendo un claro avance en orden a la protección del acreedor del servicio y a la realización de una valoración del contrato más acorde con las circunstancias del caso concreto. En último término, supondría un paso adelante en orden a una valoración correcta de la buena fe contractual, que lleva también a desestimar pretensiones o resultados no razonables por haber sido ajenos a la actuación diligente del prestador del servicio⁵⁴.

Estas ideas cuentan con algún reflejo jurisprudencial bastante explícito, como el que representa la STS de 24 de abril de 2015, que desestimó la existencia de responsabilidad civil en la prestación de servicios jurídicos de un abogado por ausencia de un «razonable juicio de prosperabilidad de las reclamaciones⁵⁵, si bien su plasmación legislativa en una eventual reforma del régimen del contrato de servicios supondría sin duda la introducción de un factor de modernización garantista para el acreedor del servicio acorde en definitiva con los principios de justicia y equidad.

2.2.2.2 *Servicios sanitarios y expectativas razonables del paciente. El caso de la prestación de servicios médicos a distancia*

Al margen de estas normas generales, el DCFR dedica normas específicas a determinadas tipologías de servicios, como los servicios de «información y asesoramiento» y «tratamiento médico»⁵⁶. Vamos a referirnos, por constituir la tipología seguramente más interesante a los efectos de este trabajo, a los servicios sanitarios, en cuya sede (arts. IV. C.-8:101 a IV. C.-8:111 DCFR), el artículo IV. C.-8:104 DCFR, «obligación de competencia y diligencia», incide en la necesidad de que el profesional sanitario «actúe con la competencia y diligencia que un profesional razonable y competente demostraría en las circunstancias de que se trate» (1), de

⁵⁴ En este sentido, con relación al equivalente artículo 1588.1 de la Propuesta de la CGC de 2011, *vid.* CRESPO MORA (2017), pp. 281 y 282: de la norma se deduce la acertada voluntad de la CGC de continuar con la distinción clásica entre obligaciones de medios y de resultado a efectos de delimitación de los tipos contractuales de servicios y de obra, pues en el primero sólo es posible que el acreedor del servicio reclame un resultado si así se ha pactado o, a falta de pacto, si se trata de un resultado razonablemente esperado; no obstante, el reconocimiento de la posibilidad de exigir este resultado razonablemente esperado supone un avance «innegable».

⁵⁵ *Cfr.* R. J. A. núm. 2388, Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio SEIJAS QUINTANA, Fundamento de Derecho Quinto.

⁵⁶ El DCFR incluye dentro de la categoría general del contrato de servicios otras tipologías contractuales que, según la concepción tradicional de nuestro ámbito jurídico, son contratos de obra (contratos de «construcción», «procesamiento» y «diseño») o de depósito (contrato de «almacenamiento y depósito»). *Vid.* JEREZ DELGADO (2015), p. 10.

forma que, en caso de no poseer tal competencia, debe derivar al paciente al profesional que proceda (2)⁵⁷.

La norma supone, en definitiva, una derivación del marco general de la diligencia exigible al prestador de servicios sanitarios, que supone la observancia de una *lex artis ad hoc*, correspondiente con «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» del artículo 1104 párrafo primero CC, que en este caso viene marcada en gran medida por los códigos deontológicos de la profesión médica⁵⁸. No obstante, a ello se suma la mención al «profesional razonable» y a la necesidad de que, en caso de que no posea la pericia profesional que requiera el caso concreto, derive al paciente al profesional que proceda.

Entendemos por ello que la aplicación de la razonabilidad a la *lex artis ad hoc* del médico implica la necesidad de tener en cuenta, por un lado, su especialización y experiencia, que deriva en su obligación de renunciar a la prestación de servicios para los que carezca de la cualificación necesaria. De otra parte, la pericia profesional requerida para prestar el servicio médico conlleva que la misma ha de ser acorde con el estado de la ciencia, de forma que la aplicación de un determinado protocolo médico no puede considerarse conforme a la *lex artis ad hoc* si, por razón del estado de ciencia, está obsoleto.

Ambas aplicaciones de la razonabilidad en la prestación de servicios médicos están reconocidas por nuestro *Código de Deontología Médica*⁵⁹, lo cual supone su configuración como deberes éticos

⁵⁷ Cfr. JEREZ DELGADO (2015), pp. 234 y 235.

⁵⁸ Vid. RAMOS GONZÁLEZ (2012), pp. 1343 y ss.

⁵⁹ Así, el artículo 22.1 del *Código de Deontología Médica* dice que «el médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad», en cuyo caso «propondrá al paciente que recurra a otro compañero competente en la materia»; por su parte, el artículo 23.1 otorga al médico «libertad de prescripción» para actuar «con independencia y garantía de calidad», y, según el artículo 23.6, con plena responsabilidad respecto a dicha prescripción concreta. Finalmente, el artículo 24 reserva la realización de los «actos médicos especializados» a los «facultativos que posean el título correspondiente»; ahora bien, «sin perjuicio de que cualquier titulado en medicina pueda, ocasionalmente, realizarlos», pues «a ningún médico, si posee la destreza y los conocimientos necesarios adecuados al nivel de uso que precise, se le puede impedir que los aplique en beneficio de sus pacientes», pese a que no tenga ni se le pueda atribuir la condición de especialista en esa técnica o materia. Cfr. https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf, pp. 17, 36 y 37, 39.

Por otro lado, el artículo 7.3 del *Código de Deontología Médica* dice que «la formación médica continuada es un deber ético, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional», por lo que no cabe alegar desconocimiento del estado de la ciencia en un momento dado ante la realización de cualquier acto médico. Complementariamente, el artículo 46.1 dice que «para conseguir y mantener la calidad profesional la asistencia debe complementarse con la formación continuada», por lo que, «además de realizar las tareas asistenciales, el médico debe disponer de tiempo en su jornada laboral para la actualización de conocimientos, ...». Cfr. https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf, p. 78.

cuya observancia es necesaria para el ejercicio de la profesión por encima de que, en su caso, se mantenga la aplicación de protocolos obsoletos en los ámbitos sanitarios. El DCFR no vendría más que a constatar como criterio razonable lo que exige la buena fe y el sentido común en la prestación del servicio sanitario; no obstante, representa una aportación importante y necesaria para la protección del paciente en consideración de una hipotética renovación legislativa del contrato de servicios.

Pues bien, el artículo IV. C.-8:104 DCFR, norma específica sobre la diligencia del profesional sanitario, se compatibiliza con la consecución del resultado razonablemente esperado del artículo IV. C.-2:106 DCFR, en sede de disposiciones generales sobre el contrato de servicios, en el sentido de que la actuación conforme a la *lex artis ad hoc* del prestador de servicios sanitarios tiene que considerar también necesariamente las expectativas u objetivos razonables del paciente, que lo serán si su consecución está bajo la órbita de control del profesional⁶⁰.

A este respecto, es interesante la plasmación que se observa de estas ideas en las normas del *Código de Deontología Médica* relativas a la prestación de servicios médicos a distancia, de forma telefónica o telemática, pues constituyen un reflejo del criterio de la razonabilidad en cuanto a las expectativas, razonables, que puede albergar el paciente acreedor del servicio, por lo que se llegaría a conclusiones similares, si bien con alguna matización, en caso de no existir tales normas deontológicas aplicando simplemente la razonabilidad a este tipo de prestaciones de servicios sanitarios a distancia.

En concreto, y partiendo del principio general de que el médico no puede abandonar al paciente ni siquiera en situaciones de catástrofe o epidemia⁶¹, el artículo 26.3 del *Código de Deontología Médica* dice terminantemente que, como regla general, «el ejercicio clínico de la medicina mediante consultas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o internet, es contrario a las normas deontológicas», pues «la actuación correcta implica ineludiblemente el contacto personal y directo entre el médico y el paciente».

⁶⁰ El *Código de Deontología Médica* alude además expresamente en alguna de sus normas a la razonabilidad como criterio de valoración de las conductas médicas. Así, el artículo 29.3 dice que «el médico debe tener una justificación razonable para comunicar a otro médico información confidencial de sus pacientes». Cfr. https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf, p. 48.

⁶¹ Artículo 6.2: «el médico no abandonará a ningún paciente que necesite sus cuidados, ni siquiera en situaciones de catástrofe o epidemia, salvo que fuese obligado a hacerlo por la autoridad competente o exista un riesgo vital inminente e inevitable para su persona». Cfr. https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf, p. 16.

Como excepción, el artículo 26.4 admite como «éticamente aceptable, en caso de una segunda opinión y de revisiones médicas», «el uso del correo electrónico u otros medios de comunicación no presencial y de la telemedicina, siempre que sea clara la identificación mutua y se asegure la intimidad», en lo cual abunda el artículo 26.5 al decir que «los sistemas de orientación de pacientes, mediante consulta telefónica o telemedicina, son acordes a la deontología médica cuando se usan exclusivamente como una ayuda en la toma de decisiones»⁶².

Por tanto, una actuación médica a distancia solo se considera éticamente aceptable y, en consecuencia, razonable, en casos de petición de segunda opinión, revisiones y orientación para ayuda en la toma de decisiones. Aplicando el criterio de la razonabilidad, ello requiere además de matización como mínimo en el caso de petición de segunda opinión y de revisiones médicas, que por sus características y circunstancias también pueden requerir de forma razonable la prestación presencial del servicio: efectivamente, no es lo mismo que una la revisión tenga por finalidad la dispensación periódica de recetas (que posteriormente se dejan depositadas para su recogida o incluso se envían también de forma telemática) que otra que por su naturaleza necesite el contacto personal y directo con el paciente para su correcta valoración médica, en cuyo caso la prestación del servicio médico de forma diligente conlleva la actuación presencial. Con ello, la aplicación del criterio de la razonabilidad desplaza la literalidad de las normas corporativas, cuya consideración en las circunstancias del caso concreto debe ser siempre conforme con la actuación leal y honesta en el ejercicio de los derechos que implica el principio de buena fe (art. 7.1 CC).

2.2.3 OTRAS MANIFESTACIONES DE LA RAZONABILIDAD

Siendo la razonabilidad una constante como criterio de valoración para el DCFR, en materia de contrato de servicios son destacables también sus manifestaciones relativas a la obligación de colaboración de las partes contratantes durante la ejecución del contrato (art. IV. C.-2:103 DCFR) y a los supuestos de modificación unilateral del mismo (art. IV. C.-2:109 DCFR).

Respecto a la «obligación de colaboración», el artículo IV.C.-2:103 (1) DCFR utiliza reiteradamente la razonabilidad para referirse tanto a los casos en los que el acreedor del servicio debe cumplir con esta obligación de cooperar con el prestador como a

⁶² Cfr. https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf, pp. 40 y 41.

aquellos otros en que la obligación de colaborar atañe a ambas partes contratantes: así, se refiere a la necesidad de que el cliente responda a las solicitudes de información «razonablemente necesarias» (a), proporcione las indicaciones sobre la prestación del servicio «razonablemente necesarias» (b) y obtenga los permisos o licencias «razonablemente necesarios» para la ejecución del contrato (c). Por su parte, el prestador del servicio debe proporcionar una «ocasión razonable» al cliente para que se pronuncie sobre el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales durante su ejecución (d) y ambas partes deben coordinar esfuerzos si ello resulta «razonablemente necesario» para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones (e).

El incumplimiento de estos deberes de cooperación genera consecuencias en las que también se apela a la razonabilidad, pues la ausencia de respuesta por parte del cliente a las solicitudes de información o indicaciones razonablemente necesarias para la ejecución del contrato da lugar a que el prestador pueda suspender el cumplimiento o «hacerlo depender de las expectativas, preferencias y prioridades que quepa razonablemente suponer que tiene el cliente» en función de la información con que cuente y previa advertencia al mismo [art. IV. C.-2:103 DCFR (2)]⁶³. Por tanto, el desenvolvimiento de las obligaciones contractuales de ambas partes queda también sometido a un criterio de razonabilidad sobre el comportamiento contractual que condiciona tanto que se consiga una ejecución lo más correcta posible del contrato como, en su caso, los derechos del prestador del servicio ante la falta de colaboración del cliente.

Finalmente, el artículo IV. C.-2:109 DCFR configura también la modificación unilateral del contrato sobre la base de su razonabilidad, lo cual es interesante a efectos de seguir valorando la virtualidad de este criterio en torno al régimen del contrato de servicios: «las partes pueden, previa notificación a la otra, modificar el servicio que se vaya a prestar, siempre que dicha modificación fuese razonable» en consideración del resultado que se pretenda, los intereses del cliente y del prestador del servicio y las circunstancias concurrentes [art. IV. C.-2:109 (1) DCFR]. A mayor abundamiento, se considera que las modificaciones son «razonables» si son necesarias para que

⁶³ Además, el incumplimiento de cualquier obligación de colaboración que determine un mayor coste del servicio o más tiempo de ejecución que el estipulado permite la reclamación por parte del prestador de los daños y perjuicios causados y/o de una modificación de plazo [art. IV. C.-2:103 DCFR (3)]. *Cfr.* JEREZ DELGADO (2015), pp. 209 y 210.

El artículo 1585 de la Propuesta de la CGC de 2011, «deber de mutua cooperación», es similar, aunque más sintético, a este artículo IV. C.-2:103 DCFR *Cfr.* https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF, pp. 3 y 4.

el prestador cumpla con su obligación de actuar diligentemente o, en su caso, de lograr un resultado; si son consecuencia de una indicación del cliente; si constituyen una respuesta «razonable» ante una advertencia del prestador del servicio o si son necesarias por un cambio de circunstancias [art. IV. C.-2:109 (2) DCFR]. Consecuentemente, las variaciones de precio que se generen también han de ser «razonables» [art. IV. C.-2:109 (3) DCFR]⁶⁴.

III. ALGUNAS APLICACIONES DE LA REGLA DE LA RAZONABILIDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL CONTRATO DE SERVICIOS

Llegados a este punto, nos planteamos la posibilidad de aplicar esta regla de la razonabilidad como criterio de valoración del comportamiento contractual con la finalidad de realizar una aportación que permita superar en alguna medida el deficiente régimen jurídico que caracteriza al contrato de servicios en nuestro ordenamiento jurídico. Ello supone, según explicamos anteriormente, apelar a una manifestación concreta del principio de buena fe, elevado a la categoría de norma jurídica por el artículo 7.1 CC y medio de integración del contrato *ex* artículo 1258 CC, el cual ha de servir de fundamento para la valoración de la actuación de las partes contratantes, por encima incluso de las normas corporativas, así como de instrumento para la solución de vacíos contractuales que no puedan ser resueltos por las inexistentes leyes dispositivas ni por los usos/prácticas profesionales habituales, específicamente, en su caso, por las normas contenidas en los códigos deontológicos de cada profesión⁶⁵.

Sin perjuicio de la aplicabilidad del criterio de la razonabilidad en torno a la información precontractual, el deber de colaboración de las partes y las modificaciones unilaterales del contrato, cuestiones respecto de las que pueden ser de utilidad las consideraciones anteriores realizadas en el marco del DCFR, proponemos seguidamente la misma cuestión con relación a las normas contenidas en los artícu-

⁶⁴ *Cfr.* JEREZ DELGADO (2015), pp. 213 y 214.

En la misma línea, sobre la base de la razonabilidad, el artículo 1590.1 de la Propuesta de la CGC de 2011, «variaciones unilaterales en la prestación del servicio»: «cada una de las partes podrá introducir en la ejecución del contrato variaciones razonables en la prestación contractual siempre que sean precisas para obtener el resultado comprometido o para dar cumplimiento a los deberes de diligencia y pericia, atendidas las circunstancias, notificándola a la otra». *Cfr.* https://www.mjusticia.gob.es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF, p. 7.

⁶⁵ La aplicación de los usos/prácticas profesionales y normas corporativas procede, como es sobradamente conocido, para integrar los vacíos contractuales que se generen en torno a la retribución del prestador del servicio.

los 1583 a 1587 CC que, pudiendo conservar alguna vigencia en la actualidad, permitan integrar la problemática que plantean teniendo en cuenta la razonabilidad. Finalmente, terminaremos con algunas consideraciones en el mismo sentido aplicadas al tema que más trascendencia práctica plantea el contrato de servicios, la responsabilidad del prestador de servicios y su conexión con el resultado razonablemente esperado por el acreedor del servicio.

1. DESISTIMIENTO UNILATERAL

1.1 **Artículo 1584 párrafo primero CC: servicios domésticos y de cuidado**

El artículo 1584 párrafo primero CC se refiere a supuestos en los que cualquiera de las partes decide dar por finalizado el servicio pactado para su realización en un plazo determinado reconociéndose con ello un derecho de desistimiento unilateral basado en la relación *intuitu personae* que une a las partes contratantes y con consecuencias diversas dependiendo de la concurrencia o no de justa causa y de la parte que desiste de la continuación del contrato⁶⁶.

La norma, dirigida al servicio doméstico, mantiene alguna aplicabilidad en relación con las exclusiones del ámbito de aplicación del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que configura el servicio doméstico como relación laboral de carácter especial⁶⁷. En concreto, el artículo 2.1 del RD 1620/2011 se refiere entre dichas exclusiones a prestaciones de servicios de cuidado no profesionales a personas dependientes realizadas por familiares o personas del entorno [letra d)], a prestaciones de servicios domésticos no asalariados entre familiares [(letra e)] y a prestaciones de servicios realizadas «a título de amistad, benevolencia o buena vecindad» [(letra f)]. Se trata de supuestos en los que nos encontraremos ante un contrato civil de servicios si la prestación va acompañada de una remuneración o «precio cierto», dada la actual configuración esencialmente onerosa del contrato (art. 1544 CC)⁶⁸.

⁶⁶ Vid. CARRASCO PERERA (2010), pp. 62, 867 y ss, 1105 y 1106.

⁶⁷ En su momento, TORRES LANA (1993), p. 1172, ya consideró derogado el artículo 1584, párrafo primero, CC por la disposición derogatoria del anterior RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

⁶⁸ En el mismo sentido, el artículo 1583 párrafo primero CC proyectado por el PLCS de 1994. Cfr. *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 de abril de 1994, núm. 58-1, pp. 3 y 4.

A mayores, la admisión de una contraprestación en especie como «precio cierto» lleva también a considerar las relaciones no laborales que el artículo 2.2 del RD 1620/2011 denomina «de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas «a la par», mediante las que se prestan algunos servicios como cuidados de niños, la enseñanza de idiomas u otros de los comprendidos en el artículo 1.4, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos». Todas estas relaciones contractuales, excluidas del ámbito de aplicación del RD 1620/2011 salvo que se demuestre su naturaleza laboral, caen consecuentemente bajo la órbita del contrato civil de servicios, por lo que entendemos que el artículo 1584 CC sería aplicable por analogía a la realidad actual del servicio doméstico y de cuidado excluido del ámbito de aplicación de la normativa laboral.

En estos términos, el artículo 1584 párrafo primero CC establece que, si el acreedor del servicio decide dar por finalizado el contrato sin «justa causa» antes de la terminación del plazo pactado, queda obligado a pagar al prestador del servicio la remuneración que corresponda por los servicios efectivamente prestados («el salario devengado») y, a mayores, una indemnización equivalente a la remuneración que corresponda a 15 días de prestación de servicios. Por el contrario, si es el prestador del servicio el que decide dar por finalizada su obligación antes de la terminación del plazo estipulado sin causa justificada no se prevé ninguna consecuencia indemnizatoria para él.

El fundamento de esta desigualdad de trato entre las partes contratantes se fundamenta en el objetivo de protección de la parte más débil de la relación contractual, el prestador del servicio, en el marco del contexto socioeconómico de finales del siglo XIX⁶⁹, lo cual hoy carece de sentido si tomamos en consideración las prestaciones de cuidado a personas dependientes en las que se produzca una ruptura injustificada del contrato por parte de dicho prestador del servicio.

Sin embargo, como novedad y en línea con el artículo IV. C.- 1:101 (1) (b) DCFR, la Propuesta de la CGC de 2011 pretendió desplazar esta característica tradicional del contrato de servicios y configurarle como naturalmente oneroso, es decir, como un contrato retribuido pero «salvo acuerdo en contrario» (art. 1581, «ámbito del contrato y carácter de las normas», 1: «las disposiciones del presente capítulo serán aplicables a los contratos en los que una de las partes se obliga a prestar un servicio a la otra a cambio de una retribución»; no obstante, según el artículo 1582, «retribución», párrafo primero: «salvo acuerdo en contrario, quien presta un servicio tiene derecho a una retribución»). *Cfr.* JEREZ DELGADO (2015), pp. 206 y 207, y https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios. PDF, pp. 1 y 2, respectivamente para ambos textos. Sobre el tema, *vid.* CRESPO MORA (2017), pp. 272 y ss.

⁶⁹ En este sentido, TRIGO GARCÍA (1999), p. 79.

No obstante, siendo ésta la realidad normativa y su aplicabilidad a las prestaciones de servicios indicadas, interesa destacar a efectos de este trabajo que la norma no da respuesta a cuestiones como qué debe entenderse por «justa causa» que exima al acreedor del servicio del pago de la indemnización o qué derechos retributivos tiene el prestador del servicio que decide dar por finalizado el contrato de forma unilateral y sin justificación.

En ambos casos se puede acudir a la regla de la razonabilidad para integrar el contrato, de forma que habría que considerar «justa causa» para su finalización por el acreedor del servicio la existencia de pacto en este sentido⁷⁰, el incumplimiento grave de las obligaciones del prestador o, simplemente, el tratarse de una prestación de servicios de carácter indefinido a la que decide ponerse fin (art. 1583 CC)⁷¹. En este último supuesto, extinción de prestaciones de servicios indefinidas, la jurisprudencia del TS ha venido considerando únicamente exigible, por aplicación de la buena fe contractual, una notificación o preaviso en este sentido en un plazo razonable a valorar en función de las circunstancias del caso⁷².

En esta línea, el artículo IV. C.-2:111 DCFR (5) dice que «el cliente resuelve la relación contractual justificadamente si» lo hace conforme a lo previsto en el contrato, los requisitos de la resolución contractual o los requisitos de extinción del contrato mediante notificación, cuya concreción realiza el artículo III.-1:109 (2) DCFR recurriendo de nuevo a la razonabilidad, pues «para evaluar si la notifica-

⁷⁰ Vid. STS de 18 de febrero de 2016, *cit.*, Fundamento de Derecho Tercero.2, considerando válido el plazo de preaviso de 3 años para poner fin a la prestación de servicios por parte del cliente por tener su fundamento en la libre negociación de las partes (art. 1255 CC): la amplitud del plazo no se considera contrario a la moral ni a la buena fe contractual según las argumentaciones desarrolladas por la parte recurrente; sin embargo, creemos que podría plantearse el carácter inmorale del pacto con base en criterios de razonabilidad.

⁷¹ Vid. STS de 9 de junio de 2020 (R. J. A. núm. 1579), Fundamento de Derecho Segundo.2, Ponente: Excmo. Sra. Dña. M.ª de los Angeles PARRA LUCÁN, con relación a la finalización de una relación contractual de servicios de peritaje contratados con posibilidad de prórrogas sucesivas del contrato sin límite temporal: «el contrato garantizaba la duración del contrato mediante la prórroga, pero no que la prórroga pueda ser indefinida».

Conforme a ello, y como «equivalente» al artículo 1583 CC, el artículo 1592 de la Propuesta de la CGC de 2011, «nulidad, desistimiento y terminación del contrato», propuso la siguiente redacción: «1. Será nulo el contrato en el que una persona se obligue a prestar servicios durante toda la vida o por tiempo que exceda notoriamente de lo que sea usual. 2. El cliente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento, pero deberá indemnizar al prestador del servicio de todos sus gastos, trabajos realizados y utilidad que hubiera podido obtener. 3. Si los servicios se hubieren contratado por tiempo indefinido, cualquiera de las partes podrá extinguir la relación contractual...».

Cfr. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios. PDF, pp. 7 y 8.

⁷² Vid. STS de 12 de mayo de 1997 (R. J. A. núm. 4121), Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, Fundamento de Derecho Tercero: «..., si bien la resolución no se produjo de forma contraria a derecho, la buena fe (art. 1258 CC), la seguridad jurídica, la certeza de la situación y las circunstancias del caso aconsejaban una concreta comunicación, ...».

ción se ha realizado con una antelación razonable, deberá tenerse en cuenta el intervalo entre prestaciones o contraprestaciones»; es decir, se da preferencia en definitiva a este criterio de razonabilidad frente a la opción de establecer un plazo concreto de preaviso⁷³.

Por otro lado, la finalización del contrato sin justa causa por parte del prestador del servicio, que no genera como hemos visto obligación de indemnizar conforme al artículo 1584 párrafo primero CC, plantea la cuestión relativa al pago de la retribución de los servicios prestados. El tema puede resolverse de nuevo con base en un criterio de razonabilidad, pues la ausencia de justa causa para finalizar el contrato unida al hecho de que, según esta norma, no existe obligación de indemnizar los daños causados, debería llevar a considerar la improcedencia del pago de la remuneración correspondiente a los servicios prestados en el mes en que se produzca la terminación del contrato.

La finalización de contrato sin justificación produce en sí misma un perjuicio para el acreedor del servicio (piénsese, por ejemplo, en personas dependientes) que, si la norma no consideró indemnizable como tal dado el contexto socioeconómico en que se promulgó, puede sin embargo considerarse en la actualidad mediante la integración del contrato a través de la buena fe contractual, pues en estos casos lo razonable es buscar un equilibrio entre la ausencia de justificación en la ruptura del contrato y la pérdida de la retribución correspondiente a los días del mes afectados por el desistimiento, que operaría así a modo de compensación para el acreedor del servicio.

1.2 Artículo 1586 CC: resto de servicios civiles

El artículo 1586 CC contiene una norma referida a los contratos de servicios de naturaleza laboral («criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados») de carácter temporal («por cierto término o para cierta obra») en los que una de las partes decide dar por finalizado el contrato antes de su cumplimiento sin justa causa: conforme al mismo, ninguna de las partes puede hacerlo (los prestadores de los servicios «no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa»).

⁷³ Cfr. JEREZ DELGADO (2015), pp. 215 y 128, respectivamente.

Frente a ello, el plazo de antelación o preaviso de 6 meses, «salvo que del pacto o de los usos resultare otra menor», del artículo 1587 CC proyectado por el PLCS de 1994. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 de abril de 1994, núm. 58-1, p. 5.

Se consagra simplemente, por tanto, un principio general que impide el desistimiento del contrato de forma unilateral sin justa causa, lo cual no viene a ser más que una manifestación del genérico *pacta sunt servanda* (art. 1256 CC). Con ello, el CC estableció un régimen distinto en función de que la prestación de servicios fuera realizada por el servicio doméstico, sin obligación de indemnizar en caso de finalización unilateral injustificada del contrato, y el resto de prestaciones de servicios asalariadas, con obligación de indemnizar en el mismo caso, y ello seguramente con fundamento en la presunción de que el supuesto causaba entonces un perjuicio mayor en la empresa que en el ámbito doméstico.

Al igual que decíamos con respecto al artículo 1584 párrafo primero CC, la aplicabilidad del artículo 1586 CC puede mantenerse en la actualidad con relación a servicios civiles, no laborales, en este caso con base en la procedencia de una aplicación analógica de la norma, en su literalidad prevista para «trabajadores asalariados» y servicios temporales, a servicios civiles y tanto contratados con una duración específica como de forma indefinida⁷⁴.

La valoración de esta situación permite recurrir de nuevo a la razonabilidad como criterio de integración del contrato para determinar, en primer lugar, qué entender por «justa causa» que exima a la parte que finaliza el contrato del pago de la indemnización, justificación que viene exigida además de forma implícita por los códigos deontológicos profesionales⁷⁵, por lo que nos remitimos a las consideraciones expuestas al respecto con relación al artículo 1584 párrafo primero CC.

Tratándose de una relación de consumo, téngase en cuenta no obstante que el artículo 62.3 TRLCU dispone que «en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato» (párrafo primero), de forma que «el consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones

⁷⁴ En este sentido, LUCAS FERNÁNDEZ (1986), p. 9; TRIGO GARCÍA (1999), p. 86.

⁷⁵ Así, por ejemplo, según el artículo 12.9 del *Código Deontológico de la Abogacía Española* de 2019, p. 30: «mientras se esté actuando para el cliente se está obligado a llevar el encargo a término en su integridad».

que no se correspondan con los daños efectivamente causados» (párrafo segundo). Por lo tanto, la contratación con consumidores no admite pactos en el sentido expuesto que impidan al consumidor la finalización del contrato en prestaciones de servicios de tracto sucesivo⁷⁶.

Por último, con relación al tema de la retribución del prestador de servicios que finaliza el contrato de forma unilateral, en este caso lo razonable es que reciba lo que le corresponda por los servicios efectivamente prestados, pues ello es independiente del pago de la indemnización que en su caso le corresponda abonar si la terminación del contrato se produce a iniciativa suya y sin justa causa. Asimismo, el principio de buena fe deriva en la necesidad de un preaviso en tiempo razonable a la otra parte contratante, en la conveniencia de que se desarrolle una postura razonablemente activa dirigida a evitar que se ocasionen inconvenientes a la otra parte como consecuencia de la finalización del contrato⁷⁷, y en que la concreción del *quantum* indemnizatorio que en su caso proceda se lleve a cabo igualmente conforme a criterios de razonabilidad que incorporen la valoración de la conducta de las partes⁷⁸.

2. RESTITUCIÓN DE BIENES UTILIZADOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO: ARTÍCULO 1587 CC

El artículo 1587 CC, última norma que el texto codificado dedica al contrato de servicios, se refiere a la necesidad de que el prestador de servicios restituya la «herramienta y edificios» que tuviere o hubiera ocupado «por razón de su cargo» cuando se produzca la finalización del contrato, lo cual no constituye sino una

⁷⁶ Vid. STS de 9 de junio de 2020, *cit.*, Fundamento de Derecho Segundo.2, en la que se niega el derecho a indemnización por falta de prueba de daños causados como consecuencia del desistimiento unilateral, que se considera justificado, en contrato de prestación de servicios de peritaje que preveía prórrogas sucesivas sin límite temporal. Con independencia de que en este caso la obligación del deudor sea de resultado (peritaje), la resolución es importante a efectos de la valoración de la concurrencia de «justa causa» para finalizar un contrato sin duración determinada.

⁷⁷ En este sentido, el artículo 12.6 del *Código Deontológico de la Abogacía Española*, p. 29, dice que «el que renuncie a la dirección letrada de un asunto habrá de notificarlo por escrito y de forma fehaciente al cliente y realizar los actos necesarios para evitar su indefensión y la pérdida de derechos», lo cual supone facilitarle que la prestación la continúe otro profesional.

⁷⁸ La cuestión está resuelta con relación a algunas actividades profesionales. Así, en el Anexo II, Séptima, del RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios: «Cuando, de conformidad con los interesados, se hubiere redactado un documento y no llegare a autorizarse por desistimiento de alguno o de todos, el Notario percibirá la mitad de los derechos correspondientes a la matriz, con arreglo al Arancel, los cuales serán satisfechos por el que haya desistido».

manifestación del principio general de que extinguido el título que faculta para poseer hay que restituir⁷⁹. En consecuencia, hay que considerar incluidos por analogía bienes de naturaleza distinta a los literalmente previstos pero que hayan sido de igual modo utilizados por el prestador del servicio para cumplir con su obligación de hacer, como la documentación del cliente⁸⁰.

Al respecto, se puede plantear la cuestión relativa al plazo en que debe procederse a dicha restitución: a falta de previsión contractual y de normas corporativas aplicables, el contrato debería integrarse conforme a un criterio de razonabilidad entendiendo que el prestador del servicio debe cumplir con su obligación de restitución de los bienes utilizados para llevar a cabo la prestación en un tiempo razonable a considerar a partir del momento en que carezcan de utilidad con relación a la continuidad, en su caso, de dicha prestación.

3. RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS: OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y EXPECTATIVAS RAZONABLES DEL ACREEDOR DEL SERVICIO

Finalizamos haciendo algunas reflexiones sobre la aportación que supone el criterio de la razonabilidad en materia de responsabilidad civil del prestador de servicios pues, sin perjuicio de que se trate de un recurso a tener en cuenta con relación a cuestiones como las precedentes, estas últimas no dejan de constituir materias de trascendencia menor en comparación con el tema de la responsabilidad del prestador del servicio que deriva del incumplimiento de su obligación.

La valoración de dicha responsabilidad del prestador, articulada en torno a la ausencia de actuación diligente, requiere atender en muchas ocasiones a lo que deba considerarse razonable en función de las circunstancias del caso concreto; así lo hizo el TS en Sentencia de 3 de octubre de 1998 ante un caso de responsabilidad civil del abogado, cuya pericia profesional conlleva el conocimiento de la legislación y de la jurisprudencia aplicables pero, efectivamente, teniendo en cuenta que la aplicación de dicho conocimiento está afectado por «criterios de razonabilidad» ante la existencia de interpretaciones normativas diversas⁸¹.

⁷⁹ Contenido en normas como los artículos 522 (usufructo); 1561 (arrendamiento); 1740 (préstamo); 1758, 1766 y 1775 (depósito) y 1866.1.º y 1871 (prenda) CC.

⁸⁰ En este sentido, el artículo 12.10 del *Código Deontológico de la Abogacía Española* de 2019, p. 30, dice que «la documentación recibida del cliente estará siempre a su disposición, no pudiendo en ningún caso retenerse, ni siquiera bajo pretexto de tener pendiente cobro de honorarios. No obstante, se podrá conservar copia de la documentación».

⁸¹ R. J. A. núm. 8587, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS, Fundamento de Derecho Tercero: «... el Abogado no puede ser responsable de un acto de ter-

En la misma línea, la citada STS de 1 de junio de 2021, también sobre servicios jurídicos y falta de diligencia profesional, pone de manifiesto la aleatoriedad que afecta a los objetivos que pudieran derivar de la obligación de medios que asume el abogado al llevar un pleito, cuya consecución no es por ello razonable exigir al prestador del servicio: «La obligación del abogado consiste en prestar sus servicios profesionales. Es una obligación de medios, también concebida como de actividad o comportamiento, consistente en la realización de un trabajo bajo pericia. El Abogado sólo se puede comprometer a prestar sus servicios conforme a las exigencias de la *lex artis*, que disciplinan tal actividad humana, sin que, por lo tanto, garantice o quepa exigirle el resultado pretendido, que no depende de forma exclusiva de la actividad desplegada, sino de la lógica propia del Derecho, que no se concilia con verdades absolutas, así como de la estructura del proceso, concebido como una técnica de confrontación entre intereses contrapuestos, que no son susceptibles, en muchas ocasiones, de compatibilidad jurídica, lo que determina necesariamente que uno haya de prevalecer sobre otro»⁸².

Precisamente, la aportación más significativa realizada por el DCFR a propósito de la aplicación del criterio de la razonabilidad al contrato de servicios gira en torno a la valoración de la responsabilidad del prestador de servicios, pues, como hemos visto, el artículo IV. C.-2:106 DCFR incorpora en la obligación de medios de dicho prestador del servicio el cumplimiento de las expectativas razonables del acreedor, es decir, el cumplimiento de aquellos objetivos o resultados que forman parte de su ámbito de control, que no están afectados por matices de aleatoriedad, y que, por ello, integran su actuación diligente quedando obligado a satisfacerlos.

Se trata, en definitiva, de considerar la protección de la confianza y de las expectativas razonables de las partes contratantes, constante en el DCFR cuya consecuencia lógica es la responsabilidad de una de ellas ante el incumplimiento de la obligación que la otra parte había razonablemente pensado que se había asumido al celebrar el contrato.

cerro (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados. Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (artículo 1258 CC). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas».

⁸² *Cfr.* Fundamento de Derecho Tercero.1.

En el ámbito del contrato de servicios, entendemos que la responsabilidad del prestador debe articularse sobre esta misma base, que en definitiva supone la integración del contrato conforme al principio de buena fe contractual *ex* artículo 1258 CC. Conforme a ello, dicha responsabilidad se generará siempre que el prestador del servicio no logre los objetivos razonablemente esperados por el acreedor por tratarse de resultados pertenecientes a su órbita de control; en otras palabras, si tales objetivos pueden alcanzarse de forma razonable, su cumplimiento es exigible en el marco de la obligación de medios del prestador, que no desaparece, pues una actuación diligente conforme a la *lex artis ad hoc* del artículo 1104 párrafo primero CC incorpora la consecución de este tipo de objetivos por naturaleza, por razonabilidad o, si se quiere, por derivación del principio de buena fe⁸³.

Consecuentemente, subrayamos la importancia a estos efectos de la información precontractual, sobre todo cuando se trate de prestaciones técnicas, pues sólo en función de ella se podrá delimitar el resultado razonablemente esperado por el acreedor y precisarse así la responsabilidad del prestador del servicio por un resultado razonable no obtenido⁸⁴. Como dice el DCFR, no se puede prescindir de la información precontractual ni siquiera cuando el destinatario del servicio sea un profesional del ramo o esté aconsejado por éste, salvo conocimiento específico del servicio a prestar. Por todo ello, la información precontractual relativa a la existencia de riesgos con relación a la obtención de objetivos es esencial para valorar las expectativas razonables del acreedor, que no podrán incluir tales objetivos cuya consecución dependa de un riesgo y no formen parte por este motivo de la esfera de control del prestador⁸⁵.

⁸³ Vid. BARRÓN ARNICHES (2008), pp. 12 y ss, 15 y ss, 22 y 23, donde ya valoró positivamente la aportación de los textos europeos en orden a la consecución de una visión de conjunto de la obligación de hacer que supere la distinción tradicional, tajante, entre obligación de medios y obligación de resultado en la prestación de servicios, sobre todo de cara a facilitar los supuestos de responsabilidad del prestador de servicios; BARRÓN ARNICHES (2012), p. 1186: «compatibilidad con el Derecho español».

⁸⁴ Vid. BARRÓN ARNICHES (2008), p. 16; BARRÓN ARNICHES (2012), p. 1185.

⁸⁵ Con independencia de todo ello, es interesante dejar constancia de la utilización del «canon de la razonabilidad» por el TS con relación a otras cuestiones, como la determinación de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre la cuantía indemnizatoria. Vid. STS de 21 de febrero de 2011 (R. J. A. núm. 2364), Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS, sobre prestación de servicios de vigilancia y alarma que no funcionaron, Fundamento de Derecho Décimo.4: «... se atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del *dies a quo* del devengo, que toma como pautas el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, ...».

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A modo de síntesis o conclusión general, podemos afirmar que la aportación de los denominados textos de Derecho contractual europeo está fuera de duda en consideración del conocimiento y difusión de conceptos que permiten adoptar una perspectiva renovada para el Derecho de contratos. Tal es el caso de la regla de la razonabilidad, extraordinariamente desarrollada por el DCFR como criterio de valoración de las conductas de las partes contratantes y de las consecuencias del contrato y adoptada posteriormente en las normas más significativas de la Propuesta de la CGC de 2011 relativa a la regulación del contrato de servicios en el CC.

Por ello, hemos considerado interesante dejar constancia de las aplicaciones que el DCFR realiza de la razonabilidad en el ámbito del contrato de servicios con la finalidad de valorar su utilidad como instrumento para la integración del contrato ante la ausencia de un régimen jurídico básico general adecuado en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, el principio de buena fe recogido por los artículos 7.1 y 1258 CC adquiere un significado más concreto y útil en orden a la determinación de los efectos del contrato de servicios.

Antes incluso de la celebración del contrato, la razonabilidad del DCFR lleva a considerar incluida en el contenido de la información precontractual que ha de suministrar el prestador de servicios todo lo relativo a los riesgos que conlleve la ejecución del servicio, pues no es razonable presumir que el acreedor tiene tal conocimiento de riesgos en la ejecución ni siquiera en el caso de que sea un profesional del ramo o esté aconsejado por alguien que lo sea: efectivamente, tratándose de prestaciones técnicas, lo razonable es aportar toda la información al respecto con la única salvedad de que el destinatario del servicio sea una persona que conozca la especificidad de la prestación técnica de que se trate, lo cual no se produce simplemente por ser un profesional del ramo.

Entrando en el desenvolvimiento del contrato, el criterio de la razonabilidad permite concretar el deber de colaboración de las partes contratantes y los derechos del prestador del servicio ante la falta de colaboración del cliente así como determinar las posibilidades de modificación unilateral del contrato. En la misma línea, la razonabilidad permite integrar vacíos contractuales que tampoco pueden ser suplidos por el régimen jurídico del CC como los relacionados con qué entender por «justa causa» para la finalización del contrato por una de las partes, la valoración del derecho a retribución del presta-

dor del servicio en este tipo de situaciones, el preaviso en plazo razonable que se debe realizar al respecto o la concreción de la cuantía indemnizatoria que en su caso proceda.

Finalmente, reiteramos la conveniencia de que la delimitación de la responsabilidad del prestador de servicios se realice en torno a la aportación del DCFR a propósito de la valoración del resultado razonablemente esperado por el destinatario del servicio, de modo que, sin descartar la premisa que representa la distinción clásica entre obligación de medios y obligación de resultado, la consecución de las expectativas razonables del cliente se considere integrada en la obligación de medios del prestador del servicio en cuanto aplicación en este ámbito del principio de buena fe, garantista para el acreedor de la prestación y coherente con la justicia y equidad que pretende el Derecho.

FUENTES

Código Deontológico de la Abogacía Española, Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019, Consejo General de la Abogacía Española-Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Código de Deontología Médica, Organización Médica Colegial de España, 2011, disponible en https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), edited by Christian von Bar and Eric Clive, Volume 2, Sellier, Munich, 2009.

Propuesta de la Comisión General de Codificación de 13 de abril de 2011 relativa a la regulación del contrato de servicios, disponible en https://www.mjjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.^a T.: «El paralelismo entre obligaciones de medios / resultado y contratos de servicios / obra en las Propuestas oficiales de modernización del Derecho español», *Revista de Derecho Civil*, 2019, núm. 2, pp. 169-205.

ÁLVAREZ MORENO, M.^a T.: «Contratos de servicios», en *Manual de Derecho de Consumo*, VVAA, Díaz Alabart, S. (coordinadora), Reus, Madrid, 2016, pp. 265-278.

BARRES BENLLOCH, P. / EMBID IRUJO, J. M. / MARTÍNEZ SANZ, F.: *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

- BARRÓN ARNICHES, P. DE: «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *InDret*, núm. 3/2008, www.indret.com, pp. 1-28.
- «Libro IV, Parte contrato de servicios, Capítulo 2: Normas aplicables a los contratos de servicios en general», en *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VVAA, Vaquer Aloy, A. / Bosch Capdevila, E. / Sánchez González, M. P. (Coords.), tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 1153-1205.
- CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- CARTWRIGHT, J.: *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, traducción de Murga Fernández, J. P.: edición de Capilla Roncero, F., Thomson Reuters Aranzadi-Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- CRESPO MORA, M.^a C.: «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», *InDret*, núm. 2/2013, pp. 1-45.
- «La modernización del contrato de servicios en el Derecho español: Estudio de la Propuesta de la Comisión General de Codificación», en *Estudios jurídicos, Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, VVAA, Embid Irujo, J. M. / Morales Moreno, A. M. (directores), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017, pp. 263-291.
- «La protección del consumidor de servicios jurídicos», *Revista de Derecho Civil*, 2021, núm. 1, pp. 93-145.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial IV*, Las particulares relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L. / ROCA TRÍAS, E. / MORALES, A. M.: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- JEREZ DELGADO, C. (coordinadora de la versión española): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, VVAA, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios y de resultado, (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, fascículo 1, pp. 5-96.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. / SANCHO REBULLIDA, F. DE A. / LUNA SERRANO, A. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. segundo, Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito, 4.^a ed. revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2009.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Artículos 1583 a 1587 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VVAA, Albaladejo, M. (director), tomo XX, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1986, pp. 1-169.
- MALO, M. A.: «Un faro en la tormenta: el principio general de la buena fe», *Actualidad Civil*, 2021, núm. 10, pp. 1-11.
- NICOLAU, N. L.: «El principio de razonabilidad en el Derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2010, pp. 3-25.
- ORTEGA DÍAZ, J. F.: «Hacia un concepto clarificador de servicio, El contrato de servicios como tipo contractual general», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, núm. 705, pp. 221-268.

- RAMOS GONZÁLEZ, S.: «Libro IV, Parte contrato de servicios, Capítulo 8: Servicios médicos», en *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VVAA, Vaquer Aloy, A. / Bosch Capdevila, E. / Sánchez González, M. P. (coordinadores), tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 1321-1379.
- SCHULTE-NÖLKE, H.: «El Borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*), Un «*restatement*» europeo con reglas modelo para facilitar la interpretación de las normas y constituir una referencia legislativa, jurisprudencial y de formulación de contratos», en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, VVAA, Jerez Delgado, C. (coordinadora de la versión española), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 27 y 28.
- SEVERIN FUSTER, G.: «La recepción del modelo de la «*locatio conductio*» en la regulación del «arrendamiento de obras y servicios» del Código civil español de 1889», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2016, núm. XXXVIII, pp. 201- 231.
- TORRELLES TORREA, E.: «El criterio de la razonabilidad, Un elemento reequilibrador del contrato», en *Codificación y equilibrio de la asimetría negocial*, VVAA, Gramunt Fombuena, M. / Florensa i Tomàs, C. (directores), Dykinson, 2017, pp. 175 a 195.
- TRIGO GARCÍA, B.: *Contrato de servicios, Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Capítulo 3, Libro I, Disposiciones generales», en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo, Marco Común de Referencia y Derecho español*, VVAA, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 89-97.
- VITO, R.: «Principios, cláusulas generales, proporcionalidad, razonabilidad y contrato», en *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, VVAA, Pérez-Serrabona González, J. L. (director), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 731-742.
- VON BAR, C. / BEALE, H. / CLIVE, E. / SCHULTE-NÖLKE, H.: «Principios», en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, VVAA, Jerez Delgado, C. (coordinadora de la versión española), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 29-65.

Declaración y voluntad en el Derecho civil alemán. Una aproximación histórico-dogmática

BRIAN BUCHHALTER MONTERO

Personal docente e investigador en formación (FPU)
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Este trabajo estudia una de las instituciones más significativas del Derecho privado alemán, con miras a conseguir un doble objetivo: de una parte, contribuir a su conocimiento desde una perspectiva histórica. En este sentido, se analiza la formación histórica del concepto en los distintos cuerpos normativos vigentes en el territorio alemán del siglo XIX; de otra parte, se estudian los elementos esenciales de la declaración de voluntad en Derecho alemán y se ofrece una reestructuración particular, partiendo de que la llamada voluntad de actuar (Handlungswille) no es un elemento del tipo subjetivo, sino del tipo objetivo de la declaración.

PALABRAS CLAVE

Parte general del Derecho Civil. Negocio jurídico. Declaración de voluntad. Alemania. Historia del Derecho.

Declaration and will in German civil law. A historical-dogmatic approach

ABSTRACT

This work studies one of the most significant institutions of German private law with a view to achieving a twofold objective: on the one hand, to contribute to its knowledge from a historical perspective. In this sense, the historical formation of the concept in the different bodies of law in force in Germany in the 19th century is analysed; on the other hand, the essential elements of the declaration of will in German law are studied and a particular restructuring is offered, based on the assumption that the so-called will to act (Handlungswille) is not an element of the subjective type, but of the objective type of the declaration.

KEY WORDS

General Part of Civil Law. Legal transaction. Declaration of will. Germany. History of Law.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Formación del concepto «declaración de voluntad» en Alemania: 2.1. Derecho común; 2.2. El *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* de 1756. 2.3. El Derecho general para los Estados Prusianos de 1794. 2.4. El Código Napoleónico de 1804 en Renania y el Código Napoleónico con Anexos y Leyes de Comercio como Derecho estatal para el Gran Ducado de Baden de 1810. 2.4.1. Renania. 2.4.2. Baden. 2.5. El Código Civil General Austríaco de 1811. 2.6. El Código Civil del Reino de Sajonia de 1863. 2.7. Recapitulación.—3. Los Proyectos del BGB.—4. Declaración y voluntad en el BGB.—5. Noción actual de declaración de voluntad. 5.1. Dogma de la voluntad. 5.2. Teoría de la declaración. 5.3. ¿Qué posición asume el BGB?—6. Sistemática de la declaración de voluntad. 6.1. Tipo objetivo: la manifestación de la voluntad. 6.1.1. La voluntad de actuar. 6.1.2. Declaraciones de voluntad expresas y tácitas. 6.2. Tipo subjetivo: otras voluntades. 6.2.1. Voluntad de vincularse jurídicamente (*Rechtsbindungswille* o *Erklärungsbewusstsein*). 6.2.2. Voluntad negocial (*Geschäftswille*).—7. La manifestación de la voluntad a través del silencio esperado o la «no-declaración».—8. Conclusiones.—Fuentes.—Jurisprudencia.—Bibliografía.

A mi amigo Pau Cuquerella

1. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto una de las instituciones más significativas y caracterizadoras del Derecho privado alemán, a saber, la declaración de voluntad. Esta proyecta su relevancia en un doble sentido: por una parte, impregnando todo el Derecho público¹ y privado alemán²; y, por otra parte, influyendo en una notable cantidad de ordenamientos jurídicos de todo el mundo (*cf.* nota 13). Teniendo en consideración tal importancia, este trabajo pretende lograr dos objetivos: el primero, analizar la formación histórica de la declaración de voluntad en la caleidoscópica ordenación jurídica

¹ En Derecho administrativo, sin ánimo de exhaustividad, se puede ver el clásico trabajo de SACHS, 1985, pp. 398 y ss.

² En Derecho mercantil destaca el supuesto del § 362 HGB que dispone lo siguiente: «si un comerciante, cuya actividad implica la realización de negocios por cuenta ajena, recibe una oferta de alguien con quien ya mantiene relación comercial, está obligado a responder a ella inmediatamente; *su no actuar se considerará como aceptación de la oferta*» (la cursiva es nuestra).

vigente en la Alemania anterior al Código civil (BGB, en adelante); y el segundo, reestructurar sus elementos esenciales –partiendo de que la voluntad de actuar no es tanto parte integrante de lo subjetivo, sino de la acción, es decir, de lo objetivo de la declaración.

La declaración de voluntad no recibe más mención expresa en nuestro Código Civil (CC, en adelante) que la que le dispensa el artículo 1.3. II, cuya actual redacción data del 31 mayo de 1974. Ahora bien, que nuestro Código Civil no contenga regulación particular del negocio jurídico –ni, por tanto, de la declaración de voluntad– no ha impedido afirmar que, con el artículo 1090 CC a la vista, es posible admitir como válida «la expansión de las normas sobre el contrato en general a las hipótesis en que la producción de efectos no tiene origen contractual»³. Ello permite presumir que las obligaciones nacidas de las declaraciones de voluntad (contractuales o no) se regulan por las normas generales de los contratos en lo que le sean aplicables⁴. Teniendo en cuenta esta solución interpretativa, lo cierto es que para aprehender los contornos de la declaración de voluntad en nuestro Derecho civil es necesario adentrarse hasta el lejano Libro IV del Código Civil que –entre otras cuestiones– reglamenta, al modo francés, algunas instituciones asimilables a la declaración de voluntad (como el consentimiento en los arts. 1261.1.º o 1265 o la oferta y la aceptación en el art. 1262. I y II). Sin embargo, a diferencia del Código Civil y de algunas compilaciones de Derecho civil autonómico que no ofrecen tampoco tratamiento sistemático (la catalana⁵ o la aragonesa⁶,

³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2017, p. 396.

⁴ Igualmente, DE LOS MOZOS, 1987, p. 32, nota 59.

⁵ Mención expresa existe, sin embargo: 1) en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, en el párrafo primero del artículo 427-25 («legado alternativo») en el que se dice lo siguiente: «En el legado alternativo, el causante puede atribuir la facultad de elección a un tercero, el cual debe hacer la elección mediante una declaración de voluntad dirigida a la persona gravada con el legado»; y 2) en el Preámbulo de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, donde se dice, respecto de la gestión de asuntos ajenos, que: «la gestión de asuntos ajenos se presenta como una institución residual respecto al mandato, precisamente por el hecho de que la ratificación de la gestión supone la aplicación de las reglas del mandato. Ahora bien, a falta de ratificación, es necesario determinar las obligaciones derivadas de la gestión de asuntos ajenos, que se basan en un acto voluntario no negocial, no solo porque los efectos jurídicos son independientes de la intención o voluntad subyacente en la conducta del gestor, sino, además, porque el gestor no se obliga a partir de una declaración de voluntad, sino por el mismo acto de gestión». Es de destacar también, en el Anteproyecto de Ley Valenciana de Sucesiones, la mención expresa a la declaración de voluntad que se realiza en algunos preceptos como los artículos 29, 219, 226.III o 231 (disponible *online* en: <https://cutt.ly/DJQLP3R>).

⁶ Se refiere a la declaración de voluntad tan solo de pasada en el Preámbulo (III.6) del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón.

entre otras⁷), existen algunos conjuntos normativos nacionales y extranjeros que sí se ocupan expresamente de ella. Entre los primeros, cabe destacar la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (CNav, en adelante), que dedica sus leyes 14 y ss. al «ejercicio de los derechos y (...) las declaraciones de voluntad»⁸. En la legislación aplicable a todo el territorio nacional destaca la escueta referencia a la declaración de voluntad que contiene el artículo 49 de la Ley del Notariado (LN, en adelante); lo que se completa con un menos parco tratamiento en el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN, en adelante), que las menciona en sus artículos 1.IV.b), 144, 147, 176 o 211, entre otros⁹. Sin embargo, más allá del tratamiento particular que realiza el Código Civil del consentimiento contractual, no es perceptible tratamiento sistemático alguno de la declaración de voluntad como categoría general. Otros códigos del entorno europeo ofrecen, por el contrario, una regulación detallada de la declaración de voluntad en un sentido abstracto, como supraconcepto (*Oberbegriff*) y como fundamento no solo del contrato, sino de todos los negocios jurídicos¹⁰. En esta tradición destaca muy particularmente el BGB que, desde su entrada en vigor en el año 1900, ofrece una profusa regulación de la declaración de voluntad, configurándola como una de las «institu-

⁷ No contiene referencia alguna: la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; tampoco el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación de derecho civil de las Islas Baleares. De destacar es, sin embargo, en esta misma Comunidad Autónoma la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, que ofrece un tratamiento prolijo y extenso de las declaraciones de voluntad en el ámbito de los tratamientos médicos; e igualmente, la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía.

⁸ La regulación de la declaración de voluntad en la Compilación Navarra ha permanecido inalterada por la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) núm. 157/2021 (REC: 315/2020, ponente Encarnación Roca Trias) de 16 de septiembre de 2021, que se ha ocupado de enjuiciar la constitucionalidad de determinados preceptos del Derecho civil navarro.

⁹ También el artículo 53 de la Ley del Registro Civil (LRC, en adelante) hace mención expresa a la «declaración de voluntad del interesado»; lo que se completa con lo previsto por el artículo 231 del Reglamento del Registro Civil (RRC, en adelante). En el mismo sentido lo emplea la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas en la Comunitat Valenciana [arts. 3 y 5.1.b)]. Por último, en el ámbito estatal, cabe destacar el artículo 21.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

¹⁰ Esta tendencia a la abstracción del BGB –que se proyecta, en lo que a nosotros nos interesa, en la ubicación de la declaración de voluntad en la parte general del código– no ha sido asumida unánimemente como positiva. Ya MENER reprochaba desde una postura materialista –en *Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen*, 3.^a ed. ampliada, Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1904, p. 17– una redacción alambicada del BGB, alejada de lo popular y excesivamente abstracta. De esta obra hay traducción española de POSADA, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898; como postura contraria, destaca entre nosotros, el trabajo de PÉREZ SERRANO, «El derecho civil y los ricos», *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 25, Valencia, 1950. Mucho más severo que MENER era BEKKER, cuando, en su *System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Verlag von J. Gutentag, Berlin, 1888, pp. 50 y ss., calificaba de pecados lingüísticos (*sprachliche Sünden*) determinadas expresiones del BGB.

ciones definitivas»¹¹ de la parte general del Derecho civil e irradiando su esencia a una buena parte de ordenamientos jurídicos del mundo entero¹². Y, como ya había dicho Saleilles en un famoso

¹¹ MUSIELAK, 2011, p. 769.

¹² Así, destaca el Código Portugués, (CPort, en adelante), que ofrece tanto una parte general, como una regulación general de los negocios jurídicos y de las declaraciones de voluntad (allí conocida como «*declaração negocial*») en sus artículos 35 y ss. En esta misma línea destaca el Código Brasileño (CCBra, en adelante), que dedica sus artículos 104 y ss. al «negocio jurídico». Expresamente menciona la institución de la declaración de voluntad en algunos preceptos, como el artículo 107: «*A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*»; o en el artículo 110, aunque con otro nombre («*manifestação de vontade*»); artículo 110, todo sea dicho, que coincide casi literalmente con el § 116 BGB. Por otra parte, el Código Civil holandés (CHol, en adelante) sí ofrece una regulación que sigue en cierta manera el BGB alemán, pues contiene disposiciones generales tanto sobre el negocio jurídico como sobre la declaración de voluntad (art. 33 y ss. del Libro III). Por último, en Europa del Este destaca la regulación ofrecida en Estonia por la Ley de la parte general del Código Civil, cuyos §§ 62 y ss. ofrecen una configuración fuertemente deudora del BGB alemán. Por el contrario, no sigue el modelo propuesto por el BGB alemán el Código Civil suizo (CSuiz, en adelante) de 1912, cuyo art. 7 establece que «las disposiciones generales del derecho de obligaciones respecto del nacimiento, cumplimiento y extinción de los contratos son también de aplicación a otras relaciones jurídico-civiles». Tampoco ofrece una regulación general de la declaración de voluntad el Código Civil italiano (CIIta, en adelante), que se limita a decir en su artículo 1324 que «salvo disposición en contraria de la Ley, las normas que regulan los contratos se observarán, en cuanto sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial»; y en su artículo 1326 (en sede de contratos) que «el contrato está perfeccionado en el momento en el que el que ha realizado la propuesta tiene consciencia de la aceptación de la otra parte (...)». De otro lado, cabe destacar el reciente Código civil rumano (CRu, en adelante), que se refiere en su artículo 1179 al consentimiento de las partes como condición esencial para la validez de los contratos, pero no regula de manera generalizada la declaración de voluntad, ni contiene tampoco una parte general al estilo alemán. La misma situación se puede predicar de México, cuyo Código Civil (CCMex, en adelante) carece de una regulación sistemática de la declaración de voluntad, sino que se limita a presuponer su existencia en algunos preceptos como el artículo 103. VI y VIII, 189. IV y V, 1404, 2961 párrafo segundo, entre otros. Sí se ocupa de la cuestión el CCMex –a la manera romana– al hacer referencia al «consentimiento» como elemento esencial del contrato (art. 1794. I). Tampoco el Código uruguayo (CCUr, en adelante) ofrece una perspectiva distinta, pues ni contiene parte general en sentido estricto (tan solo un Título Preliminar al modelo francés) ni regulación sistemática de la declaración de voluntad. Sí la menciona de manera expresa, sin embargo, en su artículo 959, que en sede de «condiciones, plazos y objeto o fin de las disposiciones testamentarias» expresa lo siguiente: «Si el modo es en beneficio exclusivo de aquél a quien se impone, se mirará como simple declaración de voluntad que no encierra obligación jurídica, salvo que lleve cláusula resolutoria». Y al igual que sucede con el CC español, debemos acudir a la regulación de los contratos para encontrar una referencia implícita a la misma en la regulación del consentimiento como elemento esencial de los mismos (art. 1261.1.º CCUr). Notable es, del régimen uruguayo, la prolijidad del tratamiento dispensado al consentimiento (arts. 1262 a 1277). Denomina a la clásica «oferta» como declaración de voluntad «propuesta» (por ejemplo, art. 1263). Posición intermedia asume el reciente Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyComArg, en adelante) que, a pesar de ofrecer una regulación concreta de la parte general, no contiene una disciplina particular del negocio jurídico, sino que tan solo se ocupa de los hechos y actos jurídicos (arts. 257 y ss.). Se aleja pues el nuevo Código argentino de su famoso predecesor, el Código obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, que regulaba de manera expresa la declaración de voluntad, diferenciando con gran finura la declaración tácita y la presunta [aquella «inducida por una presunción de la ley» (art. 915)]; también se ocupaba con detalle de la «manifestación de voluntad» derivada del silencio (art. 919), regla que sigue literalmente el nuevo artículo 263 del nuevo Código Argentino. También en el Código Civil Japonés (CJap, en adelante) es fuertemente trazable la influencia de la regulación alemana de la declaración de

estudio sobre la declaración de voluntad en el BGB, «se trata de [analizar] una tesis científica que domina toda la concepción del acto jurídico y todas las transacciones de orden económico»¹³ –por lo menos, en los países cuyos Derechos privados se estructuran en buena parte alrededor del concepto de negocio jurídico. Y aunque pudiera parecer a primera vista que la cuestión carece de relevancia práctica para los juristas de tradición latina, justamente, «es una de las buenas enseñanzas que nos deja la jurisprudencia romana, que la ciencia, para ser práctica, no solo debe restringirse a lo práctico»¹⁴, ni tampoco a lo patrio.

2. FORMACIÓN DEL CONCEPTO «DECLARACIÓN DE VOLUNTAD» EN ALEMANIA

La declaración de voluntad es una institución profundamente arraigada en una comprensión del Derecho que culmina en el BGB. Su regulación en Alemania es deudora de una larga tradición que se compone esencialmente por dos corrientes: una –llamémosle– de carácter germánico, decididamente abstracta, que asumió una regulación general y sistemática de la declaración de voluntad; y otra, romano-francesa que, presente sobre todo en el suroeste de Alemania, no ofreció una sistemática abstracta de la declaración de voluntad, sino que se contentó con una regulación particular de la misma, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Por ello, un breve recorrido histórico por las normas que constituyeron el Derecho privado en Alemania es decisivo para la comprensión de la declaración de voluntad, tal como la asume hoy el BGB.

2.1 DERECHO COMÚN

En buena parte de Alemania rigieron –desde el siglo XIII aproximadamente y hasta la entrada en vigor del BGB (el 1 de enero de 1900)– las normas de Derecho común (conocido en Alemania

voluntad. Una traducción del CJap puede verse en: BARBERÁN PELEGRÍN, y DOMINGO OSLÉ, *Código civil japonés*, con la colaboración de NOBUO HAYASHI y prólogo de ANTONIO GARRIGUES WALKER, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

¹³ SALEILLES, 1901, p. VII.

¹⁴ VON IHERING, citado por ZITELMANN, 1879, p. 4. Entre nosotros también lo ha dicho DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 61: «se ha podido dudar de la utilidad de ocuparse todavía de cuestiones tan difíciles y espinosas. Aconseja tratarlas el que, de hecho, quedan planteadas con cada uno de los problemas que ofrece el negocio jurídico, y para cuya solución se impone el haberlas resuelto previamente».

como *gemeines Recht* o simplemente *ius commune*)¹⁵. Este conjunto normativo –ajeno a la abstracción germánica– no ofreció ninguna regulación sistemática de la declaración de voluntad, ni tampoco de ninguna categoría asimilable, sea primigeniamente, al negocio jurídico¹⁶. Así, como ya advertía Bekker en su *System des heutigen Pandektenrechts*: «para un ojo acostumbrado, las fuentes no ofrecen más que un caos de decisiones medio armoniosas y otras en parte directamente contradictorias»¹⁷. Para Bekker, los notables esfuerzos de algunos como Savigny o Windscheid no fueron suficientes para encontrar una base general que sustentara una comprensión abstracta del negocio jurídico y de la declaración de voluntad. De esta manera, aunque las fuentes del *gemeines Recht* ofrecieron aprovechables soluciones prácticas, no manifiestan anclaje suficiente para una construcción sistemática y abstracta de la declaración de voluntad¹⁸. Ahora bien, ello no significa que las fuentes comunes no se hayan ocupado en cierta manera de la cuestión y, siguiendo a Scialoja, se puede afirmar que la intención de las partes –manifestada o declarada con riguroso formalismo en un inicio– se erigía como elemento esencial de aquellos *primigenios negocios jurídicos*¹⁹. Más allá de esas consideraciones, sin embargo, no es posible trazar una sistematización clara de la declaración de voluntad en este *gemeines Recht* alemán, como sucede igualmente entre nosotros, en *Els Furs de Jaume I* (1238-1271)²⁰ o en las Partidas (1256-1265)²¹.

¹⁵ El derecho común regía en gran parte de Baviera (München, Regensburg, Augsburg, por ejemplo), en buena parte de lo que hoy es Baden-Württemberg (Ulmer, Stuttgart, Konstanz, por ejemplo), en otras ciudades de la Alemania central como Frankfurt, Darmstadt, Würzburg, Coburgo, Gotha, Hannover, Kassel, Göttingen o al Norte de Alemania desde Oldenburg a Kiel y hacia el Este hasta las ciudades de Rostock y Stralsund. Al respecto puede verse: BEKKER, 1857; BÖCKING, 1853; ENDEMANN, 1899; GIERKE, 1895; HEUSLER, 1885; MAURENBRECHER, 1834. THÖL, 1851; WOLFF, 1843.

¹⁶ SCIALOJA, 1942, p. 43. También ALBUQUERQUE, 2005. p. 3.

¹⁷ BEKKER, 1889, p. 57.

¹⁸ BEKKER, 1889, p. 55 y especialmente pp. 63 y ss. en las que se explora y analiza detalladamente cada una de las fuentes romanas en las que los partidarios de la teoría voluntarista de la declaración de voluntad sustentaban sus posiciones.

¹⁹ SCIALOJA, 1942, p. 34.

²⁰ La influencia del Derecho romano se deja sentir también en *Els Furs de Jaume I* (1238–1271), lo que explica una regulación casuista de la cuestión y totalmente ajena a la abstracción de la teoría del negocio jurídico. Así, la declaración de voluntad queda subsumida en el consentimiento, de modo que «si tu no consientes a la partición de toda la herencia de tu pare (...), puedes la parte de aquella herencia que fue partida sin tu consentimiento» [388; 3.18.1]. Por otra parte, la preferencia por lo declarado y lo objetivo se proyecta también en *Els Furs* cuando se dice que «en los contratos o en los hechos la verdad de la cosa mayormente debe ser guardada que la escritura (...), más vale lo que sea hecho o dicho en realidad que lo que sea escrito simplemente» [497; 4.10.1].

²¹ Dice la Ley 1 del Título 5 («de las ventas y de las compras») de la Partida Quinta («que habla de los préstamos y de los condesijos, y de las ventas y de los cambios, y de todos otros pleitos y posturas que hacen los hombres entre sí, de cualquier manera que sean») lo siguiente: «véndida es una manera de pleito que los hombres usan entre sí mucho,

2.2 EL CODEX MAXIMILIANEUS BAVARICUS CIVILIS DE 1756

En segundo lugar, el régimen jurídico de la declaración de voluntad alemán estuvo compuesto por el conjunto de normas promulgadas en Baviera²². Allí rigió desde 1756 y hasta la entrada en vigor del BGB el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (CMBC, en adelante). El CMBC tuvo como finalidad principal la consolidación de un *ius privatum* unitario y coherente. Deudor de una comprensión romana y casuista de la declaración de voluntad, no ofreció tampoco el CMBC regulación sistemática. Solo son perceptibles algunas menciones aisladas a la declaración de voluntad en el Primer Capítulo de la Cuarta Parte del CMBC –relativo a los contratos y las obligaciones nacidas de ellos (*Von der Convention und denen hieraus entspringenden Pflichten (...) überhaupt*)²³. Allí destaca particularmente el § 5 que determina los requisitos esenciales de los contratos, exigiendo expresamente la promesa (*Versprechen*) de uno y la aceptación (*Annahm [sic]*) del otro respecto de aquello sobre lo que surgirá la obligación (lo que recuerda a nuestro art. 1262 CC)²⁴. Más allá de estas aisladas menciones, sin embargo, no es trazable una comprensión general de la declaración de voluntad.

2.3 DERECHO GENERAL PARA LOS ESTADOS PRUSIANOS DE 1794

En otra buena parte de Alemania rigió, desde 1794 hasta la entrada en vigor del BGB, el Derecho general para los Estados Prusianos (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* [ALR, en adelante]).²⁵ Este conjunto normativo, producto de la labor codificadora prusiana, concebido bajo el mando de Federico el Grande y publicado durante el reinado de Guillermo Federico II, mostró su predilección genuinamente

y hácese con consentimiento de ambas partes por precio cierto, en que se avienen el comprador y el vendedor».

²² Al respecto se puede ver: DANZER, 1894. Respecto de la codificación civil en Baviera se puede ver: DÖLEMEYER, «Bayerische Kodifikationen des Naturrechtszeitalters» en CORDES, 2008, pp. 478 y ss.; SCHLOSSER, H., «Codex Maximilianeus Bavaricus – Kodifikation zwischen Ius commune und Naturrecht» en CZEGUHN, 2014.

²³ La fuerte influencia romana en el CMBC se manifiesta en las continuas referencias que el mismo realiza al Derecho romano como fuente del ordenamiento jurídico.

²⁴ Sobre la comprensión iusnaturalista medieval de la declaración de voluntad y su relación con la promesa: EISENHARDT, 1986, p. 877.

²⁵ El ALR rigió desde unos kilómetros al Este de Göttingen hasta las ciudades de Königsberg y Tilsit al Norte y hasta las ciudades de Gleiwitz, Königshutte o Beuthen al Sur, a pocos kilómetros de lo que hoy es Kattowiz. Al respecto puede verse: CONRAD, 1958; DILCHER, 1994 (vol. II), pp. 446 y ss.; DULHEUER, 1858; desde una perspectiva muy original HEUER, 1960; KLEINHEYER, 1995; LANDAU, 1993, pp. 447 y ss.; y, por último, THIEME, 1937, pp. 355 y ss.

germánica por el pensamiento abstracto. Así, dedicó su extenso Título Cuarto –ubicado en la Primera Parte, entre la regulación de las acciones y de los contratos– a la regulación sistemática de la declaración de voluntad. El § 1 de este Título Cuarto definió de manera expresa y general la declaración de voluntad, estableciendo que se trata de «una exteriorización de lo que el declarante pretende que ocurra o que no ocurra», formulación que –aparte de hacernos recordar nuestro 1117 CC– se erige como una de las primeras definiciones abstractas de la declaración de voluntad en un cuerpo legal. Los siguientes párrafos del ALR se ocuparon de sistematizar los requisitos necesarios para afirmar la existencia de una declaración de voluntad. Entre ellos, destaca particularmente el § 22 del Título Cuarto que, con notable sutileza técnica, distinguía entre la mera exteriorización de la voluntad (*Willensäußerung*²⁶), cuando la exteriorización no reúne los requisitos de validez necesarios para existir, y la declaración de voluntad en un sentido estricto (*Willenserklärung*), plenamente válida y eficaz. Por último, de la muy extensa regulación de la declaración de voluntad del ALR se pueden destacar dos previsiones más: el § 52 del Título Cuarto, que exigía seriedad a la declaración de voluntad de la que nazcan derechos y obligaciones, tal como reconoce en sus términos particulares el § 118 del BGB actual. Exigencia de seriedad que es expresión de una comprensión individualista de la persona, cuya voluntad e intereses –seriamente manifestados e introducidos en el tráfico jurídico– son objeto de tutela cuasi irrestricta²⁷. Por último, destacó en el régimen jurídico prusiano el § 61 del Título Cuarto que, respecto del mero no actuar (*stillschweigen*), afirmó que solo será considerado como consentimiento, cuando el omitente hubiera podido actuar y estuviese obligado a ello por la Ley. De la regulación prusiana se deriva, pues, una comprensión abstracta y totalizante de la declaración de voluntad, llamada a ser el núcleo del negocio jurídico²⁸.

2.4 EL CÓDIGO NAPOLEÓNICO DE 1804 EN RENANIA Y EL CÓDIGO NAPOLEÓNICO CON ANEXOS Y LEYES DE COMERCIO COMO DERECHO ESTATAL PARA EL GRAN DUCADO DE BADEN DE 1810

En otra buena parte de Alemania rigieron, bien el Código Napoleónico de 1804 o bien otros Códigos prácticamente idénticos a él.

²⁶ Esta expresión es la empleada también por el art. 1.1 de la Ley Federal de 30 de marzo de 1911, para el suplemento del Código Civil Suizo.

²⁷ FERRARA, 1913, p. 16.

²⁸ Algunos expositores, sin embargo, del Derecho prusiano optaron por estudiar la declaración de voluntad en sede de contratos, lo que podría llevar a cierta confusión respecto de su pretendido carácter general o totalizador. Al respecto se puede ver la obra de TEMME, 1832, pp. 144 y ss.

Estos conjuntos normativos contrastaron notablemente con la regulación típicamente germánica, pues no existe en ellos –a imagen y semejanza de lo que sucede en las fuentes del *ius commune*– tratamiento sistemático de la declaración de voluntad en un sentido general²⁹.

2.4.1 Renania

En la zona oeste del Rin rigió, como fundamento del Derecho privado renano (*Rheinisches Privatsrecht*), el Código Civil francés de 1804³⁰. No ofrece este conjunto normativo ni regulación ni tratamiento sistemático y abstracto de la declaración de voluntad, sino que, como decía Saleilles, los elementos esenciales de que se ocupa la teoría general alemana de la declaración de voluntad se encuentran subsumidas en las teorías francesas relativas a la voluntad y a los vicios de la voluntad –tal como sucede en nuestro Derecho³¹. Así, es necesario acudir a la regulación que el Código francés ofrece de los contratos para aprehender los elementos esenciales de la declaración de voluntad (y particularmente, a los arts. 1101 y ss.). Especialmente relevante al respecto es el artículo 1108, que designa al consentimiento (o *Einwilligung*, en la traducción alemana que regía en Renania³²) como elemento esencial del contrato. De esta manera, más allá de que, para ser válido el consentimiento, lo declarado debe coincidir con la voluntad interna, no es posible derivar una comprensión general y abstracta de la declaración de voluntad³³. Es de notar, sin embargo, que la muy importante reforma del Código francés en materia de obligaciones y contratos de 2016 parece abrirse a estas concepciones de carácter abstracto ajenas a su construcción tradicional del Derecho civil. Así, el nuevo artículo 1100-1 del *Code* ofrece ya una definición de los *actes juridiques* como «manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos». ¿Cabrá esperar, pues, que en un futuro el tradicional sistema casuista del *Code* francés se acerque paulatinamente a la abstracción del BGB alemán –apaciguados ya los prejuicios contra lo alemán?

²⁹ SCHMIDT-SALZER, 1969, p. 281.

³⁰ Sobre la vigencia del Código Napoleónico en Alemania puede verse: BAUER, 1809; BERGMANN, 1810; CRETSCHMAR, 1883; DÖLEMAYER, MOHNHAUPT, y SOMMA (eds.), 2006; FEHRENBACH, 1974; PUTTFARKEN y SCHNIER, 2006, pp. 223 y ss.; KOCKEROLS, 1902; REHBERG, 1814; SCHUBERT, 1976; y WADLE, 2002.

³¹ SALEILLES, 1909, p. VII y, especialmente, p. 19.

³² La traducción a que se hace referencia es la realizada por VON LASSAULX (1781-1818), Catedrático de Derecho en la *Hochschule der Rechte* en Koblenz; fue impresa en 1807, por Pauli und Comp. en Koblenz.

³³ CROME, 1892, p. 254.

2.4.2 Baden

En otra importante parte de Alemania, la *regulación* de la declaración de voluntad vino determinada por el Código francés de 1804 y ciertos anexos que le fueron añadidos. Así, rigió en Baden desde el 1 de enero de 1810 hasta la entrada en vigor del BGB un Derecho particular, conocido como *Badisches Landrecht* y formado por el Código de Napoleón y determinados anexos (*Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Land-Recht für das Großherzogthum Baden*)³⁴. En este conjunto normativo –deudor de la tradición romano-francesa– no es perceptible tratamiento sistemático alguno de la declaración de voluntad. Tampoco en las especialidades mercantiles que contuvo el Derecho badenés y que se adjuntaron como anexos al *Code* de 1804 existe previsión alguna respecto de la declaración de voluntad.

2.5 EL CÓDIGO CIVIL GENERAL AUSTRÍACO DE 1811

En determinadas zonas fronterizas entre el Imperio Austrohúngaro y lo que hoy es Alemania rigió el Código Civil General Austríaco de 1811 (*Allgemeines Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB en adelante)³⁵. Desde una posición más próxima al fuerte casuismo romano-francés del Código de Napoleón que a la predilección por lo abstracto del Derecho prusiano, el ABGB no ofrece regulación sistemática de la declaración de voluntad. De esta manera, en el ABGB, la denominación expresa *Willenserklärung* está reservada prácticamente a las declaraciones de voluntad *mortis causa* (como se desprende de los §§ 582, 599,601,647,701,729, entre otros). Más allá de esto, también son perceptibles algunas normas relativas a las declaraciones de voluntad en un sentido general. Así, el § 863 establece que la voluntad se puede expresar, «no sólo expresamente mediante palabras y signos generalmente aceptados, sino también tácitamente mediante acciones que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, no dejan ningún motivo razonable para dudar de ella»; y, de otra parte, del § 869 se desprende la necesaria libertad, concreción, seriedad y claridad que deben constituir las declaraciones de voluntad. Sin embargo, al margen de algunas previsiones aisladas no

³⁴ Al respecto puede verse: BEHAGEL, 1869; la monumental obra de BRAUER, 1809; FREY, 1848; KOHLER, 1883; MUNCKE, 1845; y, por último, sin referencia concreta a las obligaciones en general, PLATENIUS, 1896.

³⁵ Sobre el ABGB se puede ver: BERGER, 2010; DÖLEMEYER y MOHNHAUPT (eds.) 2012; GEISTLINGER, HARRER, MOSLER y RAINER, 2011; GSCHNITZER, 1996, pp. 5 a 16; y SLAPNICKA, 1973.

es perceptible ningún tratamiento sistemático de la declaración de voluntad; y, por tanto, la influencia del ordenamiento austríaco en la configuración abstracta y general de la declaración de voluntad en el BGB alemán fue reducida.

2.6 EL CÓDIGO CIVIL DEL REINO DE SAJONIA DE 1863

De otro lado, la regulación de la declaración de voluntad estuvo determinada, para el Reino de Sajonia, por el Código Civil del año 1863 [*Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* (SBGB, en adelante)].³⁶ Este Código, próximo a la idea prusiana de la declaración de voluntad, dedicó sus §§ 88 y ss. ubicados en la Tercera Sección («Negocios jurídicos») del Título Cuarto («De las acciones») del Libro I («Disposiciones Generales») a la regulación de los negocios jurídicos. Es en este marco en el que se regula la declaración de voluntad, como elemento esencial del negocio jurídico. Así, el § 91 del SBGB establecía que «la declaración de voluntad debe ser seria; de lo contrario, el negocio jurídico es nulo», siguiendo el ya visto precedente prusiano. De otra parte, el § 98 regulaba expresamente la declaración de voluntad tácita –a diferencia de lo que sucede en el BGB actual–, señalando que «la declaración de voluntad es expresa cuando se realiza por palabras o signos comprensibles o tácita, cuando se realiza por expresiones o acciones que permiten inferir la existencia de una declaración de voluntad». Y, por último, destaca el § 89 que sancionaba con la nulidad los negocios jurídicos celebrados por las personas que no gozan de la suficiente capacidad de obrar y que, por tanto, no pueden emitir declaraciones de voluntad negociales válidas, sirviendo de precedente al actual § 105 BGB. Se ubica pues, el Código sajón en la tradición puramente germánica, en la que prevaleció la formulación abstracta de conceptos generales, antes que el casuismo romano-francés.

2.7 RECAPITULACIÓN

De todo lo anterior cabe colegir que en territorio alemán convivieron dos maneras de entender la declaración de voluntad: una primera corriente, partidaria de una comprensión general y abstracta de la declaración de voluntad, que se proyecta en el Derecho

³⁶ Para el Derecho sajón antes de la entrada en vigor del SBGB se puede ver: HELD, 1852; POLAND, 1853. Para lo posterior a 1863 se puede ver: FRANCKE, 1892; GRÜTZMANN, 1887; SCHMIDT, 1869; o SINTENIS, 1864; y finalmente, de 1900 en adelante se puede ver: AHCIN, 1996; y BUSCHMANN, 1980, pp. 553 y ss.

sajón y el prusiano; y otra segunda posición, romano-francesa, que no ofrece una regulación general de la declaración de voluntad, sino que la presupone en las diferentes instituciones del Derecho civil (como sucedió en Baden o Renania, por ejemplo). Como se verá de seguido, el BGB alemán asume –más claramente en los últimos proyectos y en el texto definitivo– la tradición prusiano-sajona y dedica una extensa regulación a la declaración de voluntad en un sentido abstracto y general. El BGB abandona, pues, los precedentes romanos que sustentaban el *ius commune* y asume como propia la visión del Derecho prusiana, para la cual «el Derecho romano no es (...) patrio, no fue concebido ni desarrollado en nuestra tierra; contradice de manera esencial nuestra manera de pensar y, por tanto, no puede satisfacer (...)»³⁷.

3. LOS PROYECTOS DEL BGB

Fruto de esta variada tradición existente en el territorio alemán, el tratamiento que los distintos Proyectos del BGB otorgaron a la declaración de voluntad no fue unitario. La regulación inicialmente prevista en los de 1888 y 1895 difirió notablemente de la que al final asumiría el BGB. El Proyecto de 1888 reguló muy escuetamente la cuestión, dedicando tan solo 4 párrafos (§§ 72 a 76) y contrastando con la prolija formulación vigente en el Derecho prusiano. El § 72 del Proyecto establecía, lacónicamente, que la declaración de voluntad puede emitirse tácita o expresamente.³⁸ Por su parte, el § 73 determinaba que con la interpretación de una declaración de voluntad se debe averiguar la voluntad real (*wirklicher Wille*) y que no debe estarse exclusivamente al sentido literal de la expresión, lo que sirve de anclaje para afirmar la prevalencia de lo querido frente a lo declarado (en un sentido similar a nuestros arts. 675. I CC, 773. I y 1281. II CC). Por otro lado, el § 74 regulaba detalladamente las condiciones de eficacia de las declaraciones de voluntad recepticias; y los §§ 75 y 76 establecían normas procesales relativas a la emisión de la declaración de voluntad. En el segundo Proyecto (1895) se percibe ya un notable aumento en el número de preceptos dedicados a la regulación de la declaración de voluntad (§§ 90 a 109 –intitulados ahora «Voluntad y declaración de voluntad» [*Wille. Willenserklärung*]), cuyo espíritu pervive, en términos generales, en la regulación final.

³⁷ GRIMM, 1899, p. XVII.

³⁸ Sobre la declaración de voluntad tácita en el Derecho alemán anterior al BGB se puede ver la obra de KORI, 1817.

4. DECLARACIÓN Y VOLUNTAD EN EL BGB

La tradición que acabamos de reseñar desemboca en la regulación de la declaración de voluntad actualmente vigente, contenida en los §§ 116 a 144 BGB. Tales preceptos se ubican en el Título Segundo («Declaraciones de voluntad») de la Sección Tercera («Negocios jurídicos») del Libro I («Parte general») del BGB. De este conjunto normativo se desprende que la declaración de voluntad es una institución puramente autónoma y distinguible del negocio jurídico, a pesar de que en algunos preceptos del BGB pueda existir cierta confusión –como por ejemplo en los §§ 142 y 144 BGB que se refieren a los efectos de la anulación de los *negocios jurídicos* y no de las declaraciones de voluntad que los conforman.³⁹ De esta regulación, tan dogmática como pragmática, es posible derivar los elementos esenciales de la declaración de voluntad, tal como es entendida por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria en Alemania. Antes de analizar en detalle los elementos esenciales de la declaración de voluntad debemos presentar el concepto que actualmente se maneja de ella; y determinar en caso de divergencia qué prepondera, si lo objetivo (la declaración) o lo subjetivo (voluntad).

5. NOCIÓN ACTUAL DE DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

A pesar de la indiscutible relevancia de la declaración de voluntad como «núcleo del negocio jurídico»⁴⁰, como «elemento central y más característico»⁴¹ o simplemente esencial⁴², el BGB no ofrece una definición de ella (a diferencia de su precedente prusiano). Existe, sin embargo, unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia en

³⁹ ARNOLD, «Vorbemerkung vor § 116» en WESTERMANN, GRUNEWALD y MAIER-REIMER, 2020. En algunos momentos se advierte la identificación total del negocio jurídico y la declaración de voluntad en la obra de WINDSCHEID 1887, p. 186: «el negocio jurídico es declaración de voluntad». También advertía de tales riesgos CASTÁN TOBEÑAS, 1943, p. 295, cuando dice que algunas definiciones de negocio jurídico «tienen el inconveniente de identificar el negocio jurídico con la declaración de voluntad, prescindiendo, por consiguiente, de aquellos otros elementos, distintos de la declaración de voluntad misma, que pueden también formar parte del negocio». Igualmente advierte de la confusión y del «tiránico dominio» del estudio de la declaración de voluntad en la teoría del negocio jurídico DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 57, cuando afirma que no es justificable la desmesurada importancia que se le otorga a la declaración de voluntad, «hasta confundir la declaración de voluntad y negocio jurídico, dejando de lado el significado social del negocio y, así, olvidando el de su causa».

⁴⁰ BOECKEN 2019, p. 78. En nuestro Derecho, también lo admitía así CASTÁN TOBEÑAS, 1943, p. 298; de «núcleo central del negocio jurídico» hablan también DíEZ-PICAZO y GULLÓN, 2017, p. 403; igualmente ESPÍN CÁNOVAS, 1977, p. 436.

⁴¹ DORAL y DEL ARCO, 1982, p. 91.

⁴² VON TUHR, 1923, p. 35. Igualmente, MATTHIAS, 1910, p. 94.

entender que una declaración de voluntad es una exteriorización de la voluntad –un hecho jurídico voluntario⁴³ o acto jurídico⁴⁴–, dirigida a la producción de un concreto efecto jurídico que nace en la medida en que es querido por el declarante y es reconocido por el Derecho⁴⁵. Se trata, pues, de un comportamiento humano o acción (*menschliches Verhalten* o simplemente *Handlung*) que es expresión y comunicación de una intención y deseo firme de celebrar un negocio jurídico.⁴⁶ Así, los elementos esenciales de la declaración de voluntad se derivan sin mayor dificultad de su propio *nomen iuris*: declaración (*Erklärung*) y voluntad (*Wille*), que cobran expresión normativa en el BGB en el término conjunto *Willenserklärung*.⁴⁷ La polémica, sin embargo, iniciada en el siglo XIX y que perdura hasta hoy con diversos matices, estriba en determinar cuál de estos dos elementos debe prevalecer ante un conflicto o discordancia. A primera vista puede pensarse que esta discusión es, como se suele decir, «puramente técnica». Sin embargo, en cada una de las posiciones que se defienden subyace una concepción particular de la persona y de la sociedad. Como se verá con detalle de seguido, en la concepción voluntarista domina una concepción individualista y preponderantemente protectora del interés del declarante (acreedora del liberalismo-burgués en que se incardinaron sus principales formuladores). La concepción objetiva o declaracionista, por el contrario, hunde sus raíces en una distinta ponderación de intereses: la protección del interés individual ya no es irrestricta, sino que debe tutelarse la confianza legítima, la apariencia y, en definitiva, la seguridad jurídica.

5.1 DOGMA DE LA VOLUNTAD

Desde la más autorizada romanística alemana se puso de relieve que lo esencial en la declaración de voluntad no es otra cosa que la voluntad, de suerte que la manera en que esta se exterioriza o expresa es solo una pura necesidad de conocimiento. La declaración no es, desde esta postura, un requisito que ontológicamente se pueda predicar de la declaración de voluntad *en sí*.⁴⁸ Uno de los primeros abanderados de esta tesis fue Savigny, para quien «(1) a

⁴³ DE PABLO CONTRERAS, «El derecho subjetivo: su ejercicio y límites» en DE PABLO CONTRERAS, 2018, p. 215.

⁴⁴ BLASCO GASCÓ, 2018, p. 33.

⁴⁵ Por todos: BOEMKE y ÚLRICI, 2009, p. 49. Ya desde antiguo se venían asumiendo posturas similares. Al respecto se puede ver: DERNBURG, 1906, p. 441; y VON BUCHKA, 1898, p. 23.

⁴⁶ BELOW, 1960, p. 93.

⁴⁷ VON TUHR, 1923, p. 36.

⁴⁸ Esta tesis encuentra su anclaje ya en algunos pasajes que constituían el Derecho común, como ya hacía notar PHILLER, 1899, p. 35.

voluntad debe ser concebida en sí misma como lo único importante y eficaz y tan solo porque se trata de un acontecimiento interno, invisible (*inneres, unsichtbares Ereignis*) necesitamos un signo a través del cual se pueda conocer. Y este signo, por medio del cual conocemos la voluntad, no es más que la declaración. De ello solo se sigue que la coincidencia entre la voluntad y la declaración no es algo accidental, sino su relación natural», pero no necesariamente esencial.⁴⁹ También fue claro Windscheid cuando –más conciliadoramente– sostuvo que «la declaración sin voluntad tiene tan escasa relevancia jurídica como la voluntad sin declaración»⁵⁰. Otros ilustres defensores de esta tesis, con mayores o menores matices, fueron Enneccerus⁵¹, Henle⁵² o Roever⁵³; cuyas posiciones terminaron siendo asumidas por el Proyecto de 1888, donde se podía leer que: «(e)l ordenamiento jurídico reconoce al individuo la posibilidad de configurar libremente sus relaciones jurídicas, dentro de ciertos impuestos por circunstancias externas. De este modo, la voluntad dirigida a producir un efecto jurídico se toma en consideración; y justamente, el efecto jurídico pretendido se produce, porque es querido»⁵⁴. Así, el primer Proyecto, de marcado carácter liberal y llevado a su extremo, parecía conceder a la libre decisión del individuo una primacía absoluta, de manera que, sin coincidencia entre lo declarado y lo querido, no puede haber responsabilidad.

5.2 TEORÍA DE LA DECLARACIÓN

Frente a esta posición subjetiva, se alzaron otras tesis objetivistas que, poniendo el foco de atención en la declaración, relegaron la voluntad a un segundo plano, lo que no deja de ser proyección jurídica de una comprensión de lo político en la que lo relevante ya no era tanto el individuo, sino la colectividad. Así, lo decisivo sería lo declarado y, en segundo término, cómo lo declarado es percibido por terceros según las exigencias de la buena fe y del tráfico jurídico⁵⁵. El cimiento sobre el que se edifica esta comprensión de la declaración de voluntad no es, pues, la protección del interés del declarante sino la protección de la seguridad jurídica, hasta tal

⁴⁹ VON SAVIGNY, 1840, p. 258.

⁵⁰ WINDSCHEID, 1880, p. 73.

⁵¹ ENNECERUS, 1888, pp. 67 y ss.

⁵² HENLE, 1910, p. VII.

⁵³ ROEVER, 1874, pp. 9 y ss.

⁵⁴ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 1888, p. 190.

⁵⁵ BOECKEN, 2019, p. 79, nota 70.

punto que se ha venido reconociendo de manera expresa que las consideraciones sobre la protección de la confianza legítima son parte integrante de la teoría del negocio jurídico⁵⁶ –como no podía ser de otra manera en un Estado democrático de Derecho, pero también social (art. 20.I de la Constitución alemana [GG en adelante]). De esta manera, las consecuencias jurídicas que se anudan a la declaración de voluntad tendrían su origen única y exclusivamente en la «imagen externa» de la declaración, careciendo de relevancia, en cierta medida, cuál sea la voluntad interna que se pretendiera exteriorizar⁵⁷. Particularmente severo fue Bekker, cuando sostuvo que «el mundo al que la Ley debe mirar no se constituye por una multitud de niños consentidos que colocan el cultivo del placer individual por encima de todo lo demás; quien exige ser considerado en el mundo debe saber que su voluntad individual tan solo puede tener efecto en tanto es compatible con el interés general; y debe, al mismo tiempo, estar preparado para pechar con las consecuencias legales que, nacidas de sus acciones, se exigen de acuerdo con el interés general»⁵⁸. Más allá de otros muy ilustres representantes de esta posición (Bähr⁵⁹, Dernburg⁶⁰, Regelsberger⁶¹, Schloßman⁶² o Von Ihering⁶³), lo cierto es que esta tesis cobró cierta expresión legislativa en el Proyecto de 1895; y, así, en la fundamentación que acompañó a este Proyecto (fundamentación conocida como *Protokolle*), se podía reconocer una posición que, conciliando ambas posturas, sirvió de base para la tesis actualmente dominante: «ni el dogma de la voluntad ni el principio de la protección de la confianza (teoría de la declaración) podían ser asumidos sin modificaciones considerables; de este modo, es necesario considerar los casos concretos, sin asumir de manera explícita una posición u otra»⁶⁴. Y ya lo decía Ferrara: la tesis declaracio-

⁵⁶ ELLENBERGER, «Einführung vor § 116», en PALANDT, 2016, p. 92.

⁵⁷ BOEMKE y ULRICI, 2009, pp. 49 y 50.

⁵⁸ BEKKER, 1889, p. 59. De esta manera, continúa BEKKER, «la voluntad es intangible; la declaración es tangible. Dado que el hombre carece de medios para conocer lo interno (como proceso puramente interior) en el resto de los hombres, solo pueden tenerse en cuenta en el tráfico jurídico y ante los tribunales, aquellas voluntades plasmadas en declaraciones (como signo externo de la voluntad interna, perceptible por todos); no se le puede atribuir otro sentido a la voluntad que aquel que se desprende de la declaración» (p. 60).

⁵⁹ BÄHR, 1875, pp. 393 y ss. No se trata tanto, de que BÄHR haya propuesto el abandono de la teoría de la voluntad, como que haya ofrecido una solución consistente en la ficción jurídica de que existe una declaración de voluntad, a efectos de resolver algunos problemas de error, como advierte EISENHARDT, 1986, p. 878.

⁶⁰ DERNBURG, 1900, p. 221.

⁶¹ REGELSBERGER, 1868, pp. 17 y ss.

⁶² SCHLOSSMAN, 1876, pp. 85 y ss.

⁶³ VON IHERING, 1861, pp. 1 y ss.

⁶⁴ *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1895, p., 94.

nista, llevada a sus últimas consecuencias, deriva en un *strictum ius* de «tal rigorismo y formalismo jurídico que impide el comercio y su libre circulación, por lo que históricamente se manifiesta también como una regresión»⁶⁵.

5.3 ¿QUÉ POSICIÓN ASUME EL BGB?

Entre nosotros ha dicho Lasarte que «la respuesta [a esta cuestión] no puede ser unitaria, entre otras razones, porque el CC no es que no contenga una regulación general de la materia (...), sino que ni siquiera ofrece normas particulares que permitan abordar los diferentes supuestos propuestos doctrinalmente»⁶⁶. Lo mismo vale para el BGB que, a pesar de regular expresamente la declaración de voluntad, tampoco asume claramente ninguna postura. Tenía razón Manigk, cuando sostenía que cada una de estas anteriores posiciones —y de sus estrictas derivaciones— padecen de una cierta «unilateralidad doctrinal»⁶⁷: para él, el BGB no asume de manera expresa ninguna de estas posiciones, sino que pretende establecer una base respecto de la cual puedan conciliarse —«desde una perspectiva empírica y desde una ponderación justa»⁶⁸— los intereses en liza. No faltan, sin embargo, quienes afirman la predilección del BGB por lo objetivo⁶⁹; tampoco faltan quienes sostienen que el BGB es un claro seguidor del dogma de la voluntad, a la que concede la máxima importancia⁷⁰. Lo cierto es que hoy, apaciguadas las aguas, la doctrina dominante parte de que el BGB asume la llamada *Geltungstheorie* o teoría de la vigencia⁷¹. Desde esta postura intermedia —que, para nosotros, hunde sus raíces en Zitelmann⁷², a pesar de que se lo adscribe habitualmente a las segundas corrientes subjetivas— se ha venido sosteniendo que la declaración de voluntad es un acto dirigido a la materialización de un negocio jurídico y, como tal, está dominado por una intención o voluntad. De este modo, la declaración es más que la mera exteriorización de la voluntad interna;

⁶⁵ FERRARA, 1913, pp. 16 y 17.

⁶⁶ LASARTE, 2021, p. 392. También SCIALOJA, 1942, p. 38.

⁶⁷ MANIGK, 1939, p. 95.

⁶⁸ MANIGK, 1939, pp. 95 y 96.

⁶⁹ GUDIAN, 1969, p. 233.

⁷⁰ KLOCKE, 2014, p. 16. Ver también HEPTING, 1988, pp. 209 y ss.

⁷¹ ARNOLD, «Vorbemerkung vor § 116» en WESTERMANN, GRUNEWALD y MAIER-REIMER, 2020. De una «transacción» entre ambas posturas habla claramente BYDLINSKI, 1975, p. 6.

⁷² «El medio [la declaración] no es meramente una de las causas para la obtención del fin, sino que es, al mismo tiempo, la representación objetiva de este fin, y cuando se escoge correctamente, el medio tiene exactamente el mismo contenido que lo subjetivo mediato tiene». (ZITELMANN, 1879, p. 241). En una obra del mismo autor, pero poco anterior (1878), que lleva por título *Die juristische Willenserklärung*, se puede advertir una cierta predilección por la teoría de la voluntad, lo que advierte EISENHARDT, 1986, p. 878.

es parte esencial e indisoluble del todo «declaración de voluntad»⁷³. Y, como ya ha dicho entre nosotros Díez-Picazo, esta posición es exacta cuando sostiene que las partes no solo declaran su voluntad, sino que instauran y ponen en vigor (*In-Gang-setzen*) lo declarado⁷⁴. En cualquier caso, el predominio de lo manifestado parece hoy claro en aras a la protección de la apariencia y de la seguridad jurídica, hasta tal punto que, como se ha señalado anteriormente, la protección de la confianza legítima forma parte inescindible de la teoría del negocio jurídico. No es posible, pues, configurar una comprensión del negocio jurídico que, desde una postura puramente abstracta, desconozca su virtualidad práctica: la conciliación y satisfacción de los intereses de quienes actúan en el tráfico –y de quienes, sin actuar, se ven afectados por ello. Y, por tanto, para poder deducir efectos perjudiciales por una declaración de voluntad *no querida* en sentido amplio es necesario que concorra una serie de elementos, entre los que se cuenta la autorresponsabilidad, la confianza legítima y la protección de la buena fe (al respecto, *cfr.* 6.2.1). Esta es la postura que, entre nosotros, sigue la Ley 19 de la CNav, cuando determina la nulidad de aquellas declaraciones de voluntad «emitidas por personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer», pues, aunque externamente puedan producir una cierta apariencia, es evidente que no pueden producir efectos. También lo entiende así nuestro Tribunal Supremo, en STS núm. 350/2001 (REC: 335/1996, ponente Antonio Romero Lorenzo), de 10 de abril de 2001 cuando afirma que el error obstativo –entendido como aquel con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma– determina la inexistencia del negocio por faltar uno de sus elementos esenciales⁷⁵. Como se verá más adelante, todo ello no está exento de

⁷³ BOEMKE y ULRICI, 2009, p. 50.

⁷⁴ Díez-PICAZO, 1993, p. 155.

⁷⁵ Igualmente, la STS núm. 1134/1999 (REC: 926/1995, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz), de 22 de diciembre de 1999, cuando afirma la inexistencia del contrato de compraventa celebrado concurriendo error obstativo; y también la STS núm. 983/1951 (ponente Felipe Gil Casares), de 27 de octubre de 1951: «que si bien en el caso de discordancia consciente entre la voluntad de los contratantes y sus declaraciones no existen en nuestro Código normas que determinen si habrá de darse prioridad a la voluntad real o a la declarada, puede admitirse como regla general, y así lo estableció la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1935, que, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema, debe estimarse preferente la voluntad real, por inferirse así no solo de las tradiciones constantes de nuestro Derecho canónico, sino, además, del texto de los artículos 1.265 y 673 del citado Código, relativas a la nulidad de los contratos y de los testamentos, y aun de lo dispuesto en los artículos 1.281 y 675, a propósito de la interpretación de esos actos jurídicos, siquiera haya de ser atenuado el rigor de dicho principio con una serie de necesarias restricciones que implican desviaciones parciales hacia la teoría llamada de la declaración (...)». También en la jurisprudencia menor es clara la prevalencia de lo querido sobre lo declarado, pues el error obstativo «hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales, de modo que el error obstativo se da cuando nunca se quiso lo que se declaró» [S. de la Audiencia Provincial (AP, en adelante) de Valencia (sección 11.ª) núm. 169/2016 (REC: 596/2016, ponente José Alfonso Aro-

discusión ni en Alemania ni en España y, por tanto, hay que decir con prudencia: la divergencia entre la voluntad y la declaración supone, *generalmente*, la inexistencia de la declaración. Existen, sin embargo, algunos supuestos en los que se admite la existencia de una declaración con base en el principio de responsabilidad, como se verá más adelante.

Para concluir, no puede olvidarse que una preferencia en favor de lo declarado puede verse en el § 153 BGB que, ya en sede de contratos, dice: «a la perfección del contrato no obsta que el oferente muera o devenga incapaz antes de la aceptación de la oferta, salvo que fuera otra la voluntad del oferente»⁷⁶. En nuestro Derecho, ha sido tradicional la postura contraria, que ha venido sosteniendo que la muerte o incapacidad sobrevenida⁷⁷ supone la caducidad de la declaración de voluntad contractual u oferta⁷⁸. Se abre paso entre nosotros, sin embargo, una tendencia de distinto signo, proyectada en el artículo 1256 de la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos» elaborada por la Comisión General de Codificación» (2009), que establece lo siguiente: «Ni la oferta ni la aceptación pierden su eficacia por la muerte o por la incapacidad sobrevenida de una de las partes ni tampoco por la extinción de las facultades representativas de quien las hizo. Se exceptúan los casos en que resulte lo contrario de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias»⁷⁹. Así pues, la influencia directa del BGB –y de los códigos en cierta medida deudores de él (ver nota 13)– llega hasta la Propuesta de 2009, base ineludible de la modernización del Derecho de la contratación en nuestro país.

las Romero), de 18 de mayo de 2016]; e igualmente, entre otras muchas, la SAP Barcelona (sección 17.ª) núm. 273/2020 (REC: 866/2019, ponente María Cristina Hermosilla Liu), de 3 de noviembre. Una revisión del tratamiento del error en los contratos puede verse en FENOY PICÓN, 2017, pp. 473 y ss. Allí opta la autora por un tratamiento uniforme del error-vicio y del error en la declaración en el que se de cabida a los riesgos asumidos y, en definitiva, a la responsabilidad del declarante –en lo que a nosotros nos interesa (pp. 773 y 774). Esta postura también era ya defendida por ALBALADEJO, 1958, p. 130, cuando decía que: «en cualesquiera otros [casos] en los que se hable simplemente de error, la regulación dictada debe, en principio, aplicarse al obstativo (...)», pues «aunque especulativamente el error obstativo y el vicio aparezcan como dos figuras perfectamente distintas, sin embargo, desde el punto de vista de las consecuencias que tengan respecto de la declaración, deben recibir el mismo trato, ya que, en definitiva, uno y otro desembocan en algo que *prácticamente* es lo mismo; que por *error* se declaró algo que no se quiso (obstativo) o se declaró algo que sin el error no se habría querido (vicio)» (p. 129).

⁷⁶ Al respecto: JANKO, 2000.

⁷⁷ Incapacidad sobrevenida en términos puramente biológicos y no como la necesidad de proveer medidas de apoyo en el sentido de la reciente 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.

⁷⁸ RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2012, pp. 9 y ss., para el moderno Derecho de la contratación.

⁷⁹ Al respecto y sin ánimo de exhaustividad se puede ver RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2012, p. 4, nota 2 y la doctrina que allí se cita.

6. SISTEMÁTICA DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

Más allá de la anterior polémica, lo que sí se puede afirmar es que tanto la jurisprudencia como la doctrina son unánimes al afirmar que la declaración de voluntad se constituye *unitariamente* por dos elementos diferenciados: declaración y voluntad⁸⁰. Ambas constituyen, respectivamente, el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la declaración de voluntad.

6.1 TIPO OBJETIVO: LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

Dos cuestiones deben tratarse en esta sede: la estructura y esencia del elemento objetivo de la declaración de voluntad (la acción o comportamiento humano); y las declaraciones expresas y tácitas. Lo primero por ser el género de todas las declaraciones y lo segundo por ser las dos especies más comunes de las mismas.

6.1.1 La voluntad de actuar

El elemento externo o tipo objetivo de la declaración de voluntad se satisface con la «exteriorización del elemento intencional»⁸¹, se ha dicho entre nosotros. Tal exteriorización exige un comportamiento humano que permita inferir –en circunstancias normales y de acuerdo con la buena fe– que se trata de una declaración de voluntad, dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico⁸². La voluntad formada internamente exige, pues, un acto que la haga presente en el tráfico jurídico, de manera que, como ya decía Von Tuhr, pueda ser *reconocida* como tal por quienes intervienen en el tráfico jurídico⁸³. Para la doctrina mayoritaria, anclada en un cierto causalismo naturalista, el elemento objetivo de la declaración de voluntad está integrado por este único elemento externo, consistente en la *declaración en sí*⁸⁴. Así, al analizar el elemento objetivo de la declaración de voluntad como acción o comportamiento humano, se prescinde generalmente del tratamiento de la voluntad de actuar (*Handlungswille*), cuyo estudio se ubica en la sede de lo subjetivo. Sin embargo, una comprensión más coherente de la estructura de la declaración de voluntad *como acción humana*

⁸⁰ BROX y WALKER, 2008, p. 42.

⁸¹ STS núm. 1939/1975 (ponente MANUEL PRIETO DELGADO), de 5 de marzo de 1975.

⁸² BOECKEN, 2019, pp. 79 y 80.

⁸³ VON TUHR, 1923, p. 36.

⁸⁴ Por ejemplo, BORK, 2001, p. 214; GIESEN, 1995, p. 18; o WERTENBRUCH, 2010, p. 22.

exige una sistemática distinta: el más lógico emplazamiento de la voluntad de actuar como elemento constitutivo de la declaración de voluntad no puede ser otro que el tipo objetivo –y así se expresa en la sistemática que propone este estudio.

Decía Zitelmann que «sería de gran satisfacción si las siguientes líneas contribuyeran al convencimiento, de que es provechoso para el Derecho civil y para el Derecho penal, tratar conjuntamente problemas que hasta ahora se han tratado individualmente»⁸⁵. Partiendo de esta consideración metodológica, y siguiendo la ya clásica comprensión finalista de la acción humana, que ha gozado de gran predicamento en el estudio de la parte general del Derecho penal, es posible entender que la voluntad de actuar es, ontológicamente, un elemento esencial de la acción humana: la finalidad con que se actúa es elemento indisociable de la acción misma⁸⁶. Ello explica, en la teoría del delito, que el dolo (elemento subjetivo del delito) sea considerado un elemento más de la tipicidad del delito y no un elemento de la culpabilidad, como antiguamente se venía entendiendo. Cuestión distinta es que, por razones de política criminal, deban castigarse también acciones imprudentes –lo que solo ocurre cuando expresamente lo disponga la Ley (art. 12 del Código Penal, CP en adelante)⁸⁷. Estas consideraciones son aplicables, *mutatis mutandis*, a la declaración de voluntad civil, pues, suprimida la voluntad de actuar no es posible afirmar la existencia de ningún comportamiento humano en sentido jurídico, y, por tanto, tampoco de una declaración de voluntad. Sucede ello en los supuestos de movimientos reflejos, hipnosis, sonambulismo, o *vis absoluta*, en la medida en que la «acción humana» no está dirigida por una voluntad consciente⁸⁸. De este modo, simple y llanamente, no son acciones «los hechos que el hombre no conduce finalmente, aquellos cuya realización no obedece al control final de su voluntad y que, por tanto, no podría su autor decidir dejar de realizar (...)»⁸⁹. Poco coherente es, pues, enjuiciar si existe voluntad de actuar en el tipo subjetivo de la declaración, cuando lo cierto es que ni siquiera existe una *acción* en

⁸⁵ ZITELMANN, 1879, p. VIII.

⁸⁶ Un cierto finalismo se trasluce en las palabras de BETTI, 2018, p. 123, cuando dice: «(...) la declaración está, por su naturaleza, *conscientemente destinada* a ser conocida por otros y a hacerles notorio un determinado contenido». La cursiva es nuestra.

⁸⁷ Exactamente lo mismo sucede, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que al silencio o a la «no-declaración» se le atribuyen efectos jurídicos: que es necesario un fundamento normativo añadido (ver epígrafe VII).

⁸⁸ BOEMKE y ULRICI, 2009, p. 50. También: ARNOLD, «Vorbemerkung vor § 116» en WESTERMANN, GRUNEWALD y MAIER-REIMER, 2020.

⁸⁹ MIR PUIG, 2016, p. 196.

un sentido jurídico⁹⁰. Por ello, «la acción no exige solo ser causada por una voluntad, cualquiera que sea, sino además ser conducida finalmente por el contenido de finalidad de la voluntad»⁹¹, pues «la específica función de la acción consiste en ofrecer el *soporte mínimo* del edificio del delito»⁹², en nuestro caso, de la declaración de voluntad. Cuestión distinta es, como se ha dicho anteriormente, que por razones de política legislativa deba atribuirse responsabilidad por «lo que aparece como declarado», a pesar de no haber sido querido.

Esta concepción finalista de la acción que integra la declaración de voluntad encuentra anclaje legal en diversos preceptos del BGB. En primer lugar, en el § 105.II BGB, que establece lo siguiente: «nula es también una declaración de voluntad que es emitida en un estado de inconsciencia o de alteración transitoria de la actividad mental». En estos supuestos, la inexistencia radical de la declaración de voluntad deriva justamente en que no existe tal declaración en un sentido jurídico, pues no existe (porque no puede haber) voluntad de actuar. En segundo lugar, y *a sensu contrario*, la frase primera del § 116 BGB no sanciona con la nulidad la declaración de voluntad que ha sido emitida con reserva mental sin conocimiento del destinatario. En este supuesto, el declarante *sabe* que declara y actúa con la *finalidad* de declarar y, por tanto, a pesar de que no quería lo declarado, lo hace y, como consecuencia de ello, el Derecho no puede desconocer la existencia y eficacia de tal declaración. Como dice De Castro, «a lo dicho y a lo hecho, pecho»⁹³. En definitiva, la declaración de voluntad presupone, como *acción*, un hacer o no hacer dominado por la voluntad⁹⁴. Sin tal voluntad no es que falte el elemento subjetivo de la declaración de voluntad, es que no existe comportamiento humano al que pueda atribuírsele tal relevancia jurídica⁹⁵. A la misma conclusión debemos llegar en nuestro Derecho común, cuando el *consentimiento* se obtiene, por ejemplo, con fuerza irresistible (art. 1267. I CC) lo que determina, *ex* artículos 1265 y 1261.1.º la inexistencia del negocio jurídico. Lo mismo es predicable del Derecho civil autonómico, a la vista de la Ley 19 de la CNav.

⁹⁰ GROPP, 1997, p. 120.

⁹¹ MIR PUIG, 2016, p. 192.

⁹² MIR PUIG, 2016, p. 199.

⁹³ DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 62.

⁹⁴ LARENZ, 1980, p. 300.

⁹⁵ A la misma conclusión se puede llegar con las normas del Derecho canónico a la vista. El canon 125 § 1 sanciona con la nulidad el «acto que una persona ejecuta por una violencia exterior a la que de ningún modo ha podido resistir»; y tan solo con la anulabilidad, los actos realizados «por miedo grave injustamente infundido o por dolo» (§ 2).

6.1.2 Declaraciones de voluntad expresas y tácitas

La segunda cuestión que se plantea en el seno del tipo objetivo es el alcance de las declaraciones de voluntad expresas y tácitas – las declaraciones presuntas se tratarán en relación con el valor jurídico que se otorga al silencio (*cf.* 7)⁹⁶. A diferencia de lo que preveía el primer Proyecto de BGB de 1888 en su § 72, el BGB actual no reconoce expresamente que las declaraciones de voluntad puedan emitirse de manera expresa o tácita, tal como se ha señalado anteriormente. En el Proyecto de 1894 desaparece esta regla, que fue tenida por irrelevante. Y, así, la forma de la declaración de voluntad, salvo que venga expresamente determinada por pacto o por la Ley, es libre⁹⁷. Sin embargo, unánimemente se admite que las declaraciones de voluntad se pueden emitir de manera tácita o concluyente (*konkludentes Verhalten*), lo que permite extender el ámbito del tipo objetivo no solo a las declaraciones de voluntad que entran en el tráfico jurídico en su forma clásica, sino también a través de modos no formales –o no formalmente expresados. La admisión de las declaraciones de voluntad tácitas es simplemente constatación de que lo relevante, en términos generales, es lo querido y declarado (en sentido amplio) y no tanto, el *modo* en que ello sucede⁹⁸.

⁹⁶ Sí lo reconoce de manera expresa la jurisprudencia del BGH. Ver, por ejemplo: S. del BGH de 2 de noviembre de 1995 (BGH, NJW 1996, 919 y ss.); S. del BGH de 12 de octubre de 1991 (BGH NJW 2000, 276 y ss.); la S. del BGH de 10 de mayo de 2001 (NJW 2001, 2324 y ss.); o la S. del BGH de 26 de enero de 2005 (VIII ZR 66-04).

⁹⁷ BOEMKE y ULRICI, 2009, p. 54. Algunas particularidades sobre la forma se pueden ver en las S. del BGH de 30 de julio de 1997 (BGH NJW 1997, 3169 y ss.) o en la S. del BGH de 10 de julio de 2013 (BGHZ 198, 32).

⁹⁸ En algunas resoluciones se observa, sin embargo, tendencia a considerar que en las declaraciones de voluntad tácitas no existe como tal declaración. En esta línea se puede ver la STS núm. 566/1987 (ponente JUAN LATOUR BROTONS), de 28 de septiembre: «la figura de la declaración tácita de voluntad, como forma mediata de manifestación de la misma, que ha querido catalogarse entre los principios generales del derecho con generosa liberalidad (...) ha cobrado carta de naturaleza por razones de índole práctica obedeciendo a la interpretación usual de una conducta determinada que, si por sí misma no es esencialmente indicativa de una declaración de voluntad, se infiere, sin embargo, que tal conducta debió ser una forma expresiva de voluntad, a modo del conocido «inditio voluntatis» y que encuentra su más genuina expresión en las «facta concludentia» y a las que el derecho sólo reconoce una alternativa de índole subsidiaria cuando de primar la forma tácita se trata». También la STS núm. 317/1986 (ponente JAIME CASTRO GARCÍA), de 26 de mayo, cuando dice que: «Es evidente que la reglamentación negocial de interés puede exteriorizarse a través del comportamiento, existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva, se trata de los llamados hechos concluyentes (facta concludentia) y como tales inequívocos que sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir lo da a conocer sin asomos de duda, de suerte que «el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia». También: STS núm. 2784/1963 (ponente TOMÁS DE OGÁYAR Y AYLLÓN), de 14 de junio.

6.2 TIPO SUBJETIVO: OTRAS VOLUNTADES

La declaración o elemento externo debe estar fundamentado, como se ha dicho, en una voluntad interna⁹⁹. Muy vivamente se discuten las partes constitutivas del elemento subjetivo de la declaración de voluntad, aunque hoy predomina el entendimiento de que la voluntad se constituye por dos elementos: la voluntad de vincularse jurídicamente (*Rechtsbindungswille* o *Erklärungsbewusstsein*) y la voluntad negocial (*Geschäftswille*)¹⁰⁰. Las discusiones respecto de tales elementos no son meros fuegos artificiales jurídicos, sino que el carácter que se les atribuya produce consecuencias jurídicas de alta relevancia práctica.¹⁰¹ Más allá de esto, habiendo asumido que el elemento objetivo de la declaración de voluntad se constituye por la acción y por la voluntad de actuar, en las siguientes líneas nos ocupamos tan solo de la voluntad de vincularse jurídicamente y de la voluntad negocial.

6.2.1 Voluntad de vincularse jurídicamente (*Rechtsbindungswille* o *Erklärungsbewusstsein*)

El primero de los elementos que constituye la voluntad en un sentido amplio es el conocido como conocimiento de declaración (*Erklärungsbewusstsein*) o voluntad de vincularse jurídicamente (*Rechtsbindungswille*). Se trata del conocimiento y el deseo de formalizar un comportamiento —cualquiera¹⁰²— que tenga por objetivo crear un vínculo jurídico, de manera general¹⁰³. Falta tal comportamiento cuando el declarante persigue finalidades meramente fácticas o sociales, carentes de contenido jurídico.¹⁰⁴ De este modo, la concurrencia de este elemento subjetivo no exige un conocimiento concreto de la consecuencia jurídica en particular que se persigue, sino que basta que el declarante quiera participar en el tráfico jurídico de manera general¹⁰⁵. Se trata pues, de que un tercero objetivo pueda deducir de la declaración la existencia de una auténtica

⁹⁹ BOECKEN, 2019, p. 81.

¹⁰⁰ Entre otros muchos: EISENHARDT, 1986, p. 875; JAUERNIG en JAUERNIG, 2004, p. 55; KROPHOLLER, 2010, p. 41.

¹⁰¹ ARNOLD, «Vorbemerkung vor § 116» en WESTERMANN, GRUNEWALD y MAIER-REIMER, 2020.

¹⁰² BOECKEN, 2019, p. 82.

¹⁰³ S. del BGH de 18 de diciembre de 1985 (BGH NJW-RR 1986, 415); o S. del BGH de 17 de abril de 1986 (BGHZ 97, 372). También en la literatura BOEMKE, y ULRICI, *BGB*, p. 51; o también recientemente ARNOLD, «Vorbemerkung vor § 116» en WESTERMANN, GRUNEWALD y MAIER-REIMER, 2020.

¹⁰⁴ BOEMKE y ULRICI, 2009, p. 51.

¹⁰⁵ BOEMKE y ULRICI, 2009, p. 51; también se puede ver KLOCKE, 2014, p. 18.

voluntad de vincularse jurídicamente¹⁰⁶. Para otros, sin embargo, lo relevante es –más que lo percibido por terceros– el conocimiento y la voluntad del declarante de emitir una declaración de voluntad que produzca efectos jurídicos¹⁰⁷.

Más allá de esto, la cuestión más relevante que se suscita en la doctrina alemana son las consecuencias de la ausencia de este *Erklärungsbewusstsein* y, por tanto, del recurrente y «patológico supuesto» de la falta de coincidencia entre lo declarado y lo querido¹⁰⁸. Habitualmente se trata la cuestión exponiendo un muy clásico supuesto de hecho, conocido como el caso de la subasta de vinos de Tréveris (*Trierer Weinversteigerung*): un individuo accede por error a una sala en la que se está subastando vino; los allí presentes pujan levantando la mano. Sin darse cuenta de que se encontraba en tal sala, el individuo saluda con la mano a un conocido que se encuentra allí. El subastador asume que este saludo es una puja, y, dado que nadie supera la puja, le adjudica el vino¹⁰⁹.

En este supuesto, la doctrina y la jurisprudencia admiten de manera generalizada que efectivamente existe declaración de voluntad y que esta es imputable al declarante, preponderando la protección del tráfico jurídico y del interés del destinatario de la declaración, como se ha señalado anteriormente¹¹⁰. Tal consecuencia se hace derivar de diversos preceptos; en primer lugar, del § 119. I BGB que sanciona con la anulabilidad la declaración de voluntad de aquel que la emitió no queriendo realizarlo con tal contenido, lo que supone que la declaración de voluntad es válida y eficaz, pero claudicantemente sujeta a una posible anulación¹¹¹; y, en segundo lugar, del § 118 BGB («una declaración de voluntad carente de seriedad, emitida en la creencia de que la falta de seriedad no sería desconocida, es nula»), pues, objetivamente, la declaración de voluntad *real* no puede ser carente de seriedad¹¹². Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina exigen la concurrencia de un requisito añadido para poder imputar las consecuencias de la declaración al declarante: la imprudencia o falta de la diligencia debida. A este respecto, al igual que nuestro artículo 1104.I CC, el § 276.II BGB contiene una definición de imprudencia («actúa imprudentemente el que no tiene en consideración la diligencia necesaria del

¹⁰⁶ KLOCKE, 2014, p. 18. Para algunos es suficiente incluso un *Erklärungsbewusstsein* potencial, como dice WERTENBRUCH, 2010, p. 23.

¹⁰⁷ KLOCKE, 2014, p. 18.

¹⁰⁸ FLUME, 1975, p. 49.

¹⁰⁹ El supuesto aparece en prácticamente todos los libros que se ocupan de la parte general de BGB alemán, aunque originariamente parece que fue expuesto por ISAY, 1889, p. 25.

¹¹⁰ BOECKEN, 2019, p. 84.

¹¹¹ GUDIAN, 1969, p. 233.

¹¹² Esta regla, que ya venía exigida en el Derecho común, como recuerda VON HOLZ-SCHUHER, 1863, p. 339, pasó del § 93 del Proyecto de 1894 al §§ 114 del Proyecto de 1898. Una norma de este calado no estuvo prevista, sin embargo, en el Primero Proyecto de 1888.

tráfico»), de modo que cuando el declarante podía haber previsto y evitado –de acuerdo con la diligencia debida que impone el tráfico jurídico– que su declaración iba a ser asumida como tal por el destinatario, debe responder por ella, como de manera similar preveía el § 76 del Proyecto de 1888¹¹³. Ahora bien, la responsabilidad por la declaración emitida sin voluntad de vincularse jurídicamente no es absoluta, pues como establece la sentencia (S. en adelante) del BGH de 7 de junio de 1984 (BGHZ 91, 324), la declaración puede ser igualmente anulada por la vía de los §§ 119, 121 y 143 BGB¹¹⁴. Esta postura asume igualmente nuestro TS, al afirmar que para «que el error invalide el consentimiento y permita la anulación del contrato en el que concurrió, debe ser excusable, es decir, que con la diligencia debida, la persona que lo ha sufrido no hubiera podido excluirlo» (STS Núm. 478/2012 [REC: 1549/2009], ponente Encarnación Roca Trías, de 13 de julio de 2012).

6.2.2 Voluntad negocial (*Geschäftswille*)

El segundo y último de los elementos que configura la voluntad es la llamada voluntad negocial (*Geschäftswille* o *Rechtsbindungs-*

¹¹³ BOECKEN, 2019, p. 85. El § 76 del Proyecto de BGB de 1888 establecía lo siguiente: «(s)i la persona que desea emitir una declaración de voluntad desconoce a la persona que está obligada a recibir la declaración de intenciones, y esto no se debe a una negligencia, o si se desconoce el domicilio de esta persona, la comunicación puede efectuarse de acuerdo con las disposiciones aplicables a la notificación pública de una citación en los litigios civiles».

¹¹⁴ La S. del BGH de 7 de junio de 1984 (BGHZ 91, 324) establece lo siguiente: «una declaración de voluntad existe, aun cuando falta la voluntad de declarar (*Erklärungsbewußtsein*), solo cuando esta le puede ser imputada al declarante. Ello presupone que este, en ejercicio del cuidado exigido por el tráfico jurídico hubiera podido conocer y evitar que su declaración o su comportamiento podría haber sido entendida como una declaración por el destinatario, según las reglas de la buena fe y los usos jurídicos». En el mismo sentido, las S.s del BGH de 5 de octubre de 2006 (NJW 2006, 3777 y ss.); y de 29 de noviembre de 1994 (NJW 1995, 953 y ss.). Mucho antes había asumido esta postura la STS núm. 44/1935 (ponente JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS), de 23 de mayo, cuando decía que: «cuando la disconformidad [entre declaración y voluntad] sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe por otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico (...)». En nuestra doctrina, se trata de lo que Díez-PICAZO y GULLÓN conocen como principio de la autorresponsabilidad, de manera que si el declarante «actuando diligentemente pudo y debió desvanecer la confianza que en los terceros suscitaba su declaración y no lo hizo, responde de la eficacia de la declaración» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2017, p. 404). Igualmente, DE COSSÍO y CORRAL, 1991, p. 284; y, en definitiva, como hace notar GULLÓN BALLESTEROS, 1969, p. 32: «es preciso (...) investigar el motivo de la divergencia y ver si el declarante es o no culpable de ella y merece o no sufrir las consecuencias». E igualmente, dice SCIALOJA, 1942, p. 51: «yo quedaré obligado por mi declaración, cada vez que sea responsable, y seré responsable cuando la haya emitido conscientemente, o sea, con el conocimiento de ese contenido y de su eficacia, salvo que mi conciencia quede excluida por causas excusables». Y, en definitiva, también lo presupone PUIG BRUTAU, 1994, p. 178, cuando dice que «es preciso que la voluntad interna se manifieste, que no exista discrepancia entre lo querido y lo declarado, y que los contratantes coincidan en lo que afecta al objeto y a la causa del contrato».

*wille*¹¹⁵), es decir, la voluntad de producir una muy concreta consecuencia jurídica¹¹⁶. Se trata pues, del conocimiento y el deseo de formalizar un determinado efecto jurídico particular¹¹⁷. Como ha señalado el BGH en S. de 24 de mayo de 1993 (BGH NJW 1993, 2100 y ss.) no es requisito esencial de la declaración de voluntad sino tan solo natural, de modo que basta con que el declarante tenga una reconocida voluntad de vincularse jurídicamente, sin necesidad de que conozca técnica y jurídicamente cuál es el *nomen iuris* o la institución concreta que deba aplicarse¹¹⁸. La jurisprudencia y la doctrina son aquí unánimes en entender que, faltando la voluntad negocial, concurre efectivamente una declaración de voluntad válida y eficaz¹¹⁹. De este modo, la protección del declarante se satisface con la mera posibilidad que la Ley le concede de anular su declaración de voluntad (§§ 119 y 142.I BGB)¹²⁰. Sin embargo, el BGB exige, en interés del destinatario de la declaración, que la acción de anulación se ejercite de manera inmediata (*unverzüglich*, dice el § 121 BGB) al momento en que se descubre el error¹²¹.

7. LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD A TRAVÉS DEL SILENCIO ESPERADO O LA «NO-DECLARACIÓN»

Finalmente, uno de los problemas más clásicos que dogmáticamente suscita el régimen jurídico de la declaración de voluntad en el Derecho civil alemán es el efecto jurídico que debe atribuirse al silencio, es decir, al «no-declarar» (*schweigen*), cuando el comportamiento es exigido por la Ley¹²². Entre nosotros, ha dicho Castán, el problema se resuelve en el contexto de las decla-

¹¹⁵ ENNECERUS y NIPPERDEY, 1960, p. 897.

¹¹⁶ BOEMKE y ULRICL, 2009, p. 51; también ya en CROME, 1900, p. 380.

¹¹⁷ BOECKEN, 2019, p. 82.

¹¹⁸ Todas estas consideraciones son también aplicables a las declaraciones de voluntad emitidas automáticamente (KÖHLER, 2012, p. 53). Es decir, aquellas declaraciones de voluntad que se emiten en razón de la programación previa de un *software* (que contiene el elemento subjetivo de la declaración de voluntad), de manera que la máquina simplemente se limita a realizar (automáticamente) el tipo objetivo de la declaración de voluntad que previamente ha sido configurada por un humano, como recuerda ARNOLD (ARNOLD, A., «Vorbemerkung vor § 116» en WESTERMANN, GRUNEWALD y MAIER-REIMER, 2020).

¹¹⁹ BOECKEN, 2019, p. 85.

¹²⁰ ARNOLD, «Vorbemerkung vor § 116» en WESTERMANN, GRUNEWALD y MAIER-REIMER, 2020.

¹²¹ ARNOLD, «Vorbemerkung vor § 116» en WESTERMANN, GRUNEWALD y MAIER-REIMER, 2020.

¹²² Al respecto se puede ver: FABRICIUS, 1996, pp. 1 y ss. Entre nosotros ha sido muy clara la STS núm. 169/1957 (ponente FRANCISCO BONET RAMÓN), de 24 de enero, cuando se ha referido al silencio absoluto, no suficiente para acreditar la existencia de una declaración de voluntad no formalmente expresada de manera que, en términos generales, el contrato «no puede resultar de un comportamiento meramente negativo de una de las partes,

raciones de voluntad presuntas, que no se fundan en *facta concludentia*, sino en disposiciones legales (o convencionales, según la Ley 18 de la CNav y el art. 218 del CPort)¹²³. Una perspectiva similar se asume en Alemania, donde se entiende en términos generales que el mero no actuar no puede suponer una declaración de voluntad en sentido estricto (*qui tacet non utique fatetur*)¹²⁴, aunque sí una manifestación en sentido amplio. Solo en situaciones excepcionales se admite que la «no-declaración» produzca los efectos de una declaración, bien porque lo dispone la Ley (§ 455 BGB), bien porque lo finge una resolución judicial (art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC en adelante] o § 894 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana [ZPO en adelante]); o bien porque así lo han convenido las partes, salvo en los contratos que llevan incorporadas condiciones generales de la contratación, en los que tal pacto es nulo (§ 309.9 *lit. b*) BGB¹²⁵. Así, al silencio se le atribuye un doble sentido. Uno negativo se puede trazar en los §§ 108.II.2 o 177.II.2 BGB. El primero de ellos establece que cuando los representantes legales del menor no ratifican expresamente el contrato celebrado por este, el silencio se entiende como no convalidación. Atribuyen un sentido positivo al mero no actuar los §§ 416. I, 455.2; 516. II.2 o 545 BGB, por ejemplo¹²⁶. En cualquier caso, es crucial la buena fe (§ 242 BGB) como elemento integrador. Esta puede determinar, en concretos supuestos, la existencia de una declaración de voluntad cuando el silencio no pueda ser asumido de ninguna otra manera más que como una *toma de posición* frente a una declaración de voluntad recibida¹²⁷. Para este ámbito son también provechosos los avances logrados en el Derecho penal, donde se admite legalmente que las omisiones (el silencio en nuestro caso), solo pueden equivaler a las acciones cuando exista una específica obligación o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente (art. 11 CP). Así: el silencio (la omisión) solo puede equivaler a la acción (la declaración) cuando exista una específi-

de un estado de simple inercia, cual es el silencio absoluto, sino que debe manifestarse con palabras o con hechos (...)».

¹²³ CASTÁN TOBEÑAS, 1943, p. 303; como supuestos cita CASTÁN los de los artículos 742. I, 1181, 1189 y 1191. A estos preceptos se le puede añadir: el 898 o el 1005 CC.

¹²⁴ CANARIS, 1975, p. 77. En la jurisprudencia se puede ver la antigua S. del BGH de 4 de abril de 1951 (BGH NJW1, 353 y ss.) y el más reciente Auto del BGH de 19 de septiembre de 2002 (BGH NJW 2002, 3629).

¹²⁵ Entre nosotros, el equivalente a este § 309.9.b) BGB es el artículo 85.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. (LGDCU, en adelante)].

¹²⁶ Respecto del Derecho mercantil, *cf.*: nota 3.

¹²⁷ ZERRES, 2018, p. 47.

ca obligación de actuar (derivada de la Ley, de un convenio o de la buena fe).¹²⁸ En definitiva, el «no-declarar» o silencio –cuando es exigible– no deja de ser una manera de manifestar la voluntad a la que, *mutatis mutandis*, se deben aplicar las normas generales de la declaración de voluntad.

8. CONCLUSIONES

La declaración de voluntad es una institución definitoria del Derecho civil alemán. Su carácter nuclear se proyecta en una muy prolija exposición en el BGB, que se hace eco de la tradición prusiana y sajona, especialmente proclive al pensamiento abstracto y a la elaboración de conceptos generales –como la posterior categoría de «negocio jurídico», que asumen ya como propia gran parte de las doctrinas de tradición romana-francesa. En la formación histórica del concepto de «declaración de voluntad» han pugnado las tradiciones romanas y prusianas (entre otras), encarnadas en los distintos cuerpos normativos expuestos al comienzo de este trabajo. La victoria puede afirmarse para la tradición prusiana y sajona, que ha conseguido colonizar el BGB con su abstracción y generalización.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que la voluntad de actuar (*Handlungswille*) es un elemento perteneciente el tipo subjetivo de la declaración de voluntad. Sin embargo, un entendimiento finalista de la declaración de voluntad –que parta de que se actúa *para algo*– exige concluir que la voluntad de actuar no puede ser más que parte del tipo objetivo de la declaración de voluntad. La consecuencia práctica fundamental de ello es que la inexistencia de la voluntad de actuar determina la radical inexistencia de acción en sentido jurídico y que, por tanto, no es posible imputar al «declarante» ninguna responsabilidad, ni aun habiendo generado una apariencia legítima en que un tercero de buena fe pudiera confiar y haya confiado.

Ello puede explicar con mayor coherencia lógica que, a pesar de la inexistencia de determinados elementos subjetivos de la voluntad (como la llamada voluntad de vincularse jurídicamente o la voluntad negocial), pueda igualmente afirmarse la existencia de

¹²⁸ Fundamento de ello es también la previsión del artículo 511 CC que establece lo siguiente: «el usufructuario estará obligado a poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, *como si hubieran sido ocasionados por su culpa*» (la cursiva es nuestra).

una declaración. La ausencia, sin embargo, de *voluntad de actuar* no puede tener otra consecuencia que la inexistencia misma de declaración de voluntad.

Por último, a pesar del escaso tratamiento orgánico y global que se le ha dispensado en nuestro Derecho a la declaración de voluntad y especialmente a la declaración de voluntad como categoría abstracta –tratada como una subespecie del consentimiento contractual– parece poder abrirse camino en un sentido contrario¹²⁹. Es decir, la declaración de voluntad como categoría abstracta reclama para sí una atención diferenciada del consentimiento contractual. Ejemplo de ello pueda ser la redacción que de algunos preceptos se ofrece en la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos» elaborada por la Comisión General de Codificación» (2009)¹³⁰; en el Anteproyecto de Código Mercantil (2014)¹³¹ o la Propuesta de Código Civil, presentada en 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018)¹³². De esta última propuesta destaca muy especialmente la regulación del error obstativo en el artículo 527-3, cuyo apartado primero dispone lo siguiente:

«Puede anular el contrato la parte que, en el momento de su celebración, padece un error de hecho o de derecho, en la voluntad declarada o en la declaración de voluntad, si el error es esencial, relevante y excusable».

¹²⁹ Escaso tratamiento que ya advertía ALBALADEJO, 1958, p. 83.

¹³⁰ Por ejemplo, los artículos 1107. II) «la elección tiene lugar mediante declaración de voluntad dirigida a la otra parte [...]»; 1195 («si la obligación consistiera en emitir una declaración de voluntad [...]»); artículo 1226 («quien por encargo o mandato de otro emitiese una declaración de voluntad de obligarse frente a un tercero [...]»); 1282. II («no se considera representante la persona encargada únicamente de transmitir o comunicar una declaración de voluntad enteramente formada»); y el 1298.5 («la inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo»).

¹³¹ Por ejemplo, el artículo 213-3, que se refiere a la ineficacia de la declaración de voluntad de uno de los socios.

¹³² A. A. V. V., *Propuesta de Código Civil*, 2018. En esta última destacan algunos preceptos como el artículo 1131-3 («el poder de representación es una *declaración de voluntad* unilateral y recepticia, cuya eficacia depende de su recepción por el apoderado»); el artículo 3113-10 («el derecho de opción se ejerce mediante declaración de voluntad unilateral recepticia dentro del plazo del mismo»).

FUENTES (por orden cronológico descendente)**NORMAS**

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. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/BJQXfTg>.

Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/cJQXcro>.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2014). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/rJQXTAX>.

Anteproyecto de Código Mercantil (2014). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/mJQXAIN>

Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas en la Comunitat Valenciana. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/JJQXHeL>.

Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/mJQXXoT>.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/2JQCqDk>.

Codul civil al României (Código civil de Rumanía, 2009). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/LJQCTPs>.

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/SJQCK7y>

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/CJQCYSG>.

Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas (Islas Baleares). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/KJQCJbh>

Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada (Andalucía). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/AJQVAq7>

Tsiviliseadustiku üldosa seadus (Ley de la parte general del Código Civil de la República de Estonia, 2002). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/EJQVIU5>

Código Civil do Brasil (Código Civil de Brasil, 2002). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/rJQVnLy>

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/OJQVRSJ>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/BJQVI7y>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/0JQVA9r>.

Burgerlijk Wetboek (Código Civil holandés, 1992). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/kJQNIZg>

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/NJQNbwr>

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/MJQNEAP>

Código Civil Português (Código Civil Portugués, 1966). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/6JQNIbQ>

Grundgesetz (Constitución Alemana, 1949). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/HJQNSGn>

Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/tJQNG4S>

Codice Civile Italiano (Código Civil italiano, 1942). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/rJQN953>

Código Civil Federal de México (1928). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/eJQN70A>

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Ley Federal para el suplemento del Código Civil Suizo, 1911). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/bJQMeVt>

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Código Civil suizo, 1907). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/DJQM04q>

Código Civil español (1889). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/XJQMIJE>
Zivilprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil alemana, 1879). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/jJQMvzB>

Código Civil de la República Argentina (1869). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/wJQMWOM>

Código Civil de la República Oriental de Uruguay (1868). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/CJQMNDj>

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (Código Civil para el Reino de Sajonia, 1863). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/IJQ1oCU>

Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/WJQ1gLE>

Allgemeines Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil General Austríaco, 1811). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/zJQ1nIx>

Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Land-Recht für das Großherzogthum Baden (Código de Napoleónico con Anexos y Leyes de Comercio como Derecho Estatal para el Gran Ducado de Baden, 1810). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/OJQ1YRa>

Code Civil des français (1804). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/WJQ1SxU>

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (Derecho general para los Estados Prusianos, 1794). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/xJQ1KX7>

Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (1756). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/0JQ1BNi>

Partidas (1256-1265). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/3JQ121w>

Els Furs de Jaime I (Los Fueros de Jaime I, 1238-1271). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/cJQ0tsK>

PROYECTOS

Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos» elaborada por la Comisión General de Codificación (2009). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/GJQ8rzf>

Anteproyecto de Ley Valenciana de Sucesiones (2009). Disponible *online* en: <https://cutt.ly/DJQLP3R>

Proyectos del BGB (1888 y 1895). Disponibles *online* en: <https://cutt.ly/vJQ8jv7> y <https://cutt.ly/HJQ8xCd> respectivamente.

JURISPRUDENCIA (por orden cronológico descendente)

ALEMANA¹³³

- S. del AG Stuttgart-Bad Canstatt de 16 de marzo de 2021 – 12 C 3261/11.
- S. del BGH de 10 de julio de 2013 (BGHZ 198, p. 32).
- S. del BAG de 28 de octubre de 2010 (BAG, NJW 2011, pp. 872 y ss.).
- S. del BGH de 5 de octubre de 2006 (NJW 2006, p. 3777 y ss.).
- S. del BGH de 26 de enero de 2005 (VIII ZR 66-04).
- S. del BGH de 21 de enero de 2004 (BGH NJW, 2004, p. 1320).
- Auto del BGH de 19 de septiembre de 2002 (BGH NJW 2002, p. 3629).
- S. del BGH de 10 de mayo de 2001 (NJW 2001, pp. 2324 y ss.).
- S. del BGH de 30 de julio de 1997 (BGH NJW 1997, pp. 3169 y ss.).
- S. del BGH de 2 de noviembre de 1995 (BGH, NJW 1996, pp. 919 y ss.).
- S. del BGH de 29 de noviembre de 1994 (NJW 1995, pp. 953 y ss.).
- S. del BGH de 24 de mayo de 1993 (BGH NJW 1993, pp. 2100 y ss.).
- S. del BAG, de 11 de noviembre de 1992 (2 AZR 328/92).
- S. del BGH de 12 de octubre de 1991 (BGH NJW 2000, pp. 276 y ss.).
- S. del BAG, de 16 de marzo de 1988 (AZR 587/87).
- S. del BGH de 17 de abril de 1986 (BGHZ 97, p. 372).
- S. del BGH de 18 de diciembre de 1985 (BGH NJW-RR 1986, p. 415).
- S. del BGH de 11 de mayo de 1979 (BGH NJW 1979, pp. 2032 y ss.).
- S. del BGH de 4 de abril de 1951 (BGH NJW1, pp. 353 y ss.).
- S. del RG de 27 de octubre de 1905 (RGZ 61, p. 415).

ESPAÑOLA

- STC núm. 157/2021 (REC: 315/2020, ponente Encarnación Roca Trías) de 16 de septiembre.
- SAP Barcelona (sección 17.ª) núm. 273/2020 (REC: 866/2019, ponente María Cristina Herмосilla Liu), de 3 de noviembre.
- SAP de Valencia (sección 11.ª) núm. 169/2016 (REC: 596/2016, ponente José Alfonso Arolas Romero), de 18 de mayo.
- STS núm. 18/2016 (REC: 2784/2013, ponente Xavier O'Callaghan), de 2 de febrero.
- STS núm. 478/2012 (REC: 1549/2009, ponente Encarnación Roca Trías), de 13 de julio.
- STS núm. 350/2001 (REC: 335/1996, ponente Antonio Romero Lorenzo), de 10 de abril.
- STS núm. 1134/1999 (REC: 926/1995, ponente Xavier O'Callaghan), de 22 de diciembre.
- STS núm. 566/1987 (ponente Juan Latour Brotons), de 28 de septiembre.

¹³³ Las siglas entre paréntesis son la referencia de las sentencias al modo alemán.

- STS núm. 317/1986 (ponente Jaime Castro García), de 26 de mayo.
 STS núm. 1939/1975 (ponente Manuel Prieto Delgado), de 5 de marzo.
 STS núm. 2784/1963 (ponente Tomás de Ogáyar y Ayllón), de 14 de junio.
 STS núm. 169/1957 (ponente Francisco Bonet Ramón), de 24 de enero.
 STS núm. 983/1951 (ponente Felipe Gil Casares), de 27 de octubre.
 STS núm. 44/1935 (ponente José Castán Tobeñas), de 23 de mayo.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANA

- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 mit Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert*, tercera edición ampliada, Luchterland Verlag, Neuwied, 1996.
- AHCIN, Christian: *Zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863/65 - zugleich ein Beitrag zur Rolle des römischen Rechts im 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt, 1996.
- ARNOLD, Arnd: «Vorbemerkung vor § 116» en WESTERMANN, H. P., GRUNEWALD, B., y MAIER-REIMER, G., (eds.), *Erman BGB Kommentar*, 16. Aufl., Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2020.
- BÄHR, Otto: «Über Irrungen im Contrahieren», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Vol. 14, 1875, pp. 393 y ss.
- BAUER, Anton: *Lehrbuch des Napoleonischen Civilrechts*, Neue Akademische Buchhandlung, Marburg, 1809.
- BEHAGEL, Willhelm: *Das badische bürgerliche Recht under Code Napoléon*, Verlag con Ludwig Schmidt's Buchhandlung, Freiburg i. B., 1869.
- BELOW, Karl-Heinz: *Bürgerliches Recht – Allgemeiner Teil*, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, Wiesbaden, 1960.
- BEKKER, Ernst Immanuel: «Ueber das gemeine Deutsche Recht der Gegenwart und dessen Behandlung» en BEKKER, Ernst Immanuel y MUTHER, Theodor (eds.): *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, Vol. 1, Verlag von Hirzel, Leipzig, 1857.
- *System des heutigen Pandektenrechts*, Vol. 2, Hermann Böhlau, Weimar, 1889.
- *System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1888.
- BERGER, Elisabeth (ed.): *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – eine europäische Privatrechtskodifikation*, Vol. III, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.
- BERGMANN, Friedrich: *Lehrbuch des Privatrechts des Code Napoléon*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1810.
- BERTRAM, Philipp: *Das Nassauische Privatrecht*, 2. Aufl., Verlag von Chr. Limbarth, Wiesbaden, 1878.
- BÖCKING, Eduard: *Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts*, Vol. I, 2. Aufl., Adolf Marcus Verlag, Bonn, 1853.
- BOEMKE, Burkhard y ULRICI, Bernhard: *BGB Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2009.
- BOECKEN, Winfried: *BGB – Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2019.

- BORK, Reinhard: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- BRAUER, Johann Nikolaus Friedrich: *Erläuterungen über den Code Napoleon und die Großherzogliche Badische bürgerliche Gesetzgebung*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1809.
- BROX, Hans, y WALKER, Wolf-Dietrich., *Allgemeiner Teil des BGB*, 32. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008.
- BUSCHMANN, Arno: «Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863/65 – Vorläufer und Muster des BGB», *Juristische Schulung*, 1980, pp. 553 y ss.
- BYDLINSKI, Franz: «Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft», *JuristenZeitung*, Vol. XXX, núm. 1, 1975, pp. 1 y ss.
- CANARIS, Claus-Willhelm: «Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund», *Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag*, Leykam, Graz, 1975, pp. 77 y ss.
- CONRAD, Hermann: *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794*, Westdeutscher Verlag, Köln, 1958.
- CRETSCHMAR, Cornelius: *Das Rheinische Civilrecht in seiner heutigen Geltung*, Verlag von Felix Nagel, Düsseldorf, 1883.
- CROME, Carl: *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*, Druck und Verlag von J. Benzheimer, Mannheim, 1892.
- *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Vol. I, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen und Leipzig, 1900.
- DANZER, Max: *Das bayerische Landrecht vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung*, J. Schweizer Verlag, München, 1894.
- DE LA DURANTAYE, Katharina, *Erklärung und Wille*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.
- DERNBURG, Heinrich: *Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens*, 3. Aufl., Verlag der Buchhandlung des Weisenhauses, Halle am See, 1906
- *Pandekten*, 6. Aufl., Vol. I, Verlag von Müller, Berlin, 1900.
- DILCHER, Gerhard: «Die janusköpfige Kodifikation. Das preussische Allgemeine Landrecht (1794) und die europäische Rechtsgeschichte», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1994 (Vol. II), pp. 446 y ss.
- DÖLEMEYER, Barbara, «Bayerische Kodifikationen des Naturrechtszeitalters» en CORDES, A., (et al. eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Vol. I, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2008.
- DÖLEMEYER, Barbara, y MOHNHAUPT, Heinz (eds.): *200 Jahre ABGB – Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2012.
- DÖLEMEYER, Barbara., MOHNHAUPT, Heinz, y SOMMA, Alessandro (eds.): *Richterliche Anwendung des Code Civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2006.
- DULHEUER, Constantin: *Kurze Darstellung des Preußischen Rechts der Gegenwart – Unter Beibehaltung der Legalordnung und Annotirung des Parallellstellen des Römischen Rechts*, Verlag der Dederschen Geheimen Ober- Hofbuchdruckerei, Berlin, 1858.
- EISENHARDT, Ulrich: «Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung», *JuristenZeitung*, Vol. XLI, núm. 19, 1986, pp., 875 y ss.
- ELLENBERGER, Jürgen: «Einführung vor § 116», en PALANDT, O., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 75. Aufl., C. H. Beck, München, 2016.
- ENDEMANN, Friedrich: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Vol. I, 6. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1899.

- ENNECERUS, Ludwig: *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Vol. 1, R. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, Marburg, 1888.
- ENNECERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans Carl: *Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 15. Aufl., Vol. I, Tomo 2, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1960.
- FABRICIUS, Fritz: «Schweigen als Willenserklärung», *Juristische Schulung*, 1996, pp. 1 y ss.
- FEHRENBACH, Elisabeth: *Traditionelle Gesellschaft und revolutionäres Recht – die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1974.
- FLUME, Werner: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäft*, Vol. II, 2. Aufl., Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1975.
- FRANCKE, Bernhard: *Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, nebst der Gerichtsordnung un anderen hiermit in Verbindung stehende Reichs- und Landesgesetz nebst Verweisungen auf die einschlagenden späteren landes- und reichsgesetzlichen Vorschriften und auf die Parellelstellen*, Vol. I, Roßberg, Leipzig, 1892.
- GEISTLINGER, Michael, HARRER, Friedrich., MOSLER, Rudolf, y RAINER, Johannes Michael (eds.): *200 Jahre ABGB – Austrahlungen – Die Bedeutung der kodifikation für andere Staaten und andere Rechtskulturen*, Manz Verlag, Wien, 2011.
- GIERKE, Otto: *Deutsches Privatrecht*, Vol. I, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.
- GIESEN, Dieter: *BGB, Allgemeiner Teil – Rechtsgeschäftslehre*, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin, 1995.
- GRIMM, Jacob: *Deutsche Rechtsaltertümer*, 4. Aufl., Dieterich'sche Verlagsbuchhandlung Theodor Weicher, Leipzig, 1899.
- GROPP, Walter: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Springer Verlag, Heidelberg, 1997.
- GRÜTZMANN, Paul: *Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts*, Vol. I, Breitkopf und Härtel, Leipzig 1887.
- GSCHNITZER, Franz., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Springer Verlag, Wien, 1996.
- GUDIAN, Gunther: «Fehlen des Erklärungsbewußtseins», *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. CLXIX, 1969, pp. 232 y ss.
- HELD, Gustav Friedrich: *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen in seinem Entstehen und in seinem Systeme dargestellt*, Verlag der Hinris'schen Buchhandlung, Leipzig, 1852.
- HENLE, Rudolf: *Vorstellung- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung*, Deichert, Leipzig, 1910.
- HEPTING, Reinhard: «Erklärungswille, Vertrauensschutz und rechtsgeschäftliche Bindung» en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988, pp. 209 y ss.
- HEUER, Uwe-Jens: *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf – die Auseinandersetzungen um die Prinzipien des Allgemeinen Landrechts Ende des 18. Jahrhunderts als Ausdruck der Krise des Feudalsystems in Preussen*, Deutscher Zentralverlag, Berlin, 1960.
- HEUSLER, Andreas: *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, Vol. I, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.
- ISAY, Hermann: *Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, G. Fischer, Jena, 1889.

- JANKO, Matthias: *Die bewußte Zugangsverzögerung auf den Todesfall – Ein Beitrag zur sogenannten, postmortalen Willenserklärung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- KLEINHEYER, Gerd: *Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten vom 1. Juni 1794 – An der Wende des Spätabsolutismus zum liberalen Recht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.
- KLOCKE, Daniel Matthias: *Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille – Willenserklärung und Rechtsgeschäft*, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale, 2014.
- KROPHOLLER, Jan: *Bürgerliches Gesetzbuch – Studienkommentar*, C. H Beck, München, 2010.
- KOCKEROLS, Carl Willhelm: *Das Rheinische Recht, seine zeitliche und räumliche Begrenzung*, Hannover, 1902.
- KÖHLER, Helmut: *BGB Allgemeiner Teil*, 36. Aufl., C. H Beck, München, 2012.
- KOHLER, Josef: *Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht*, Druck und Verlag von J. Benzheimer, Mannheim, 1883.
- KORI, August Siegmund: *Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtlichen Geschäften, mit Beziehung auf die in Deutschland recipirten fremd, ingleichen auf die preußischen und königl. sächs. Rechte*, Verlag von Karl August Wild, Hamburg, 1817.
- LANDAU, Peter: «Neue Forschungen zum Preussischen Allgemeinen Landrecht», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 118, 1993, pp. 447 y ss.
- LARENZ, Karl: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, 1980.
- LEIPOLD, Dieter: *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- MAURENBRECHER, Romeo: *Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts*, Eduard Weber Verlag, Bonn, 1834.
- MATTHIAS, Bernhard: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes*, 5. Aufl., Verlag von D. Häring, Berlin, 1910.
- MENGER, Anton: *Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen*, 3. Aufl., Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1904.
- MANIGK, Alfred: *Das rechtswirksame Verhalten: systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts*, Walter de Gruyter & CO, Berlin, 1939.
- MUNCKE, Anton: *Vorträge zur Einleitung in das Studium des badischen, bürgerlichen Rechts*, Buchdruckerei des kathol. Bürger-Hospitals, Mannheim, 1845.
- MUSIELAK, Hans Joachim: «Zum Verhältnis von Wille und Erklärung», *Archiv für civilistische Praxis*, Vol. 211, 2011, pp. 769 y ss.
- REGELSBERGER, Ferdinand: *Civilrechtliche Erörterungen*, Vol. I, Verlag von Hermann Böhlau, Weimar, 1868.
- REHBERG, August Willhelm: *Ueber den Code Civil und dessen Einführung in Deutschland*, Verlag von der Gebrüder Hahn, Hannover, 1814.
- ROEVER, Willehm: *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Koch, Rostock, 1874.
- SACHS, Michael: «'Volenti non fit iniuria' – Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht», *Verwaltungsarchiv*, núm. 76, Vol. IV, 1985, pp. 398 y ss.
- SCHMIDT, Bernhard Gottlob: *Vorlesungen über das in dem Königreiche Sachsen geltende Privatrecht*, J. M. Gebhardt's Verlag, Leipzig, 1869.

- SCHMIDT-SALZER, Joachim: «Subjektiver Wille und Willenserklärung», *Juristische Rundschau*, Vol. VIII, 1969, pp. 281 y ss.
- SCHUBERT, Werner: *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts – Zivilrecht, Gerichtsverfassungsrecht und Zivilprozessrecht*, Köln, Wien, Böhlau, 1976.
- SCHLOSSER, Hans: «Codex Maximilianeus Bavaricus – Kodifikation zwischen Ius commune und Naturrecht» en CZEGUHN, Ignacio (coord.): *Recht im Wandel-Wandel des Rechts – Festschrift für Jürgen Weitzel zum 70. Geburtstag*, Böhlau Verlag, Köln, 2014.
- SCHLOSSMAN, Siegmund: *Der Vertrag*, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1876.
- SINTENIS, Carl Friedrich Ferdinand: *Anleitung zum Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Verlag von Bernhard Tauchnis, Leipzig, 1864.
- SLAPNICKA, Helmut: *Oesterreichs Recht ausserhalb Oesterreichs – Der Untergang des österreichischen Rechtsraumes*, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, München, 1973.
- TEMME, Hubertus: *Handbuch des preussischen Civilrechts*, Verlag von Christian Ernst Rollmann, Leipzig, 1832.
- THÖL, Heinrich: *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Verlag der Dieterisichischen Buchhandlung, Göttingen, 1851.
- PHILLER OTTO: *VORLESUNGEN ÜBER DAS BÜRGERLICHE GESETZBUCH*, Verlag von C. L. Kirckfeld, Leipzig, 1899.
- PLATENIUS, Anton: *Grundriß des badischen Landrechts (mit Ausschluß des Obligationenrechts, LRS 1101 ff.) – Unter besonderer Berücksichtigung der neuen deutschen Rechtsprechung*, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Freiburg i. B. und Leipzig, 1896.
- POLAND, Franz: *Praktische Bemerkungen zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Verlag von Ignaz Iacowiß, 1853.
- PUTTFARKEN, Hans-Jürgen, y SCHNIER, Judith: «Der Code Napoléon damals und heute – eine Betrachtung aus deutscher Sicht», *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, Vol. CV, 2006, pp. 223 ss.
- VON BUCHKA, Gerhard: *Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts*, 2. Aufl., Verlag von Otto Liebmann, Berlin, 1898.
- VON HOLZSCHUHER, Rudolph: *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, 3. Aufl., Vol. I, Leipzig, 1863.
- VON IHERING, Rudolph: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1852-1865.
- «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Vol. IV, Druck und Verlag von Friedrich Mauke, Jena, 1861, pp. 1 y ss.
- VON SAVIGNY, Carl Friedrich: *System des heutigen römischen Rechts*, tomo 3, Veit, Berlin, 1840.
- VON TUHR, Andreas: *Bürgerliches Recht – Allgemeiner Teil*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1923.
- WADLE, Elmar: *Französisches Recht in Deutschland*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymanns Verlag, 2002.
- WERTENBRUCH, Johannes: *BGB Allgemeiner Teil*, C. H. Beck, München, 2010.
- WINDSCHEID, Bernhard: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6. Aufl., Rotten & Loening, Frankfurt a. M., 1887.

- «Wille und Willenserklärung», *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. LXIII, 1880, pp. 72 y ss.
- WOLFF, Carl Wilhelm: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts*, Vol. 1, Verlag von Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1843.
- ZERRES, Thomas: *Bürgerliches Recht – Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Zivilprozessrecht*, 9. Aufl., Springer Verlag, Berlin, 2018.
- ZITELMANN, Ernst: *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1879.

ESPAÑOLA, ITALIANA Y FRANCESA

- A.A. V.V.: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.
- ALBALADEJO, Manuel: *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- ALBUQUERQUE, Juan Miguel: «Interrogantes, notas y reflexiones: del ‘dogma de la voluntad’ al ‘dogma de la declaración preceptiva’ de Emilio Betti», *Revista General de Derecho Romano*, núm. 4, 2005.
- BARBERÁN PELEGRÍN, Francisco y DOMINGO OSLÉ, Rafael: *Código civil japonés*, con la colaboración de NOBUO HAYASHI y prólogo de ANTONIO GARRIGUES WALKER, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de AGURTO GONZÁLES, C. A. y QUEQUEJANA MAMANÍ, S. L., Ediciones Olejnik, Chile, 2018.
- BLASCO GASCÓ, Francisco: *Eficacia e ineficacia del acto jurídico contra legem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, 6.ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943
- *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Vol. II, 15. ed., Reus S. A., Madrid, 2007.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1991.
- DE LOS MOZOS, José: *El negocio jurídico*, Montecorvo S. A., Madrid, 1987.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 13.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel: *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, Vol. I, 6.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.
- FERRARA, Francesco: *Della simulazione dei negozi giuridici*, 4.ª ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1913.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 70 (Vol. II), 2017, pp. 473 y ss.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho civil – El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969.
- LASARTE, Carlos: *Parte General y Derecho de la persona*, 26.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal – Parte General*, 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

- PÉREZ SERRANO, Nicolás: «El derecho civil y los ricos», *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 25, Valencia, 1950.
- PUIG BRUTAU, José: *Compendio de Derecho Civil*, Vol. II, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1994.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato», *InDret* 1/2012.
- SALEILLES, Raymond: *De la déclaration de volonté – Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, Librairie Cotillon – F. Pichon, Paris, 1901.
- SCIALOJA, Vittorio: *Negocios jurídicos*, traducción de la cuarta edición italiana por DE PELSMAEKER E IVÁÑEZ, F., Imprenta editorial de La Gavidia, Sevilla, 1942.
- STOLFI, Giuseppe: *Teoria del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1947.

Derecho contractual y dignidad humana¹. Segunda conferencia en memoria de Ole Lando, Viena 2020

CHRISTIAN VON BAR

Profesor emérito Universidad de Osnabrück

RESUMEN

El derecho privado moderno tiene que estar moldeado por los derechos humanos y los derechos fundamentales. Las normas que rigen el derecho de la persona deben enraizarse en la exigencia constitucional de proteger la dignidad humana. Este principio primordial también es relevante para el derecho contractual. Los contratos que no respetan la dignidad humana son inejecutables. La dignidad humana es especialmente vulnerable al final de la vida. La ley sobre la muerte asistida debe tenerlo en cuenta. Debe liberarse de la ideología y de los conceptos religiosos simplificadores.

PALABRAS CLAVE

Derecho contractual, Derechos fundamentales, Contratos contrarios a la dignidad humana, Derecho de la Persona, Muerte asistida

Contract law and human dignity. Second Ole Lando Memorial Lecture, Vienna 2020

ABSTRACT

Modern private law needs to be shaped by human and fundamental rights. The rules governing the law of the natural person have to be rooted in the constitutional demand of protecting human dignity. This overarching principle is also relevant for contract law. Contracts in disregard of human dignity are unenforceable. Human dignity is particularly vulnerable at the end of life. The law on assisted dying has to take that into account. It should free itself from ideology and simplifying religious concepts.

¹ Traducción al castellano: José Carlos de Medeiros Nóbrega (Investigador postdoctoral Contratado, European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück); revisión: Cristina Guilarte Martín-Calero (Catedrática de Derecho civil, Universidad de Valladolid).

KEY WORDS

Contract Law, Fundamental Rights, Contracts in Disrespect of Human Dignity, Law governing the Natural Person, Assisted Dying

SUMARIO:—I. Introducción.—II. Personas.—III. El acceso a las formas de Derecho privado.—IV. Cuerpo y dignidad.—V. Sexo.—VI. Participación en las relaciones jurídicas privadas.—VII. Jus cogens.—VIII. Terminología.—IX. Sensibilidad del Derecho de la persona al Derecho constitucional.—X. Las fuentes de los derechos humanos.—XI. La distinción entre titularidad y ejercicio de derechos.—XII. Esclavitud.—XIII. Tipos de violaciones consentidas de la dignidad.—XIV. La muerte asistida.—XV. Exposición de casos.—XVI. No hay parámetros en los derechos privados.—XVII. Equilibrar los intereses en juego.—XVIII. Alcanzar un acuerdo.—XIX. La solución belga.—XX. Reflexiones finales

I. INTRODUCCIÓN

La pasión de *Ole Lando* era el Derecho de contratos mercantiles. Esta segunda conferencia celebrada en su memoria (el profesor *Hugh Beale* pronunció la primera hace un año en Copenhague) versará también, como prometí a sus hijos, sobre derecho contractual, pero no sobre contratos mercantiles. En su lugar, he decidido dirigir mi atención (y espero que la suya) a aquellos aspectos del derecho contractual que se ven directamente afectados por los derechos fundamentales y los derechos humanos. A primera vista, se podría pensar que uno y otros sólo entran en conflicto en raras ocasiones. Los acuerdos suelen verse como algo «bueno»; ¿cómo pueden entonces entrar en conflicto con los derechos humanos? Espero poder demostrar que, si se analizan detalladamente, hay mucho que decir sobre algunos acuerdos que, por razones esencialmente, o al menos predominantemente, constitucionales, no pueden considerarse contratos vinculantes.

II. PERSONAS

Mi tema está estrechamente relacionado con el Derecho de la Persona (persona natural o física). Esa «persona» es un ser humano que, en el marco del derecho privado, se relaciona con otros seres

humanos (y con las llamadas «personas jurídicas»). Esta es la «cara pública» del ser humano. *Persona* era la máscara de un actor a través de la cual se podía reconocer el personaje que interpretaba y que ayudaba a entender mejor su voz. Un ser humano aparece como persona cuando entra en contacto con otros sujetos de derecho privado y para ello se pone su «máscara de personaje». Por lo tanto, el derecho de la persona no se ocupa de la cuestión filosófica de lo que «es» un ser humano, sino de su relación con los demás y, por tanto, también se ocupa, en gran medida, del marco en el que puede celebrar contratos con otros.

III. EL ACCESO A LAS FORMAS DE DERECHO PRIVADO

Una persona es una persona porque tiene acceso a las formas del Derecho privado. ¿Ello qué implica? Pueden apreciarse, a mi juicio, cinco elementos. Una persona debe (i) ser titular de derechos y obligaciones; sin este requisito básico, no podría entrar en contacto con otra persona de forma efectiva en el contexto del Derecho privado. Por tanto, correctamente formulado, un ser humano no «es» una persona, sino que «tiene» una persona (*he or she «has» a person*). En cualquier caso, según el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, «todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». La existencia humana no sólo tiene un lado físico, sino también mental y espiritual. Por esta razón, el sistema jurídico (ii) debe excluir el cuerpo y la dignidad del ser humano de las transacciones internas de derecho privado (del «comercio»). La disposición del sustrato cuerpo-alma de la persona debería estar prohibida, considerarse incluso imposible. Porque si un ser humano fuera capaz de objetivarse a sí mismo o en cooperación con otros, se vería privado o desprovisto de su papel como persona y, por tanto, de su capacidad de participar en la vida jurídica. Cada individuo «tiene» (iii) un sexo. Si, por el contrario, se le considera (en relación con otras personas) como una persona, se le asigna un género a efectos específicos. ¿A qué efectos? ¿cuáles son o pueden ser estos efectos?, ¿cuántos géneros «permite» el ordenamiento jurídico?, ¿a quién se le permite cambiar de qué género a qué otro género?, ¿de qué manera y con qué consecuencias?, todas estas cuestiones son, por tanto, aspectos del Derecho de la Persona. Parte de la persona es (iv) su nombre. Si una persona no tuviera nombre, áreas enteras del derecho permanecerían cerradas para ella. Todos los derechos vinculados al Registro de la propiedad, por ejemplo, son

necesariamente derechos vinculados al nombre. Por último, (v) pertenece a la persona (con excepción de la edad y la capacidad mental) la organización de su vida jurídica privada de forma autónoma: tiene *capacidad para contratar*.

IV. CUERPO Y DIGNIDAD

El cuerpo humano se considera legalmente como un todo. Un ser humano no puede dividir su cuerpo por contrato, disponer de él o de sus partes como propietario, venderlo o donarlo. La dignidad del ser humano está íntimamente ligada a su cuerpo. Se insiste en la dignidad del ser humano como fundamento de los límites a su autonomía privada. La «dignidad» siempre se cuestiona cuando las personas intentan convertirse a sí mismas o a los demás en objetos. Hoy en día, en los medios de comunicación es habitual hablar y escribir que el club de fútbol Y «compró» al jugador A y que este jugador «vale» actualmente X millones. Aunque se trate de una simplificación, referirse a un acuerdo en torno a la celebración de un contrato de trabajo como «venta», no respeta la dignidad humana. Tampoco lo hace un acuerdo matrimonial en cuya virtud los padres de la novia obligan al novio o a sus padres a prometerles dinero por la boda; defender un «contrato» de este tipo ante los tribunales significaría degradar a la novia a una especie de mercancía, y ello con independencia de que la «dote matrimonial» siga siendo la costumbre en algunas sociedades no europeas o con independencia de que ello haya formado parte también de nuestra propia historia. Asimismo, como ejemplos ilustrativos, puede cuestionarse si una mujer puede obligarse efectivamente por contrato con su pareja a utilizar anticonceptivos con regularidad o si un empresario puede incluir una cláusula en el contrato de trabajo según la cual la relación laboral está sujeta a la condición resolutoria del matrimonio del empleado. Los tribunales alemanes resolvieron en sentido negativo ambas cuestiones. En mi opinión, estas decisiones se desprenden directamente de la consideración de que el derecho contractual no debe amparar acuerdos que violen la Constitución. Acertadamente, el Consejo de Estado francés prohibió un espectáculo anunciado como «lanzamiento de enanos» por considerar que «*une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine*». Acaso, un Estado sin una Constitución escrita tenga más dificultades para argumentar en tales supuestos.

V. SEXO

En Europa, el derecho contractual ya no distingue entre hombres y mujeres (puede ocurrir de otro modo, por ejemplo, en algunas leyes religiosas). La cuestión de si una persona es hombre o mujer o miembro de otro sexo (y entonces: cuál) se plantea sólo respecto de algunas normas puntuales, por ejemplo, cuando un baño público está abierto, durante un tiempo determinado, sólo para «mujeres». Sin embargo, la cuestión de si una persona es un hombre o una mujer sigue desempeñando un papel importante en algunos ámbitos del derecho, por ejemplo en el derecho de familia, el derecho penal, el derecho laboral o el derecho de sociedades. Por lo menos, los tiempos en los que una mujer (casada o no) estaba privada del derecho de disponer de sus propios bienes o de adquirirlos de forma independiente han terminado. En los casos en los que determinados ámbitos del derecho siguen recogiendo una distinción por razón de género, sus normas se someten a una presión cada vez mayor para justificar su aplicación. A largo plazo, la cuestión fundamental es si la distinción legal entre hombre y mujer o entre padre y madre debe y puede mantenerse en todo caso. En lo que aquí interesa, es igualmente importante destacar que, en la Europa actual, no se puede cambiar de género en ningún sitio de forma exclusivamente privada; se requiere siempre algún tipo de implicación estatal. Tampoco se puede adquirir el género por contrato, ya sea de forma permanente o por un periodo de tiempo limitado. Para algunos deportistas nacidos con características de ambos sexos, ésta sería la solución a su problema.

VI. PARTICIPACIÓN EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS

No todas las instituciones de derecho privado están abiertas sin restricciones a todas las personas. Por el contrario, el sistema jurídico dificulta el acceso de algunos colectivos a determinadas opciones de derecho privado o incluso les niega su acceso. Esto también es objeto de una presión creciente desde el ámbito de los derechos humanos. Baste recordar que, según el apartado 6 del artículo 1 de la LPA, Ley inglesa del derecho de propiedad de 9 de abril de 1925, «a legal estate is not capable of... being held by an infant». Esto no es compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño a pesar de la mitigación del rigor de esta norma en el derecho fiduciario [del *trust*] y a pesar del posible contraargu-

mento de que se trata de otra forma de distinguir entre «capacidad activa y pasiva» (el niño tiene los derechos, el fiduciario [*trustee*] los ejerce en nombre del niño). Sigue siendo cierto que el niño no tiene *rights at law* [sino *rights in equity*]. Por el contrario, es concebible que el Derecho de cosas conceda a las personas con discapacidades físicas más derechos frente a sus conciudadanos que a las personas que no sufren esas particularidades. Esto puede verse, por ejemplo, en la jurisprudencia italiana relativa a los derechos de servidumbre de paso reconocidos a las personas con discapacidades motrices.

VII. *JUS COGENS*

El Derecho de la persona establece, asegura y configura la participación del individuo en el sistema jurídico privado. La subjetividad jurídica (o la condición de persona) es el requisito previo para la *active legal capacity*, la *capacidad jurídica activa* es una expresión de la subjetividad jurídica. La integridad física y la dignidad sustentan y presuponen la *capacidad jurídica pasiva y activa*. La atribución de un género abre y cierra, al menos en la actualidad, el acceso a determinados ámbitos del Derecho privado. Y, por último, los seres humanos no sólo tienen un nombre para que puedan reconocérseles derechos, sino también para que no tengan que ser identificados con signos, números o incluso sólo códigos de barras (como mercancías). Ciertamente, muchas personas comparten *un mismo nombre*, pero no es, al menos en los sistemas continentales, *el mismo nombre*. En las circunstancias actuales en Europa, no sería aceptable, desde el punto de vista de la protección de la dignidad, sustituir los nombres por números, aunque los llamados códigos de identificación aumenten en todas partes.

El derecho de la persona se ocupa de normas que escapan a la autonomía privada. Nadie, ni siquiera un adulto sano, puede decidir sobre las características que el sistema legal le asigna en nombre de su personalidad. «Los derechos naturales vinculados a la personalidad no pueden ser enajenados ni renunciados» (artículo 19.2 del Código Civil de la República Checa); en Francia, se aplica el principio de indisponibilidad del estado civil (*indisponibilité de l'état des personnes*). Por consiguiente, se trata de distinguir entre aquellas transacciones que pueden acogerse a las formas del derecho privado y aquellas otras para las que el derecho privado ya no ofrece o no puede ofrecer un marco normativo. El derecho de la persona impide que las personas se sitúen por encima de sí mismas o de los demás. La dignidad humana implica límites al poder de disposición sobre uno mismo.

VIII. TERMINOLOGÍA

En los sistemas jurídicos europeos se habla repetidamente de que los seres humanos tienen derechos «inalienables», «indisponibles», «invendibles» o «intransferibles». Esto no es muy adecuado. Cuando se habla de «transmisión», se está haciendo referencia a derechos patrimoniales individuales; aquí no se trata de eso. El hombre no «adquiere» su personalidad, ni siquiera «por nacimiento»; ésta le es asignada por el ordenamiento jurídico desde su nacimiento. En esencia, el ordenamiento jurídico privado recoge todas las características que, a su juicio, constituyen al hombre como persona. En otras palabras, ningún ser humano puede liberarse de su propia persona, dividirla o donarla a otra persona, ni por declaración unilateral ni por contrato. Desde una perspectiva constitucional, esto es evidente; desde una perspectiva puramente iusprivatista, este punto es mucho más difícil de tratar.

IX. SENSIBILIDAD DEL DERECHO DE LA PERSONA AL DERECHO CONSTITUCIONAL

Por su propia naturaleza, el derecho privado de la persona está configurada por los derechos humanos y fundamentales. Al fin y al cabo, estas dos áreas del derecho tratan asuntos íntimamente relacionados. Sin embargo, una vez más, la terminología se convierte en un problema. Considero que los «derechos humanos» son derechos subjetivos que tienen su origen en un tratado internacional, y los «derechos fundamentales» son derechos que tienen su origen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o en una Constitución escrita de un Estado, e incluyo ambos, en cuanto *a su contenido*, entre los objetos del derecho constitucional. En principio, los «derechos humanos» se aplican a todos; los «derechos fundamentales» pueden tener un alcance personal o territorial más reducido. Una cuestión independiente de esto es el estatus de tal derecho constitucional en cuanto a la jerarquía de las leyes. Las «libertades fundamentales» también son ambiguas. La Convención Europea de Derechos Humanos los define como *derechos humanos y libertades fundamentales*. En el contexto del Derecho de la Unión Europea, en cambio, las «libertades fundamentales» representan las libertades de los ciudadanos de la UE relacionadas con el mercado único. Estas libertades crean, entre

otras cosas, un amplio derecho a la movilidad, que no debe ser violado ni siquiera por las normas de derecho personal (por ejemplo, las normas sobre el nombre de los hijos, el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en la UE o el matrimonio de personas menores de edad).

X. LAS FUENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lamentablemente, no tengo tiempo para abordar aquí ni siquiera las fuentes más importantes de los derechos humanos y fundamentales. Además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con su prohibición de la esclavitud (art. 4) y de la discriminación racial (art. 2), me gustaría mencionar especialmente el artículo 15 (2) de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW), que dice: «Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento ante las cortes de justicia y los tribunales». Esto es claramente contrario, *inter alia*, al derecho de la *sharia*, a cuyo amparo se celebran hoy un gran número de contratos, incluso en Europa. El artículo 15 (3) de la CEDAW es aún más específico: «Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo». El artículo 16 (1)(g) también obliga a los Estados a conceder a las esposas «el mismo derecho a elegir apellido» que a los hombres. En virtud del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, todo niño debe ser inscrito en un registro inmediatamente después de su nacimiento y tiene derecho, desde su nacimiento, a un nombre. (Por lo tanto, sería contrario a la Convención atribuir efecto constitutivo únicamente a la inscripción. Una persona no tiene nombre porque está registrada. El nombre está registrado porque le es dado por la aplicación de la ley). El artículo 8 establece un deber estatal de protección, que se concreta en los artículos 34 y 36 (protección contra la explotación), y el artículo 35 prescribe medidas contra la trata de niños. El artículo 12 (2) de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce «que las perso-

nas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». Para aplicar este principio, el artículo 12 (3) de la Convención establece que los Estados Partes deben adoptar «medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». Se trata de un claro rechazo a las normas de la interdicción y la incapacitación.

Por supuesto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y sus protocolos adicionales (CEDH) es especialmente relevante para nosotros, los europeos. Sus garantías más importantes desde el punto de vista del Derecho privado se encuentran en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y en el artículo 14, que establece que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo...». Cada vez es más importante el artículo 21 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo) de 4 de abril de 1997, que establece que «el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro».

XI. LA DISTINCIÓN ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS

Hoy en día casi nada está tan protegido en términos de derechos fundamentales y de derechos humanos como la capacidad jurídica de la persona física. Quien goza de capacidad jurídica es una persona y, por tanto, no se pertenece a sí mismo ni a los demás. El hombre es una «persona natural» simplemente porque es un ser humano. Se trata de un axioma que no admite ninguna otra justificación. Va acompañada de un derecho constitucionalmente protegido «a» la capacidad jurídica. Está estrechamente relacionado con la protección constitucional del derecho a la vida humana. El hombre tiene capacidad jurídica mientras viva; los que aún no están o ya no viven no tienen capacidad jurídica. La vida humana es el lado fáctico de la capacidad jurídica; la capacidad jurídica es el lado legal de la existencia como ser humano.

Se suele distinguir entre «capacidad jurídica pasiva», la *capacité de jouissance*, personalidad jurídica o *Rechtsfähigkeit*, y «capacidad jurídica activa», la *capacité d'exercice*, *capacidad de obrar* o *Geschäftsfähigkeit*. Por capacidad jurídica pasiva se entiende entonces la capacidad (abstracta) de ser titular de derechos y obligaciones, por capacidad jurídica activa se entiende la capacidad concreta (el ejercicio) de adquirir y disponer de derechos mediante la propia acción jurídica, y también de obligarse por su propia voluntad asumiendo obligaciones. Sin embargo, la distinción continental entre capacidad jurídica pasiva y capacidad jurídica activa, y esta lección la enseña el derecho inglés, no está exenta de problemas. El derecho que rige la capacidad jurídica está abocado a aplicarse bajo control constitucional. El derecho humano a ser reconocido por el ordenamiento jurídico como titular de derechos y deberes tiene su razón última en la protección de su dignidad. Esto significa que todo ser humano debe estar dotado de la capacidad de participar sustancialmente en la vida jurídica. Por esta razón, como ya se ha mencionado, es problemático, en términos de derechos humanos, privar a los menores de la «titularidad» de las tierras. Y en última instancia, por la misma razón, la incapacitación ya no es defendible en términos de derechos humanos. No debemos olvidar nunca que la separación entre la titularidad del derecho y el ejercicio del derecho es un truco popular de todos los estados totalitarios.

XII. ESCLAVITUD

Una consecuencia directa del derecho a la capacidad jurídica pasiva es, por supuesto, la prohibición de la esclavitud, que hoy damos por sentada. En realidad, sin embargo, la esclavitud sigue existiendo y se conoce como *esclavitud moderna*. La esclavitud moderna no es «esclavitud» en el sentido del artículo 4 del CEDH, que utiliza la noción en el sentido tradicional del concepto; sus crueles manifestaciones deben ser combatidas sobre todo desde el derecho penal. Desde el punto de vista del Derecho privado, se trata de una violación de la dignidad. Las víctimas de la esclavitud moderna no pueden ser objeto de un contrato (válido). En el ámbito de las reclamaciones extracontractuales por responsabilidad civil y enriquecimiento injusto, debe dotarse a las víctimas de mejores oportunidades para emprender acciones legales contra las grandes empresas que no controlan adecuadamente a sus sub-

contratistas en los países con salarios bajos, así como proporcionar a los explotados una asistencia jurídica rápida y eficaz.

XIII. TIPOS DE VIOLACIONES CONSENTIDAS DE LA DIGNIDAD

En un intento de reducir la distinción entre contrato y responsabilidad civil a un simple denominador, podría decirse que un contrato es algo fundamentalmente bueno y un acto ilícito es algo fundamentalmente malo. Los actos ilícitos violan el derecho de otro; los contratos se basan en el acuerdo de las partes. Por supuesto, la relevancia jurídica de estos acuerdos tiene sus límites; en el ámbito del derecho contractual, esto se manifiesta cuando se dispone, a menudo, que los contratos contrarios a la ley y a la moral son nulos (o al menos «inejecutables»). Esta perspectiva interna del derecho contractual, por supuesto, data de una época en la que los derechos fundamentales y los derechos humanos todavía no desempeñaban ningún papel, o como mucho un papel político y programático. Hoy, las cosas son fundamentalmente diferentes, al menos en la Europa continental. El Derecho constitucional, y no el derecho contractual, es el que debe prevalecer. Por lo tanto, es esencialmente irrelevante la forma en que el derecho contractual sancione, por iniciativa propia, las violaciones de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, incluso si enuncia, junto a la ley y la moral, los artículos constitucionales pertinentes que desencadenan la sanción de nulidad. Se trata simplemente de determinar el ámbito de actuación que el derecho constitucional asigna al derecho contractual. Esto se aplica en particular a la vulneración del derecho a la dignidad; en la medida en que las conductas que atentan contra la dignidad son sistemáticamente materia del derecho de daños, este se ha convertido ya, en algunos lugares, en una pieza clave del derecho constitucional privado. El derecho contractual debería avanzar en esta dirección. La dignidad humana es una categoría tan fundamental que no depende de argumentos auxiliares como que los contratos inhumanos son «inmorales», aunque una de las partes haya aceptado su propia degradación. Precisamente, en estos casos, no se trata en absoluto de un hecho de derecho contractual interno, sino de un hecho puramente fáctico que se produce fuera de la organización de la vida jurídicamente posible, no porque sea inhumano o ilícito, sino porque el derecho constitucional cierra el acceso de las partes a las normas del derecho contractual. Cuando se trata de violaciones de la dignidad humana, ya no hay

forma de distinguir entre los efectos «verticales» y «horizontales» de los derechos constitucionales y los derechos humanos.

Por supuesto, las violaciones de la dignidad que se llevan a cabo de mutuo acuerdo son mucho menos frecuentes que las causadas por otros. Se pueden distinguir dos esferas básicas; una en la que se incluyen las intervenciones sobre el propio cuerpo y otra en la que se incluyen degradaciones que dejan intactas las condiciones físicas de la persona afectada. Ya hemos dado ejemplos de esta segunda esfera en la sección anterior. Con referencia directa al artículo 1 de la Constitución alemana y sin la «desviación» hacia el artículo 138 del Código Civil alemán (contratos inmorales), el Tribunal de Apelación Laboral de Düsseldorf, acertadamente, consideró ineficaces las denominadas «directrices éticas» (¡!) de una cadena de grandes almacenes estadounidenses que pretendían prohibir las relaciones personales privadas entre sus empleados si afectaban a las «condiciones de trabajo». Ahora bien, el enfoque de la discusión más reciente sobre la incidencia del derecho constitucional en la autonomía privada, se ha desplazado a los acuerdos que tratan tanto de la eutanasia como de otros contratos que afectan a las funciones corporales de los seres humanos: la maternidad subrogada, el comercio de órganos y tejidos o la cirugía de reasignación sexual. Por razones de tiempo, me limitaré a hacer aquí a algunas observaciones finales sobre la muerte asistida.

XIV. LA MUERTE ASISTIDA

La muerte asistida es un tema muy sensible. La mejor manera de entenderlo es como un grupo de casos variados, que están más cerca del homicidio que del suicidio, y cuya particularidad más característica es que se trata de personas que quieren abandonar la vida de manera autodeterminada, pero que (ya) no pueden realizar este deseo a través de su propia actuación; dependen de la ayuda externa. El Estado tiene el deber de proteger tanto la dignidad como la vida de las personas que viven dentro de su esfera de influencia; en consecuencia, tanto la dignidad como la vida están libres no sólo de la arbitrariedad estatal, sino también de la arbitrariedad privada. Nadie puede erigirse en dueño y señor de la vida y la muerte de otro, ni siquiera con su consentimiento o como su «representante», ni tampoco importa que se trate de un adulto sano o de un recién nacido enfermo.

XV. EXPOSICIÓN DE CASOS

La muerte asistida abarca una amplia gama de supuestos.

(i) La forma (indirecta) de la eutanasia es comparativamente poco problemática, ya que se trata de un mero tratamiento del dolor (o cuidados paliativos) destinado a aliviar el «crepúsculo» de un moribundo y, por tanto, también se permite si va acompañada de un acortamiento de la vida como efecto secundario no deseado, pero inevitable. En sentido estricto, no hay ninguna razón de peso para reservar esta forma de eutanasia al personal sanitario o incluso a los médicos. Se trata aquí de evitar los abusos y las dificultades para probar los hechos.

(ii) La eutanasia en forma de suicidio asistido se produce cuando un médico o una persona cercana al suicida permanece al lado de la persona afectada hasta el último acto necesario para el suicidio, pero no interviene y respeta el deseo de la persona de no ser reanimada. La persona que sufre acelera su propia muerte y el profesional sanitario no interviene. Esto, según opinión autorizada, tampoco es un delito, porque refuerza el derecho de autodeterminación del paciente, propio de su dignidad. El médico no incumple sus obligaciones contractuales; las cumple porque su contenido ha cambiado.

(iii) La eutanasia en forma de interrupción del tratamiento suele denominarse incorrectamente «eutanasia pasiva». En principio, es posible interrumpir el tratamiento en cualquier momento a petición del paciente; nadie que pueda hacer una declaración jurídicamente vinculante puede ser tratado contra su voluntad fuera de las relaciones especiales de derecho público (por ejemplo, en las prisiones). Cualquier otra cosa constituiría una violación del derecho de autodeterminación del paciente y de su derecho a la vida privada. No importa si depende de un tratamiento para prolongar su vida, ni tampoco si padece una enfermedad que es curable. La interrupción del tratamiento sólo es problemática si el paciente no puede solicitarlo debido a su estado de salud actual.

La situación más difícil y al mismo tiempo más controvertida es (iv) aquella en la que un paciente que se ha vuelto incapaz de formar su propia voluntad (por ejemplo, debido a una demencia avanzada) ya no puede ser «tratado» médicamente. Sólo puede recibir cuidados, pero sufre de forma incurable condiciones insoportables y ha expresado su voluntad de morir en libre autodeterminación, pero ya no es capaz de ponerla en práctica. El último paso debe darlo un médico que haya consultado previamente a otros médicos y a familiares cercanos con detenimiento. Se trata, pues, de un caso especial

de homicidio por encargo. No se trata de una interrupción del tratamiento, sino de una interrupción de los cuidados. Aunque se lleva a cabo mediante un homicidio activo, sirve para poner fin a un sufrimiento grave, de conformidad con las normas de procedimiento y la diligencia debida. A diferencia de la forma básica de homicidio por encargo, se trata de un acto de asistencia médica. El paciente no utiliza su situación para convertir a otros en el instrumento de su deseo de muerte; ya no es capaz de hacerlo, aunque lo haya deseado mientras estaba sano. El deseo de morir expresado anteriormente es ahora sólo un indicador de que el sufrimiento se ha vuelto realmente insostenible. Esta situación no puede decidirse reduciéndola a una disputa sobre la existencia o ausencia de un «derecho a morir».

XVI. NO HAY PARÁMETROS EN LOS DERECHOS PRIVADOS

En el derecho privado, vivir y morir no son factores sujetos al poder de disposición del individuo. Quien se suicida no dispone de la vida; una persona que se suicida no actúa, si y en la medida en que no hay otra persona implicada, en ejercicio de un derecho subjetivo, sino que actúa completamente al margen del ordenamiento jurídico. La norma legal siempre presupone la presencia de al menos dos personas; hoy en día, el suicidio es sólo y como mucho un hecho jurídicamente relevante si se trata de un incitador o de un cómplice. En la regulación de la muerte asistida, una persona permanece dentro del ordenamiento jurídico por la misma razón; aquí también debe intervenir una segunda persona. Sin embargo, esta última persona tampoco «dispone» de la vida, porque no hay ningún derecho que habilite para «disponer». La vida, incluso la propia vida, no es un derecho subjetivo disponible y, desde luego, no es un derecho privado. En consecuencia, todas las discusiones sobre si un «derecho a morir» complementario se desprende del «derecho a la vida», protegido por el derecho constitucional y los derechos humanos, desvían la atención. Sólo hay un derecho (objetivo) a la vida y la muerte (*a law of life and dying*), no un derecho (subjetivo) a vivir y morir (*not a right to life and die*).

XVII. EQUILIBRAR LOS INTERESES EN JUEGO

La principal dificultad es desarrollar un conjunto de reglas para las personas que quieren abandonar la vida de forma autodetermi-

nada, pero que no pueden (ya) realizar este deseo a través de su propia actuación. Dependen de la ayuda externa, lo que al mismo tiempo significa que no sólo se trata de la dignidad de la persona enferma, sino también de la dignidad de sus familiares y de los profesionales médico y farmacéutico que le acompañan. De acuerdo con el Derecho constitucional, el interés público en la prevención de los malos tratos, incluido el abuso en los cuidados parentales, también desempeña un papel importante, porque el Estado tiene el deber de proteger la vida de las personas sujetas a su autoridad. Por el contrario, no puede deducirse de ningún texto constitucional que exista un interés público en la prevención de la muerte, lo que obligaría a preservar el sufrimiento de una persona a toda costa, incluso en contra de su voluntad.

El derecho a la muerte asistida debe guiarse principalmente por la situación de la persona afectada. Él o ella está en el centro. Sin embargo, hay límites infranqueables y se castiga en todas partes si el homicidio por encargo se produce fuera de la atención médica de los pacientes gravemente enfermos. Ahora bien, la situación en la que se encuentra esta persona, no puede compararse con la situación en la que un hombre cansado de la vida arrastra a otros a su propia miseria por su deseo de morir. La forma de hablar del derecho a vivir o morir sólo provoca un endurecimiento innecesario de la ley en una situación extrema de la existencia humana, en la que la persona afectada es dependiente de los cuidados. No existe ni un «acreedor» ni un «deudor» de un supuesto «derecho privado» subjetivo a morir. Pero esto no cambia el hecho de que, dependiendo del contexto, la muerte autodeterminada tiene implicaciones para los derechos públicos subjetivos de quienes quieren respetar la autodeterminación del paciente.

XVIII. ALCANZAR UN ACUERDO

Ambas posiciones deben conciliarse en la práctica dentro de un marco objetivo que evite los abusos. Esto no puede lograrse mediante las distinciones tradicionales entre acción y omisión, mediante la distinción entre eutanasia «activa» y «pasiva», ni tampoco de forma convincente mediante la noción de control físico del acto en cuestión. Se trata más bien de determinar los límites del deber del Estado de proteger la vida de acuerdo con los principios de dignidad y proporcionalidad. Para ello, el legislador necesita un amplio margen de apreciación, pero también la fuerza para liberarse, sin pérdida de seguridad jurídica, de las puntillosas simplifica-

ciones de antaño. La cuestión clave, que al final siempre está en juego, es determinar cuándo la muerte de una persona debe atribuirse a la acción y voluntad de otra, y éste es un problema normativo al que sólo puede darse respuesta valorando todas las circunstancias del caso concreto.

XIX. LA SOLUCIÓN BELGA

Una de las leyes que ha alcanzado con especial éxito el equilibrio con el espíritu del Convenio de Oviedo es la Ley belga sobre la eutanasia de 28 de mayo de 2002. La ley define la eutanasia como «un acto realizado por un tercero, para acabar intencionadamente con la vida de una persona, a petición de ésta» (art. 2) y añade en el artículo 3 § 1 que el médico que practica la eutanasia «no comete un delito» si está convencido de que el paciente es mayor de edad o está emancipado y, en el momento de la solicitud, tiene capacidad de obrar y es consciente de que la petición se ha hecho de forma voluntaria, reflexiva y reiterada y no se ha hecho bajo presión externa», que el paciente se encuentre en una situación médica desesperada y que alegue un sufrimiento físico o mental constante e insoportable que no pueda ser aliviado por ser consecuencia de un accidente o enfermedad grave e incurable, y que observe las condiciones y procedimientos prescritos por la presente ley». El médico debe consultar a un colega independiente, asesorar al paciente y llegar a la conclusión de que «no hay otra solución razonable». El paciente debe tener la oportunidad de «discutir su solicitud con las personas que desee» (art. 3 § 2). Se aplican precauciones especiales si la muerte es claramente improbable en un futuro previsible (art. 2 § 3). La voluntad del paciente debe constar por escrito y puede ser revocada en cualquier momento (art. 4). En un capítulo aparte, la ley regula el documento de instrucciones previas, al que llama convincentemente «declaración anticipada» (art. 4 § 1). En ella, «cualquier adulto capaz o menor emancipado puede, para el caso de no ser capaz de expresar su voluntad, hacer una declaración escrita en la que manifieste su deseo de ser asistido por un médico» en circunstancias que se describen detalladamente «para asistir a la eutanasia». El médico que cumple con esta declaración de intenciones previa no comete un delito en las circunstancias especificadas en el artículo 4 § 2. Una Comisión federal de control y evaluación, compuesta por 16 miembros, elabora, entre otras cosas, un documento de registro y, a partir de él, comprueba la legalidad de las medidas médicas (arts. 6 a 13). Esta ley repre-

senta una conquista de la muerte humanizada; despenalizó la llamada eutanasia, porque el legislador quiso dar prioridad a la autonomía del paciente frente a la defensa de la vida a toda costa. En los Países Bajos se aplica un régimen similar.

XX. REFLEXIONES FINALES

Como ya señalé, podría haber ejemplificado mi tema con otras cuestiones como la maternidad subrogada o las numerosas implicaciones constitucionales que caracterizan el moderno derecho a pertenecer a un sexo. Desgraciadamente, tuve que lidiar con un solo ejemplo. Lo importante para mí era demostrar que el derecho contractual moderno debe estar orientado, en mucha mayor medida de lo que está generalmente admitido, al derecho constitucional, que es superior a él y, por tanto, al concepto de dignidad humana. El derecho contractual sólo existe en el marco que le asigna el derecho constitucional; todo lo que ocurre fuera de este marco no es objeto de una obligación relevante para el derecho contractual. Parece, pues, necesario definir ahora este marco de forma más consciente y, acaso, cuestionarse la actitud tradicional de los académicos que trabajan en el ámbito del Derecho privado de considerar su área como la disciplina suprema del Derecho.

Jornada sobre «Perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar». 20 de diciembre de 2022. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid¹

PILAR BENAVENTE MOREDA
Profesora titular Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO:–I. Introducción. Presentación.–II. Solidaridad en el seno de las relaciones paternofiliales.–III. Solidaridad familiar en el seno del matrimonio y en las situaciones de crisis matrimoniales.–IV. Nuevos modelos familiares, nuevos cauces solidarios. El valor de la socioafectividad. Las familias reconstituidas.–V. Solidaridad en el ámbito sucesorio. El debate sobre las legítimas.–VI. Clausura de la Jornada.

I. INTRODUCCIÓN. PRESENTACIÓN

1. El pasado día 20 de diciembre se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, con una asistencia de más de cien personas, una Jornada sobre *Perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar*, en el marco del Proyecto de Investigación «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros», del que son

¹ Jornada organizada en el ámbito del Proyecto de Investigación: «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros», financiado por PID2019-104226GB-I00/AEI/10.13039/501100011033. Ministerio de Ciencia e Innovación/Agencia Estatal de Investigación. La presente reseña se enmarca igualmente dentro del citado Proyecto de Investigación.

Investigadoras principales las profesoras Alma M.^a Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda. La Jornada se desarrolló de forma presencial, pudiendo seguirse igualmente a través del canal de YouTube de la facultad².

El objetivo de la sesión era, fundamentalmente, presentar algunas de las cuestiones esenciales y más actuales del principio de solidaridad familiar dentro del actual Derecho de familia y sucesiones y debatir con los asistentes sobre ellas. En el contexto de los objetivos del Proyecto de investigación en cuyo marco se planteaba la Jornada, se trataba de destacar, a través de las intervenciones previstas, los profundos cambios que se están produciendo en la realidad vivida en el Derecho de familia y sucesiones y que deben ser debatidos y recogidos de forma conveniente por los textos legales. Se contó para ello con la participación de expertos conocedores de la materia, como con la magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo y Catedrática de Derecho civil, María Ángeles Parra Lucán; la Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de la Laguna (Tenerife), María Aránzazu Calzadilla Medina; Esther Farnós Amorós, profesora *Tenure-track* de Derecho civil y Josep Ferrer i Riba, Catedrático de Derecho civil, ambos de la Universidad Pompeu i Fabra (Barcelona); Marisa Herrera, abogada y profesora de Derecho de familia y sucesiones de las Universidades de Buenos Aires y Avellaneda (Argentina); José María Miquel González, Catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid y Juan Álvarez-Sala Walther, notario del Ilte. Colegio de Madrid.

2. En la inauguración de la Jornada, a cargo del Decano de la Facultad, Juan Arrieta y Martínez de Pisón, éste destacó la actualidad y relevancia de su temática, que trasciende al Derecho civil.

La profesora Rodríguez Guitián, como directora e IP del proyecto organizador de la Jornada, por su parte, destacó los aspectos más relevantes que justificaban la conexión de las diferentes intervenciones de los ponentes, poniendo de relieve, al mismo tiempo, los aspectos y objetivos esenciales perseguidos como resultado de la Jornada en relación con el proyecto de investigación. Se hizo eco de la necesidad de revisar la evolución del principio de solidaridad familiar para descubrir en qué ámbitos del Derecho de familia y sucesiones se mantiene invariable, en cuáles se ha modificado o ampliado y en cuáles ha podido llegar a extinguirse. Con tal objetivo, se hacía patente el elemento clave y central en la Jornada y en

² Se puede acceder a la grabación de la Jornada en el Canal de YouTube de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (<https://www.youtube.com/c/FacultadDerechoUAMadrid?app=desktop>).

el Proyecto: ¿de qué debemos hablar cuando hablamos de la familia en la actualidad? Más allá de los lazos de sangre, se abre paso en esas relaciones familiares una nueva y diversa realidad de la mano de las relaciones solidarias o socioafectivas, que no debe obviarse y que permite poner en revisión los antiguos paradigmas de las relaciones familiares. Este es el punto esencial de conexión entre las distintas ponencias y la clave de bóveda de la Investigación que les sirve de apoyo.

3. Sobre estas premisas, la Jornada giró sobre cuatro ejes esenciales: la solidaridad familiar en el seno de las relaciones paterno-filiales; la presencia de este principio en el ámbito del matrimonio y en las crisis matrimoniales; los nuevos cauces solidarios dentro de los nuevos modelos de familia, a través del valor y relevancia que está adquiriendo la socioafectividad como elemento de vinculación entre personas que carecen de relaciones de parentesco; y, por último, la solidaridad en el ámbito del Derecho sucesorio, que conduce necesariamente al debate sobre las legítimas. Sobre dichos ejes, la Jornada se articuló a través de una conferencia magistral y tres mesas redondas según se detalla a continuación.

II. SOLIDARIDAD EN EL SENO DE LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

1. Dentro del primer eje temático, sobre «Solidaridad familiar en el ámbito de las relaciones paternofiliales», *María Ángeles Parra Lucán* dictó la conferencia inaugural, disertando sobre la aplicación y valoración de este principio en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Destacó para ello la existencia de tres bloques donde el principio de solidaridad adquiere una especial relevancia: el de los alimentos de menores, el de la atención y protección de los hijos mayores de edad dependientes económicamente y el de la protección de las personas mayores vulnerables o con discapacidad.

2. Previo al análisis de los supuestos concretos, quiso resaltar el carácter parcial de la información que se desprende de las decisiones del Tribunal Supremo en tanto en cuanto, por un lado, afectan a las situaciones patológicas que llegan a los tribunales y no son reflejo completo del funcionamiento normal de las relaciones familiares, y, por otro lado, no representan la totalidad de los aspectos que afectan al día a día de dichas relaciones. Igualmente, la ponente destacó la necesidad de tener en cuenta que, en la realidad de las

relaciones familiares, parece casi de carácter «natural» la existencia de dicha solidaridad en los comportamientos y conductas asistenciales, cuya protección resulta de interés para el Estado en su labor de protección social de la familia constitucionalmente amparada por el artículo 39 CE. Quizás debería destacarse en este punto, dentro de sus primeras palabras, la necesidad, ya manifestada desde otros ámbitos del Derecho, de revisión legislativa de la normativa sobre determinación de la filiación realizada de forma globalmente armonizada, en tanto en cuanto nos encontramos sometidos al principio de legalidad que debe imbuir la aplicación del Derecho por los operadores jurídicos, pero en el que se evidencia una clara insuficiencia normativa ante las nuevas realidades a las que el Derecho se enfrenta.

3. Sobre estos pronunciamientos generales, entrando ya al primer bloque, relativo al tema del derecho de alimentos de los menores de edad, existe un punto de vista diferente en cuanto a sus exigencias que deriva de la especial protección de niños, niñas y adolescentes como principio de orden público, que hace que se puedan aplicar soluciones de oficio en determinadas ocasiones. Atendiendo al deber de asistencia de los padres respecto de los hijos conforme al artículo 39.3 CE, estamos ante una exigencia de protección que deriva de la filiación y que es exigible, aunque haya habido una privación de la patria potestad.

Al hilo de las anteriores afirmaciones, la ponente analizó el contenido de varias sentencias recientes, todas ellas de la Sala Primera del Tribunal Supremo, relativas a algunos de los temas más debatidos en los últimos tiempos sobre la materia (especialmente, prestación de alimentos en los casos de custodia compartida derivada de la desigualdad económica entre los progenitores, privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes de cuidado y asunción de la tutela por parte de la Administración o suspensión de la obligación del pago de alimentos en los supuestos de imposibilidad material de hacerlo por el progenitor, frente a la exigencia tradicional de abono del mínimo vital).

En este contexto, resultaba relevante mencionar una sentencia de 23 de abril de 2018, en la que se abre la puerta al análisis de la valoración de la indignidad de un progenitor como consecuencia de su conducta reproachable, por falta de atención respecto de su hijo menor, que termina falleciendo. El interés de la sentencia se evidencia por la conexión que puede tener un supuesto de privación de la patria potestad por desatención física y moral por parte de un progenitor respecto de un hijo con la declaración de indignidad de tal progenitor para sucederle y, consecuentemente, con la

posibilidad igualmente genérica de pérdida por parte del progenitor, si llegara el caso, del derecho de alimentos como acreedor de sus hijos. Más allá, por tanto, de la acción de privación de paternidad entablada por la madre inicialmente, extinguida por el fallecimiento del menor y continuada por la misma para abrir el proceso de declaración de indignidad del padre, resulta interesante en este caso el posicionamiento del Tribunal Supremo, donde se entiende que se produjo un abandono considerado como causa de indignidad derivado del abandono no solo económico sino también emocional del menor dependiente. La relevancia de esta decisión permite reflexionar sobre la idea y entendimiento del abandono en relación con la falta de cuidados y afectos.

4. Dentro del segundo bloque, relativo a los alimentos de hijos mayores de edad, señalaba la magistrada que, efectivamente, existe obligación de satisfacer alimentos en situaciones de dependencia, pero que juega un papel esencial la valoración de la conducta o actitud de los hijos en relación con los padres, así como la búsqueda del trabajo. Ello tendrá relevancia hacia el futuro en las obligaciones de los padres de satisfacer alimentos de estos hijos más allá de la mayoría de edad y en la problemática procesal que se plantea en relación con la posible reclamación de tales alimentos al progenitor que continúa viviendo con ellos, así como el derecho a recibir esta prestación alimenticia por parte del progenitor demandante y no directamente por el hijo alimentista. Esta situación, apuntó la ponente, tendrá que cambiar a futuro en los casos en los que existiera custodia compartida.

Igualmente realizó un análisis muy detallado de la casuística vinculada con los alimentos de los hijos mayores de edad con capacidad para valerse económicamente por sí mismos, pero sin trabajo, o de aquellos que carecen de medios y capacidad y continúan en el hogar paterno: los denominados «ninis» y aquellos a los que denominaba la ponente «sisis».

De nuevo en este segundo eje de su exposición, adquiriría relevancia el valor que haya de darse, como causa de extinción de la prestación alimenticia –con las connotaciones que ya hemos resaltado sobradamente–, a la falta de afectos en los casos de falta de comunicación o conexión entre el progenitor alimentante y los hijos alimentistas. Las Audiencias se han pronunciado en muchas ocasiones al respecto si bien, se apuntaba en la ponencia, que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de hacerlo solo en su sentencia de 19 de febrero de 2019 (STS 502/2019-ECLI:ES:TS:2019:502), en la que se desestima la solicitada extinción de la prestación alimenticia por extinción de la relación personal entre el padre y los hijos mayores de edad.

Se apuntaba por la magistrada que no existe una norma que regule el supuesto de desafección para extinguir los alimentos más allá de incurrir en causa de desheredación, aunque desde la STS de 3 de junio de 2014 (STS 2484/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2484) se hace una interpretación flexible de la desheredación por maltrato emocional, aunque no sea maltrato físico. Esa interpretación flexible de la causa de desheredación por ausencia de relaciones afectivas conduciría igualmente a la posibilidad de dejar de prestar alimentos en supuestos semejantes, lo que se analizaba en la ponencia de forma profusa en relación con la evolución de la posición jurisprudencial, teniendo en cuenta las causas de la desafección y la imputabilidad de esta. La Sentencia ya citada, pese a que declara la improcedencia de la extinción, abre la puerta claramente a la admisión de la posibilidad de que ello ocurra en otro supuesto distinto al que se encontraba juzgando.

5. El último bloque de la exposición se refirió a la situación de las personas mayores dependientes o con discapacidad que requieren, no tanto el pago de una pensión alimenticia, sino una atención por parte de sus hijos o descendientes en los momentos finales de la vida o de deterioro cognitivo vinculado con el proceso de envejecimiento. En este punto, la ponente dio cuenta de diferentes sentencias de relevancia en las que se relacionan directamente prestación de alimentos con las atenciones asistenciales por parte de los hijos y las consecuencias que ello tiene directamente en relación con los derechos legítimos de los hijos tras el fallecimiento del progenitor alimentista. Son numerosos los supuestos en los que, bien la desatención y falta de relaciones personales ha provocado la desheredación por parte de los progenitores por falta de esa atención que pudiera ser entendida como «malos tratos psíquicos» vinculados con la desafección emocional, bien la búsqueda por parte de la persona mayor dependiente de soluciones de atención más allá de los hijos o vinculadas con alguno solo de ellos provoca la reclamación de los legitimarios al fallecimiento del progenitor por haber quedado perjudicados sus derechos como tales.

En esencia, resurge nuevamente el valor de la «afectividad» o la ausencia de ésta, vinculada con la falta de atenciones como causa posible de desheredación por ingratitud, lo que está conectado directamente con el mantenimiento y el respeto a los derechos legitimarios de herederos forzosos. Lo que está llegando al Tribunal Supremo son las consecuencias de la falta de cuidado o atención, la ingratitud de los hijos en la atención de los padres, lo que está conectado con el tema de la ponencia y con el sistema de legítimas. Ciertamente, se apuntaba por la ponente que, desde que en 2014 el

Tribunal Supremo incluyera el maltrato psicológico como causa de desheredación, con los correspondientes matices, ha tenido una clara repercusión en la evolución jurisprudencial. Así, en sentencias posteriores aflora claramente el tema, considerando la validez de la desheredación ante una conducta activa de los hijos desheredados por maltrato psicológico. En otros dos supuestos se valora la desheredación como injusta, porque esa falta de relación no le era imputable exclusivamente a los hijos, lo que está conectado con la ausencia de relación derivada de una crisis matrimonial que origina el distanciamiento.

Se han recogido aquí algunas de las valoraciones realizadas por la magistrada, María Ángeles Parra Lucán, sin perjuicio de que se pueda consultar su íntegra intervención en el canal de YouTube de la Facultad de Derecho, como ya se ha indicado.

III. SOLIDARIDAD FAMILIAR EN EL SENO DEL MATRIMONIO Y EN LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES

1. Dentro de la primera mesa redonda, destinada al análisis de la solidaridad familiar en el seno del matrimonio y en las situaciones de crisis, se presentaron las ponencias de las profesoras *María Aránzazu Calzadilla Medina* y *Esther Farnós Amorós*, afrontando respectivamente la *Valoración de la compensación por desequilibrio económico*, prevista específicamente en los artículos 97 y ss. CC, y *Los criterios de cuantificación de la compensación por trabajo doméstico en la separación de bienes, prevista en el artículo. 1438 CC*. En ambos casos, las ponentes hicieron una revisión de la más reciente jurisprudencia sobre las materias abordadas, así como de los aspectos más relevantes de ambas cuestiones precisamente vinculados con los objetivos esenciales de la Jornada: la revisión del principio de solidaridad familiar con el objeto de delimitar su alcance real.

2. La intervención de la profesora *Calzadilla Medina* se centró en los aspectos más relevantes y debatidos actualmente de la compensación por desequilibrio económico tras la ruptura, tales como la determinación de los criterios que justifican actualmente la existencia del desequilibrio, la relevancia y la valoración posible de la convivencia anterior al matrimonio para la determinación de la compensación, la posibilidad de tomar en consideración el incumplimiento de los deberes conyugales constante el matrimonio para la fijación de la compensación, su temporalidad y, en su caso, su compatibilidad con la compensación por trabajo domésti-

co prevista en el artículo 1438 CC de la que hablaría posteriormente la profesora Farnós.

Aquí se centra la relación en el ámbito de la crisis matrimonial y en las compensaciones entre cónyuges o excónyuges derivados del desequilibrio que genera la separación o divorcio. La esencia personalísima del derecho se presenta en el marco de la justicia rogada y se considera una manifestación de la solidaridad conyugal con función reequilibradora de una situación potencial de igualdad de oportunidades.

La ponente puso de manifiesto de forma magistral el estado actual de la prestación compensatoria. En su intervención, debe resaltarse, en tanto en cuanto nos vincula con la esencia de las Jornadas y el Proyecto de Investigación del que trae causa, cómo la ponente se replanteaba si sería procedente llegar a suprimir esta compensación económica atendiendo a la enorme complejidad de su determinación, derivada del hecho de que los operadores jurídicos vienen en la práctica obligados a valorar situaciones de futuro sobre cuáles son las posibilidades y evolución del caso concreto, esencial en esta materia.

La prestación, señaló la ponente, carece de carácter indemnizatorio, pero sí reequilibrador (STS de 10 de marzo de 2009: STS 1130/2009 - ECLI:ES:TS:2009:1130), habiéndose consolidado la idea de que el párrafo 2 del artículo 97 CC sirve no solo para calcular el importe, sino también para valorar la existencia del derecho como tal. Relevante es igualmente el giro que se ha producido en relación con la duración de la prestación tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 163 de 9 de julio) donde, de tener un carácter indefinido inicialmente, se decanta por la temporalidad o por la concesión de una prestación única. Se analiza igualmente el sistema de cuantificación de la prestación en el que se tienen en cuenta no solo los elementos descritos en el artículo 97 CC, sino en la existencia de otros elementos determinantes en virtud de la cláusula de cierre introducida en el apartado 9.º del artículo 97.2, lo que permite tomar en consideración al efecto una atribución posterior de una parte del patrimonio ganancial en el proceso de liquidación o la recepción de una herencia (STS 810/2021 de 25 de noviembre: Roj: STS 4269/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4269) o, por ejemplo, la atribución del uso de la vivienda familiar (incluida por el artículo 219-27 de la Propuesta de Código civil de la APCD), las situaciones de crisis económica o el incumplimiento de los deberes conyugales.

3. Complementando la intervención, la profesora *Farnós Amorós* realizó una completísima revisión jurisprudencial de la figura prevista en el artículo 1438 CC y recogida igualmente de

forma específica en ordenamientos como el catalán. Nos referimos a la compensación por trabajo para la casa, prevista específicamente para el régimen de separación de bienes. Para ello, y con la finalidad de ver el alcance real de la figura, acompañó su presentación de un análisis sociológico y estadístico que permitía ubicar al oyente en el alcance y trascendencia de este tipo de compensación. Se sirvió de facilitar datos sobre la evolución al alza desde 2007 hasta 2021 de los matrimonios contraídos con capitulaciones matrimoniales prenupciales con pacto de régimen de separación de bienes, que han experimentado un aumento en dicho periodo de más de 10 puntos o que se modifican desde un régimen de gananciales (un 38,88 % en 2021). En la misma línea, analizó el contexto en el que nos movemos en cuanto al reparto de las tareas domésticas en el seno del matrimonio, donde el porcentaje de dedicación y de tiempo de dedicación es estadísticamente superior en el caso de las mujeres (brecha de género real), lo que tiene consecuencias económicas para ellas, porque tal distribución desigual del trabajo tiene un coste anual elevado de hasta 8,8 millones de euros anuales e implica una pérdida anual de 2.759 euros al año.

La ponente realizó a continuación de manera minuciosa y con gran rigor académico un repaso de las aproximaciones legales a este tipo de compensación en el Código civil *ex* artículo 1438 y en los artículos 232-5 y 234-9 CCCat. Igualmente, acompañó a su intervención de reflexiones en relación con el resto de los ordenamientos autonómicos que recogen de forma distinta la compensación para el trabajo doméstico. Todo ello con la finalidad de presentar una valoración comparativa de los elementos esenciales a tomar en consideración en cada caso, donde una diferencia esencial con la regulación del Código civil español se encuentra en la exigencia en algunos de ellos de enriquecimiento patrimonial de un cónyuge a costa de la actividad doméstica exclusiva del otro, así como en la necesaria existencia de un desequilibrio entre patrimonios, cuestión que no está prevista en la legislación de Derecho común. En este análisis comparativo, realizó la ponente un recorrido por los textos de la Compilación de Derecho Civil de Islas Baleares, la legislación de Navarra, Aragón, País Vasco y Galicia, para culminar su intervención centrándose en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del artículo 1438 CC en relación, entre otras cuestiones, al alcance y extensión de lo que ha de entenderse por «trabajo para la casa» -y su carácter exclusivo, pero no excluyente-, la exclusión de la exigencia del enriquecimiento injusto o el incremento patrimonial de un cónyuge sobre el otro.

Culminó su interesantísima intervención planteando como reflexiones finales si justifica el carácter voluntario del régimen de separación de bienes una aplicación restrictiva de la compensación del artículo 1438 CC y si podemos entender que las tareas de dirección-coordinación cualificada de la familia son trabajo doméstico susceptible de compensación.

4. A través de ambas intervenciones se presentaron dos aspectos diferentes de solidaridad familiar en los que se compensa el desequilibrio y el trabajo para la casa en las relaciones entre los excónyuges o exparejas de hecho en su caso y en los que, a la vista de la evolución jurisprudencial, se puede entender que el devenir del matrimonio y sus condicionantes ha ido provocando una reinterpretación del principio de solidaridad que pudiera servir de base al abono de estas prestaciones, ampliándolas en algún caso, con una interpretación más flexible de los textos legales (art. 1438 CC) o limitándola parcialmente en otros, en pro de criterios igualmente de solidaridad frente al excónyuge deudor de la prestación.

IV. NUEVOS MODELOS FAMILIARES, NUEVOS CAUCES SOLIDARIOS. EL VALOR DE LA SOCIOAFECTIVIDAD. LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

1. La segunda mesa redonda afrontó el análisis de esos nuevos cauces de solidaridad familiar a los que aludió la profesora Rodríguez Guitián al inicio de la sesión, al indicar que era necesario revisar la evolución del principio de solidaridad familiar para descubrir, como en este caso, nuevos ámbitos del Derecho de familia en los que se está ampliando este principio, haciéndolo extensivo a relaciones derivadas no de las relaciones de parentesco, sino de otros nuevos cauces solidarios, como puede resultar la socioafectividad.

2. De la mano de la abogada y profesora *Marisa Herrera* y del profesor *Josep Ferrer i Riba*, tuvimos la ocasión de comprobar cómo se abren camino nuevos modelos familiares, nacidos de las nuevas realidades creadas fruto no solo de las familias reconstituidas tras procesos de rupturas matrimoniales o de parejas que aportan a la convivencia hijos de anteriores relaciones, sino también fruto de la existencia de relaciones *de facto* trianguladas por la conexión directa y la afectividad que, sin existencia de parentesco alguno o con parentesco biológico pero no jurídico, dan pie a la necesidad de protección legal o jurídica. Las opciones analizadas son muy variadas, como lo son las vías que dan lugar al nacimiento

de tales relaciones. Más allá de los supuestos en los que, desde el reconocimiento legal de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, se determinan las relaciones filiales por «voluntad procreacional» vinculada a un deseo de paternidad, ahora las nuevas realidades vividas nos sitúan ante la necesidad de dar cobertura, protección y marcar criterios de determinación de responsabilidad, en su caso, ante relaciones socioafectivas que determinan la entrada del Derecho, del reconocimiento y la regulación en aras de la protección, en esencia, de los niños, niñas y adolescentes.

No se puede ocultar que, en este punto, ordenamientos como el argentino nos llevan la delantera, ya que existe un marcado desarrollo en cuanto al reconocimiento no solo legal, sino jurisprudencial, de las relaciones jurídicas nacidas de las «familias ensambladas» en el marco del Código Civil y Comercial de la Nación, de 2014, así como de las nacidas fruto de la vinculación socioafectiva entre personas sin relación de parentesco alguno, hasta el punto de reconocerse judicialmente la determinación de las relaciones filiales —e, incluso, la pluriparentalidad— derivadas exclusivamente de tal elemento y más allá de la vinculación genética, biológica o volitiva, al declararse puntualmente la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación que recoge biparentalidad.

Fue precisamente este tema el que desarrolló de forma completa la profesora *Herrera* en su conferencia sobre *El lugar de la socio-afectividad con responsabilidades parentales sin vínculos de filiación*, dedicando su intervención al estudio de la cuestión dentro del Derecho argentino. Ello constituye una obvia manifestación de una clara ampliación de la solidaridad familiar más allá de la consideración tradicional del concepto de familia determinada por los vínculos biológicos, volitivos (TRHA) o contractuales (filiación adoptiva).

3. El profesor *Ferrer i Riba*, en su ponencia *Encauzando la socio-afectividad con responsabilidades parentales sin vínculos de filiación*, partió, en clave propositiva —en sus propias palabras—, de un doble análisis del tema, derivado, por un lado, de la regulación de las familias reconstituidas en el Código Civil Catalán (la figura no existe en el Código civil español) y, por otro, del análisis de los preceptos y desarrollo jurisprudencial de determinados preceptos del Código civil, como los destinados a regular el régimen de visitas o atribución de la guarda y custodia de menores, que prevén la posibilidad de establecer una suerte de relaciones de atención y cuidado a favor de los menores a través de la figura que el propio

Código civil denomina como «allegado», lo que pudiera bien ser entendido como aquellas personas que, sin relación de parentesco con los menores, ejercen sobre ellos labores de asistencia, protección o guarda dada su proximidad socioafectiva con los mismos o con el propio núcleo familiar (art. 103 CC).

Según señaló el profesor *Ferrer i Riba*, en Derecho español las relaciones socioafectivas están muy descuidadas y, por ello, su exposición pretendía presentar aquellas situaciones en las que, partiendo de relaciones socioafectivas y no de parentesco, pudieran determinarse relaciones de responsabilidad parentales sin alterar la filiación, que es algo a lo que el Derecho español se resiste. En todo caso, los supuestos previstos legalmente en el Código civil son transitorios y meramente provisionales para el ejercicio de actuaciones tutelares, por lo que la socioafectividad tiene realmente unos márgenes muy limitados, salvo que se pretenda llegar finalmente a una paternidad derivada de la adopción, expulsando al progenitor legal. Este marco, que es insatisfactorio y debe ser superado, donde más se aprecia es en la reconstitución familiar centrada en el estatuto del progenitor «afín» con quienes se desarrollan relaciones socioafectivas que se asemejan a las relaciones paternofiliales.

Tal y como señaló el ponente al comienzo de su intervención, su finalidad era presentar o trabajar sobre una propuesta de regulación para dar respuesta a estas situaciones, y en este sentido terminó su intervención poniendo encima de la mesa esas propuestas que generosamente compartió con el auditorio en su magnífica y magistral intervención. Su punto de partida se encuentra en la aplicación extensiva de la autonomía de la voluntad y, por tanto, de la necesidad de ir por la vía del acuerdo entre progenitores, con el acuerdo del menor y, en caso de desacuerdo con el progenitor no residente, a través de la decisión de la autoridad judicial. Se ofrecieron igualmente propuestas para aquellos casos en los que la patria potestad fuera ejercida también por el otro progenitor no residente, así como en los supuestos en que no hay otro progenitor, en cuyo caso la responsabilidad parental consistiría una alternativa a la adopción o reconocimiento de complacencia, lo que sería mejor que estas opciones por atribución legal. Ello no significa que el proceso no pueda culminar en una adopción e, incluso, en admitir una adopción simple de la persona mayor de edad sin necesidad de romper los vínculos con la familia de origen (multiparentalidad).

El profesor *Ferrer i Riba* reivindicaba claramente el reconocimiento de la autonomía en el ejercicio de las funciones de res-

ponsabilidad en otros contextos, como en los supuestos de reclamaciones de filiación tardía en los que el hijo ya desarrolló una relación socioafectiva con la persona que ha mantenido las relaciones con él (reclamaciones de paternidad tardía), protegiendo así la relación con la persona con la que se había establecido relaciones socioafectivas (quien hizo de padre); o como en los supuestos de adopciones inconscientadas de menores que son dados en acogimiento, en relación con los progenitores a los que se les priva de la paternidad.

4. La alternativa de la mesa redonda se presentó, como se ha indicado, de mano de la profesora *Herrera* con su ponencia sobre *El lugar de la socio afectividad en el Derecho de familia contemporáneo*, como uno de los conceptos más rupturistas del Derecho de familia contemporáneo y transversal. No solo juega un papel esencial en las relaciones con niños, niñas y adolescentes, sino también entre adultos, aunque la ponente se centró en el enfoque de las relaciones con menores, resaltando algo que constituye uno de los elementos más rupturistas en este punto, en tanto en cuanto el enfoque de la socioafectividad toma en consideración la que denominó «identidad dinámica», poniendo lo afectivo por encima de lo jurídico y aludiendo a la evolución de la socioafectividad y al dinamismo de la misma, lo que nos hace repensar conceptos tradicionales como la posesión de estado.

La ponente situó y centró en su análisis no solo en la evolución del ordenamiento argentino, sino también en nuevas legislaciones como la cubana, en el recién aprobado Código de familia de 2022, en el que se recoge de forma expresa dentro de los principios rectores de las relaciones familiares, no solo la igualdad, pluralidad y solidaridad, entre otros, sino también la socioafectividad como uno más de dichos principios. La ponente hizo un completo recorrido de los diferentes supuestos en los que se pueden desarrollar con trascendencia dentro del Derecho argentino las relaciones socioafectivas en las que no existen vínculos de parentesco, tratando de poner en valor la relevancia que ello tiene y lo que implica en cuanto se ponen en crisis los sistemas y estructuras tradicionales de las relaciones familiares. La socioafectividad tiene un impacto directo en materia de filiación y de responsabilidades parentales, incluso en los supuestos de suspensión del ejercicio o de privación de la responsabilidad parental.

Ello le permitió analizar los supuestos valorados por la jurisprudencia en decisiones concretas relacionadas con la asunción de la tutela por parte de los denominados progenitores afines en las familias ensambladas, así como en los supuestos en los que entra

en juego el uso de las técnicas de reproducción asistida para la determinación de la paternidad a través de procesos de gestación subrogada, no recogidos legalmente pero admitidos en la práctica real y de los tribunales (existen 78 sentencias en las que se establece relación de afectividad con quien se presta a la gestación por otra, entre las que en el 71% de los casos existen relaciones afectivas que permiten la vinculación con el nacido más allá de la paternidad de los comitentes). La ponente puso de manifiesto como realidad en el ordenamiento argentino que, junto con las fuentes legales de determinación de la filiación (biológica, adoptiva y derivada de TRHA), la realidad nos sitúa ante la socioafectividad como causa fuente sobre la cual sigue existiendo un cuestionamiento sobre si debe ser objeto de regulación legal.

V. SOLIDARIDAD EN EL ÁMBITO SUCESORIO. EL DEBATE SOBRE LAS LEGÍTIMAS

1. La tercera y última mesa de la Jornada contó con las intervenciones como ponentes del profesor *José María Miguel González*, catedrático emérito de Derecho civil y de *Juan Álvarez-Sala Walther*, Notario del Ilte. Colegio de Madrid.

2. Ambas intervenciones fueron absolutamente complementarias entre sí y pusieron encima de la mesa el ya reiterado debate sobre la necesaria subsistencia o no del sistema de legítimas previsto en el Código civil, partiendo de un análisis histórico muy esclarecedor, del origen de su existencia y de los argumentos a favor o en contra de éstas, en la honda de la temática de esta Jornada académica, en clave de solidaridad familiar.

3. Comenzó su intervención *Juan Álvarez-Sala* analizando el origen histórico de las legítimas, así como la existencia permanente de debate sobre las mismas, que fue la clave de bóveda o punto de discusión en el proceso de Codificación entre el derecho de los diferentes territorios y los derechos de las ciudades, atendiendo a los diferentes conceptos y concepciones de la propiedad, ya que el sistema de legítimas favorecía la circulación de los bienes que congelaba el derecho nobiliario y el de los territorios. A ello se sumaba la pugna en torno a la cuestión foral, dado que los sistemas forales veían el sistema de legítimas como una amenaza que podía dar al traste con los sistemas sucesorios de los diferentes territorios. Esto se vuelve a poner en la palestra a partir de finales de los años 90 del pasado siglo, cuando se modifica la compilación balear y posteriormente el derecho sucesorio catalán y los demás derechos fora-

les, que tienen un impulso propio que sirve al desarrollo de los derechos nacionales sucesorios.

La gran actualización del sistema de legítimas dentro de los diferentes derechos forales sucesorios ha acentuado, según manifestaba el ponente, la diferencia con la regulación del Código civil, que, en los momentos actuales, sigue siendo básicamente la prevista en sus orígenes codificadores. Es, en palabras del ponente, un sistema de legítimas desclasado frente a los nuevos modelos familiares, así como al aumento de esperanza de vida de las personas, al descenso de los índices de natalidad desde el siglo XIX, la demografía o la mayor esperanza de vida de las personas. Ha cambiado totalmente no solo el modelo de familia y la concepción de la familia, sino también la percepción de esta. Para el conferenciante, hoy en día habría que cuestionarse el encaje del actual sistema de legítimas en nuestra Constitución, respecto de la cual realizó algunas reflexiones sobre la interpretación de su artículo 33, conforme al cual se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, que, en consonancia con el paralelo precepto constitucional alemán, puede ser analizado desde la doble perspectiva del que hereda y del que transmite. Para el ponente, dicho precepto ha de ser analizado y valorado desde la perspectiva del propietario del patrimonio y no de la de los herederos, como un corolario del derecho de propiedad a disponer no solo *inter vivos* sino también *mortis causa*. Se considera que, si la herencia es una proyección del derecho de propiedad y del derecho a disponer, tendría un mayor encaje dentro de la protección que el artículo 8 CEDH confiera a la vida privada personal y familiar, por lo que la limitación del derecho a disponer que establece el sistema de legítimas podría ser una clara injerencia en dichos derechos del propietario causante.

De una forma magistral, en su disertación se analizan los pros y contras de un sistema absoluto de libertad de testar frente a las limitaciones ya descritas, que se revelan de un sistema como el que subsiste actualmente en el Código civil. En todo caso, aun abogando por la libertad de testar y precisamente tras analizar los pros y contras indicados, entiende la dificultad para decidir por un sistema u otro.

4. El profesor *José María Miquel González* dando la réplica a *Juan Álvarez-Sala*, se pronunció en su intervención a favor de la libertad de testar, aunque manteniendo, no obstante, si bien reformado, el sistema de legítimas para seguir permitiendo una cohesión de la familia a la que hay que proteger. Libertad de testar com-

patible con la legítima que se apoya en una nueva reflexión, desde el conocimiento profundo de la materia que el profesor *Miquel González* ha evidenciado a lo largo de los fructíferos años de docencia e investigación en el Derecho de sucesiones, donde se ponen de manifiesto los orígenes de la introducción del sistema de legítimas actuales del Código civil en el proceso de Codificación, frente a la regulación del tema originariamente, en el que se partía de la libertad de testar y de los poderes absolutos del *pater familias* al permitírsele nombrar a sus sucesores con exclusión de otros, lo que diera paso en Roma al nacimiento de la *portio debita* o sistema de legítimas que permitían compensar los excesos de una libertad absoluta de testar. Igualmente el ponente reflexionó sobre las dificultades de trasladar el sistema anglosajón de libertad de testar, cuya legislación (*Family Provision Acts*, de 1938 y 1975) ha establecido remedios discrecionales en manos del juez respecto de aquellas personas que, siendo dependientes del testador, no reciben patrimonio del causante, aunque se deja en manos de la autoridad judicial la solución y la determinación de la cuantía, lo que tiene mala adecuación a nuestro sistema judicial. Finalmente, el ponente consideraba, en todo caso, frente a las observaciones realizadas por *Álvarez-Sala*, que tanto del artículo 39 como del 33 CE podría desprenderse la inconstitucionalidad de la supresión del sistema de legítimas.

5. La brillante intervención de ambos ponentes y el tono reflexivo y abierto de las mismas dio pie finalmente a un muy interesante debate entre los asistentes, que giró en esencia en torno a las bondades o dificultades de ambos sistemas y sus ventajas e inconvenientes. Igualmente, como broche de conexión entre las diferentes intervenciones y ponencias de la Jornada, se reflexionó, a partir de los argumentos presentados por los ponentes, sobre la necesidad o no de ampliar o hacer nuevas valoraciones de la facultad de desheredar que hagan más acorde la voluntad del causante, permitiendo beneficiar a quienes le atienden y cuidan en el proceso final de la vida, vinculando las facultades dispositivas sobre el patrimonio del causante, atendiendo a quienes hayan desarrollado una labor de atención más solidaria durante su vida y, por tanto, permitiendo la desheredación por desatención no solo física, sino también emocional, tal y como ha comenzado a permitir el Tribunal Supremo.

No obstante, a preguntas de los asistentes, tuvo ocasión *Álvarez-Sala* de manifestar cuál suele ser la posición de quienes acuden a las notarías a otorgar testamento, en relación con la obligación de respetar las limitaciones dispositivas derivadas de los derechos de

los legitimarios y si están a favor o no de la supresión de las legítimas, y quizás resulte sorprendente saber que, en general, cuando no existen problemas familiares, los testamentos normalmente discurren por los mismos cauces de la sucesión intestada. Cuestión distinta se plantea (y es cuando vienen los problemas) cuando existe un conflicto familiar que provoca que el testador quiera prescindir de un legitimario. En estos casos, las quejas pueden ir dirigidas hacia previsiones del testador que, en beneficio de hijos con problemas –ludopatía, drogadicción, esquizofrenia– no supongan una limitación que se entienda como gravar la legítima.

Quizás los testadores (apunto yo personalmente al escribir estas líneas), quizás los ciudadanos, en general, se muevan –nos movamos– intuitivamente, por los cauces de la solidaridad familiar de la que derivan los lazos que nos vinculan con el respeto a ese sistema legitimario, pero vinculados al mismo tiempo por la proximidad, el trato y el afecto, motivo por el cual la falta de esa afectividad y relación personal pueda ser determinante de los deseos de prescindir de comportamientos solidarios, pese a la existencia de vínculos de parentesco.

VI. CLAUSURA DE LA JORNADA

La Jornada fue clausurada por la profesora *Pilar Benavente Moreda*, CoIP del proyecto de investigación en cuyo marco se organizaba la Jornada, y por la profesora *Pilar Pérez Álvarez*, Directora del Departamento de Derecho Privado, social y económico. La primera realizó un resumen de las intervenciones, agradeciendo, a los ponentes su participación, así como la calidad de sus intervenciones, y a los asistentes su presencia y participación.

La directora del Departamento manifestó su satisfacción por la organización de esta Jornada, destacando la relevancia de los temas abordados, así como la importancia que para el Departamento suponía la organización de este tipo de actividades y Jornadas que ponen en valor el trabajo que se desarrolla en el seno del mismo y que evidencia la existencia de «vida académica» dentro del mismo.

En la línea de transversalidad apuntada a lo largo de la Jornada, el cierre fue el más adecuado, en tanto en cuanto la directora del Departamento, catedrática de Derecho Romano de la Facultad, hizo una valoración desde su disciplina del valor del sistema de legítimas en Roma, que sirvió de perfecto broche para culminar la

Jornada. La Directora destacó finalmente que la Jornada celebrada se encuentra dentro de un Proyecto de Investigación que para el Departamento engrosan su memoria de investigación, suponiendo igualmente un apoyo económico por los fondos que generan los proyectos de investigación y sirviendo de estupendo foro de debate de resultados de este.

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno Rodríguez-Rosado**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

Juan Pablo Murga Fernández
Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

DEL REY BARBA, Sebastián y ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel
(Dir.): *Tratado de Derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch,
Valencia, 2021, 2644 pp.

Debo reconocer que los entresijos del sistema registral español han captado, de forma continuada, mi atención. No solamente el funcionamiento del Registro de la Propiedad, sino también el papel del registrador, que en su demarcación territorial y como un auténtico «escribano» de la fe pública registral, se nos presenta como el fiel custodio y guardador de los libros destinados a brindar una seguridad jurídica en el mercado inmobiliario español. A él acuden las personas para salvaguardar sus derechos reales y para verificar las cargas en transacciones inmobiliarias, es decir, por protección y confianza. No obstante, sus «poderes» no existen *per se*, fueron encomendados por la primitiva ley hipotecaria de 1861, sancionada por S. M. Isabel II, fuente precursora de sucesivas leyes y reformas, que han ido conformado paulatinamente una especie de Derecho inmobiliario registral.

Como se observa, han pasado más de 160 años desde que se iniciaron los primeros pasos del sistema registral español. Nos encontramos ante una institución que presenta un arraigado pasado, un presente admirable y, desde luego, un futuro prometedor en el mundo del Derecho. La legislación hipotecaria nació con la finalidad de proteger a los más vulnerables en la contratación inmobiliaria –democratizó la vivienda en propiedad–, fomentar el crédito territorial, facilitar la inscripción de derechos con trascendencia real, favorecer la financiación de particulares, proteger la legalidad –urbanística, tributaria o medioambiental– o, bien, luchar contra el blanqueo de capitales. Ha constituido un viejo anhelo del siglo XIX, un hito legal, que se ha ido transformando con sucesivas modificaciones, adaptándose a la realidad social. A través de la pluma, de la máquina de escribir y, actualmente, con documentos digitales, el sistema registral español se rige por una ley vigente, preparada para nuevos retos sociales y económicos. El Registro de la Propie-

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

dad se nos presenta, pues, como una institución sólida y mutable a todas las situaciones jurídicas, que da cobijo a los titulares de derechos, a los ciudadanos y a las personas que lo componen, los registradores y el resto del equipo humano. Tal es su funcionalidad y actualidad, que podemos señalar su estrecha relación con el ODS 16 de la Agenda 2030 de la ONU: la creación de instituciones eficaces, responsables e inclusivas.

Quiero resaltar de antemano que tales palabras no pretenden ser el comienzo de un comentario del sistema registral, ni mucho menos esa es la intención, pero sí las palabras iniciales para ensalzar la relevancia jurídica, económica y social de dicha institución y, desde luego, traer a colación la pertinencia de una exhaustiva obra colectiva, *Tratado de Derecho inmobiliario registral*, que emerge para conmemorar el aniversario de la ley hipotecaria.

Ciertamente, la legislación hipotecaria ha sido objeto de comentario por diversa doctrina (Gómez de la Serna, Morell y Terry, Bienvenido Oliver, Campuzano y Horma, Roca Sastre, Chico Ortiz, Rodríguez Otero, Gordillo Cañas, etc.). No obstante, algunos libros se encuentran desactualizados. Por tal razón, la obra mencionada constituye un nuevo hito y una nueva pieza de la literatura jurídica centrada en el estudio y comentario del Derecho hipotecario. Los directores, Sebastián del Rey y Espejo Lerdo de Tejada, el coordinador, Murga Fernández e, igualmente, el editor, Andrades Navarro, han realizado un trabajo colosal y alabable, que ha sido capaz de agrupar 48 capítulos que ofrecen un total de 2644 páginas, divididas en dos tomos. Lo destacable y, digno de mencionar, es que no nos encontramos ante una obra científica *stricto sensu*, confeccionada exclusivamente por personas del mundo académico, sino también por numerosos registradores de la propiedad, como Gómez Gállego, Llopis Rausa, De Quiñones Otero, García Ruiz de Huidobro, Rojo Iglesias, etc. De esta forma, convergen conocimientos científicos y profesionales, capaces de brindar al lector una obra actualizada sobre Derecho inmobiliario registral. Si bien, la obra va más allá, al presentar también una estructura que permite el estudio a los opositores de registro –serviría, incluso, para el estudio de ciertas asignaturas de grado y master–. Siendo así, y con una mirada inicial, tres palabras caracterizan la presente obra colectiva: unidad, profundidad y practicidad.

No pretendo con esta reseña comentar con detalle la obra colectiva, pero sí deseo reseñar sus virtudes y características principales. Primeramente, en cuanto a la forma, nos encontramos ante un extenso y exhaustivo tratado, dividido en dos tomos, cobijados en una única caja, que muestra una cuidadosa y atractiva presentación por la editorial Tirant lo Blanch. Si nos adentramos en su interior, hallamos un índice sobre temas generales y específicos del sistema registral español. Cada capítulo presenta su propio sumario y al final termina coronado con un listado de doctrina científica, así como de resoluciones judiciales y de la Dirección General de Registros y del Notariado (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública Registral). Esto último permite al lector conocer la realidad práctica. En segundo lugar, la obra se estructura en siete bloques, con sus correspondientes capítulos, que describiré a continuación. La extensión de cada parte es distinta, no hay un equilibrio, pero ello obedece a las materias y problemas de estudio. Podemos encontrarnos con capítulos con numerosas páginas –como el relacionado con el Registrador de la Propiedad– y otros más breves –como la titularidad registral de entidades religiosas–. Si bien, se sigue una estructura coherente y eficiente a la hora de conocer el sistema registral. Tan es así que se evitan reiteraciones temáticas dentro del índice. En tercer lugar, pasando al

contenido del tratado, podemos señalar que no nos hallamos ante un simple comentario de la legislación hipotecaria y del Código Civil. Los autores van desgranando de forma exhaustiva la regulación legal, detallando problemas en su aplicación, ofreciendo respuestas a discusiones doctrinales, administrativas y judiciales; presentando argumentos razonables y realizando propuestas *de lege ferenda*. En este sentido, y entre otros asuntos o problemas, se abordan la dualidad legislativa, la posible autonomía del Derecho inmobiliario registral, la irrupción de la digitalización, la relación entre tradición e inscripción o la reflexión sobre la publicidad registral. Además, lo anterior se consigue facilitando una lectura ágil y fácil de la obra, sin abandonar la técnica jurídica. Todo lo mencionado obedece a una decisión consciente de los directores y del coordinador de afrontar un tratado con detalle, exhaustividad y hondura. Se invita, así, al lector a la reflexión y enriquecedora discrepancia con ciertas opiniones.

Por tal razón, puede calificarse dicho tratado con el adjetivo de impecable, ante su contenido y su metodología. Se examinan instituciones y figuras jurídicas, sus diferencias con otras, se delimitan conceptos y supuestos de hecho, se realizan comentarios con profundidad y detalle y se proporciona al lector información valiosa y actualizada del sistema registral. Si bien es cierto que tal vez hubiera sido oportuno, para futuras ediciones, incluir capítulos sobre Derecho comparado. Y es que dicha opción puede permitir vislumbrar debilidades, pero fundamentalmente fortalezas del sistema registral español. El cultivo de la comparación jurídica siempre es enriquecedor, no sólo en el terreno teórico sino también en la praxis diaria.

Al tratarse de un exhaustivo tratado y al encontrarnos ante una reseña, no resulta posible comentar con detalle aspectos concretos de la obra. Piénsese que sería prácticamente imposible resumir, comentar o criticar 2.644 páginas, pero no creo que sea lo que cabe esperar de una reseña. Ahora bien, si resulta pertinente exponer su estructura y contenido. En concreto, el tratado se divide en siete grandes bloques: 1) conceptos generales: la publicidad de los derechos reales y el Registro de la Propiedad como organismo público; 2) la inscripción: su contenido y sus efectos; 3) elementos de la publicidad registral: el titular, el título formal y la finca; 4) el procedimiento registral; 5) los diferentes asientos registrales; 6) la rectificación de las inexactitudes registrales y, por último, 7) la publicidad formal del registro. Discernir la estructura perfecta de un trabajo es un asunto sobre el que pueden surgir discrepancias, pero constituye un esquema lógico, interesante y comprensible para afrontar el estudio del Derecho inmobiliario registral. Tras este breve comentario, procede comentar su extenso contenido.

1. El primer bloque del Tratado de Derecho inmobiliario registral comienza con el tratamiento de conceptos generales. En concreto, el estudio se bifurca, afrontando, por un lado, el Registro de la Propiedad español y, por otro, el Registrador de la Propiedad. Centrándonos en el primer concepto, se parte del rasgo definitorio del sistema registral español –la publicidad inmobiliaria-registral, como apariencia jurídica protegida– y también se expone el contraste existente del sistema español con el sistema latino (francés e italiano) y germánico (alemán y suizo). Con ello, se pone en evidencia el respeto dado al derecho real –como poder inmediato sobre la cosa– y a la publicidad registral, capaz de generar una apariencia jurídica protegible sin afectar al proceso adquisitivo de los bienes. Además, la regulación actual lleva a afrontar el problema inicial de la dualidad legislativa, ante la íntima

coexistencia entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria. A pesar de ello, se defiende la existencia de un sistema regulador unitario (inmobiliario-registral). Lo anterior lleva a los autores a reflexionar sobre la autonomía del Derecho inmobiliario registral, integrado por normas de distinta naturaleza, y a la opción de plantearnos la existencia de un Derecho de la publicidad inmobiliaria, centrado en la protección civil del tercero de buena fe que confía en la apariencia.

Posteriormente, en cuanto a la figura del Registrador de la Propiedad, se expone su origen, naturaleza del cargo, los derechos y deberes, la independencia en la función calificadora, la responsabilidad civil, administrativa y disciplinaria; la ordenación del archivo y el impacto de los medios informáticos. Se realiza, pues, un recorrido completo por dicha figura clave en el sistema registral español. Tras ello, se describe la organización jerárquica, desde el Ministerio de Justicia, de la que dependen los registradores de la propiedad y mercantiles, centrándose en dos instituciones básicas: la Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica y el Colegio de Registradores de la Propiedad. Se exponen, entre otros posibles aspectos, sus funciones, composición o competencias. Asimismo, se hace especial referencia al Registro Público Concursal y al Registro de Titularidades Reales. Se trata así, a lo largo del primer bloque, conceptos generales que sirven como antecedentes esenciales para conocer con plenitud el sistema registral.

2. El segundo bloque, con un tratamiento contundente y prolijo, se ocupa de uno de los actos esenciales del sistema registral español: la inscripción (su contenido y sus efectos).

Su consideración parte desde un aspecto formal (relacionado con la acción de inscribir y la constatación formal de un título, acto o hecho en el Registro) y otro material (el resultado de la acción de inscribir, al plasmar en un documento público situaciones jurídicas inmobiliarias). Se distingue la inscripción como derecho y voluntad de la persona interesada, susceptible, asimismo, de renuncia y desistimiento. Tras ello, se enumeran las fases de la inscripción y la relevancia del asiento registral. Además, y como no puede ser de otro modo, se clarifica de forma pormenorizada un abanico de clases de inscripción registral (declarativas, constitutivas, necesarias, voluntarias, etc.).

Los capítulos siguientes tienen por materia el objeto de la inscripción, haciendo un recorrido por el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su reglamento, sobre los aspectos inscribibles (títulos traslativos y declarativos de dominio, títulos fiduciarios, resoluciones judiciales sobre capacidad, contratos de arrendamiento o bienes públicos y eclesiásticos) y aquellas situaciones jurídicas no inscribibles (como la posesión) o que no necesitan inscripción. Lo más interesante de este parte es el tratamiento de la problemática relativa a la inscripción de las condiciones (suspensivas y resolutorias), como su calificación registral, la verificación del cumplimiento o incumplimiento de la condición o su constatación registral; e, igualmente, el examen pormenorizado y actual de diversas cuestiones relacionadas con las prohibiciones de disponer, haciendo especial hincapié en el «pacto con reserva de dominio», como la susceptibilidad de inscripción según el cumplimiento de ciertos presupuestos. Por último, no cae en el olvido el necesario estudio de la relación del título y el modo, de la causa y la tradición, con la inscripción.

Posteriormente, el lector se adentra en la publicidad registral, las consecuencias sustantivas y judiciales de la legitimación registral y la posición del tercero hipotecario. Respecto al primer punto, se realiza un comentario de la

publicidad registral (concepto y fines), así como del principio de exactitud y legitimación. Tomando esta perspectiva, se aborda, desgrana y reflexiona sobre las presunciones de veracidad, de titularidad, de integridad o de posesión, entre otras cuestiones de relevancia. Más adelante se dilucida la legitimación del titular registral en sede judicial, como demandante en la interposición de diferentes acciones (posesorias, declarativas, hipotecarias, etc.), como demandado y como tercerista (en procesos de ejecución ordinaria y ejecución hipotecaria). Si bien, se dedica especial atención a la acción del artículo 41 de la LH, destinada a la protección del titular registral. Particularmente interesante me ha resultado la lectura del segundo punto, el tercero hipotecario, partiendo de su concepto y teorías, y examinándose los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, para concluir con la protección de la fe pública registral (tratando sus excepciones y el problema de las cargas legales).

Por último, y no menos importante, dada su transcendencia jurídica, podemos adentrarnos en los efectos de los contratos nulos y de las acciones rescisorias, revocatorias, resolutorias o paulianas en el Registro de la Propiedad —¿Cómo afectan al titular registral?, ¿y al tercero, atendiendo a los artículos 34 y 37 de la LH?—; o, bien, en el problema de la «prescripción registral» (con referencia a la usucapión *secundum tabulas* y a la usucapión *contra tabulas*). El bloque segundo se cierra con un capítulo dedicado a al principio de prioridad registral y al rango hipotecario, aunque el último se ejecute con apretada y lúcida síntesis. Este tipo de problemas, y muchos otros, grandes y pequeños, relacionados con la inscripción, se desmenuzan con agudeza en esta parte de la obra colectiva.

3. Otra pieza muy sugerente del tratado es el tercer bloque, que permite sumergirnos en diferentes cuestiones relacionadas con los «elementos de la publicidad registral», concretamente con el titular registral, el título formal y la finca. Se trata de una parte fundamental del tratado.

En primer término, respecto al titular registral, se define su concepto y se enumeran las clases, además de responder a asuntos sobre su identificación y los llamados patrimonios sin personalidad jurídica. Asimismo, se distinguen las personas jurídicas, con y sin inscripción constitutiva. A continuación, el lector dispone de dos capítulos centrados en la titularidad registral de las Administraciones públicas y de las entidades religiosas (bienes del Estado, bienes de Comunidades Autónomas, bienes de entidades locales, lugares de culto católico, etc.). Con ello se ofrece una visión general de posibles titulares registrales, personas físicas o jurídicas a las que pertenecen o corresponden el dominio, derechos reales o ciertos derechos o facultades con transcendencia o afección real inmobiliaria. Igualmente, se trata la inscripción y anotación preventiva de resoluciones y medidas que afecten a la libre administración y disposición de bienes (situaciones relacionadas con la discapacidad, con la declaración de ausencia y fallecimiento). En segundo lugar, nos encontramos con un capítulo dedicado a los «documentos inscribibles» (forma, requisitos, procedencia, etc.). Y, finalmente, podemos encontrarnos con varios capítulos dedicados a un núcleo básico del sistema registral: la finca. Respecto a dicho elemento, se nos presenta la finca como base del registro, se explica el sistema de folio real, los tipos de fincas, su diferencia con el inmueble catastral y la parcela urbanística; y su identificación geográfica. Por supuesto, se aborda la coordinación del Catastro con el Registro de la Propiedad, que gracias a la voluntad de ambas instituciones y al desarrollo tecnológico se convierte en una realidad, al permitir el aumento continuado

de fincas coordinadas. No obstante, la finca no existe *per se*, se crea y muta con el paso del tiempo. De ahí, la pertinencia de abordar otros dos aspectos en relación con la finca: por una parte, la inscripción de la obra nueva (en construcción y terminada) y, por otra, sus modificaciones registrales (ante rectificaciones de superficie y linderos, agrupaciones, agregaciones, segregaciones o divisiones).

4. El «procedimiento registral» conforma el cuarto bloque del Tratado de Derecho inmobiliario registral. El lector, tras conocer el concepto, naturaleza y caracteres de dicho procedimiento, se adentra en el *iter* y la operatividad que caracteriza la práctica registral, inspirada en los principios de rogación, legalidad, tracto sucesivo, prioridad y cierre registral. De esta forma, se exponen, con todo lujo de detalles, la solicitud de inscripción, pasando por la calificación registral y llegando a los recursos existentes en caso de calificación positiva o negativa –tanto en vía gubernativa como judicial–. Tras abordar de forma general el procedimiento registral, pieza fundamental, se dedica especial atención al proceso de inmatriculación, describiendo, por un lado, la apertura del folio registral y los distintos medios inmatriculadores; y, por otro, su relación con el Catastro y la problemática derivada de la inmatriculación (la doble inmatriculación, inscripción de derechos reales sobre fincas no inmatriculadas, etc.). Me interesa resaltar que dicha parte finaliza con el tratamiento específico de aspectos registrales de la propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, aprovechamiento por turnos, garajes o actuaciones urbanísticas. Sin duda, esto último sirve de gran utilidad a administradores de fincas, empresas constructoras y otros operadores urbanísticos o inmobiliarios, interesados en tales cuestiones. En definitiva, se trata de un bloque redondo, que condensa acertadamente dicho procedimiento.

5. Siguiendo con las particularidades del sistema registral, los bloques quinto y sexto están dedicados al tratamiento jurídico de los «diferentes asientos registrales», las anotaciones preventivas, las menciones registrales y las anotaciones de embargo; y a «la rectificación de las inexactitudes registrales», respectivamente. De esta forma, se exponen sus definiciones, naturaleza jurídica, finalidad, aspectos formales, el modo de práctica registral, cancelación, extinción y efectos, entre otras cuestiones. Dada su particularidad, se pone el foco en los asientos de cancelación, las anotaciones preventivas en materia sucesoria (del derecho hereditario, a favor de los legatarios y de los acreedores de la herencia), de prohibición de enajenar y de demanda. Asimismo, se dedica un capítulo exclusivo a las situaciones inscribibles del concurso de acreedores (declaración del concurso, la fase de convenio, la fase de liquidación y situaciones preconcursales). Con ello, el lector dispone de un panorama general y específico de las diferentes clases de asientos registrales y de su operatividad jurídica. No obstante, al poder existir errores o inexactitudes registrales, por diferentes causas, se ocupan de aspectos de sumo interés sobre el proceso y los mecanismos de rectificación existentes (art. 40 de la LH).

6. Para concluir, el Tratado de Derecho inmobiliario registral finaliza con un séptimo bloque que guarda en su interior un único capítulo centrado en «la publicidad formal del Registro». La temática y lectura de esta última etapa del estudio nos permite comprobar como los fines sociales y jurídicos del Registro de la Propiedad no se conseguirían si las personas –con interés conocido, legítimo y patrimonial– no pueden conocer su contenido, los derechos reales sobre los bienes inmuebles. De ahí la importancia de la publicidad formal, como principio básico del sistema registral (arts. 221 y ss. de la LH), del que irradian otros principios (publicidad –jurídica, directa y pro-

fesional–, de interés conocido, de claridad y sencillez, etc.). No obstante, dicha publicidad debe ser respetuosa con la normativa de protección de datos personales. El Registrador, como se expone, debe custodiar el núcleo central del archivo, evitando el acceso directo, pero ello no impide su acceso telemático y restringido por autoridades, empleados o funcionarios públicos y, cómo no, por terceros interesados. Esa es la finalidad principal de la publicidad registral formal, que cobra vida con el posible acceso a notas simple o certificaciones, cuyas clases se exponen en dicha obra colectiva. Finalmente, ante las herramientas que nos brinda el siglo XXI, el lector puede encontrar reflexiones sobre la publicidad y llevanza electrónica del Registro de la Propiedad y la utilización de soportes informáticos. Muy acertado, también, es el comentario del proceso de reconstitución del «Registro o libros destruidos».

En un entorno completo y con múltiples problemas jurídicos, el presente Tratado de Derecho inmobiliario registral, desarrollado por el mundo académico y registradores de la propiedad –en consecuencia, por un gran número de autores–, hace acopio de un material prolijo y relevante, exhaustivo y coherente, capaz de sistematizar con rigor científico y profundidad analítica una visión general del sistema registral, en dos tomos, con aparato bibliográfico y jurisprudencial. Se describen, entre otros puntos, figuras jurídicas, instituciones y discusiones antiguas –y otras más actuales– y, además, se ofrecen soluciones y aportan propuestas interesantes. Tras esta idea se observa la intención de ofrecer al lector un trabajo de gran envergadura y práctico, una obra madura, que lejos de ser un recopilatorio simple de capítulos de libro, se erigirá como una obra clásica y de futuro de obligada consulta dentro de nuestro panorama editorial español.

Por tales motivos, no puedo concluir la presente reseña sin recomendar, desde estas páginas, su lectura y uso, no solamente a académicos, sino a operadores jurídicos, estudiantes y opositores. Ello porque nace con una clara y especial vocación teórica y práctica.

VÍCTOR BASTANTE GRANELL
Profesor contratado doctor de Derecho civil
Universidad de Almería

FARIÑA FARIÑA, Rebeca, *La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el derecho español (Análisis desde una perspectiva comparada con el derecho alemán)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 281 pp.

El libro de la profesora Fariña objeto de esta recensión, fruto de su tesis doctoral presentada en la Universidad de Navarra, forma parte de una doctrina que busca construir un nuevo régimen jurídico del enriquecimiento injustificado adoptando la perspectiva tipológica elaborada en Alemania a mediados del siglo XX.

El capítulo primero trata de la teoría unitaria (*Einheitslehre*). Tras exponer como las *condictiones* romanas se vinculan con el enriquecimiento injustificado en los §§812-822 BGB, el estudio presenta los presupuestos del desplazamiento patrimonial «a costa de otro» y de la falta de fundamento jurídico; y, a continuación, analiza el escaso significado atribuido a esta figura jurídica en Francia, así como las exigencias de una falta de causa legítima

y el carácter subsidiario que se imponen en ese país. El planteamiento unitario arraigará en España, país que, como es conocido, no regula el enriquecimiento injustificado y donde la restitución se fundamenta en normas reguladoras de otras instituciones jurídicas, como los contratos (principalmente, arts. 1303, 1304, 1307 y 1308 CC) o el cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC).

La tesis del libro es que el enfoque unitario, basado en los tradicionales presupuestos, el enriquecimiento, el correlativo empobrecimiento y la ausencia de causa, es la razón de la escasa virtualidad práctica que ha tenido la figura en los países de tradición francesa, así como del desencanto de la doctrina; y lo cierto es que la autora logra contrastar con brillantez esta aproximación, abstracta y carente de precisión, con la riqueza que ofrece una perspectiva diferenciadora de supuestos típicos como la alemana, la cual es presentada con gran rigor y todo lujo de detalles en el capítulo segundo.

El capítulo segundo compendia las contribuciones de Wilburg y de von Caemmerer a la formación de los tipos de enriquecimiento y distingue exhaustivamente los tipos de pretensiones de enriquecimiento: la *condictio* por prestación en sus distintas modalidades (*condictio indebiti*, *condictio ob finitam causam*, *condictio ob rem* o *causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem vel iniustam causam*), la *condictio* por intromisión, la *condictio* por inversión o impensas y la *condictio* de regreso. La investigación traza los caracteres del enriquecimiento injustificado resultantes del planteamiento tipológico con gran maestría, haciendo hincapié en las elaboraciones de la doctrina científica más esenciales. Al distinguir entre los presupuestos para cada *condictio*, el trabajo subraya que en el enriquecimiento por prestación desaparece la exigencia de inmediatez característica del concepto de desplazamiento patrimonial estricto elaborado por la teoría unitaria en su doble significado, en cuanto concurrencia de un daño correlativo al beneficio y en cuanto carácter directo de la transferencia entre enriquecido y empobrecido. Entonces la función de identificar a las partes será asumida por el concepto de prestación (*Leistungsbegriff*) en ese tipo de enriquecimiento, y en los enriquecimientos no prestaciones también desaparecerá el requisito del correlativo empobrecimiento del demandante.

Esta parte de la investigación finaliza ensalzando algunas ventajas que ofrece la teoría de la diferenciación, como el hecho de ayudar al juez a identificar cuándo un enriquecimiento es injustificado, y también se hace eco de algunas limitaciones que presenta esta aproximación metodológica. A este respecto, tal vez hubiera sido oportuno aclarar que la perspectiva tipológica, aun siendo muy fructífera a la hora de vertebrar un régimen jurídico del enriquecimiento injustificado, no permite reformular todos y cada uno de los presupuestos de la acción de enriquecimiento, y que no aborda con suficiente profundidad todos los elementos a tener en cuenta. Nociones como el enriquecimiento fáctico, o los criterios para establecer que la transmisión del valor tiene su origen en el sujeto reclamante, serán clave a la hora de modernizar las reglas aplicables, aspectos que han sido objeto de un mayor desarrollo en países del *Common Law*. Además, el derecho de restituciones jugará un papel fundamental en la materia, así como las causas de exoneración, particularmente el desenriquecimiento, y el derecho alemán presenta importantes limitaciones en esas materias.

El capítulo tercero de la monografía tiene la gran virtud de analizar los escasos estudios que fueron realizados por la doctrina española sobre los distintos tipos de enriquecimiento desde el célebre discurso impartido por Díez-

Picazo con motivo de su entrada en la Real Academia de la Legislación y Jurisprudencia en el año 1987, aunque, por desgracia, la profesora Fariña no parece haber tenido noticia de mi libro *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato* publicado en 2019. El cotejo de estos trabajos era muy necesario por cuanto, como señala la autora, la mayoría de los manuales de formación general de los juristas continúa presentando la tradicional estructura unitaria de la figura. Además, el examen del debate doctrinal producido en España con respecto a cada *condictio* llevado a cabo en el libro que se recensiona es minucioso. La investigación hace evidente no solamente el poco consenso alcanzado entre quienes adoptan un planteamiento tipológico sino también, en mi opinión, las dificultades del enriquecimiento injustificado para adquirir una plena autonomía y encontrar su espacio en el ordenamiento jurídico español. Demasiado a menudo la acción de enriquecimiento es vista como complementaria de otras acciones civiles que cuentan con una regulación propia y emplean otros fundamentos para obtener una restitución.

En ese sentido, el panorama es todavía más desalentador con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La profesora Fariña pone de relieve, a mi juicio muy acertadamente, que las sentencias del Alto Tribunal siguen una línea ambivalente, algunas parecen adoptar una orientación tipológica y se refieren a las *condiciones*, mientras que otras –la mayoría– continúan concibiendo la acción de enriquecimiento como unitaria y recurren a los presupuestos en su formulación tradicional. El análisis jurisprudencial demuestra además la nula atención prestada a la doctrina científica en las sentencias cuando el Tribunal Supremo reconoce la existencia de un enriquecimiento injustificado y, sobre todo, el predominio de una línea favorable al carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento.

Por todo lo expuesto, nos encontramos ante un libro de lectura imprescindible para comprender la actual situación del derecho de enriquecimiento en España, en la medida que reúne buena parte de los materiales más sustanciales. Como expresa el prólogo del profesor Basozabal Arrue que precede la obra, «con el presente trabajo, la Doctora Fariña pasa a formar parte del reducido elenco de expertos de una materia esencial y ancilar para el Derecho privado».

Josep Maria BECH SERRAT
Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Girona

RUBIO GARRIDO, Tomás, *Fundamentos del Derecho de Sucesiones*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, 741 pp*.

El título de este espléndido y recomendable libro, «Fundamentos del Derecho de Sucesiones», tiene una modesta explicación en el prefacio que escribe el autor: «me propuse sin más pretensiones reelaborar las lecciones introductorias de mi curso universitario de cuarto año de Derecho civil», y lo

* Esta reseña es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033; así como del Proyecto I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020 «Reforma del Derecho de sucesiones: legítimas, liquidación de deudas, herencia digital, y discapacidad» (US-1381625).

hizo, siguiendo su propia confesión con el único designio de ordenar sus propias ideas, penetrar en las entrañas de esta parte del Derecho civil y aprovechar para ello el paréntesis temporal abierto por el confinamiento domiciliario causado por la pandemia de coronavirus. Hay que aclarar desde el comienzo al lector, que debería ser un cultivador del Derecho de sucesiones para disfrutarla plenamente (no estamos ante una introducción al Derecho sucesorio en modo alguno), que la obra contiene mucho más que lo perseguido en su objetivo inicial. Es decir, que no estamos ahora ante unas lecciones introductorias, como se comprueba atendiendo a la extensión del estudio, más que si lo tomamos en el sentido de que Tomás Rubio Garrido estaría en condiciones de explicar por extenso muchas de las instituciones del Derecho Sucesorio partiendo de las ideas personales vertidas en estas páginas: el libro sería así un copioso aperitivo, que podría augurar ulteriores profundizaciones sectoriales, que serían muy bienvenidas.

Por de pronto, el empleo del sustantivo *fundamentos* me ha evocado enseguida el subtítulo del primer tomo del señero *Panorama del Derecho de Sucesiones* de Juan B. Vallet de Goytisolo de cuya publicación se cumplen ahora cuarenta años. Y lo subrayo porque se advierten con esta importante obra, y en general con la obra sucesoria del ilustre notario, algunas concomitancias acaso inadvertidas para el propio autor, o en todo caso no siempre explicitadas por él, por encima de las muchas diferencias de criterio, contenido y enfoque que también existen, y que probablemente son más perceptibles. Me parece que algunas de esas coincidencias serían, entre otras, las siguientes: la valoración de los resultados justos y concretos a que debe conducir el Derecho, la necesidad de atender cuidadosamente a la secular labor de los juristas (muchas veces los notarios o escribanos) adaptando la voluntad del difunto a los requerimientos legales mediante modelos adecuados, una comprensión acabada de la evolución histórica de las instituciones, sus finalidades políticas y sociales en el contexto propio de tiempos, lugares y sujetos. Finalmente, no sería cuestión de menor importancia la desconfianza de ambos autores hacia la invasión por parte del poder público y de un legislador desconsiderado del ámbito de libertad que debe reconocerse al individuo: una valoración igualmente negativa de la «omnipotencia humana» encarnada en la ley y de la mixtificación que entraña considerar que solamente aporta un ingrediente social aquello que beneficia al Estado o a las Administraciones Públicas, como si fuera esta la única forma de compensar el egoísmo individual o familiar, cuando en realidad es el perfeccionamiento moral el que contribuye decisivamente a ello, como se encarga de recordar el autor remitiendo a la ética occidental y cristiana.

No se trata, por tanto, a mi entender simplemente de que en esta obra se hayan realizado «incursiones en terrenos políticos e históricos» como se dice en el prefacio, porque las propias normas del Código, adornadas de casuismo y preñadas de sabor histórico, requieren radicalmente bucear en esos antecedentes y condicionantes armado de buen criterio y formación jurídica, como hace el profesor Rubio. Buen criterio que se manifiesta, por ejemplo, en la desconfianza hacia los análisis ideológicos que pretenden hacerse con una piedra filosofal capaz de explicar todos los fenómenos sociales y políticos, lo que no supone más que un esquematismo infantil que termina por deformar la visión de la realidad: «Los análisis marxistas, que ofrecieron perspectivas inéditas, han arrojado mucha luz en numerosas cuestiones, como lo han hecho otros enfoques de índole materialista (sociológicos, antropológicos, economicistas, etc...). Han ayudado todos ellos a superar una historia jurídica que giraba en

exceso en torno a reyes, batallas, leyes o hechos concretos. Pero, en cuanto profesan un ciego determinismo y suelen ser muy reduccionistas (la plusvalía, clases sociales poderosas y discriminadas, etc...), llegan a resultados a menudo errados o unilaterales, cuando no pobres. Y cuando, en un salto conceptual mesiánico, pasan, en un momento dado, a blandir juicios de condena moral, severísimos, cometen una honda contradicción respecto a sus propios enfoques materiales, lo que acaso demuestre la incancelabilidad en el hombre de sentimientos tales como la justicia y la moral» (p. 118, nota 139).

Contradictorias se califica a estas visiones porque, por ejemplo, cuando sus análisis simplistas (coincidentes por cierto en ocasiones los del liberalismo y los del marxismo) denuncian que los mecanismos ideológicos, culturales y sociales del *Ancien régime* fueron piezas de la superestructura para lograr la dominación política por parte de la Iglesia y de la nobleza, no aceptan siquiera como hipótesis que, por coherencia, los cauces actuales de alimentación patrimonial de instituciones públicas puedan ser mecanismos análogos para ofrecer poder político para quienes manejan desde dentro el moderno Leviatán administrativo. De ese modo, si se denuncia que la tradicional *causa pia* no había sido sino el resultado de una hábil manipulación de la Iglesia católica que, valiéndose de la ingenuidad y credulidad de los testadores, obtenía réditos *pro domo sua* y se propugna que sea el soberano y su Administración quien asuma esas funciones: ¿no se aprecia que se habría operado una sustitución de los actores sin reescribir el guión?

Y si nos centráramos en los resultados de las desamortizaciones liberales, ¿cómo nadie advierte que la supresión de las vinculaciones comportó hondos problemas de cercenamiento de la libertad de decisión *mortis causa* de los ciudadanos y se lesionaron tanto los derechos adquiridos por las personas llamadas a las funciones activas de los vínculos como a los derechos o expectativas que pudieran tener las personas que habrían podido ser beneficiarias de estas vinculaciones? De nuevo, una honda contradicción que aqueja, en un argumento central, a los propios dogmatismos liberales.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico la obra es ambiciosa porque se ocupa de subrayar la importancia de atender a las normas constitucionales, procesales y fiscales vigentes en cada momento, y a su reflejo en la práctica judicial y extrajudicial y en la copiosa doctrina, para lograr una comprensión cabal del Derecho de Sucesiones. Y lo que es más importante, en gran medida se abordan efectivamente esas cuestiones.

Puede ser una característica destacada del enfoque histórico de la obra el hecho de que se atienda en especial, en punto a los fundamentos del Derecho de Sucesiones, a los juristas del *ius commune*, más teóricos que los romanos, por cuanto enjuician el dato jurídico con enfoques teológicos y morales. Se prescinde así por el autor, no por completo, del tratamiento de los antecedentes romanos, que suelen poblar las páginas de muchos estudios de derecho sucesorio. Personalmente creo que es un acierto, aunque solamente fuera para paliar la desatención de la doctrina por estas otras raíces doctrinales de nuestra historia jurídica, que son imprescindibles para la correcta comprensión de nuestro actual sistema. Es verdad, no obstante, que, desde el punto de vista del tratamiento de las instituciones sucesorias concretas, los textos romanos deberían asumir un papel más destacado, y de hecho lo asumen en el desarrollo de estas que aquí y allá realiza el autor, pues no se debe dejar de considerar que sobre esos antecedentes y soluciones seguimos reflexionando muchos siglos después porque han condicionado de forma decisiva el sentido

de nuestro sistema sucesorio. Pero, claro está, un tratamiento completo institucional completo constituiría una obra diferente a la actual.

Así las cosas, el que el autor no haya predeterminado una tesis que sostener o una intuición que demostrar se revela como uno de los aciertos intelectuales de esta aportación doctrinal, pues conduce a una obra absolutamente sincera, despojada de todo artificio políticamente correcto y de toda concesión a las modas: a veces incluso cruda y provocadora en sus expresiones, valoraciones y reflexiones. Cabe ejemplificarlo en las afirmaciones que se contienen aquí y allá sobre la ley 8/2021, a la que se moteja de adanismo, de pretender la conformación del pensamiento de los ciudadanos y de los juristas desde el poder. Probablemente juicios acertados y merecidos sobre una norma que, por otra parte, se hace acreedora de censura, aunque solamente fuera por lo tan escandalosamente imperfectos que resultan ser los preceptos sucesorios que ha reformado. No desanime, sin embargo, al lector la severidad de algunos juicios que se contienen en las páginas de estos *fundamentos*, pues la obra en mi opinión es muy ponderada, pese a las apariencias que algunas de esas expresiones puedan producir. Me atrevo a decir que no hay ningún juicio negativo que no venga contrapesado con el resaltado de las virtudes de ese mismo planteamiento criticado, a veces eso sí, en otros lugares de la obra; a mi parecer estamos más ante una cuestión de estilo literario que ante intemperancia. Lo advierto para que el lector más distraído no se retraiga al confundir una cosa con la otra, y me encargaré de poner algunos ejemplos.

En fin, todo ello hace augurar que a partir de ahora esta obra del profesor Rubio Garrido será de imprescindible lectura y reflexión para los estudiosos de esta disciplina, aunque discrepen de los planteamientos de fondo o de detalle.

Por otra parte, la radiante y espléndida biblioteca personal, que en su selección es tanto suya como de su recordado maestro Francisco Jordano Fraga, y en la que Tomás Rubio se sumerge durante el largo confinamiento domiciliario de la pandemia, permite que las intuiciones, reflexiones y experiencias docentes y profesionales queden enriquecidas con lecturas muy valiosas que dotan a estos *fundamentos* de una solidez argumentativa muy acusada. Así nos descubren estas páginas interesantes cuestiones dignas de ser profundizadas y se ponen de manifiesto tópicos inconsistentes en las ideas jurídicas más difundidas que se mantienen por simple inercia o por deformación ideológica.

Leyendo este libro se entiende perfectamente que el profesor Rubio haya «sentido la necesidad de terminarlo como fuera»: es que la gestación y alumbramiento de un nuevo fruto valioso como este tiene sus tiempos, que no deben precipitarse ni dilatarse en exceso. Una obra de esta naturaleza podría malograrse si se quedara en el escritorio del autor cuando comprobara que la tarea es tendencialmente infinita e inacabable por la ambición de sus propósitos. Más vale dar a conocer a tiempo una obra madura como esta, que puede provocar «en lo sucesivo diálogos fructíferos, para concordar o discrepar», que esperar a verificar exhaustivamente determinadas tesis o a profundizar en los innumerables aspectos de detalle que jalonan el camino o a delimitar con mayor precisión las propuestas *de lege ferenda* sobre las que fuera conveniente pensar. Acaso alguien pueda achacar a la obra que opera un salto en el vacío al pasar de los *fundamentos del derecho de sucesiones* a las propuestas *de lege ferenda*, sin pasar por el tratamiento técnico pormenorizado de las diferentes instituciones sucesorias. Pero esa crítica no sería del todo

exacta y justa, pues diseminadas en notas y en otros rincones de estas páginas se encuentran descripciones muy valiosas y certeras acerca del modo más adecuado de entender determinadas instituciones; aparte de que actuar de otra forma sería complejo de asumir, y no pienso que sea exigible, por la enorme extensión que requeriría. Ni la obra sucesoria previa del profesor Rubio Garrido es desdeñable (*La partición de la herencia* constituye un ejemplo de obra madura, y también ha desarrollado su pensamiento en obras más breves), ni con esta publicación se deben cerrar, espero, las aportaciones que haga al Derecho Sucesorio.

La tarea de la doctrina jurídica es siempre colaborativa y obras grandes como estas se dan a la imprenta cuando hay un autor que se esfuerza en creer, aunque le cueste, que habrá quienes puedan retomar nuestras intuiciones, desarrollarlas, debatir sobre ellas o rebatirlas de modo argumentado. Más mérito cabe dar a la decisión de publicar esta obra, cuando no se profesa una optimista fe en el progreso, o en que cada día tendremos una sociedad mejor que la de tiempos pasados, y cuando el propio autor ha constatado que, a veces, en la materia todavía nos quedan por aprender muchas lecciones de nuestro pasado. El profesor Rubio piensa, creo que haciéndoles justicia, que las diferentes regulaciones históricas son intentos de resolución de los problemas sociales, parecidos siempre a los actuales, hechos por personas de carne y hueso, que buscaron el bien común o el interés general como nosotros, aunque fuera en un contexto político-social distinto. Por eso ignorar o despreciar estas contribuciones constituye un error grave, que se convierte en posible fuente de otros muchos errores. Nada puede impedir, entonces, y el autor es consciente de ello, que este lúcido estudio sea susceptible de ser recibido peor que lo que sin duda merecería por superficialidad, desdén, desafecto ideológico u otras razones. Por eso una publicación de calidad como es esta supone un salto en el vacío, pues el autor debe asumir el posible desengaño, dolor o frustración por no ver acogidas, atendidas o comprendidas sus palabras. Por esta razón, merece también agradecimiento quien quiere correr esos riesgos.

¿Cuál es la visión del Derecho de Sucesiones que el presente volumen nos transmite? No estamos, para el autor, únicamente ante el último capítulo del Derecho patrimonial, pues eso supone una visión reductiva, ya que la sucesión *mortis causa* resuelve también los problemas jurídicos extrapatrimoniales. Es un sector que, teniendo una importante inspiración familiar, desborda este ámbito para ocuparse de los intereses de otras personas elegidas libremente por el causante, así como de los acreedores del causante y los propios intereses generales y de política jurídica. Todo ello daría razón suficiente de su complejidad técnica y conceptual de un sistema en que se deben articular las normas protectoras e imperativas con un amplio reconocimiento de la voluntad privada.

En ese sentido, afirma Tomás Rubio la presencia en el seno de esta parte del sistema jurídico civil de un criterio rector de defensa de la voluntad individual del individuo, incluido el derecho de fundación, constitucionalmente consagrado, pero que no aparece como cosa nueva con la Constitución de 1978, sino que tiene muy hondas raíces históricas[†]; libertad que merecería

[†] El autor menciona el testamento del Cardenal Gil de Albornoz otorgado el 29 de septiembre de 1364 y complementado por un codicilo de 23 de agosto de 1367 en el que creó el Colegio de España de Bolonia, y lo dotó de bienes, mediante su institución como heredero universal. Un testamento con eficacia estatutaria más de seis siglos después de su otorgamiento. Por lo demás, la razón del recuerdo de este señero ejemplo es la misma que

una valoración legal positiva por estar directamente conectada con el Derecho de la Persona y que sería conveniente respetar como fuente organizadora de la vida social. Sería esa conexión la que aconseja atender a los anhelos, necesidades y motivaciones exteriorizadas en forma por las personas representándose el momento del propio tránsito. En definitiva, que «es socialmente positivo, es de utilidad pública general, que a todo individuo el ordenamiento que le rija, cuando está vivo, le garantice que su voluntad tendrá un mínimo de eficacia jurídica para cuando esté muerto. Es un interés de un vivo, útil para todos los congéneres hoy vivos». Es por eso por lo que no es asimilable esta libertad a la propia del ámbito patrimonial, o a la autonomía contractual, ya que muchas veces adquiere carácter estatutario y se hace efectiva a través de lo que Federico de Castro llamó negocio constitutivo por contraposición al atributivo, y que se puede advertir en múltiples casos: *cfr.* artículo 336 CC, régimen de las sustituciones fideicomisarias, promesa de no mejorar, reglas para el ejercicio de la tutela o de los apoyos a personas con discapacidad, constitución y dotación de fundaciones, etc. Para el autor, esta clave personalista del derecho hereditario se habría generado históricamente en las nuevas perspectivas abiertas por el derecho común, superadoras del aspecto preponderantemente político del testamento romano.

Desde este mismo punto de vista me parece original, sustancialmente cierta y digna de ser compartida la fundamentación de las legítimas desde el plano personalista que arranca del propio comportamiento del causante; esto es, estaríamos ante una manifestación de la responsabilidad (que habría de ser siempre el corolario de la libertad) que se impone a quien engendra. Otros pretendidos fundamentos de estas como la necesidad patrimonial, el afecto o la solidaridad emocional, no serían más que manifestaciones de una indeseable deriva sentimental de los estudios jurídico-civiles, y ya tienen su campo de juego a través de otras instituciones, o del testamento y demás disposiciones sucesorias. Para el autor un sugerente apoyo para este fundamento personalista vendría dado por el juego exclusivamente voluntario de las causas de desheredación.

Para el autor, entonces, cobraría «hondo significado la mismísima explicación del surgimiento de las legítimas en la sociedad romana. Fue un mecanismo, surgido por vías jurídicas oblicuas (ámbito pretorio), para poder paliar sangrantes situaciones en las que una persona olvidaba por completo a sus hijos, habidos quizá en diversas relaciones, matrimoniales o en contubernios o en relaciones fugaces de toda índole (heterosexuales, claro está), siendo liberal con terceros, amigos o amantes. La legítima sucesoria, manteniendo tal finalidad, es cierto que luego se encauza, por las coordinadas socio-culturales y morales reinantes, por la vía mucho más estrecha de la legitimidad matrimonial. Pero creo que yerra quien confunde lo accesorio y lo principal. La ordenación jurídica inaugurada por los romanos con las legítimas no tanto servía a los esquemas morales católicos sobre la familia (sobre cómo encauzar las relaciones sexuales en la sociedad), que, por lo demás, son esquemas surgidos bastante más tarde en el tiempo, cuanto para remarcar una imposición de responsabilidad social por los comportamientos. Y esta dimensión se mantiene intacta, a mi juicio, hoy en la inmensa mayoría de los casos, aun

explica que el libro está dedicado al Colegio de España en Bolonia, a su Rector José Guillermo García-Valdecasas y a los compañeros del autor, como muestra de agradecimiento por todo lo recibido durante el tiempo en que realizó el Doctorado en esa institución. Me parece no equivocarme al advertir que hay deudas profundas en el tono y los principios de los que este libro parte con la formación humanista que el autor adquirió en esa institución.

cuando estemos en sociedades totalmente secularizadas e incluso aunque en revolución profundísima, hay hoy fórmulas nuevas para jurídicamente conseguir hijos en este mundo (compra de hijos, alquiler de útero, adopciones, técnicas varias de reproducción asistida, etc...). No es, por tanto, ni eminentemente sólo una cuestión religiosa (que también lo es); antes que eso, es una cuestión cívica –de éstas, pues, de las que siempre se ha ocupado el Derecho civil, como su propia denominación indica–».

Reconoce el Dr. Rubio que esta explicación personalista no justificaría de suyo la regulación de la legítima de los ascendientes, y el autor afirma que históricamente no hay nunca entre las legítimas de los descendientes y la de los ascendientes una equiparación funcional, pues la de los ascendientes nunca se entendió impuesta por el derecho natural o divino; pero a pesar de ello tiene también esta sucesión forzosa una explicación antropológica y socio-política muy clara: la propia vida del hijo acredita los desvelos de quien le ha criado, educado y permitido la supervivencia. En definitiva, no deja de ser el mismo fundamento en ambas clases de legítima, aunque sea la otra cara de la misma moneda: en este caso la reciprocidad debida por el hijo a la responsabilidad ejercida por el progenitor.

Tendría que añadir, que, para mí, este énfasis en el fundamento personal de las legítimas no resulta tan alejado del puro fundamento familiar de las mismas, quizá porque este aspecto personalista resulta la base común de ambos sectores de la disciplina: familia y sucesión forzosa. Es verdad que acaso ha dejado de ser mayoritario, hablando en términos de influencia cultural y política, un determinado modo de entender las relaciones familiares, que influyó mucho en la configuración, fundamentación y el propio papel asignado a las legítimas como refuerzo de esas relaciones familiares en un momento histórico. De todo ello se da cumplida razón en esta obra. Pero estoy de acuerdo en que el papel de las legítimas debe plantearse hoy recordando el origen histórico de su aparición en Roma, que puede ser el único modo de defenderlas en nuestro actual contexto.

Ya que hablamos de la legítima, y retomando lo que antes dije acerca de los desarrollos de las instituciones que se encuentran diseminados por la obra, me gustaría destacar la espléndida explicación acerca de la insuficiencia de la concepción negativa o de freno de la legítima (*cfr.* pp. 121-122, nota 146), que constituye una apretada síntesis de argumentos muy sólidos radicados además de modo convincente en los antecedentes históricos. Desde esta perspectiva sostiene Tomás Rubio que constituye un anacronismo quedarse anclado en las explicaciones de la legítima que podían encajar en la visión romanista más clásica, para la que formalmente «tener derecho» equivale a «tener acción o excepción» para ver reconocida una pretensión o posición, cuando en esa época todavía no había quedado dibujada con claridad una noción que como la de nuestro moderno «derecho subjetivo». Asimismo, podrían destacarse las explicaciones acerca de la profunda raíz castellana de los sistemas de pago o conmutación de las legítimas que solamente con mucho trabajo supieron subsistir en el Código y abrirse un cauce más amplio en sus posteriores reformas.

Se encuentra muy presente en esta obra, pese a lo que acabo de recordar acerca de la opinión del autor sobre el fundamento de las legítimas, la conexión temática de estas con el derecho de alimentos, no siempre destacada en los más recientes impulsos reformistas, que aparentan quedarse simplemente en la necesidad de modificar el criterio legal de las legítimas, cuando es mucho más probable que los argumentos que se utilizan justifi-

quen mejor la reforma del derecho de alimentos. Me gustaría, a este respecto, destacar el acercamiento a la delicada cuestión de los alimentos en el régimen castellano del mayorazgo, a veces insuficientemente comprendido por la reflexión doctrinal actual influida por las críticas ilustradas a esa institución medieval. Y es curioso que, pese a las concomitancias de los problemas que esta forma de vinculación puede tener con los que pueden generarse a través de fenómenos contemporáneos, como sería el de la constitución de sociedades de capital de base familiar, nadie repare en ello y a nadie preocupe el vaciamiento práctico de las legítimas y los propios alimentos que se obtienen con algunas de estas fórmulas societarias. Estamos ante un ejemplo de esas materias en las que el propio autor aconseja una profundización futura. Cabe destacar, por demás, la insistencia con la que se nos recuerda una distinción fundamental, que se ignora habitualmente, entre los alimentos civiles, es decir los proporcionados a la condición y estado de las personas (*cf.* arts. 1041 a 1044 CC) y los alimentos estrictos fundamentados en el estado de necesidad (*cf.* arts. 142 y ss.).

¿Y qué opina el autor sobre el futuro del Derecho de Sucesiones? Creo que nos transmite claramente la idea de que estamos ante un sector del ordenamiento necesitado de actualización y reforma, pero en el que es precisa la cuidadosa meditación de las soluciones que se propusieran y en el que resultaría especialmente pernicioso la improvisación legal, falta de sentido práctico o de moderación, o que trabajara ignorando los antecedentes históricos (la supresión de la sustitución ejemplar y su delirante régimen transitorio, serían el típico fruto de este modo de hacer desconsiderado e ignorante). Comparto el sano temor de que no estemos en el momento adecuado para lograr una reforma legal que nos lleve a alcanzar mayor altura.

En este punto es obligado relacionar al profesor Rubio Garrido con algunas de las líneas de fuerza del pensamiento de Alonso Martínez, pues las ideas acabadas de señalar, sentido práctico y moderación, están reiteradamente presentes en la obra de este *padre* del Código Civil. No es casualidad por eso la estima por este autor que creo advertir que profesa Tomás Rubio, ya que, pese a todos los defectos que también se le atribuyen, hace una valoración bastante positiva de la labor legislativa que se plasmó en nuestro vigente Código, más meritoria cuando hubo de moverse en un ambiente político e ideológico en que existían tantas mixtificaciones que generaban un caldo de cultivo favorable a las equivocaciones. En ese entorno, sin embargo, nuestros codificadores supieron navegar sin perder el norte y aunque no construyeran un sistema sucesorio que fuera un «dechado de corrección técnica», sí que supieron evitar en él «estragos más profundos». De modo que lograron «una modesta sistematización, que recuperó muchos enfoques tradicionales, alejándose algo de influjos franceses, cuyo sentido político profundo (la disgregación de grupos sociales poderosos políticamente gracias a la acumulación patrimonial por los mecanismos de vinculación) ya había sido logrado en España con la legislación de desvinculación». Inviabile la unificación jurídica nacional que se persiguió con ahínco por los codificadores, el grueso de los debates se centró «en la extensión de las cuotas, en si debía reconocerse o no legítima al viudo y la forma en que había de pagarse y parte de dónde había de sacarse; si debía reconocerse legítima a los hijos naturales». Los debates se llevaron a cabo en el seno de la comisión, «con relativa despreocupación respecto de los precedentes históricos y sin mucha conciencia de las implicaciones en punto a fundamento, y (...) fueron resueltos por lo general con meras transacciones conversacionales». Por otra parte «en

ese contexto de escaso rigor técnico, se optó por acometer los menores cambios posibles, sin permitir personalismos ni grandes ocurrencias, y pasándose de puntillas sobre la larga retahíla de cuestiones atormentadas que desde hacía siglos la materia presentaba».

En definitiva, aunque para el autor la regulación del Código civil no es perfecta, en su conjunto, y leída *in bonam partem*, sí ha resultado ser mucho mejor y más eficaz socialmente, que el cuerpo de doctrina que desde su promulgación se ha elaborado en materia sucesoria; aunque tampoco el autor desdeñe a la doctrina, pues las últimas palabras del libro son de reconocimiento «a las aportaciones de primerísimo nivel dadas por juristas muy variados a lo largo del pasado siglo»: Lacruz sería un certero, lúcido y brillante cultivador, Vallet una figura señera, en palabras del autor que suscribo plenamente.

Tengo que destacar, también, que la valoración del Dr. Rubio de la personalidad y la obra de García Goyena parece ser menos positiva que la que le merecen los autores que contribuyeron a la definitiva codificación civil. En mi opinión, es cierto que la evolución que experimenta el Derecho de sucesiones desde el Proyecto de 1851 hasta el Código es muy de apreciar por muchas razones, y que ese mérito hay que atribuírselo a Alonso Martínez que se revela en estudio sobre *El Código Civil en sus relaciones con las compilaciones forales* como un jurista razonable y cuidadoso. Pero esto no quita que se debieran reconocer los méritos del proyecto isabelino, entre otras cosas porque D. Florencio no me parece que ignorara la profundidad de los planteamientos clásicos castellanos, aunque admitiéramos que los conociera fundamentalmente a través de la obra de Febrero. Esta última, en todo caso, no es una obra meramente práctica, aunque también lo sea y ello constituya otro mérito añadido a la misma, pero supera esa condición porque el autor acredita un buen y fiable manejo de la doctrina clásica que resulta hoy extremadamente útil para acercarse con provecho a la tradición castellana, bien que no a todos sus aspectos. Por eso, a mi particular juicio, al mentado escribano le debemos no pocas de las conexiones que nuestro Código mantuvo con el Derecho castellano. Quizá, por otra parte, desde el punto de vista metodológico se puedan apreciar en esa obra de Febrero concomitancias con la propuesta metodológica de Tomás Rubio: atención a la doctrina clásica fundamentalmente publicada en latín (que maneja con soltura por su razonable conocimiento de esa lengua), a la práctica notarial y a la judicial, y todo ello accesible en lengua castellana.

No debieran, ahora hablo en nombre propio, ignorarse estos puntos de apoyo que brinda nuestra historia jurídica en una eventual reforma, aunque es de temer, y ahora dejo hablar al autor, con quien concuerdo, que no corren buenos tiempos para esperar grandes resultados en una tarea tan delicada. Procede, pues «actuar con la máxima prudencia». En suma, no existe «ninguna demostración sería de que el conjunto regulatorio español, con toda su espectacular riqueza (de lo que no estaría mal que pudiéramos enorgullecernos en lugar de tanta flagelación), sea gravemente injusto. Disfunciones técnicas las presenta en abundancia (...) y errores de fondo es posible que se hayan cometido en reformas recientes, en Derecho común (...) pero eso es una cosa y otra, a lo que tantos se apuntan de manera un tanto irreflexiva, que haya obsolescencia técnica profunda y necesidad de refacciones radicales. Esta materia –no se puede olvidar– es sensibilísima desde cualquier punto de vista que se adopte, y los adanismos están de más».

Me gustaría destacar, por último, dentro de las variadas cuestiones que pudieran comentarse acerca de esta obra, que desde el punto de vista constitucional se aprecian dos órdenes de ideas en la monografía de Tomás Rubio relativas a nuestra vigente Constitución de 1978. En primer lugar, para el autor nuestro constituyente, al yuxtaponer la «propiedad privada» y la «herencia», quiso recordar al legislador ordinario que en cualquier regulación de la sucesión *mortis causa* debe existir un ámbito relevante de libertad decisoria para el causante, que cuente con el auxilio del poder. De este modo no sería constitucional que sustancialmente la sucesión correspondiera al Estado o de las Administraciones públicas, o a determinados parientes (en su caso vulnerables) o a determinadas entidades, se hiciera ello bajo la denominación que fuera. Sería esta, también, una interpretación armónica con el importante artículo 34 CE, regulador del derecho de fundación. En cuanto a este último sostiene esta obra no se refiere en exclusiva al específico tipo de persona jurídica regulada por la Ley, sino que se proyecta a todos los fenómenos posibles en los que una persona afecta unos bienes de manera perpetua o duradera a una finalidad de interés general, haya o no fundación sujeta a la ley, tenga o no en su nombre el término «fundación», y alcance o no personalidad jurídica.

Si esto es así, se aprecia con claridad una consecuencia: que no es correcto decir que el derecho a la herencia es una duplicación del derecho de propiedad, pues ambos operan en un plano no necesariamente coincidente. Así, por ejemplo, la herencia no sólo permite dictar reglas para la transmisión de la riqueza patrimonial, sino también para ámbitos personalísimos, o para introducir determinaciones accesorias de la voluntad (condiciones, términos, modos, sustituciones) o reglas creadoras de relaciones jurídicas nuevas (usufructos, cargas personales, constitución de personas jurídicas) y tantas otras cosas. El ámbito de libertad para el ciudadano en el plano *mortis causa* es muchísimo más amplio, y más rico que el mero ámbito de libertad existente en el interior de los derechos reales, o incluso obligacionales.

En segundo lugar, en cuanto a la eficacia horizontal de los mandatos y derechos constitucionales, opina que no pueden limitar la libertad de decisión y regulación *mortis causa*. Ni siquiera, que ante varias posibilidades de interpretación de una disposición *mortis causa* es necesario elegir la que parezca más armónica con los valores democráticos, sociales y de progreso. En el terreno interpretativo, sería constitucional (derivado de los arts. 9, 10, 33 y 53 CE) un principio exegético *pro libertate*, es decir, de, en la duda, mantener y preservar la eficacia de la voluntad *mortis causa* emitida por cualquier ciudadano, e interpretar restrictivamente sus posibles límites.

Debo llegar al fin de esta recensión, y dejar al lector que se sumerja en la lectura y reflexión de estas extraordinarias y apasionadas páginas que nos entrega Tomás Rubio Garrido. Auguro que aprenderá mucho de nuestro sistema sucesorio y pondrá en cuestión muchos tópicos que ensombrecen actualmente su interpretación y buena comprensión, y adquirirá *fundamentos* intelectuales muy sólidos para los debates que se avecinan sobre este apasionante sector de nuestro ordenamiento.

Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

STAGL, Jakob Fortunat, *La vida de los hombres mismos vista de un lado particular. Ensayos de derecho civil chileno y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 302 pp.

En apariencia, el libro que se reseña podría parecer una colectánea de trabajos escritos por su autor (en dos casos en coautoría) sobre diversos tópicos relacionados con la historia de las ideas jurídicas y el derecho privado comparado que no guardan relación entre sí. Sin embargo, detrás de los siete artículos reunidos en este volumen sí existe un hilo conductor y el autor lo hace explícito en el pequeño párrafo que, a guisa de presentación, precede a los agradecimientos de rigor (p. 19). Jakob Fortunat Stagl, quien es actualmente catedrático del Departamento de Ciencias del Derecho en la Universidad de Chile, señala ahí que su ambición consiste en probar la verdad de la frase usada para dar título a la obra que ofrece, tomada del *Vom Beruf* de Frederich Karl von Savigny (1779-1861), mediante la demostración de esa particularidad que el jurista adopta al ejercer su arte. La elección de este célebre folleto como inspiración, que marca un giro radical en el desarrollo de la ciencia jurídica europea, no es casual: «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho» (1814) constituye un manifiesto contra el movimiento codificador que surgía en Alemania, que se articula sobre la necesidad de emprender un estudio histórico de la ley positiva como precedente para la adecuada comprensión de la dimensión científica del derecho. Ella trabaja racionalizando un material que le viene dado, puesto que «todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia», según sostenía Savigny. Por eso, el derecho escruta las relaciones humanas desde un prisma particular, que es la dimensión de lo bueno y lo justo, siguiendo la clásica y conocida definición de Celso (Dig. 1, 1, 1, pr.), y asumiendo que aquél es también un producto histórico.

La obra se divide en dos partes, compuestas de cuatro y tres trabajos, respectivamente. La primera se titula *Πρώτα* e invita a volver la mirada hacia esos días antiguos del derecho romano que sirven de simiente a la cultura jurídica occidental. Ahí se incluyen: «De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano» (pp. 23-56); «Autonomía privada y ley pública en Roma» (pp. 57-72); «Una huida a Roma: la trayectoria intelectual de Ernst Rabel» (pp. 73-100), y «Malestar y bienestar en la codificación: el comentario jurídico en América Latina» (pp. 101-130). Como homenaje al Digesto, la segunda parte se titula *De rebus* y agrupa trabajos que pertenecen al derecho de bienes y de obligaciones en clave comparatista, dos de ellos teniendo como uno de los puntos de comparación el Código Civil chileno (1855). Comparecen aquí: «La venta de cosa ajena en la sistemática del Código Civil» (pp. 133-163); «La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles en el derecho europeo» (pp. 165-209), y «Gravamen (pena) contractual en Alemania y Chile: dos modelos opuestos» (pp. 211-260). Todos los ensayos habían sido publicados con anterioridad, algunos de ellos en más de un idioma, y el autor da debida cuenta de ello (pp. 301-302). Cierra el volumen un elenco bibliográfico general, que incluye la jurisprudencia chilena citada (pp. 261-300).

«De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano» es un trabajo destinado a mostrar los inicios de una idea que con los siglos se iría expandiendo y desarrollando, pese a las amenazas que en la actualidad experimenta desde distintos flancos.

El objetivo del autor es demostrar que el concepto actual de persona, que concibe a esta como «una abstracción que individualiza al ser humano en referencia al sistema jurídico» (p. 23) para cristalizar «una ineludible protección mínima» (p. 27), tiene raíces romanas que no han sido investigadas bajo una aproximación personalista. Stagl comprueba la etimología habitual de la palabra «persona», que identifica el concepto con una máscara, pero también lo vincula con la idea de poder (pp. 28-30): se trata de una investidura reconocida por la sociedad. De esto se sigue que el derecho de las personas es el derecho de los estatus sociales, vale decir, el concepto comporta un supuesto basal que permite clasificar a los seres humanos en categorías singulares (p. 31). Así van surgiendo los distintos actores del mundo romano: libres y esclavos, nacidos libres y libertos, romanos y extranjeros, el *pater familias* y sus dependientes (pp. 32-38).

A partir del siglo I d. C., los juristas romanos comienzan a disolver las rígidas divisiones que existían entre los distintos estatutos, propendiendo hacia la igualdad sustancial de los seres humanos bajo el concepto técnico de «persona» (pp. 38-41). En esta transformación cupo a Gayo un papel crucial, pues fue el primero en tratar a todos los seres humanos bajo la denominación genérica de «personas» y reconocerles así una cualidad distintiva tanto en el plano social como jurídico (p. 54). Esta mutación en el plano de las ideas jurídicas se produce en paralelo a los cambios que experimenta la sociedad romana, que llevan a que la persona sea sinónimo de sujeto de derecho y designe al ser humano «liberado de sus cadenas de estatus» (p. 43). En otras palabras, «[l]a igualdad formal forzó la igualdad material» (p. 52). Detrás de estos cambios está el surgimiento del derecho natural, que reclama un concepto unitario de ser humano al que puedan aplicarse unas disposiciones jurídicas inmutables que no dependen del tiempo o el lugar (p. 46), y también el crecimiento del cristianismo, puesto que «el concepto de persona develó su efectivo potencial antropológico a partir del Medioevo cristiano» (p. 54). Pero esta aproximación carece todavía del individualismo necesario para permitir la construcción de una doctrina sobre derechos fundamentales basada en el derecho natural (p. 50). Esto sólo será posible cuando, ya a mediados del siglo XX, como resultado del horror de la Segunda Guerra Mundial, esos derechos se conviertan en directamente accionables. Sin embargo, en esa época aparecen también las posturas «antipersonalistas que intentan descartar a la persona con sus ambigüedades» (p. 55). Este movimiento pendular aboca a una conclusión que desafía el entramado antropológico sobre el cual se han asentado nuestras referencias vitales: la persona es el ser humano en la cultura, y de ahí viene el malestar que suscita (p. 56). Este es el gran drama del derecho posmoderno.

Por cierto, la función de la persona como centro del derecho comporta un tema que Jakob Fortunat Stagl ha abordado con profusión. De hecho, ha publicado en paralelo otra colección de trabajos titulada *Camino desde la servidumbre. Escritos sobre servidumbre en la Antigüedad, su derrota y la amenaza de su retorno* (Madrid, Dykinson, 2021), donde ahonda en la función axial de la persona en el sistema jurídico y el sentido que tiene la libertad como elemento determinante de su acción en medio de la comunidad (entre esos trabajos destaca uno sobre la *restitutio in integrum* en el derecho indiano, que recuerda la protección dispensada por la Corona española a los indígenas frente al tratamiento igualitario que impondrían las codificaciones republicanas, con la consecuencia de sumergir el problema sin darle la debida solución).

«Autonomía privada y ley pública en Roma» es un capítulo breve, pero sugerente. Su objetivo es proporcionar los argumentos para desmontar un tópico que se suele repetir en torno al derecho romano: las leyes no tuvieron demasiada importancia en el derecho privado de la antigua Roma, puesto que este era una creación de los juristas (p. 57). Esta conclusión parece estar basada en la consideración de las citas del Digesto, lo cual no es un argumento conclusivo. Stagl da cuenta del análisis de Dario Mantovani, hoy catedrático del Collège de France, quien sostiene que ese cuerpo fue expurgado de las referencias legales pertinentes, ya que el objetivo era resaltar la exclusividad de la legislación justiniana (pp. 57-58). Por lo demás, así lo demuestran las referencias que contienen las *Instituciones* de Gayo, un manual jurídico compuesto hacia mediados del siglo II d. C.

En verdad, el derecho romano «no es un modelo para el liberalismo» (pp. 66-67), puesto que la autonomía privada no era ilimitada como usualmente se piensa. Esto es cierto sólo en lo que respecta al derecho de obligaciones y de bienes, pero no era así en materia de derecho de familia y de sucesiones. La razón de esta falsa creencia proviene de «una ilusión óptica que resulta de la tradicional preponderancia del interés de la romanística por los contratos» (p. 65), que se ha prolongado en el derecho civil moderno. Por el contrario, para los romanos era mucho más importante «la transmisión y mejora del estatus» (p. 65), a diferencia de lo que sucede en el derecho actual que se asienta sobre el contrato como elemento articulador del tráfico (p. 67). Esto confirma la tesis de Henry Sumner Maine (1822-1888), según la cual las sociedades evolucionan desde el estatus al contrato (p. 60) o, si se prefiere, desde las posiciones a las relaciones, por seguir la terminología que usaba Álvaro d'Ors (1915-2004) para distinguir entre derecho público y derecho privado. El aserto viene demostrado con dos anexos que enumeran las leyes públicas y senadoconsultos que conformaban el derecho privado romano, con indicación de su fecha y materia (pp. 67-72). El lector interesado en profundizar sobre el equilibrio entre la potestad pública y la autoridad de los juristas puede acudir al libro de Javier Paricio intitulado *La formación del derecho privado romano* (Marcial Pons, 2.ª ed., 2022), cuya versión revisada acaba de aparecer.

«Una huida a Roma: la trayectoria intelectual de Ernst Rabel» resulta un ensayo muy sugerente para el lector hispanoparlante, que sólo tiene de este autor (con seguridad uno de los grandes juristas de la historia) algunas referencias circunstanciales basadas en su carácter de precursor de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CISG, por sus siglas en inglés). Stagl compara la trayectoria de Ernst Rabel (1874-1955) con la de Hans Kelsen (1881-1973), dos figuras destacadas de la ciencia jurídica del siglo XX (pp. 97-99): ambos habían nacido y crecido en el rico ambiente cultural del Imperio Austrohúngaro (descrito con maestría por Stefan Zweig en *El mundo de ayer*), tenían ascendencia judía, acabaron enseñando en los Estados Unidos e intentaron una huida que evitase el particularismo jurídico derivado de los crecientes nacionalismos que amenazaban (y todavía amenazan) con fraccionar el país y Europa. Pero más allá de los distintos ámbitos en que cada que estos autores realizaron su obra, las sendas elegidas fueron distintas (p. 99), y también el conocimiento de uno y otro que existe en el mundo jurídico hispanoamericano. La causa de esto proviene de la mayor generalidad que presenta la teoría del derecho frente al derecho privado (aunque Rabel tuvo también participación en la redacción de un documento de trabajo del

American Law Institute que sirvió de base para la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas), pero, sobre todo, por la ausencia de traducciones al castellano de las obras capitales de Rabel. Distinto fue el caso de Kelsen: en su recomendable biografía, Gregorio Robles cuenta que la *Teoría pura del derecho* se publicó primero en España, puesto que Luis Legaz y Lacambra (1906-1980) tuvo acceso a los apuntes que Kelsen utilizaba en sus cursos de la Universidad de Colonia, los que publicó traducidos anticipándose a la edición príncipe de esa obra confeccionada a partir de una reelaboración de esos materiales y aparecida en 1934 (ROBLES MORCHÓN, G., *Hans Kelsen. Vida y obra*, Madrid, Thomson/Civitas, 2014, p. 127). Desde entonces, la casi totalidad de la obra de Kelsen ha sido vertida al español y objeto de innumerables estudios especializados.

Hans Kelsen apostó por la elaboración de una ciencia jurídica aséptica de raíz kantiana, que se construye mediante la validación estatal de las reglas jurídicas a partir de una norma fundante básica cuya validez se presupone y se excluye de la discusión. La ciencia del derecho es así descriptiva: asume el derecho existente, que explica y desarrolla a partir de los conceptos necesarios para una comprensión universal del fenómeno jurídico (a Kelsen se debe la formulación de unos «conceptos jurídicos fundamentales», que hasta hoy se utilizan los programas y manuales de teoría del derecho: el hecho ilícito, la sanción, el deber jurídico, el derecho subjetivo, el sujeto de derecho y la responsabilidad jurídica). Con todo, la radical separación entre derecho y moral que conlleva la exclusión de la metafísica ha hecho que la propuesta de Kelsen en torno al derecho no haya logrado sobrellevar el paso del tiempo, a diferencia de su defensa de la democracia basada en la combinación de libertad e igualdad, idea sobre la que Norberto Bobbio (1909-2004) volvería durante los años finales del pasado siglo (véase, por ejemplo, PEÑA GONZÁLEZ, C., *Ideas de perfil*, Santiago de Chile, Hueders, 2015, pp. 403-410).

Ernst Rabel eligió otro camino para evitar el particularismo que reclamaba la división geopolítica dejada por la Primera Guerra Mundial: se decantó por una «huida a Roma», que consistió en la defensa de «un derecho mundial fundado en el derecho natural» (p. 96). Esto significaba la búsqueda de unas reglas y principios jurídicos que no dependieran del lugar de elaboración o aplicación, sino su valor intrínseco como criterio razonable de resolución de un conflicto intersubjetivo. El objetivo era construir un derecho uniforme que reviviera el *ius gentium* romano. Por lo demás, esta disciplina no era desconocida para Rabel: en 1913 había publicado *Grundzüge des römischen Privatrechts* («Esquema de Derecho privado romano»), que marca su despedida del derecho histórico para centrarse en la comparación jurídica a la que comienza a dedicarse tres años después. Para este autor, la indagación sobre la naturaleza de las cosas hace que las instituciones jurídicas sean analizadas de acuerdo con su función social (p. 94), puesto que las sociedades con una composición similar tienden a resolver sus problemas de manera parecida (p. 95). Se trata de encontrar la solución que se presenta como la más justa para una situación concreta, de suerte que ella tenga validez universal como parte de un ordenamiento global (un objetivo semejante, impulsado por una globalización más acelerada y profunda que la que vio Rabel, ha llevado a cabo en los últimos años Rafael Domingo (véase DOMINGO OSLÉ, R., *¿Qué es el derecho global?*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2.ª ed., 2008, con versión en inglés). Guiado por esa misma motivación, entre 1928 y 1933 Rabel formó parte del consejo de gobierno del Instituto Internacional para la Unificación

del Derecho Privado (UNIDROIT), que había nacido al alero de la Sociedad de las Naciones, donde trabajó en estrecho contacto con Vittorio Scialoja (1856-1933). De este modo, también puede ser considerado el precursor de los textos de armonización que éste ha producido.

De ahí que los esfuerzos de Rabel aparezcan coronados por dos obras que, pese a tratar de temas distintos, pretenden cumplir la misma finalidad de sentar las bases de un ordenamiento jurídico mundial. Se trata de *Das Recht des Warenkaufs* (1.º tomo, 1936; 2.º tomo, póstumo, 1958) y *The Conflict of Laws: A Comparative Study* (4 volúmenes, aparecidos entre 1945 y 1954, y reeditados como obra de conjunto en 1958). Su ejercicio comparatista sobre el contrato de compraventa sirvió de insumo para el régimen uniforme de la compraventa internacional de mercaderías. Ingeborg Schwenzer recuerda que la lista de agradecimientos de este libro es una suerte de guía del mundo académico que más influencia tuvo en Europa y Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial, con fuerte presencia de los juristas alemanes que permanecieron en Alemania o que se vieron obligados a emigrar por las circunstancias políticas de su país (SCHWENZER, I., «Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria», en REIMANN, M./ZIMMERMANN, R. [eds.], *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 81). Por su parte, fue en su tratado dedicado al modo de resolver los conflictos de leyes donde Rabel expuso su teoría de la calificación autónoma en el derecho internacional privado, donde postula que «no se trata de vincular los conceptos del derecho de conflictos a un derecho sustantivo u otro, sino de desvincular el derecho de conflictos del derecho sustantivo», dado que ambos «comparten la misma ‘materia prima’—las circunstancias vitales— a las que hacen referencia los distintos supuestos de hecho. Gracias a la emancipación del derecho de conflictos del derecho positivo, se abren las puertas a la calificación autónoma [...] de las circunstancias vitales» (pp. 84-85). A esta teoría y su función dentro del pensamiento del autor austríaco dedica Stagl mayor atención (pp. 83-86) que aquella que presta a los trabajos sobre unificación de la compraventa de mercaderías (pp. 99-100).

«Malestar y bienestar en la codificación: el comentario jurídico en América Latina» es un ensayo que se aproxima, con la mirada de un jurista europeo (sesgo que también se observa en el capítulo sobre el continente incluido en el *Oxford Handbook of Comparative Law* escrito por Jan Kleinheisterkamp, presente en sus dos ediciones), a una notable ausencia dentro de los géneros literarios que el derecho ha producido en dicha área geográfica. La tesis de Stagl es que en los países donde no existe comentario, entendido como una obra que busca hacer comprensible e interpretar el texto de un código, pero también reforzarlo, completarlo y corregirlo (p. 105), «se percibe un cierto malestar con la codificación, especialmente en lo que respecta a su sistemática» (p. 101). Esto proviene de dos causas principales: la primera es que «el comentario es ajeno al genio autóctono de Latinoamérica, y más bien es un género del imperialismo español» (p. 130); la segunda se refiere a la separación entre el texto de la ley y su aplicación por parte de la comunidad que está llamada a regir, de donde proviene el «codificacionismo» como equivalente funcional al comentario, dado que la ley queda pronto desfasada por la ausencia de un desarrollo vital y se busca sustituirla por otra de nuevo cuño (p. 127).

Para demostrar su hipótesis, Stagl se remonta hasta las Siete Partidas, que «se convirtieron en el derecho territorial general del Nuevo Mundo» (p. 103),

adquiriendo el protagonismo que no habían tenido en la Península por la existencia de derechos propios. Ellas fueron conocidas y aplicadas en los territorios españoles de ultramar según la edición de 1555, que incorporaba las glosas de Gregorio López (1496-1560). La obra de quien fuera miembro del Consejo de Indias «está en lo más alto de su época y no tiene igual en la literatura jurídica en alemán» (p. 106), pero carece continuidad en la naciente doctrina de las naciones desmembradas de la metrópolis (en España cabría incluir dentro de esta estela los comentarios con que Florencio García Goyena publicó el Proyecto de Código Civil de 1851, que deberían haber merecido alguna referencia). Para demostrarlo, el autor ofrece enseguida una revisión de cada uno de los países más representativos del continente (en el orden de tratamiento: Chile, Argentina, Brasil, Ecuador, Colombia, México y Perú) y la posición que en ellos ha tenido o tiene el comentario (pp. 106-124).

Aunque en esta última parte hay algunos errores de referencia (como la omisión del Código Civil de Bolivia promulgado en 1975, la alusión a las *Explicaciones de Derecho chileno y comparado* de Luis Claro Solar según la edición de la Editorial Jurídica de Chile, o la falta de mención a las notas de Dalmacio Vélez Sarsfield al Código Civil argentino de 1869), que no afectan la visión de conjunto y se explican por la aproximación general que caracteriza al comparatista, el resultado del análisis es desolador: sólo en Argentina y Brasil se observa una cierta costumbre del comentario como género jurídico, siendo el manual (probablemente por la influencia del *précis* del derecho francés) el género que predomina en el continente. Por cierto, este ensayo es también una invitación a emprender una tarea pendiente: confeccionar un comentario histórico-crítico del Código Civil chileno (p. 112), cuya influencia fue considerable en el resto de las codificaciones hispanoamericanas (pp. 110-111). Con todo, se echa en falta la consideración del libro de Diego López Medina intitulado *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá, Temis, 2004), que analiza la conformación de la ciencia jurídica en el continente bajo ciertas claves identitarias (son asimismo de interés los trabajos que sirvieron de base para el proyecto en marcha de redacción del «Código Marco de Obligaciones para América Latina» que lleva adelante el Grupo de Armonización del Derecho en América Latina, GADAL, en especial aquellos debidos a Sandro Schipani y David Fabio Esborraz). Incluso hay una línea de desarrollo que convendría explorar en el futuro, como es el trasunto que el realismo mágico tiene cuando se trata de concebir una individualidad propia que presenta la doctrina jurídica hispanoamericana, si se puede hablar de ella como un conjunto más o menos homogéneo (en el sentido que JESTAZ, P./JAMIN, C., *La doctrine*, París, Dalloz, 2003, le asignan a la doctrina como cuerpo). Si bien varios de los motivos que explican la enmienda por sobre el comentario (pp. 124-130), incluido el trasplante irreflexivo, están conectados con las características del realismo mágico, todavía existe ahí una cantera que puede ser rica en consecuencias.

«La venta de cosa ajena en la sistemática del Código Civil» comienza por evidenciar la incomodidad que siente la doctrina chilena con una regla (el art. 1815 del Código Civil) que legitima esta clase de contrato (pp. 133-135). De hecho, el ensayo se inicia con la explicación del origen romano de esa regla y su recepción en las codificaciones europeas para justificar la tradición que hay detrás (pp. 135-146). Cómodo con la regla legal, al punto de estimar innecesaria cualquier reforma en ese sentido (pp. 150-156), el autor explica que el hilo conductor de este trabajo consiste en dilucidar «si la obligación

que se le impone al vendedor está en armonía con la protección que se le impone al comprador» (p. 147), vale decir, si el saneamiento de la evicción favorece una colaboración entre las partes destinada a que el comprador se convierta en dueño de la cosa recibida o no vea afectada su posición. Sin embargo, las consecuencias de la venta de cosa ajena requieren un análisis algo más profundo y diversificado en cuanto a sus supuestos, ya que la mirada no se puede centrar sólo en proteger al comprador a través de la combinación de las reglas sobre evicción y prescripción adquisitiva; igualmente digno de protección es el derecho del verdadero dueño.

Para comenzar, el elemento que caracteriza a este tipo de venta es el hecho de que al momento de perfeccionarse el contrato la cosa vendida no pertenecía al comprador (hay así un paralelismo con los casos de venta de cosa inexistente y cosa propia de que tratan los arts. 1814 y 1816). Además, dicha pertenencia debe de haber sido exclusiva, quedando fuera los casos en que hay comunidad (art. 1344). Es esa clase de negocio jurídico la que el artículo 1815 considera válida, con independencia de lo con posterioridad haya hecho el vendedor respecto de la propiedad de la cosa vendida. En otras palabras, no hay venta de cosa ajena si el vendedor vende una cosa propia que, antes de la entrega, vuelve a ofrecer a un tercero (art. 1817); tampoco se pierde ese carácter por la adquisición posterior de la cosa por parte del vendedor, sea que ella suceda antes de efectuarse la entrega (como viene previsto en el artículo 1108 respecto del legado de cosa ajena), sea que la adquisición ocurra con posterioridad a ella, cuando la cosa ya se encuentra en manos del vendedor (art. 1819). Más discutible es la exclusión de la nulidad cuando el vendedor ha aseverado (bajo la fórmula de «manifestaciones y garantías») que la cosa le pertenece, porque entonces sí parece existir un dolo positivo de su parte (art. 1458). Por cierto, la validez de la venta de cosa ajena no excluye que ese contrato sea inoponible al verdadero dueño, dado que el comprador sólo adquiere los derechos de tal desde la fecha de la venta cuando aquél ha ratificado el contrato (art. 1818).

Asumido estos presupuestos, surge la necesidad de efectuar algunas divisiones que consideren a las tres partes involucradas: el verdadero dueño, el vendedor y el comprador. Sólo de este modo se logra una efectiva «interacción entre derechos reales y personales» (p. 149), como desean los autores (este capítulo fue escrito originalmente por Jakob Fortunat Stagl y Javier Rodríguez Díez), y el enfoque no queda centrado en el contrato y su ejecución o incumplimiento, como es el enfoque original de la doctrina chilena.

La situación jurídica del verdadero dueño exige revisar cuáles son los derechos que el artículo 1815 deja a salvo cuando la cosa que le pertenece ha sido vendida por otro. Su entrega por parte del vendedor no conlleva una transferencia de dominio, porque ese efecto sólo es posible cuando el transferente es dueño (art. 682). El verdadero dueño goza de la acción reivindicatoria, que le permite reclamar la restitución de la cosa cuya posesión corresponde a otro (art. 889), hasta el límite temporal de la prescripción adquisitiva (art. 2517). Pero hay aquí un matiz importante que proviene del diseño que Andrés Bello dio a la reivindicación: esta acción se puede ejercer contra el actual poseedor de la cosa (art. 895), pero también contra el que enajenó la cosa (art. 898), siendo distintas las consecuencias en ese caso si la enajenación se hizo de buena o mala fe, y contra el poseedor que deliberadamente ha dejado de poseer (art. 900). Esto significa que, celebrada una venta de cosa ajena, el dueño se puede dirigir contra el vendedor mientras tiene la cosa en su poder o contra el comprador si la entrega ya se ha efectuado. Sólo en este

segundo caso se activa el régimen de saneamiento de la evicción que el libro analiza (pp. 146-150), sin perjuicio del derecho del comprador, frente a la turbación en la posesión de la cosa o la existencia contra ella de una acción real de que el vendedor no le haya noticia antes de perfeccionarse el contrato, para consignar el precio (art. 1872). Cuando el vendedor se ve imposibilitado de cumplir porque se ha ejercido en su contra la acción reivindicatoria y esto ha supuesto alguna medida precautoria para asegurar el resultado de la pretensión del verdadero dueño (arts. 901 y 902), la conclusión no es distinta a aquella que se produce cuando el vendedor, por la razón que sea, no entrega la cosa: el comprador puede exigir el cumplimiento forzoso o pedir la resolución, siempre con indemnización de perjuicios (art. 1826).

Con todo, el verdadero dueño puede también dirigir su «acción de dominio» contra el que enajenó la cosa, ya para que le restituya lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución, ya para que le indemnice de todo perjuicio, si la enajenó a sabiendas de que era ajena (art. 898). El supuesto de hecho de esta modalidad de acción de dominio puede ser leído de dos formas distintas, según la posición semántica que se le asigne a la imposibilidad o dificultad de persecución (sobre este y otros problemas de dicha regla se ha tratado en otro lugar: Alcalde Silva, J., «Las ‘acciones de dominio’ del artículo 898 del Código Civil», en Gómez de la Torre, M./Hernández Paulsen, G./Lathrop Gómez, F./Tapia Rodríguez, M. (eds.), *Estudios de Derecho civil XIV*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp. 267-300). El tenor literal de la regla parece sugerir que el objetivo es proteger al dueño y castigar la mala fe. Esto significa que se autoriza de manera expresa la pretensión del *commudum ex negotiatione* cuando la persecución material de la cosa sea imposible o difícil de concretar, que es una situación naturalmente excluida de la hipótesis de una acción que ejerce «el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela» (art. 889). Por cierto, la pretensión por el provecho obtenido con la enajenación cierra la posibilidad de demandar la restitución de la cosa ahí donde se encuentre, puesto que, si el reivindicador recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por ese mismo hecho la enajenación (art. 898 II). En cambio, si existía mala fe por parte del enajenador, éste queda obligado igualmente al resarcimiento de cualquier daño causado, sin que el dueño esté impedido de reclamar la cosa ahí donde encuentre. Bajo este esquema de protección dominical, sí parece existir un supuesto de adquisición *a non dominio* que deja a salvo la posición del comprador: cuando la persecución se ha vuelto imposible o difícil, pues entonces el dueño sólo se puede dirigir contra el vendedor para que le restituya lo obtenido con la venta o le indemnice los perjuicios sufridos.

Por su parte, el vendedor queda obligado a «la entrega o tradición» de la cosa vendida (art. 1824) y a «amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida» (art. 1837). Cada una de estas obligaciones tiene un régimen propio. La primera de ellas supone que el vendedor debe entregar al comprador la materialidad de la cosa vendida, para que éste pueda comenzar a poseer y así ganar el dominio de la cosa por prescripción (art. 683). Si no lo hace, el comprador podrá pedir el cumplimiento forzoso del contrato o su resolución, siempre con indemnización de perjuicios (art. 1826), incluso con posibilidad de consignar el precio como medida conservativa (art. 1872). La segunda obligación del vendedor atañe a la titularidad sobre la cosa y se cumple concurriendo a defender ésta en el juicio entablado contra el compra-

dor e indemnizándolo si la privación finalmente se consuma por sentencia judicial. Esto significa que el régimen de saneamiento no excluye los mecanismos de tutela generales ante el incumplimiento contractual: lo que sucede es que ellos tienen su campo de acción propio, que va más allá del supuesto en que el vendedor se ha obligado por una cláusula expresa a transferir el dominio (pp. 161-162).

«La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles en el derecho europeo» es en parte una continuación o colofón del capítulo precedente, porque analiza cuál es el modelo que utiliza el Proyecto de un Marco Común de Referencia para el Derecho civil europeo (DCFR, por sus siglas en inglés) en la regulación de una materia que muestra las relaciones entre el derecho de obligaciones y el derecho de bienes, aunque ahora sin referencia al derecho chileno (salvo la que se hace en la p. 173 respecto de las particularidades del Código Civil de ese país, que podrían configurar por sus características una cuarta teoría sobre la transferencia de la propiedad mobiliaria). La pregunta que se quiere responder es si «existen en Europa reglas fundamentales comunes sobre la transferencia de la propiedad en la compraventa» (p. 168). Para responder esta pregunta, Stagl considera que hay dos caminos: «declarar generalmente aplicable una de las soluciones existentes, o bien crear una solución completamente nueva» (p. 167). Estima que los esfuerzos europeos de armonización se han inclinado por una solución que ya se encuentra en alguno de los modelos que ofrecen los derechos internos, de suerte que corresponde determinar cuál de ellos ha sido elegido. Con ese propósito, analiza el realismo escandinavo y los tres sistemas clásicos de transferencia de la propiedad mobiliaria: el principio del consensualismo, el sistema abstracto basado en un acuerdo real de transferencia y el modelo dual que distingue entre título y modo (pp. 168-173). Llega así a la conclusión de que hay que inclinarse por un criterio de justicia sistemática, que viene definido por los principios de unidad y orden, de donde se sigue que «el aspecto real constituye la clave del arco, y no los cimientos de una codificación del derecho de la compraventa», puesto que «[e]l derecho de bienes es el ejecutor de las decisiones tomadas en el contrato de compraventa» (p. 181).

Hecha esta aproximación, Stagl se ocupa de los dos textos de armonización elaborados en el seno de la Unión Europea: el citado DCFR y la Normativa común de compraventa (CESL, por sus siglas en inglés), que fue redactada a partir de los insumos provenientes del primero. Con todo, entre ambos hay una diferencia importante, pues el DCFR es un proyecto que abarca todos los contenidos de derecho patrimonial que son propios de un código civil (p. 189), sin rehuir un aspecto que Ernst Rabel consideraba «de gran relevancia desde el punto de vista teórico, pero de modesta importancia en la práctica» (p. 167), como son aquellos elementos del contrato de compraventa que pertenecen al derecho de bienes, donde las consideraciones de política legislativa priman sobre aquellas de justicia conmutativa. Por el contrario, y siguiendo el criterio que adoptó la CISG (art. 4), la CESL se ocupa sólo de los aspectos obligacionales relacionados con el contrato. Esta omisión es sólo aparente, porque no excluye que detrás de la regulación de este último texto no exista la necesidad de un acuerdo real de transferencia (pp. 206-209), que es, a juicio del autor, la regla correcta de transferencia de la propiedad en la compraventa mobiliaria (pp. 182-187), el cual se presume cuando existe entrega de la cosa vendida (pp. 190-193). Este sistema permite reforzar la funcionalidad de la negociación: «El contrato real da la posibilidad las partes, además, de pactar reglas diferenciadas para el negocio causal y para el

negocio real [...] y enriquece por tanto la libertad para determinar el contenido del contrato en el ejercicio de la autonomía privada» (p. 189). Por cierto, estas consideraciones no parecen ser extrapolables a los bienes raíces, por la forma de acceso que cada ordenamiento prevé para el Registro inmobiliario.

El libro concluye con el capítulo intitulado «Gravamen (pena) contractual en Alemania y Chile: dos modelos opuestos», escrito en coautoría con Marco Lebrín Verdejo. La comparación entre esos dos países se justifica por la importancia que cada uno de ellos tiene como paradigma: mientras el derecho alemán es una codificación germánica y protestante, el derecho chileno resulta ser un modelo de codificación románica y católica, donde convergen el influjo de las Siete Partidas y del *Code Civil* francés, con influencia en el resto de los países de la región (pp. 211-212). Ambos sistemas tienen un punto de origen común en el derecho romano y se bifurcan en el camino, especialmente por la recepción que prestan a las ideas del derecho canónico. Una constitución de Justiniano del año 513 (Cod. 47, 7, 1) que limita al duplo el daño resarcible, «permitió a los glosadores e intérpretes sucesivos formar un campo a favor de la libertad contractual y un campo a favor de la restricción de la pena» (p. 213). Enseguida se desarrolla la forma en que el derecho alemán (pp. 213-243) y el derecho chileno (pp. 243-252) regulan la cláusula penal, exponiendo tanto los textos legales pertinentes como la jurisprudencia más representativa. Para acabar, se compara los dos sistemas en sus rasgos más característicos y se destaca favorablemente el criterio del Código Civil chileno, que permite un control de la pena contractual tanto cuando ella es enorme (art. 1544) como cuando el incumplimiento ha sido solo parcial (art. 1539).

Sólo resta decir que destaca la soltura con que Jakob Fortunat Stagl se mueve entre dos mundos, el europeo y el hispanoamericano, demostrando una excelente formación y capacidad analítica. A esto cabe añadir que el libro reseñado es una obra de lectura fluida y que, no obstante estar compuesto de siete trabajos dedicados a diversos temas, resulta de mucho interés para cualquiera que quiera mirar el derecho con un poco de perspectiva, tratando de entender que éste constituye el resultado de la cultura. En la historia multiseccular de la ciencia jurídica siempre podremos encontrar soluciones a los problemas actuales, para lo cual resulta necesario ir a lo esencial y desprenderse de los accidentes. Ángel Carrasco dice algo similar, como reto para una particular (y quizá la más importante) parcela del derecho privado: «Con los mimbres que quedan de nuestros Códigos se puede construir un buen Derecho de contratos», porque «[e]l buen Derecho de contratos es el que construye un entramado a partir de pocas y fructíferas reglas, no el que interpreta compendiosas normas legisladas, casi siempre mal redactadas, casi siempre innecesarias» (CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 3.^a ed., 2021, p. 76), cuando no redundantes. Como recuerda el propio autor, «no puede esperarse que la perspicacia jurídica de nuestro tiempo pueda inventar algo nuevo» (p. 167). Por eso, conviene conocer la historia jurídica y este libro es una oportunidad para ello que hay que agradecer.

Jaime ALCALDE SILVA
Profesor asociado de Derecho privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

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, régimen económico-matrimonial y crisis matrimoniales. 12. Patria potestad y filiación. 13. Derecho de sucesiones. II. *Derecho mercantil*. 1. Derecho de sociedades. 2. Contratación mercantil y títulos valores. 3. Derecho concursal. 4. Derecho bancario y bursátil. 5. Derecho de la competencia. 6. Derecho de seguros. III. *Derecho y nuevas tecnologías. 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*.

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

RODRÍGUEZ-MONTERO, Ramón P.: «El aforismo “venire contra factum proprium nulli conceditur” y el artículo 597 del Código civil español», en *RDC*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 265-312.

DERECHO DE LA PERSONA

ANGUITA RÍOS, Rosa María: «Control, protección y salvaguarda de la privacidad en la era del tratamiento de los datos», en *RDP*, núm. 4, 2022.

ASTRAY CHACÓN, María Pilar: «La publicación de la sentencia en supuestos de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad o a la propia imagen», en *AC*, núm. 6, 2022.

AZAUSTRE GARRIDO, María Dolores: «El derecho al honor y los informes periciales psicológicos», en *RDF*, núm. 95, 2022.

- BARONA VILAR, Silvia: «Persona, algoritmización y posthumanismo, una ecuación hacia la “persona maquina” y su responsabilidad», en *AC*, núm. 10, 2022.
- BATUECAS CALETRÍO, Alfredo: «Novedades introducidas por la Ley 8/2021 en la capacidad requerida para el reconocimiento de la filiación y el reconocimiento de un hijo mayor de edad», en *RDP*, núm. 4, 2022.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- «Igualdad, derecho de asociación y libertad religiosa», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 95-108.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El régimen jurídico de la tutela tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1673-1735.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Hitos estructurales de la discapacidad», en *AC*, núm. 10, 2022.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Constitución y discapacidad: la protección de las personas con discapacidad como paradigma del estado social», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «El derecho de la persona y el derecho de familia en la propuesta de código civil de la APDC y en algunas reformas recientes del código», en *RDP*, núm. 5, 2022.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «El valor del informe pericial médico en la provisión judicial de apoyos: su admisión y práctica. Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 217)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 303-314.
- JIMÉNEZ RUBIO, María del Rosario: «La tokenización de activos inmobiliarios», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- LARA AGUADO, Ángeles: «La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de menores nacidos por contratos de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 243-270.
- LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo: «La identificación en el otorgamiento en línea de documentos notariales», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: «El reconocimiento jurídico del derecho a morir en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (1)», en *AC*, núm. 6, 2022.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes *et al.*: «Eutanasia y dignidad», en *AC*, núm. 7, 2022.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio: «La necesaria estandarización de las licencias tipo de datos abiertos para favorecer la innovación basada en los datos en Europa», en *RDNT*, núm. 59, 2022.

- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «Autorregulación de la discapacidad en la Ley 8/2021: estudio de los elementos personales», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis: «La clave hermenéutica de la nueva legislación civil sobre capacidad jurídica», en *RDP*, núm. 3, 2022.
- MESA TORRES, María del Pilar: «Actos realizados por el curador representativo que precisan autorización judicial», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2619-2652.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «El difícil equilibrio entre el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la protección de los datos personales», en *RDNT*, núm. 59, 2022.
- O'LEARY, Síofra: «Democracia, libertad de expresión y derecho en la era digital», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 15-31.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «La adopción internacional en España, tras la modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia», en *RDF*, núm. 95, 2022.
- PALLARÉS NEIRA, Javier: «El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021», en *AC*, núm. 9, 2022.
- PALOMINO DÍEZ, Isabel: «La administración separada en el marco de la tutela de menores y de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad», en *RDP*, núm. 3, 2022.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «La protección de la imagen de las personas fallecidas», en *RDP*, núm. 2, 2022.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «La protección jurídica de la apariencia: comentario a la STS de 7 de julio de 2021», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- PLATERO ALCÓN, Alejandro: «Apuntes sobre las acciones de representación en el ámbito del derecho a la protección de datos personales interpuestas por las asociaciones de consumidores, ¿se pueden ejercitar sin identificar a los posibles afectados?», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «El nuevo Reglamento europeo sobre “gobernanza de los datos” o “DGA” y la futura “Ley de datos”», en *RDNT*, núm. 59, 2022.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Propuestas para reflexionar sobre discapacidad intelectual, enfermedad mental y nueva sensibilidad social y legal en cuestiones de capacidad jurídica», en *AC*, núm. 7, 2022.
- RUBÍ PUIG, Antoni y HERRERÍAS CASTRO, Laura: «“Radar COVID” y protección de datos personales», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 249-280.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 323-337.

- SALVADOR PACIOR, Paula: «Custodia y traslado de restos mortales del causante: ¿cuál de los familiares del fallecido ostenta un derecho preferente para ello?», en *RDF*, núm. 96, 2022.
- SANTOS MORÓN, María José: «Los contornos del Derecho al olvido en España. La aplicación por los tribunales españoles de la jurisprudencia europea», en *RDC*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 71-112.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo», en *RDF*, núm. 94, 2022.
- TRAVÉ VALLS, Adriana: «Nuevos escenarios, misma doctrina: Derecho a la propia imagen y derecho a la información con ocasión del uso de las redes sociales STC 27\2020 de 24 de febrero», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 379-398.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «La doble faceta de la protección de datos personales en los sistemas de compliance», en *RDNT*, núm. 59, 2022.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- ABAD LLORIA, Iván y CARBAJALES NEIRA, Cristian: «Comentario a la STS de 20 de abril de 2022 sobre la resolución de un contrato de arrendamiento de inmueble para uso distinto del de vivienda ante la negativa del Ayuntamiento a autorizar la cesión de la licencia de actividad en favor del arrendatario», en *AC*, núm. 11, 2022.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Efectos del concurso sobre una compraventa de tracto único cuyo incumplimiento tiene lugar con anterioridad a la declaración de concurso. Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4367)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 95-110.
- «Una nueva lectura de la compraventa de animales de compañía», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 1-42.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Subsistencia o extinción del contrato de arrendamiento de local de negocio en caso de enajenación forzosa del derecho del arrendador sobre el local en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Comentario a la STS 783/2021, de 15 de noviembre (RJ 2021, 5351)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 249-256.
- BERNARD MAINAR, Rafael: «Incidencia de la Ley 8/2021 en el derecho de obligaciones», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2095-2132.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «La sucesión “inter vivos” en el contrato de arrendamiento», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 1937-1988.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Legitimación activa para el ejercicio de acciones en caso de impago de crédito hipotecario titulizado en participaciones hipotecarias. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4849)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 111-140.

- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La discutible inclusión del interés de demora en el concepto de “derechos accesorios” al crédito del art. 1528 CC», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 35-44.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Novedades en el régimen de la ineficacia del contrato contenidas en la reforma relativa a la discapacidad», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- DÁVILA GONZÁLEZ, Francisco Javier: «Moderación de cláusulas penales», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 271-280.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Tácita reconducción: cómputo del plazo el nuevo contrato en los arrendamientos de fincas rústicas», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 203-226.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Arrendamiento a “non domino”», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1545-1578.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Morosidad y cláusula rebus sic stantibus», en *AC*, núm. 6, 2022.
- «La frustración de la compraventa y los honorarios del mediador», en *AC*, núm. 11, 2022.
- «Nueva doctrina sobre normativa aplicable a enajenaciones forzosas de finca arrendada para local de negocio», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1771-1781.
- «Doctrina sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas y realidad social», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2853-2885.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Ocultación de información urbanística en venta inmobiliaria: dolo omisivo y resolución por incumplimiento: Comentario a la STS 123/2022, de 16 de febrero (RJ 2022,1291)», en *RdPat*, núm. 58, 2022.
- 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.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «La cláusula de intereses moratorios como cláusula penal: requisitos de validez y moderación por aplicación analógica del art. 1154 CC en contratos entre profesionales. Comentario a la STS 804/2021, de 23 noviembre (RJ 2021, 5177)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 257-274.
- GUILABERT VIDAL, María Remedios: «Smarts contracts”, finanzas descentralizadas, inteligencia artificial y responsabilidad civil a propósito del protocolo de código abierto “PoolTogether”», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- 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.
- JEREZ DELGADO, Carmen: «Los contratos celebrados por personas con discapacidad», en *AC*, núm. 6, 2022.

- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.: «Enfoque actual de la facultad de retención», en *RDP*, núm. 3, 2022.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Interpretación y alcance de las cláusulas penales en los contratos de arrendamiento urbano», en *AC*, núm. 10, 2022.
- MARAÑÓN ASTOLFI, María: «Reflexiones en torno a la imposibilidad sobrevenida liberatoria y sus confines: Comentario a la Sentencia del TS de 21 de junio de 2022 (RJ 2022, 3044)», en *RdPat*, núm. 59, 2022.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «La mora del acreedor: consecuencias y cese», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2352-2393.
- MOLINA ROIG, Elga: «Los contratos de arrendamientos de vivienda en el Proyecto de Ley Estatal de Vivienda», en *AC*, núm. 10, 2022.
- MORAL MORO, María José: «El subarriendo in consentido de la vivienda a un tercero para uso turístico», en *AC*, núm. 10, 2022.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: «Análisis de la normativa sectorial de arrendamientos de vivienda de uso turístico», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1493-1544.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La nulidad del préstamo en operaciones de blanqueo de capitales», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1870-1885.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: «“Causa ilícita” la siempre presente cuestión de la causa y las funciones de control que cumple en el sistema», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 281-294.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «La regulación del contrato de la compraventa en Libro Sexto del Código Civil de Cataluña y su incidencia en la contratación inmobiliaria. Análisis de las disposiciones generales», en *RDC*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 187-226.
- TOBÍO RIVAS, Ana María: «La utilización de vehículos automatizados y autónomos en el contrato de transporte terrestre: especial referencia a la aplicación del régimen legal de responsabilidad por productos defectuosos», en *RDM*, núm. 324, 2022.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Arrendamiento financiero: aspectos contractuales, registrales y concursales», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1443-1492.

RESPONSABILIDAD CIVIL

- BARONA VILAR, Silvia: «Persona, algoritmización y posthumanismo, una ecuación hacia la “persona maquina” y su responsabilidad», en *AC*, núm. 10, 2022.
- CAMPOS RIVERA, Gonzalo: «Responsabilidad civil derivada del uso de sistemas IA: situación actual y retos para un futuro reglamento europeo», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.

- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo y CODES PARRA, Laura: «Johnny Depp y el Derecho Romano: una historia de los daños punitivos», en *PDD*, núm. 151, 2022.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «La aplicación orientativa del baremo de tráfico y sus límites: de nuevo sobre el “caso Spanair”», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 75-94.
- GARCÍA-TRELLES FERNÁNDEZ, Carmen María: «Reclamación de la indemnización por accidente de circulación. Análisis del restablecimiento del auto de cuantía máxima», en *PDD*, núm. 151, 2022.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Archivo de actuaciones penales, aplicación retroactiva del baremo y normativa aplicable al asegurador de la responsabilidad por daños causados por un accidente de aviación. Comentario a la STS 559/2021, Civil, de 22 de julio de 2021 (RJ 2021, 3661)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 41-70.
- «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. i-vii.
- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián A.: «Daño moral del consumidor: Análisis sobre su concepto y delimitación en España», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 399-427.
- GUILABERT VIDAL, María Remedios: «Smarts contracts”, finanzas descentralizadas, inteligencia artificial y responsabilidad civil a propósito del protocolo de código abierto “PoolTogether”», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Robótica y responsabilidad civil: el daño cibernético», en *RGLJ*, núm. 3, 2022.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Tropezones y riesgo normal de la vida», en *PDD*, núm. 151, 2022.
- «Antijuricidad y daño injusto», en *PDD*, núm. 152, 2022.
- MAGRO SERVET, Vicente: «El ofrecimiento del “transporte alternativo” dentro de la indemnización por daños causados en las cancelaciones de vuelos», en *PDD*, núm. 150, 2022.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «Costas, estimación judicial del daño y responsabilidad solidaria entre partícipes de un cartel: 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.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «El papel de los dictámenes de expertos en la prescripción de la acción de indemnización de daños. Comentario a la STS 602/221, de 14 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4067)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 71-94.
- MEDINA ALCOZ, María: «Culpa de la víctima y criterios de imputación objetiva en la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1819-1847.
- MONTEROSO CASADO, Esther: «La responsabilidad civil en la cirugía estética», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2394-2414.

PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Causalidad física, imputación objetiva y concurrencia de culpas. Requisitos para que opere la subrogación del asegurador. Comentario a la STS de 28 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4877)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 141-160.

RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Responsabilidad civil por daños climáticos: ¿mucho ruido y pocas nueces?», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 321-345.

SANCHO LÓPEZ, Marina: «La responsabilidad civil en supuestos de vulneración del derecho al olvido», en *RdPat*, núm. 59, 2022.

SOLÉ FELIÚ, Josep: «Estándar de diligencia médica y valor de los protocolos y guías de práctica clínica en la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 1-52.

POSESIÓN

GÓMEZ LINACERO, Adrián: «La posesión de cosa común: sistema de turnos o posesión pro tempore», en *AC*, núm. 7, 2022.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.: «Enfoque actual de la facultad de retención», en *RDP*, núm. 3, 2022.

LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Liquidación del estado posesorio del precarista. Comentario a la STS de 3 de noviembre de 2020 (RJ 2021, 4934)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 11-26.

DERECHOS REALES

ARNÁIZ RAMOS, Rafael: «Los derechos legales de adquisición preferente como instrumento de realización de la función social de la propiedad en materia de vivienda», en *RJC*, núm. 3, 2022.

AZNAR GINER, Eduardo: «La ausente (o defectuosa) comunicación del crédito hipotecario en el concurso de acreedores y su impacto en el potencial privilegio especial (1)», en *AC*, núm. 7, 2022.

CASTILLA BAREA, Margarita: «Legitimación activa para el ejercicio de acciones en caso de impago de crédito hipotecario titulado en participaciones hipotecarias. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4849)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 111-140.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «De nuevo sobre el cómputo en la usucapión de servidumbres de luces y vistas», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 281-294.

CORDERO LOBATO, Encarna: «Ampliación del crédito hipotecario: modificación y ampliación de hipoteca vs hipoteca independiente», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 45-60.

- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «El desahucio del deudor hipotecario», en *AC*, núm. 7, 2022.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La venta extrajudicial de finca hipotecada. Cuestiones sustantivas: especial referencia a la vivienda habitual», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2415-2435.
- «La venta extrajudicial de finca hipotecada (II). Cuestiones procedimentales: especial referencia a la vivienda habitual», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2909-2928.
- JUAN GÓMEZ, Mateo C.: «La frustración de las acciones de nulidad total o parcial de las fianzas solidarias incorporadas en las escrituras de préstamo hipotecario», en *AC*, núm. 10, 2022.
- RUBIO GIMENO, Gemma: «Retracto de créditos litigiosos: ¿Su conveniente superación con ocasión de la transposición de la Directiva (UE) 2021/2167 sobre administradores y compradores de créditos?», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 315-350.
- SALAS CARCELLER, Antonio *et al.*: «Problemática práctica del arrendamiento con opción de compra», en *AC*, núm. 9, 2022.
- VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos: «A vueltas con el “derecho de retracto” de créditos litigiosos (“ex” art. 1535 CC): exégesis completa y algunos remedios para el deudor-consumidor», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1782-1818.

PROPIEDAD HORIZONTAL

- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Últimas novedades legales para combatir la morosidad en las comunidades de propietarios», en *AC*, núm. 7, 2022.
- «Propuestas de lege ferenda para la modernización de la Ley de Propiedad Horizontal», en *AC*, núm. 9, 2022.

PROPIEDAD INTELECTUAL

- GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa: «La libertad de expresión y de información frente a la propiedad intelectual en el Mercado Único Digital: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2022 (Asunto C-401/19) (JUR 2022, 137892)», en *RdPat*, núm. 58, 2022.
- MUÑOZ VELA, José Manuel: «Inteligencia artificial y cuestiones de propiedad intelectual e industrial», en *RDNT*, núm. 59, 2022.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

- DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L.: «La protección jurídica de las vacunas (principios esenciales y coordinación)», en *RDM*, núm. 325, 2022.

RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Nuevo concepto de marca y signos olfativos», en *RDCD*, núm. 30, 2022.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ARNÁIZ RAMOS, Rafael: «Los derechos legales de adquisición preferente como instrumento de realización de la función social de la propiedad en materia de vivienda», en *RJC*, núm. 3, 2022.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Algunas reflexiones sobre el decreto de adjudicación y su calificación registral: La controversia sobre el art. 671 LEC», en *AC*, núm. 6, 2022.

GIMÉNEZ DUART, Tomás: «Resolución de 16 de diciembre de 2021 (BOE 29 de diciembre), que resuelve el recurso contra la denegación de la inscripción de una escritura de disolución de comunidad», en *RJNot*, núm. 113, 2021.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Facilitar el acceso a la vivienda a través de la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1736-1748.

— «Vivienda, nuevas formas de tenencia y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2312-2329.

LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Doble inmatriculación entre propietarios adheridos y no adheridos a una junta de compensación», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1886-1898.

MATEO, Íñigo: «Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador (Tercera parte)», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1339-1386.

SANDOVAL CARO, Encarna: «La evolución en la inscripción de bases gráficas registrales: Su coordinación con catastro y su función en la prevención de invasión de dominio público», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 351-378.

TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Arrendamiento financiero: aspectos contractuales, registrales y concursales», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1443-1492.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO, RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y CRISIS MATRIMONIALES

AZAUSTRE GARRIDO, María Dolores: «Atribución de ganancialidad, aportación de bienes y derecho de reembolso encrucijada de negocios jurídicos y su resolución desde la óptica de diez sentencias del Tribunal Supremo», en *RDF*, núm. 90, 2021.

CARO HERRERO, Gabriel: «Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género», en *RDF*, núm. 93, 2021.

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «De nuevo, sobre las parejas de hecho y su pertinaz voluntad de someterse a un régimen económico matrimonial», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «La importancia de las “circunstancias sobrevenidas” en el desequilibrio económico como causa de la extinción de la pensión compensatoria», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1643-1672.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda: «Análisis jurídico-procesal de la coordinación parental como coadyuvante en la gestión de la alta conflictividad familiar postrutura», en *RDF*, núm. 93, 2021.
- GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel: «Matrimonio, capitulaciones matrimoniales y sociedad de gananciales conforme a las últimas reformas en materia de discapacidad», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 207-254.
- MARTÍN FUSTER, Jesús: «El matrimonio simulado: estado actual del matrimonio de complacencia y las cuestiones controvertidas que se suscitan», en *RDF*, núm. 91, 2021.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Liquidación de la sociedad de gananciales. Actualización del importe de créditos incluidos en el pasivo ganancial», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 183-202.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Ley aplicable a la pensión de alimentos de menores sustraídos por un progenitor: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de mayo de 2022. Caso WJ contra varios (JUR 2022, 155772)», en *RdPat*, núm. 58, 2022.
- NEVADO MONTERO, Juan José: «La doctrina de los actos propios en los procedimientos de familia», en *RDF*, núm. 94, 2022.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «La extensión o, subsidiariamente reducción de la cuantía de la pensión compensatoria libremente pactada», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 307-330.
- PÉREZ DÍAZ, Raquel: «La petición y extinción de alimentos de hijos matrimoniales o de parejas de hecho mayores de edad», en *RDF*, núm. 96, 2022.
- PÉREZ MARTÍN, Javier: «La separación de hecho y la calificación ganancial o privativa de bienes y deudas», en *RDF*, núm. 91, 2021.
- «Ley 8/2021 de 2 de junio: las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica», en *RDF*, núm. 92, 2021.
- «Problemática en torno a la extinción del derecho de uso en fase de ejecución de sentencia», en *RDF*, núm. 93, 2021.
- «Problemática de la venta de la vivienda familiar», en *RDF*, núm. 94, 2022.
- «Determinación de la capacidad económica del progenitor empresario», en *RDF*, núm. 96, 2022.
- PONCE, Johann: «Pensión compensatoria en parejas de hecho: (STS 17/2018, de 15 de enero)», en *RDF*, núm. 91, 2021.

- RODA Y RODA, Dionisio: «Los gastos extraordinarios: la última trinchera de los conflictos familiares», en *RDF*, núm. 92, 2021.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: «Revisión de la potestad doméstica con perspectiva de género», en *RdPat*, núm. 58, 2022.
- RUIZ RICO ARIAS, María Dolores: «Separación de hecho y disolución de la sociedad de gananciales: examen de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDF*, núm. 90, 2021.
- SELMA PANALVA, Alejandra: «La kafala y sus posibilidades de acceso al sistema español de protección social de la familia: aspectos controvertidos», en *RDF*, núm. 91, 2021.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Reflexiones sobre la indemnización económica por trabajo doméstico», en *RDF*, núm. 92, 2021.

PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Reclamación de la filiación extramatrimonial por posesión de estado de la pareja y luego esposa de la madre por naturaleza», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2785-2819.
- CARO HERRERO, Gabriel: «Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género», en *RDF*, núm. 92, 2021.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Responsabilidad parental y violencia de género: examen tras de un año de vigencia de la Ley 8/2021, de 4 de junio», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2267-2290.
- GUERRA GONZÁLEZ, Jorge: «(...) pero existe). Sobre la alienación parental y otras fuentes de daños a los menores a causa del conflicto de sus padres», en *AC*, núm. 10, 2022.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Custodia compartida y violencia de género», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 227-242.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «El deber de alimentos a los hijos menores como manifestación del deber constitucional de asistencia: exigibilidad por el hijo y reembolso a la madre, en caso de determinación judicial tardía de la filiación paterna no matrimonial», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 87-155.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge: «Patria Potestad e hijos menores tras la ruptura: enfoque jurisprudencial actual sobre el establecimiento de la custodia compartida», en *RGLJ*, núm. 2, 2022.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Doble maternidad y acciones de filiación: conceptos de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés superior del menor», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 141-168.
- ROMERO GARCÍA ARANDA, Belén: «Gestación subrogada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *RJC*, núm. 3, 2022.

TORRELLES TORREA, Esther: «Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1387-1441.

ZORNOZA SOMOLINOS, Alejandro: «El “sharenting”, una cuestión de patria potestad (¿y de protección de datos?)», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2769-2784.

DERECHO DE SUCESIONES

ALCOVER GARAU, Guillermo: «Legado de participaciones sociales y adquisición de la condición de socio (comentario crítico a la sentencia del Tribunal Supremo 862/2021, de 13 de diciembre)», en *RDS*, núm. 65, 2022.

BARBA, Vincenzo: «Familias recompuestas y Derecho de sucesiones: Una posible propuesta de regulación», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 157-206.

CAROL ROSÉS, Fernando: «Las condiciones testamentarias como manifestaciones de la libertad para testar y derechos fundamentales», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1749-1770.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del “nuevo” artículo 753 del Código Civil», en *RJNot*, núm. 113, 2021.

DÍAZ ALABART, Silvia: «Facultades de los acreedores particulares de los herederos con respecto a la herencia en defensa de sus créditos», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 255-287.

DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María: «La posición jurídica del legitimario ante la comunidad hereditaria y la partición. Comentario a la RDGSJFP 2 noviembre, 2021 (RJ 2021, 5844)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 191-208.

DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, María Luisa: «Consideraciones sobre el fenómeno sucesorio en los títulos nobiliarios: análisis y estudio jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2833-2852.

GALICIA AIZPURÚA, Gorka Horacio: «Legítima: renuncia, acrecimiento, acción de suplemento, reducción de donaciones inoficiosas. Comentario a la STS de 21 de junio (RJ 2021, 2820)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 27-40.

GARCÍA GOLDAR, Mónica: «A vueltas con la problemática relación entre herencia yacente y “usucapio”: análisis de la nueva doctrina establecida en la STS de 9 de septiembre de 2021», en *RDP*, núm. 4, 2022.

GIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: «La inscribibilidad de pactos sucesorios revocables: ¿una anomalía del Derecho civil catalán a corregir?», en *RJC*, núm. 2, 2022.

GIMÉNEZ DUART, Tomás: «Nuevas consideraciones sobre los pactos sucesorios en el derecho catalán: perspectiva sustantiva y fiscal», en *RJNot*, núm. 113, 2021.

- GONZÁLEZ LOSANTOS, Lorena: «La cláusula prohibitoria de intervención judicial como “cautela socini” en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 2014 hasta la actualidad», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «Legítima, sustitución vulgar, acrecimiento e interpretación del negocio testamentario [a propósito de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (1.ª) de 18 de enero de 2022]», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2330-2351.
- MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «Las condiciones relativas al matrimonio en la institución de heredero», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2531-2559.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Sustitución vulgar en favor de descendientes por estirpes», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 169-182.
- MARTOS CALABRÚS, María Angustias: «Sucesión mortis causa y animales de compañía / Succession mortis causa and pets. Regarding the new article 914 bis of the Civil Code», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 289-314.
- PLANAS BALLVÉ, María: «La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: Instrumento de protección al hijo con discapacidad», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 429-444.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Disposición testamentaria y divorcio posterior», en *RDF*, núm. 90, 2021.
- RUIZ RICO ARIAS, María Dolores: «La renuncia anticipada a la legítima y la renuncia anticipada a la herencia y al “ius delationis”», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2135-2193.
- SANCILLENA ASURMENDI, Camino: «Valoración del legado de cosa determinada», en *RDC*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 339-343.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «La libertad del causante de disponer inter vivos de todos sus bienes», en *RDC*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 227-264.

DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Legado de participaciones sociales y adquisición de la condición de socio (comentario crítico a la sentencia del Tribunal Supremo 862/2021, de 13 de diciembre)», en *RDS*, núm. 65, 2022.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «El administrador disociado como supuesto de conflicto permanente entre sociedad y administrador», en *RDS*, núm. 65, 2022.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina: «Algunas consideraciones sobre la pérdida de la condición de socio capitalista como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación y la clasificación concursal del crédito de reembolso», en *RDBB*, año 41, núm. 166, 2022, pp. 139-170.

- BAGO ORIA, Blanca: «Acciones de Lealtad: regulación y cuestiones jurídicas», en *RDBB*, año 41, núm. 167, 2022, pp. 79-124.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «Constitución de la prenda de acciones no impresas ni entregadas. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 28.^a) número 391/2021, de 29 de octubre», en *RDM*, núm. 324, 2022.
- CAMPINS ERITJA, María del Mar: «Cambio climático y sujetos responsables en el ámbito internacional: Las incertidumbres acerca de la responsabilidad de las empresas transnacionales», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 81-133.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Compromiso de nombramiento frustrado de consejero delegado en una sociedad filial», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 109-140.
- FENOLLAR GONZÁLEZ, María: «El reconocimiento jurisprudencial de la personalidad jurídica de las comunidades de bienes con actividad empresarial (a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo 469/2020, de 16 de septiembre de 2020 y 4070/2020, de 10 de diciembre de 2020)», en *RDS*, núm. 65, 2022.
- GANDÍA PÉREZ, Enrique: «Las “garantías de indemnidad” en favor de los administradores de sociedades de capital», en *RDM*, núm. 325, 2022.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, María Angels: «Daños y perjuicios en las operaciones de compraventa de empresa», en *RDC*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 1-69.
- GONZÁLEZ PONS, Elisabet: «El Derecho de sociedades ante la transición ecológica. Primeras reflexiones de la Sociedad Cooperativa como comunidad energética», en *RdPat*, núm. 59, 2022.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «La sociedad de beneficio e interés común en la Ley 18/2022 y su regulación en el Derecho comparado», en *RDS*, núm. 66, 2022.
- GUERRERO TREVIJANO, Cristina: «A vueltas con la reserva estatutaria en materia de remuneración: resolución DGSJyFP de 16 de noviembre de 2021», en *RDBB*, año 41, núm. 166, 2022, pp. 189-208.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Modelos societarios y digitalización en la movilidad transfronteriza intracomunitaria», en *RDS*, núm. 65, 2022.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «La supresión de la cláusula estatutaria de adquisición preferente de acciones», en *RDBB*, año 41, núm. 167, 2022, pp. 49-78.
- «La ausencia sistemática del socio minoritario en la junta y la retención del dividendo obligatorio: Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.^a) de 29 de abril de 2021 (núm. 782/2021)», en *RDM*, núm. 325, 2022.
- «Exclusión plural de socios», en *RDS*, núm. 65, 2022.

- JIMÉNEZ CARDONA, Noemí: «Responsabilidad de la sociedad filial por actos anticompetitivos de la matriz: un nuevo rumbo en la jurisprudencia europea», en *RJC*, núm. 2, 2022.
- LEÓN SANZ, Francisco: «La política de remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital», en *RDM*, núm. 324, 2022.
- MARTÍN SAINZ, Jorge: «Sistemas de incentivos para directivos en el contexto de una operación de compraventa de un negocio», en *RDS*, núm. 66, 2022.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «El informe de la comisión de auditoría sobre las operaciones vinculadas celebradas por las sociedades cotizadas», en *RDM*, núm. 324, 2022.
- MASSAGUER FUENTES, José: «Aspectos estructurales y funcionales de las juntas generales telemáticas de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 66, 2022.
- MEGÍAS LÓPEZ, Javier: «Gobierno sostenible de las sociedades de capital», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 303-319.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «La determinación de las personas vinculadas a los administradores sociales y al concursado: grupos de casos y principales novedades», en *RJC*, núm. 2, 2022.
- MORRAL SOLDEVILA, Ramón: «Sobre el fundamento del derecho de separación del artículo 348 bis de la ley de sociedades de capital: (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de enero de 2022)», en *RDS*, núm. 65, 2022.
- MUÑOZ PAREDES, José María: «De nuevo sobre el arbitraje societario», en *RDS*, núm. 66, 2022.
- NOVAL PATO, Jorge: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de actos omnilaterales. Comentario a la sentencia 300/2022, de 7 de abril», en *RDS*, núm. 66, 2022.
- OLABARRIETA DE FRUTOS, Unai *et al.*: «Los honorarios de la administración concursal y al cuenta de garantía arancelaria», en *ADCCon*, núm. 57, 2022, pp. 137-175.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principios de no contradicción», en *RDM*, núm. 325, 2022.
- PERDICES HUETO, Antonio B.: «Impugnabilidad de acuerdos totalmente confirmatorios de otros firmes y consentidos: sobre el alcance de la firmeza societaria», en *RDS*, núm. 66, 2022.
- POZA CABALLERO, Nerea: «Coordinación entre la responsabilidad societaria y concursal de los administradores sociales», en *ADCCon*, núm. 57, 2022, pp. 99-134.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La inscripción de la prenda en el libro registro de acciones nominativas», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2436-2446.

- «Los pactos parasociales y la relatividad contractual: (unas notas para la reflexión)», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2929-2941.
- SÁEZ LACAWE, María Isabel: «Barbari ad portas: la prohibición de la retribución externa como arma defensiva», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 28-75.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «OPAS de exclusión indirecta. Análisis de algunos casos recientes: las OPAS sobre Zardoya Otis y sobre Mediaset España», en *RDBB*, año 41, núm. 166, 2022, pp. 119-138.
- VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas: A propósito de la reforma introducida por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDS*, núm. 66, 2022.
- VIVES RUIZ, Fernando: «El deber de secreto de los administradores sociales», en *RDBB*, año 41, núm. 167, 2022, pp. 11-48.
- ZARZALEJOS NIETO, Jesús María: «El examen de esencialidad como cuestión incidental en la impugnación de acuerdos sociales (artículo 204.3 LSC). Razones de un fracaso evitable», en *RDBB*, año 41, núm. 166, 2022, pp. 85-118.

DERECHO CONCURSAL

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Efectos del concurso sobre una compraventa de tracto único cuyo incumplimiento tiene lugar con anterioridad a la declaración de concurso. Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4367)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 95-110.
- CIFREDO ORTIZ, Patricia: «La novedosa regulación sobre los contratos en el precurso: a propósito del proyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», en *RdPat*, núm. 58, 2022.
- CUENA CASAS, Matilde: «La reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal: ¿qué acreedores se ven afectados por la falta de ejecución de la vivienda habitual cuando el deudor se acoge a la exoneración del pasivo con plan de pagos de cinco años de duración?», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 391-401.
- FERNÁNDEZ LARREA, Ignacio: «Conflictos de competencia y jurisdicción en sede concursal (Comentario a los Autos de la sala de conflictos de competencia del Tribunal Supremo de 18 y 20 de octubre de 2021 y al Auto de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2021)», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 283-300.
- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «Solicitud de concurso con oferta de adquisición de unidades productivas y ventas “prepack” en la proyectada reforma concursal», en *RDBB*, año 41, núm. 166, 2022, pp. 51-84.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «El derecho preconcursal: una visión general», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 9-49.

- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «Las especialidades de los planes de reestructuración del sector aéreo», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 51-81.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernández: «Algunas cuestiones prácticas que suscita la financiación ICO-COVID en los concursos de acreedores», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 85-98.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio: «La propuesta de un plan de pagos, requisito ineludible para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 295/2022 [1.ª] de 6 de abril de 2022)», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 197-214.
- MOLL DE ALBA, Chantal: «La arriesgada y débil posición de los fiadores de créditos clasificados como subordinados por la especial relación entre acreedor y concursado», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 11-22.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «La determinación de las personas vinculadas a los administradores sociales y al concursado: grupos de casos y principales novedades», en *RJC*, núm. 2, 2022.
- MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús: «La capitalización de créditos en el convenio concursal y la prohibición de propuestas condicionadas (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 296/2022 [1.ª] de 6 de abril de 2022)», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 215-251.
- OLABARRIETA DE FRUTOS, Unai *et al.*: «Coordinación entre la responsabilidad societaria y concursal de los administradores sociales», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 137-175.
- POZA CABALLERO, Nerea: «Coordinación entre la responsabilidad societaria y concursal de los administradores sociales», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 99-134.
- RIESCO MILLA, Jesús: «La aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” para la modificación cautelar de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente como consecuencia de la pandemia COVID-19 (Comentario del auto de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 10 de mayo de 2022)», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 253-281.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Compensación de oficio de créditos tributarios contra la masa en caso de liquidación concursal», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1848-1869.
- TOMÁS TOMÁS, Salvador: «Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia y su sanción jurídica», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2037-2091.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Arrendamiento financiero: aspectos contractuales, registrales y concursales», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1443-1492.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

- BONACHERA VILLEGAS, Raquel: «Aspectos procesales de la cesión de créditos hipotecarios a los fondos de titularización y otros tipos de ingeniería financiera», en *RDC*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 113-139.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Responsabilidad del emisor frente al adquirente en el mercado secundario por la información contenida en el folleto informativo en el caso de que sea errónea o engañosa. Comentario a la STS 770/2021, de 5 de noviembre (RJ 2021, 4986)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 209-234.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «Principales rasgos configuradores del régimen jurídico de los llamados “covered bonds”», en *RDBB*, año 41, núm. 166, 2022, pp. 171-188.
- DE PERALTA Y CARRASCO, Manuel: «El folleto de las OPS como elemento determinante de la responsabilidad aún en el caso de suscriptores cualificados. Comentario a la sentencia del TS 890/2021 de 21 de diciembre, del Pleno de la Sala Primera de lo Civil en el caso UMAS/Bankia (RJ 2022, 293)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 315-330.
- GARCÍA ESCOBAR, Gabriel A.: «La interdicción de la usura: un principio revitalizado en la contratación bancaria por la reciente jurisprudencia», en *RDBB*, año 41, núm. 167, 2022, pp. 125-152.
- HERNÁNDEZ SÁINS, Esther: «La oferta vinculante (irrevocable) en los préstamos o créditos a consumidores y su consecuente naturaleza consensual», en *RDBB*, año 41, núm. 166, 2022, pp. 11-50.
- LIDÓN LARA ORTIZ, María: «La revocación de autorizaciones para ejercer la actividad de crédito en el marco del Mecanismo Único de Supervisión. A propósito de la Sentencia del Tribunal General, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena ampliada), de 2 de febrero de 2022, en el asunto T-27/19», en *RDBB*, año 41, núm. 167, 2022, pp. 177-206.
- PALOMARES BRAVO, Jesús: «La incertidumbre en materia de créditos “revolving”», en *RdPat*, núm. 59, 2022.
- UREÑA SALCEDO, Juan Antonio: «Las cotas más elevadas de ética en la Unión Bancaria Europea: Códigos y normas de conducta», en *RDBB*, año 41, núm. 167, 2022, pp. 153-176.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

- FLORA MARTÍN MORAL, María: «La difusa frontera entre el emplazamiento de productos ilícitos y la publicidad encubierta: a propósito de la STS de 13 de diciembre de 2021», en *RDCD*, núm. 30, 2022.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «Prescripción y daño en las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas: Luces y sombras de la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 22/6/22 (C-267/20 DAF Trucks NV & AB Volvo/RM): Statute of Limitations and harm in antitrust damages claims: Light and shadows of the judgment of the EU Court of Justice of 22/6/22 (C-267/20 DAF Trucks NV & AB Volvo)», en *RDCD*, núm. 30, 2022.

MASSAGUER FUENTES, José: «La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: Una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales desleales con consumidores», en *RDM*, núm. 324, 2022.

DERECHO DE SEGUROS

ALONSO, Carolina y GIL, Hugo: «El nuevo mapa de los seguros tras la Covid-19: tendencias y novedades», en *PDD*, núm. 152, 2022.

BEJARANO DÍAZ, Iván: «El covid-19 como evento asegurable con base en la cobertura de pérdida de beneficios», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.

FORCADELL FARELL, Carola: «Contracte d'assegurança de vida i eutanàsia», en *RJC*, núm. 3, 2022.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Aspectos críticos del seguro D&O y su tratamiento en la jurisprudencia», en *RDS*, núm. 65, 2022.

LA CASA GARCÍA, Rafael: «El seguro de accidentes: delimitación temporal de la cobertura y mora del asegurador», en *RDM*, núm. 325, 2022.

LÓPEZ MAS, Pedro José: «El aseguramiento del lucro cesante: especial consideración a la paralización de empresa», en *RDP*, núm. 2, 2022.

PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Causalidad física, imputación objetiva y concurrencia de culpas. Requisitos para que opere la subrogación del asegurador. Comentario a la STS de 28 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4877)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 141-160.

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

DERECHO DIGITAL

ACEDO PENCO, Ángel: «Ese oculto objeto del deseo de las empresas tecnológicas en los contratos digitales de uso masivo: reflexiones sobre el fabuloso negocio de los datos», en *AC*, núm. 11, 2022.

BARCELÓ COMPTE, Rosa y RUBIO GIMENO, Gemma: «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 1-27.

CARBAJO CASCÓN, Fernando: «Las plataformas digitales ante la distribución de mercancías y el suministro de contenidos digitales ilícitos», en *RDCD*, núm. 30, 2022.

CUCURULL POBLET, Tatiana: «La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)», en *RDC*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 313-338.

GARCÍA-VALERA IGLESIAS, Román: «El proceso de transición hacia la era digital en la UE: el mercado único digital», en *AC*, núm. 7, 2022.

- GARCÍA-VALERA IGLESIAS, Román *et al.*: «Ética e Inteligencia Artificial», en *AC*, núm. 11, 2022.
- GUILABERT VIDAL, María Remedios: «Smarts contracts», finanzas descentralizadas, inteligencia artificial y responsabilidad civil a propósito del protocolo de código abierto “PoolTogether”», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa: «La publicidad encubierta a través de influencers: la urgencia de una regulación», en *RDCD*, núm. 29, 2021.
- «La libertad de expresión y de información frente a la propiedad intelectual en el Mercado Único Digital: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2022 (Asunto C-401/19) (JUR 2022, 137892)», en *RdPat*, núm. 58, 2022.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Modelos societarios y digitalización en la movilidad transfronteriza intracomunitaria», en *RDS*, núm. 65, 2022.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Robótica y responsabilidad civil: el daño cibernético», en *RGLJ*, núm. 3, 2022.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «Las plataformas digitales de alojamiento turístico en nuestra jurisprudencia», en *RGLJ*, núm. 3, 2022.
- MARTÍN ALÁEZ, Francisco Javier: «El control automático previo (filtrado) de los contenidos puestos en línea por los usuarios en la directiva de derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital: el asunto C-401/19», en *AC*, núm. 7, 2022.
- MASHOUF MOHSENIN, Sirius: «Blockchain: contratación y jurisdicción: hacia una nueva concepción de la Justicia», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana: «Empleo de la inteligencia artificial en algunas fases del proceso judicial civil: prueba, medidas cautelares y sentencia», en *AC*, núm. 11, 2022.
- MORA GONZÁLEZ, Jesús Iván: «Intermediarios y posición de garante en el mercado único digital», en *REDE*, núm. 81, 2022.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «El difícil equilibrio entre el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la protección de los datos personales», en *RDNT*, núm. 59, 2022.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Adaptar o reformular la directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la inteligencia artificial: últimas novedades», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2886-2908.
- MUÑOZ VELA, José Manuel: «Inteligencia artificial y cuestiones de propiedad intelectual e industrial», en *RDNT*, núm. 59, 2022.
- MURUAGA HERRERO, Pablo: «El glamour de las apuestas on-line: consumidores y cláusulas abusivas», en *AC*, núm. 11, 2022.
- «Apropiarse (o no) un dominio web: un comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 (JUR 2022, 137036)», en *RDNT*, núm. 60, 2022.

- O'LEARY, SÍOFRÁ: «Democracia, libertad de expresión y derecho en la era digital», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 15-31.
- PEREA GONZÁLEZ, ÁLVARO: «La reforma legal de la subasta judicial electrónica», en *AC*, núm. 6, 2022.
- PÉREZ GÁZQUEZ, ISABEL MARÍA: «El impacto de la Industria 4.0 en el empleo. Especial referencia a las políticas activas de empleo y la formación digital como elementos de inclusión sociolaboral», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- PLAZA PENADÉS, JAVIER: «Fundamentos y principios jurídicos básicos de la inteligencia artificial y el “big data”», en *RDNT*, núm. 59, 2022.
- «La adquisición de derechos sobre obras de arte en NFT (non fungible token)», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- ROSELLÓ 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.
- SELMA PENALVA, ALEJANDRA: «Desconexión digital: protocolo de actuación», en *RDNT*, núm. 59, 2022.
- TAMAYO VELASCO, JIMENA: «Algunas reflexiones en torno al caso Google Search: la Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021», en *RDCD*, núm. 29, 2021.
- «El mercado de los “mayordomos digitales”: una visión panorámica», en *RDCD*, núm. 30, 2022.
- TOMÁS DÍEZ TARRAGÓ, MARCOS: «Arbitraje electrónico en disputas de e-commerce», en *AC*, núm. 9, 2022.
- TRAVÉ VALLS, ADRIANA: «Nuevos escenarios, misma doctrina: Derecho a la propia imagen y derecho a la información con ocasión del uso de las redes sociales STC 27\2020 de 24 de febrero», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 379-398.

DERECHO SANITARIO

- DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO L.: «La protección jurídica de las vacunas (principios esenciales y coordinación)», en *RDM*, núm. 325, 2022.
- GONZÁLEZ CARRASCO, CARMEN: «La cirugía estética no genera responsabilidad si no existe mala praxis y el paciente fue adecuadamente informado del riesgo finalmente materializado. Comentario a la STS de 30 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5665)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 275-288.
- MONTERROSO CASADO, ESTHER: «La responsabilidad civil en la cirugía estética», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2394-2414.

SOLÉ FELIÚ, Josep: «Estándar de diligencia médica y valor de los protocolos y guías de práctica clínica en la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 1-52.

TORRELLES TORREA, Esther: «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el “mayor beneficio para la vida y salud del paciente” en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 76-113.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Control de transparencia y préstamos multidivisa. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Núm. 776/2021, de 10 noviembre (RJ 2021, 5002)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 235-248.

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «La libre disposición por las partes en el arbitraje de consumo», en *RDP*, núm. 5, 2022.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «El Dret català i els contractes atorgats a distància o fora d'establiment mercantil amb consumidors», en *RJC*, núm. 2, 2022.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo paradigma?», en *RDC*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 141-186.

CRESPO MORA, María Carmen: «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho Civil», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2485-2530.

DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, Jesús: «Delimitación del concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia europea y española», en *AC*, núm. 11, 2022.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «Hacia un Derecho Procesal de consumo (Comentario a las recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumidores)», en *AC*, núm. 7, 2022.

FERRERO BEAMONTE, Julio: «La protección procesal a los consumidores: proceso monitorio europeo y proceso europeo de escasa cuantía: ¿hacia un nuevo derecho procesal en las relaciones de consumo?», en *AC*, núm. 9, 2022.

GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián A.: «Daño moral del consumidor: Análisis sobre su concepto y delimitación en España», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 399-427.

HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther: «La oferta vinculante (irrevocable) en los préstamos o créditos a consumidores y su consecuente naturaleza consensual», en *RDBB*, año 41, núm. 166, 2022, pp. 11-50.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Robótica y responsabilidad civil: el daño cibernético», en *RGLJ*, núm. 3, 2022.

LLAMAS POMBO, Eugenio: «De la noción consumidor a la tutela del contratante débil», en *PDD*, núm. 150, 2022.

- MASSAGUER FUENTES, José: «La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: Una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales desleales con consumidores», en *RDM*, núm. 324, 2022.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «El difícil equilibrio entre el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la protección de los datos personales», en *RDNT*, núm. 59, 2022.
- MURUAGA HERRERO, Pablo: «El glamour de las apuestas on-line: consumidores y cláusulas abusivas», en *AC*, núm. 11, 2022.
- PLATERO ALCÓN, Alejandro: «Apuntes sobre las acciones de representación en el ámbito del derecho a la protección de datos personales interpuestas por las asociaciones de consumidores, ¿se pueden ejercitar sin identificar a los posibles afectados?», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La cancelación del viaje combinado por circunstancias inevitables y extraordinarias (especial consideración a la pandemia del COVID-19 como motivo de cancelación)», en *RDM*, núm. 325, 2022.
- RUEDA VALDIVIA, Ricardo: «Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo: un paso más hacia la consolidación de la resolución alternativa de litigios de consumo en el transporte aéreo», en *RDP*, núm. 5, 2022.
- RUIZ ESPINOSA, José: «Garantías legales en el pago a distancia con tarjeta efectuada por consumidores», en *RDNT*, núm. 60, 2022.
- TOBÍO RIVAS, Ana María: «La utilización de vehículos automatizados y autónomos en el contrato de transporte terrestre: especial referencia a la aplicación del régimen legal de responsabilidad por productos defectuosos», en *RDM*, núm. 324, 2022.
- VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos: «A vueltas con el “derecho de retracto” de créditos litigiosos (“ex” art. 1535 CC): exégesis completa y algunos remedios para el deudor-consumidor», en *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1782-1818.

DERECHO URBANÍSTICO

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: «Nota acerca de la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021: (El Tribunal Supremo reitera su doctrina acerca de la nulidad parcial como consecuencia de defecto formal durante el procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos)», en *RDU*, núm. 355, 2022.
- ALEMANY GARCÍAS, Juan: «Los convenios de planeamiento: ¿estamos ante una segunda oportunidad para realzar su figura», en *RDU*, núm. 355, 2022.
- CANTERA CUARTANGO, José Manuel: «La elusión de los procedimientos de contratación pública en las sociedades urbanísticas locales: su constatación desde un punto de vista empírico», en *RDU*, núm. 353, 2022.

- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «Leyes urbanísticas autonómicas de tercera generación: el caso paradigmático de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía», en *RDU*, núm. 355, 2022.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: «El régimen jurídico-administrativo del paisaje urbano: reflexiones de derecho estatal y autonómico», en *RDU*, núm. 353, 2022.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Modificaciones de entidades hipotecarias de fincas de origen por parte de un proyecto de reparcelación», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2942-2953.
- LASO BAEZA, Vicente: «Declaración responsable y obra nueva», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2447-2458.
- MORENO MARTÍNEZ, María del Carmen: «Una aproximación al paisaje urbano de Madrid a través de tres tipos de tejidos», en *RDU*, núm. 354, 2022.
- ROMERO GARCÍA, Federico: «Reflexiones sobre el futuro de la ciudad», en *RDU*, núm. 353, 2022.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Patricia: «Del deber de conservación y rehabilitación en inmuebles hacia la declaración de ruina. Parte I», en *RDU*, núm. 354, 2022.
- «Del deber de conservación y rehabilitación en inmuebles hacia la declaración de ruina. Parte II», en *RDU*, núm. 355, 2022.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel Jesús: «De nuevo sobre los planes generales de ordenación: estudio comparativo de las modificaciones de los últimos años», en *RDU*, núm. 356, 2022.
- SERRANO BLANCO, Ignacio: «Reserva de viviendas de protección como estándar urbanístico: comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 205 y 206 de 16 de febrero de 2021», en *RDU*, núm. 353, 2022.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «La patrimonialización del aprovechamiento y las facultades urbanísticas», en *RDU*, núm. 354, 2022.
- SUAY OJALVO, Francisco: «Análisis de la Ley 1/2021, de 12 de febrero, de simplificación urbanística y medidas administrativas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha», en *RDU*, núm. 354, 2022.

DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La evolución del llamado “canon eólico” en el sistema tributario autonómico a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial», en *RDA*, núm. 52, 2022, pp. 43-78.
- CAMPINS ERITJA, María del Mar: «Cambio climático y sujetos responsables en el ámbito internacional: Las incertidumbres acerca de la responsabilidad de las empresas transnacionales», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 81-133.

- DE LA VARGA PASTOR, Aitana: «Las medidas autonómicas para mitigar y adaptar el cambio climático: Análisis comparativo de las leyes autonómicas de Catalunya, Andalucía e Illes Balears», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 251-268.
- DE VILCHEZ MORAGUES, Pau: «Panorama de litigios climáticos en el mundo», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 349-381.
- DORESTE HERNÁNDEZ, Jaime: «El “juicio por el clima”: El litigio climático español», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 383-406.
- FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa: «La sociedad civil internacional y el multilateralismo inclusivo en la CoP26 de Glasgow», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 157-181.
- GILES CARNERO, Rosa María: «El papel de la Unión Europea en la acción ante el cambio climático», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 135-156.
- GONZÁLEZ PONS, Elisabet: «El Derecho de sociedades ante la transición ecológica. Primeras reflexiones de la Sociedad Cooperativa como comunidad energética», en *RdPat*, núm. 59, 2022.
- HERNÁNDEZ LOZANO, Luis Ángel: «El permanente estado de excepción fitosanitaria: una amenaza para la salud y el medioambiente», en *RDA*, núm. 52, 2022, pp. 191-220.
- JARIA I MANZANO, Jordi: «La insolación de Miréio: Seis tesis y un corolario sobre los derechos (ambientales) en la era del Antropoceno», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 449-484.
- LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Pilar: «Derecho a un medio ambiente “sano”: ¿un derecho fundamental?», en *RDA*, núm. 52, 2022, pp. 168-190.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Propiedad versus biodiversidad: (Perplejidades ante la doctrina argentina sobre la península de Magallanes)», en *RDA*, núm. 52, 2022, pp. 13-42.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique J.: «Las condiciones de admisibilidad de las demandas climáticas en el ámbito de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 407-430.
- MEGÍAS LÓPEZ, Javier: «Gobierno sostenible de las sociedades de capital», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 303-319.

- MIÑARRO YANINI, Margarita: «El Derecho en la encrucijada: el caso de los “refugiados climáticos”», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 431-447.
- MORENO INOCENCIO, Ana B.: «La zona de influencia de la Ley de Costas en el suelo urbano», en *RDU*, núm. 355, 2022.
- NIETO MARTÍN, Adán: «No mires arriba: Las respuestas del derecho penal a la crisis climática», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 269-302.
- PIGRAU I SOLÉ, Antoni: «Cambio climático y responsabilidad internacional del Estado», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 45-80.
- RANDO BURGOS, Esther: «El suelo rústico: evolución normativa y creciente protagonismo», en *RDU*, núm. 353, 2022.
- REGUART SEGARRA, Núria: «El papel decisivo de los pueblos indígenas en la mitigación y adaptación al cambio climático: evolución y retos pendientes», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 183-204.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Responsabilidad civil por daños climáticos: ¿mucho ruido y pocas nueces?», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 321-345.
- SASTRE BECEIRO, Mónica: «Títulos jurídicos ambientales necesarios para la producción de hidrógeno renovable», en *RDU*, núm. 354, 2022.
- SIMOU, Sofía: «La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética en el contexto de intensificación de los esfuerzos público-privados para afrontar la emergencia climática», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 217-250.
- UTRERA CARO, Sebastián Félix: «El régimen jurídico del almacenamiento por bombeo de energía eléctrica», en *RDA*, núm. 52, 2022, pp. 79-118.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

- CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización, mejor», en *AC*, núm. 6, 2022.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «La frustración de la compraventa y los honorarios del mediador», en *AC*, núm. 11, 2022.

- MATEO, Íñigo: «De la fundamentación económica de los medios adecuados de resolución de controversias», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 1989-2036.
- PÉREZ TORTOSA, Francesc: «Mediación, e-mediación e i-mediación con personas con discapacidad intelectual», en *AC*, núm. 11, 2022.
- RUEDA VALDIVIA, Ricardo: «Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo: un paso más hacia la consolidación de la resolución alternativa de litigios de consumo en el transporte aéreo», en *RDP*, núm. 5, 2022.
- RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo: «Mediación: ¿Alternativa al proceso o traba de acceso?», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 264-305.
- SÁNCHEZ VALLE, María del Rosario: «La mediación y la transacción en la resolución de los conflictos en la responsabilidad médico-sanitaria», en *RDP*, núm. 4, 2022.
- TOMÁS DÍAZ TARRAGÓ, Marcos: «Arbitraje electrónico en disputas de e-commerce», en *AC*, núm. 9, 2022.

DERECHO PROCESAL

- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «El juez sólo puede desvincularse excepcionalmente de las decisiones adoptadas por el interesado en escritura de autotratela. Diversificación del cargo apartándose de los deseos de la persona curatelada. Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4958)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 173-190.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad», en *RDC*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 53-85.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Legitimación activa para el ejercicio de acciones en caso de impago de crédito hipotecario titulado en participaciones hipotecarias. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4849)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 111-140.
- CONCELLÓN FERNÁNDEZ, Pilar: «De nuevo sobre la cuestión prejudicial y la independencia judicial: el asunto “IS” (sentencia de 23 de noviembre de 2021, C-564/19)», en *REDE*, núm. 81, 2022.
- CRESPO MORA, María Carmen: «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho Civil», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2485-2530.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda: «Análisis jurídico-procesal de la coordinación parental como coadyuvante en la gestión de la alta conflictividad familiar postruptura», en *RDF*, núm. 93, 2021.
- «El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad», en *AC*, núm. 9, 2022.
- DE VILCHEZ MORAGUES, Pau: «Panorama de litigios climáticos en el mundo», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucija-

- da: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 349-381.
- DORRESTE HERNÁNDEZ, Jaime: «El “juicio por el clima”: El litigio climático español», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 383-406.
- FERNÁNDEZ LARREA, Ignacio: «Conflictos de competencia y jurisdicción en sede concursal (Comentario a los Autos de la sala de conflictos de competencia del Tribunal Supremo de 18 y 20 de octubre de 2021 y al Auto de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2021)», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 283-300.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «Hacia un Derecho Procesal de consumo (Comentario a las recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumidores)», en *AC*, núm. 7, 2022.
- FERRERO BEAMONTE, Julio: «La protección procesal a los consumidores: proceso monitorio europeo y proceso europeo de escasa cuantía: ¿hacia un nuevo derecho procesal en las relaciones de consumo?», en *AC*, núm. 9, 2022.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Repaso jurisprudencial a la acción reivindicatoria», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2820-2832.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «Algunas cuestiones sobre la admisión del proyectado recurso de casación civil», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 230-263.
- JUAN GÓMEZ, Mateo C.: «La frustración de las acciones de nulidad total o parcial de las fianzas solidarias incorporadas en las escrituras de préstamo hipotecario», en *AC*, núm. 10, 2022.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «Acercas del “dies a quo” en la acción de reclamación de las comisiones devengadas a favor del agente comercial», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 61-74.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «Costas, estimación judicial del daño y responsabilidad solidaria entre partícipes de un cartel: 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.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «El papel de los dictámenes de expertos en la prescripción de la acción de indemnización de daños. Comentario a la STS 602/2021, de 14 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4067)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 71-94.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique J.: «Las condiciones de admisibilidad de las demandas climáticas en el ámbito de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 407-430.
- MASHOUF MOHSENIN, Sirius: «Blockchain: contratación y jurisdicción: hacia una nueva concepción de la Justicia», en *RDNT*, núm. 60, 2022.

- MONTESINOS GARCÍA, Ana: «Empleo de la inteligencia artificial en algunas fases del proceso judicial civil: prueba, medidas cautelares y sentencia», en *AC*, núm. 11, 2022.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «Caducidad o prescripción de las acciones contra el avalista de viviendas en construcción. Comentario a la STS 4062/2021, de 2 de noviembre (RJ 2021, 4987)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 161-172.
- ORTEGA PUENTE, Glòria: «La audiencia de los niños, niñas y adolescentes», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 289-322.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «La reforma legal de la subasta judicial electrónica», en *AC*, núm. 6, 2022.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J.: «La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)», en *AC*, núm. 7, 2022.
- PÉREZ DAUDI, Vicente: «La procura y el acceso al punto neutro judicial. Una propuesta de reforma legislativa», en *AC*, núm. 6, 2022.
- PÉREZ MARTÍN, Javier: «Problemática en torno a la extinción del derecho de uso en fase de ejecución de sentencia», en *RDF*, núm. 93, 2021.
- «Problemática procesal en torno a las medidas previas a la interposición de la demanda», en *RDF*, núm. 95, 2022.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Doble maternidad y acciones de filiación: conceptos de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés superior del menor», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 141-168.
- ZARZALEJOS NIETO, Jesús María: «Hechos probados y reforma de la casación», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 229-248.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo: «El TC y el derecho al olvido: ¿allanando un camino “a la alemana” de la CDFUE como parámetro directo de amparo?», en *REDE*, núm. 82, 2022.
- ARENAS GARCÍA, Rafael: «Arbitraje y jurisdicción en el espacio judicial europeo. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022, “London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association”», en *RDCE*, año 26, núm. 73, 2022, pp. 1043-1060.
- AZNAR COMPANY, Miquel: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de septiembre de 2021, Asunto C-783/19 Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne contra GB», en *RDCD*, núm. 30, 2022.
- BAQUERO CRUZ, Julio: «“Minima moralia”: el estado de derecho, el método comunitario y el presupuesto de la Unión Europea», en *RDCE*, año 26, núm. 72, dedicado a: Contribuciones del II Seminario Gil Carlos Rodríguez Iglesias de la RDCE sobre protección del estado de derecho en la Unión Europea, 2022, pp. 431-445.

- BOUAZZA ARIÑO, Omar: «Sanciones administrativas y garantías del proceso penal en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *RDCE*, año 26, núm. 72, dedicado a: Contribuciones del II Seminario Gil Carlos Rodríguez Iglesias de la RDCE sobre protección del estado de derecho en la Unión Europea, 2022, pp. 521-545.
- 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 22-9-2020. Asuntos acumulados C-724/18 (Cali Apartments SCI) y C-727/18 (HX) y, por extensión, de las SSTs de 19-11-2020, de 26-1-2021 y, en parte, de 2-6-2021», en *RDCD*, núm. 29, 2021.
- CAMPOS RIVERA, Gonzalo: «Responsabilidad civil derivada del uso de sistemas IA: situación actual y retos para un futuro reglamento europeo», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «El Derecho Internacional Privado Europeo: La auténtica Constitución Civil de la Unión Europea», en *AC*, núm. 9, 2022.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «Las exigencias contenidas en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la afectación indirecta de las pymes», en *RDS*, núm. 66, 2022.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando: «La Sentencia INTEL (As. T-286/09) reenv. del Tribunal General de la Unión Europea, del 26 de enero de 2022: ¿una nueva era en la aplicación del artículo 102 TFUE?», en *RDCD*, núm. 30, 2022.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pilar: «El nuevo reglamento europeo para la gobernanza del dato: ¿Liberación segura de información y neutralidad de su tratamiento?», en *REDE*, núm. 82, 2022.
- DURÁN RUIZ, Francisco Javier: «La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE», en *RDCE*, año 26, núm. 73, 2022, pp. 951-993.
- FAGGIANI, Valentina: «Ciudadanía sustantiva y derechos de participación política en la UE: Límites del sistema y necesidad de una mayor inclusión», en *RDCE*, año 26, núm. 73, 2022, pp. 915-949.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro (coord.): «La preferencia del crédito comunitario y su dies a quo», en *AC*, núm. 10, 2022.
- GAMARRA CHOPO, Yolanda: «Innovaciones del mandato de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *RDCE*, año 26, núm. 73, 2022, pp. 749-791.
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José: «Estado de derecho e independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE: la consagración de la identidad constitucional europea», en *REDE*, núm. 82, 2022.

- GARCÍA-VALERA IGLESIAS, Román: «El proceso de transición hacia la era digital en la UE: el mercado único digital», en *AC*, núm. 7, 2022.
- GARCÍA LUPIOLA, Asier: «La creciente relevancia del desarrollo sostenible en las estrategias globales de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 82, 2022.
- GILES CARNERO, Rosa María: «El papel de la Unión Europea en la acción ante el cambio climático», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 135-156.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad y YUGUEROS PRIETO, Nerea: «Dos destacables iniciativas de mejora en la órbita europea con incidencia en el acceso a la justicia ambiental», en *REDE*, núm. 81, 2022.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Modelos societarios y digitalización en la movilidad transfronteriza intracomunitaria», en *RDS*, núm. 65, 2022.
- 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.
- LENAERTS, Koen: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial», en *RDCE*, año 26, núm. 72, dedicado a: Contribuciones del II Seminario Gil Carlos Rodríguez Iglesias de la RDCE sobre protección del estado de derecho en la Unión Europea, 2022, pp. 351-368.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio: «La necesaria estandarización de las licencias tipo de datos abiertos para favorecer la innovación basada en los datos en Europa», en *RDNT*, núm. 59, 2022.
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel: «Razones para una Directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante», en *RDCE*, año 26, núm. 73, 2022, pp. 873-914.
- MARRERO ROCHA, Inmaculada: «La prevención de la radicalización violenta de corte yihadista en la Unión Europea», en *RDCE*, año 26, núm. 73, 2022, pp. 793-828.
- MARTÍN ALÁEZ, Francisco Javier: «El control automático previo (filtrado) de los contenidos puestos en línea por los usuarios en la directiva de derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital: el asunto C-401/19», en *AC*, núm. 7, 2022.
- MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel: «“De iure” y “de facto”: Las dos caras del Consejo Europeo tras Lisboa», en *RDCE*, año 26, núm. 73, 2022, pp. 829-871.
- OLESTI RAYO, Andreu: «El programa Next Generation EU y el presupuesto de la Unión Europea», en *RDCE*, año 26, núm. 73, 2022, pp. 727-745.
- ORMAECHE LENDÍNEZ, Iñigo: «Competencia judicial internacional y protección de datos en el reglamento general de protección de datos: su encaje con el reglamento Bruselas I bis», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «El nuevo Reglamento europeo sobre “gobernanza de los datos” o “DGA” y la futura “Ley de datos”», en *RDNT*, núm. 59, 2022.

- ROMERO GARCÍA ARANDA, Belén: «Gestación subrogada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *RJC*, núm. 3, 2022.
- RUIZ CAIRÓ, Elisabet: «Extensión y límites de la autonomía estratégica de la Unión europea: sentencia C 124/20 “Bank Melli Iran”», en *REDE*, núm. 82, 2022.
- RUIZ PERIS, María del Mar: «Imputación por pertenencia a una entidad económica, fundada en el concepto funcionalmente unitario de empresa policorporativa de los artículos 101 y 102 TFUE», en *RDCD*, núm. 29, 2021.
- URBANEJA CILLÁN, Jorge: «Los mecanismos de gestión de crisis bancarias como garantía de estabilidad financiera en la Unión Europea. El Tribunal General desestima los recursos contra la resolución del Banco Popular», en *RDCE*, año 26, núm. 73, 2022, pp. 995-1039.
- VARGAS VASSEROT, Carlos: «Las empresas sociales, reconocimiento de su estatuto legal en Europa y propuestas para su regulación en España», en *RDS*, núm. 65, 2022.

DERECHO COMPARADO

- 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.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence: «La identidad constitucional en la jurisprudencia francesa: la historia del vals jurisprudencial hexagonal», en *RDCE*, año 26, núm. 72, dedicado a: Contribuciones del II Seminario Gil Carlos Rodríguez Iglesias de la RDCE sobre protección del estado de derecho en la Unión Europea, 2022, pp. 411-430.
- FORTUNA, Sebastián Ignacio: «La gestación por sustitución en la argentina: reflexiones desde los feminismos para una necesaria regulación», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.
- 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.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «La sociedad de beneficio e interés común en la Ley 18/2022 y su regulación en el Derecho comparado», en *RDS*, núm. 66, 2022.
- HUERTA VIESCA, María Isabel y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Últimas novedades californianas sobre la diversidad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 65, 2022.
- LAZARI, Antonio: «La cuestión de la identidad en el Derecho Internacional, Europeo y Comparado: por una visión relacional del Derecho», en *REDE*, núm. 81, 2022.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.: «El meritorio Código Civil de Puerto Rico», en *RGLJ*, núm. 2, 2022.

- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Propiedad versus biodiversidad: (Perplejidades ante la doctrina argentina sobre la península de Magallanes)», en *RDA*, núm. 52, 2022, pp. 13-42.
- MASING, Johannes: «Preservación de la identidad constitucional respecto de la UE en la jurisprudencia constitucional alemana», en *RDCE*, año 26, núm. 72, dedicado a: Contribuciones del II Seminario Gil Carlos Rodríguez Iglesias de la RDCE sobre protección del estado de derecho en la Unión Europea, 2022, pp. 393-410.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: «Estudio comparativo de la regulación del “affidamento” familiar en el derecho italiano y el acogimiento familiar en la normativa estatal española», en *RDP*, núm. 2, 2022.
- ORTEGA MATESANZ, Alfonso: «La punición del concurso de delitos en el derecho comparado», en *RGLJ*, núm. 3, 2022.
- SAFJAN, Marck: «L’identité constitutionnelle polonaise», en *RDCE*, año 26, núm. 72, dedicado a: Contribuciones del II Seminario Gil Carlos Rodríguez Iglesias de la RDCE sobre protección del estado de derecho en la Unión Europea, 2022, pp. 371-391.
- TATHAM, Allan: «The paradox of judicial dialogue with the European Court of Justice in an illiberal democracy: the recent experience with the Hungarian Constitutional Court», en *RDCE*, año 26, núm. 72, dedicado a: Contribuciones del II Seminario Gil Carlos Rodríguez Iglesias de la RDCE sobre protección del estado de derecho en la Unión Europea, 2022, pp. 483-517.

PANDEMIA Y COVID-19

- ALONSO, Carolina y GIL, Hugo: «El nuevo mapa de los seguros tras la Covid-19: tendencias y novedades», en *PDD*, núm. 152, 2022.
- BEJARANO DÍAZ, Iván: «El covid-19 como evento asegurable con base en la cobertura de pérdida de beneficios», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.
- 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.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernández: «Algunas cuestiones prácticas que suscita la financiación ICO-COVID en los concursos de acreedores», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 85-98.
- RIESCO MILLA, Jesús: «La aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” para la modificación cautelar de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente como consecuencia de la pandemia COVID-19 (Comentario del auto de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 10 de mayo de 2022)», en *ADCon*, núm. 57, 2022, pp. 253-281.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La cancelación del viaje combinado por circunstancias inevitables y extraordinarias (especial consideración a la pandemia del COVID-19 como motivo de cancelación)», en *RDM*, núm. 325, 2022.

- RUBÍ PUIG, Antoni y HERRERÍAS CASTRO, Laura: «“Radar COVID” y protección de datos personales», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 249-280.
- RUIZ CABELLO, Úrsula: «El impacto del COVID-19 en el delito farmacéutico», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 201-232.

VARIA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente J.: «La problemática de la publicidad oficial de las normas técnicas de origen privado que despliegan efectos jurídico-públicos», en *RDCE*, año 26, núm. 72, dedicado a: Contribuciones del II Seminario Gil Carlos Rodríguez Iglesias de la RDCE sobre protección del estado de derecho en la Unión Europea, 2022, pp. 449-482.
- ANXO, Tato: «Régimen jurídico de la publicidad de criptoactivos presentados como objeto de inversión», en *RDM*, núm. 324, 2022.
- ARENAS GARCÍA, Lorena y GARCÍA ESPAÑA, Elisa: «Police stop and search in Spain: an overview of its use, impacts and challenges», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 233-257.
- BARRERO ORTEGA, Abraham: «La inconstitucionalidad de la plusvalía municipal o de cómo la paciencia tiene un límite: comentario a las STC 182/2021, de 26 de octubre», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- BLAY GIL, Ester: «A vueltas con la multa. De la relativa invisibilidad de la pena de multa y de las razones para que se investigue sobre ella», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. viii-xii.
- CUARTERO COBO, María del Mar: «Análisis filosófico-jurídico del programa bilingüe español-inglés de la Comunidad de Madrid», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: «La Doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 88-131.
- D’ALESSANDRO, Elena: «Los fondos de litigación: experiencia práctica y nuevas perspectivas de regulación», en *RJC*, núm. 3, 2022.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 168-228.
- DOUBAI SÁNCHEZ, Boliá: «“Amarás a Dios sobre todas las cosas”: superstición, idolatría y disciplina social en los manuales de confesores novohispanos», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.
- DUPLÁ MARÍN, María Teresa: «Hacia la igualdad de trato en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas estables: algunas consideraciones sobre el concepto de pareja de hecho y las novedades de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones», en *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2291-2311.
- ECHEVARRÍA GARCÍA, Inés: «Renta Básica Universal y rentas mínimas: ¿Cómo garantizar el derecho mínimo vital ante la crisis del empleo?», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Constitución y discapacidad: la protección de las personas con discapacidad como paradigma del estado social», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.
- FLORES ZERPA, Allen Martí: «Las reglas del derecho penal y una aproximación a los elementos objetivos del prevaricato», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.
- FUENTES OSORIO, Juan L.: «Dolorosa, pero no letal», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 203-229.
- GARCÍA BENITO, Gabriel A.: «La administración desamortizadora de 1813: Cortes, intendentes y ayuntamientos (Úbeda)», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.
- GARCÍA CAVERO, Percy: «La Imputación subjetiva a la persona jurídica», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 132-148.
- GARCÍA DEL MORAL, Ana: «Las consecuencias para Europa de la crisis de refugiados del Mediterráneo», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.
- GARCÍA ORTIZ, Andrea María: «Los delitos contra “el honor” de la corona y el discurso de odio», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.
- GAROUPA, Nuno, *et al.*: «El Consejo de Estado: un análisis empírico sobre los votos separados de sus consejeros», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 258-288.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Archivo de actuaciones penales, aplicación retroactiva del baremo y normativa aplicable al asegurador de la responsabilidad por daños causados por un accidente de aviación. Comentario a la STS 559/2021, Civil, de 22 de julio de 2021 (RJ 2021, 3661)», en *CCJC*, núm. 119, 2022, pp. 41-70.
- GUARDIOLA GARCÍA, Javier: «Desarrollo e implantación del Derecho penal de menores en España», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 112-149.
- LARRAURI, Elena: «¿Quién debe supervisar la prisión?», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. x-xiii.
- LLORENTE MARTÍNEZ, Isabel: «Prueba y alegación del Derecho extranjero en el Derecho internacional privado europeo y español. La influencia de las Partidas y de Jacobo de las Leyes», en *AC*, núm. 10, 2022.
- LOADER, Ian: «Helados y encarcelamiento», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 411-430.
- MARTÍ MELÉNDEZ, María Teresa: «El fundamento del dominio público arqueológico con especial atención a los bienes inmuebles: una propuesta alternativa a la dominialidad», en *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2561-2616.
- MARTÍNEZ, Sara: «Las cláusulas sociales y la perspectiva de género en la contratación pública», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.
- NIETO MARTÍN, Adán: «No mires arriba: Las respuestas del derecho penal a la crisis climática», en *AFDUAM*, núm. 26, Dedicado a: El derecho en la encrucijada: Los retos y oportunidades que plantea el cambio climático, 2022, pp. 269-302.

- OTERO PARGA, Milagros María: «Pederastia en la Iglesia y Defensor del Pueblo», en *RGLJ*, núm. 3, 2022.
- OTTO, Harro: «“Encubrimiento adelantado” como complicidad mediante formas de conducta cotidianas o típicas de la profesión», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 359-387.
- PEIRO ALBA, José Miguel: «Francisco de Paula Canalejas y Casas (1834-1883): aportaciones de un abogado krausista», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «Ser comerciante y ejercer el comercio: 137 años de vigencia de una imprecisión legal», en *RGLJ*, núm. 2, 2022.
- POUCHAIN, Pedro: «Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 80-111.
- PRADO, Bertha: «La coordinación de políticas públicas: Clave para la protección de menores extranjeros en calle», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 150-167.
- RAFTER, Nicole: «Crimen, Cine y Criminología», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 388-406.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «La publicidad de juguetes y los menores de edad en la ley general de publicidad», en *RDP*, núm. 2, 2022.
- RAMOS PRIETO, Jesús: «La inconstitucionalidad del método de estimación de la base imponible del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana: ¿una vuelta a la ortodoxia de la capacidad económica?», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- RECA, Joaquín Pablo: «La reivindicación de una huella a la luz del derecho internacional humanitario: análisis del conflicto en las islas Malvinas», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.
- ROGÉ SUCH, Gabriel: «La relación entre dolo e imprudencia: ¿Aliud o plus-minus?», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 172-200.
- RUIZ CABELLO, Úrsula: «El impacto del COVID-19 en el delito farmacéutico», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 201-232.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo: «Los límites de lo normativo», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 147-171.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: «La desobjetivización de la responsabilidad civil ex delicto: los programas de cumplimiento», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 114-146.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: «Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa “subsiguiente” agravada», en *InDret*, núm. 4, 2022, pp. 43-79.
- SERRANO SANTAMARÍA, Ana: «Algunas cuestiones sobre el tratamiento jurídico de los parques eólicos», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El Derecho penal es un enano...», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. vii-ix.
- STOLZI, Irene: «El Estado Corporativo», en *RJUAM*, núm. 45, 2022.

- TOWNSON AGUILAR, Sonia: «Nuevas perspectivas en torno al Brexit: el impacto de las percepciones sobre la salud en el voto pro-Brexit», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.
- VARONA GÓMEZ, Daniel: «Conformidad, suspensión de la pena y responsabilidad civil: un problema no resuelto. Sobre la STC 32/2022 de 7 de marzo», en *InDret*, núm. 3, 2022, pp. ix-xii.
- VÁZQUEZ MORENO, José María: «La venta de derechos hereditarios y su fiscalidad en el Impuesto de TPO y AJD y en el ISD», en *RJNot*, núm. 113, 2021.
- VELASCO RETAMOSA, José Manuel: «La inclusión del Sahara Occidental en las relaciones comerciales de la UE con Marruecos», en *CCJC*, núm. 120, 2022, pp. 23-34.
- VIEIRA CORTADA, María: «El segundo contrato social», en *RJUAM*, núm. 46, 2022.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: «Dificultades en la persecución penal de la trata de seres humanos para explotación laboral», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 163-202.
- ZUBIAURRE GURRUTXAGA, Amaia: «Supervisión pública de auditores de cuentas, inspecciones e investigaciones», en *RDS*, núm. 65, 2022.

ABREVIATURAS

<i>AC</i>	<i>Actualidad Civil</i>
<i>ADCon</i>	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
<i>AFDUAM</i>	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM</i>
<i>AAMN</i>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
<i>CCJC</i>	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
<i>CDC</i>	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
<i>PDD</i>	<i>Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros</i>
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RDA</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho Ambiental</i>
<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
<i>RDNT</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías</i>
<i>RdPat</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial</i>
<i>RDC</i>	<i>Revista de Derecho Civil</i>
<i>RDCP</i>	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
<i>RDCD</i>	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i>
<i>RDCE</i>	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>RDS</i>	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
<i>RDU</i>	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
<i>REDE</i>	<i>Revista Española de Derecho Europeo</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
<i>RJNot</i>	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
<i>RJUAM</i>	<i>Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid</i>

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret www.indret.com

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Error en el consentimiento en la adquisición de acciones: la información precontractual, el inversor cualificado y los efectos de la venta posterior. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2022)

ANTONIA PANIZA FULLANA

Catedrática de Derecho civil
Universidad de las Illes Balears

RESUMEN

En este trabajo se estudian cuáles son las consecuencias jurídicas de un contrato de compraventa de acciones celebrado sobre una información precontractual que resulta carente de veracidad, lo que no sale a la luz hasta un momento posterior, con la consiguiente fluctuación del valor de las acciones. De entrada, una acción de anulabilidad del contrato por error en el consentimiento o una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto de la Ley del Mercado de Valores. A ello se unen dos elementos más, la calificación de las empresas compradoras como inversoras cualificadas y la venta posterior de aquellas acciones. Estos son los elementos concurrentes, los matices son muchos y las resoluciones pueden ser diferentes en un caso y en otro.

PALABRAS CLAVE

Error en el consentimiento, inversor cualificado, información precontractual, folleto informativo, compraventa de acciones, confirmación del contrato, responsabilidad, daños y perjuicios.

Error of consent in a purchase of shares: pre-contractual information, qualified investor and the effects of the subsequent sale. (Regarding the Supreme Court Judgment of 27 April 2022)

ABSTRACT

Legal consequences of a share purchase contract concluded on false information, which is not discovered until a later time, with the consequent fluctuation of the value of the shares, are studied in this paper. Action for annulment of the contract due to mistake in consent or an action for liability can be the solution. But there are more elements: the qualification of the purchasing companies as qualified investors and the subsequent sale of those shares. These are the concurrent elements; the resolutions can be different in one case and in another.

KEYWORDS

Defect in the consent, error, qualified investors, pre-contractual information, prospectus, share purchase, liability, damages.

SUMARIO:–I. Planteamiento.–II. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2022: Hechos y Fundamentos de Derecho. 1. Hechos. 2. Fundamentos de Derecho: vicio del consentimiento y/o confirmación del contrato. III. El inversor minorista y el inversor cualificado frente a la información del folleto informativo y sus consecuencias sobre el contrato de compraventa de acciones.–IV. El inversor cualificado frente al error como vicio del consentimiento en la suscripción de acciones. 1. A modo de introducción: el error como vicio del consentimiento. 2. La excusabilidad e imputabilidad del error: la condición de las compradoras y la información facilitada. 3. La diligencia exigible.–V. La venta de las acciones: ¿confirmación del contrato anulable?–VI. Consecuencias: la dificultad de la restitución y el cálculo de la indemnización. 1. La acción de responsabilidad y la indemnización de daños y perjuicios: los artículos 28 LMV y 1.101 CC. 2. El cálculo de la indemnización. VII. Reflexiones finales.–Bibliografía.–Resoluciones de los tribunales.

I. PLANTEAMIENTO

En este trabajo se estudia un tema clásico de Derecho contractual, el de los vicios del consentimiento. En este caso, el error en un supuesto de compraventa de acciones de una entidad bancaria. Se plantearán cuestiones como la diferencia entre el inversor minorista y el inversor cualificado y sus consecuencias; la importancia de la información previa a la celebración del contrato, plasmada en el folleto informativo que contiene la oferta pública de sus-

cripción de acciones y su veracidad, así como los principales requisitos del error como vicio del consentimiento. A partir de los hechos de la Sentencia citada, se analizará la figura del error en el consentimiento con las particularidades que presenta en la compraventa de acciones basada en una oferta pública, por un inversor cualificado. Y ello sin olvidar la acción de responsabilidad derivada de la información del folleto y regulada en la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV), la restitución de las prestaciones en su caso y el cómputo de la indemnización.

Han sido muchos los litigios provocados por la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia del año 2011. Los primeros, resueltos por dos sentencias del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2016, se centran en el error invalidante del consentimiento en un contrato celebrado con inversores minoristas. Aunque son muchas las resoluciones que se han ido dictando, todas tienen sus especialidades, que deben valorarse a la hora de analizar la solución aportada en cada caso. Después, también se presentaron casos en los que, en la parte compradora, había inversores cualificados, ya que aquella oferta pública era mixta, como después se explicará. Otras resoluciones posteriores se han centrado en el tema de la prescripción y caducidad de las acciones interpuestas¹. Si bien normalmente se ejercita acción de anulabilidad por error (y, en alguna ocasión, dolo) y, subsidiariamente, la acción de responsabilidad de la LMV, también las hay solicitando la resolución del contrato del artículo 1124 CC o una indemnización fundamentada en el artículo 1101 CC².

Son muchas las cuestiones que se plantean para el estudio: ¿Se cumplen en el supuesto enjuiciado en la STS 337/2022, de 27 de abril todos los presupuestos del error como vicio del consentimiento, invalidante del contrato de compraventa celebrado? ¿Incide en la resolución la naturaleza de la parte compradora al ser profesional o inversor cualificado según la normativa de la CNMV? ¿Cabe la acción de responsabilidad derivada del folleto informativo cuando el inversor es cualificado?

Y en relación a las acciones interpuestas: ¿Acción de anulabilidad o acción de reclamación de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad por la información facilitada del artículo 28 LMV? ¿Y el artículo 1.101 CC? ¿Cómo influye en la resolución del caso el hecho de que la compradora hubiera vendido posteriormente sus acciones? Aquí está uno de los puntos clave y que hace especialmente interesante esta Sentencia. El elemento diferencial se encuentra en la segunda venta de las acciones, temporalmente situada antes de interponer la demanda y poco antes de hacerse pública la situación financiera real de la entidad bancaria. ¿Qué supone la celebración de este segundo contrato? ¿Podría entenderse como una confirmación tácita del primer contrato viciado por error? Aunque ya no se puedan restituir las acciones, ¿sigue siendo posible el ejercicio de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento?

Antes del análisis de cada uno de los temas planteados, se pasarán a exponer, en el siguiente apartado, los hechos y fundamentos de Derecho de cada una de las resoluciones dictadas en las distintas instancias en relación a este caso.

¹ Es el caso, entre otras, de la STS 602/2020, de 12 de noviembre, P. Pedro José Vela Torres y la STS 225/2022, de 24 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena tanto por el plazo de caducidad como por su *dies a quo*.

² Vid. MARIMÓN DURÁ Y MARTÍN PASTOR, *RDBB*, 2016, pp. 23-25.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2022: HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. HECHOS

En el año 2011, Bankia, con folleto registrado el 29 de junio de 2011, emitió una oferta pública de suscripción de acciones en dos tramos: un 60% para inversores minoristas, empleados y administradores y un segundo tramo del 40% para inversores cualificados o «tramo institucional». Realizados todos los trámites correspondientes, el precio de las acciones se fijó en 3,75 euros tanto para los inversores minoristas como para los inversores cualificados. En el folleto informativo constaba, entre otros detalles, que la única información consolidada y auditada disponible eran los estados intermedios del grupo Bankia correspondientes al trimestre cerrado a 31 de marzo de 2011. Añadía que, para compensar esa falta de información, se aportaba «información consolidada proforma partiendo de bases e hipótesis». Concluía que la entidad tenía solvencia y proyectaba beneficios. En la información constaba la cuenta de resultados del primer trimestre de 2011, un beneficio pro forma, no auditado, de 91 millones de euros y un patrimonio neto a 31 de marzo de 2011 de 11.875 millones de euros³.

Las empresas Sheratan, Deimos y Vatapa acudieron a la oferta pública de acciones de Bankia suscribiendo, cada una, acciones por un importe de 399.997,50 euros. Se trata de tres sociedades que forman parte de un mismo grupo empresarial cuyo objeto social es la «compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles, así como la compra, suscripción, tenencia, permuta y venta de valores mobiliarios nacionales y extranjeros, con excepción de actividades reservadas a las Instituciones de Inversión Colectiva». La finalidad era inversora y no se discute la cualificación de inversores cualificados o profesionales de las empresas actoras.

La cronología de los hechos es importante para el estudio de este caso, por ello aun con el riesgo de hacer más densa la lectura, se detalla a continuación. El folleto de la oferta pública de acciones se registra el día 29 de junio de 2011. Los días 20 y 21 de julio de 2011, las actoras suscribieron las acciones, por una cantidad total, sumando las tres empresas, de 1.200.000 euros. En noviembre de 2011, el Banco de Valencia, entidad participada por la matriz de Bankia, fue intervenida por el Banco de España, aunque se comunica a la CNMV que este hecho no afectaba a la solvencia del grupo.

El día 4 de mayo de 2012, Bankia presenta a la CNMV las cuentas anuales del año 2011 sin auditar, con un beneficio de 309 millones de euros. El 7 de mayo de 2012, el presidente del consejo de administración de Bankia anuncia su dimisión y varios medios de comunicación anunciaban la caída en bolsa de las acciones de aquella entidad. Bankia fue nacionalizada a través del FROB.

En medio de esta situación, el 17 de mayo de 2012 las tres empresas venden las acciones de la entidad Bankia, con importantes pérdidas. Posterior-

³ En relación a los hechos acaecidos en torno a la oferta pública de acciones de Bankia, se explican de forma detallada en MARIMÓN DURÁ Y MARTÍN PASTOR, *RDBB*, 2016, pp. 3 y siguientes.

mente, el 25 de mayo de 2012, Bankia comunica a la CNMV la aprobación de unas nuevas cuentas anuales de 2011, ahora sí auditadas por Deloitte. En el informe se reconocen pérdidas por valor de 2.979 millones de euros, que contrastan claramente con los beneficios que se presentaban en la oferta pública de acciones. El mismo día, Bankia interesó una inyección de 19.000 millones de euros para su recapitalización y la CNMV acordó la suspensión de la cotización de las acciones. Iniciada la cotización de acciones a 3,75 euros por acción, se fue produciendo una caída en la valoración bursátil: en abril de 2013 llegó a ser de 0,17 euros por acción.

El 31 de marzo de 2015, tres años después de esta venta, las empresas compradoras remitieron burofax a Bankia, reclamando los daños y perjuicios sufridos. Posteriormente, interpusieron demanda contra Bankia solicitando, en primer lugar, la nulidad por vicio del consentimiento de la adquisición de las acciones, por haber ocultado información sobre la situación real de la empresa en el momento de la salida a Bolsa. En segundo lugar, la restitución recíproca de las prestaciones: que se condenase a Bankia a restituir el precio de las acciones con los intereses desde la fecha de adquisición y las actoras tendrían que abonar el precio de la venta de las acciones más los intereses legales desde la fecha de la venta. Subsidiariamente a lo anterior, solicitaban que se condenase a Bankia a pagar a las actoras los mismos importes en concepto de daños y perjuicios, de acuerdo con los artículos 28 LMV y 1101 Cc, con los intereses legales desde la demanda.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 30 de Barcelona, en Sentencia de 22 de julio de 2016, desestima la acción principal y también la acción de reclamación de daños y perjuicios, planteada como subsidiaria. La primera porque las empresas compradoras, actoras, antes de presentar la demanda vendieron las acciones, lo que supone la convalidación de cualquier error que pudiera invalidar aquella compraventa. Al no poder restituir las acciones, entiende extinguida la acción de nulidad. Por otra parte, la Sentencia de primera instancia desestima la acción subsidiaria de responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información con el argumento de que los compradores eran inversores cualificados y no minoristas: «y su actuación se enmarca en el ámbito especulativo (dentro del propio objeto social)».

Frente a esta resolución, la parte actora interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 15 de enero de 2018, también desestima el recurso. Entiende que la venta voluntaria de las acciones confirma «tácitamente» la inversión inicial y convalida cualquier error que pudiese concurrir en el momento de la compraventa de las acciones. Esta venta, además, imposibilita la restitución de las acciones. Según la Sentencia de la Audiencia Provincial, esto supondría una falta de legitimación activa. Además, entiende que, al ser inversores profesionales, no están amparados por la protección de los minoristas por los datos del folleto y, en consecuencia, califica el error como inexcusable. También establece esta Sentencia que no queda probado que la suscripción de acciones del año 2011 y los perjuicios posteriores fueran consecuencia de la actuación de la entidad demandada con la emisión del folleto.

Frente a esta resolución se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero se fundamenta en cuatro motivos:

- Infracción del artículo 281.4 LEC en relación con el artículo 24 CE, al no admitir la sentencia como hecho notorio que el folleto que con-

tenía la oferta pública de acciones contenía inexactitudes, habiendo sido declaradas para inversores minoristas en las Sentencias del Tribunal Supremo números 23 y 24, de 3 de febrero de 2016.

- Infracción del artículo 24 CE e infracción del artículo 218.2 LEC por interpretación ilógica e irrazonable del hecho de presentación de las cuentas por parte de Bankia. Si bien la Sentencia atribuye la reformulación de las cuentas al deterioro de la economía y al cambio de normativa, el Tribunal Supremo, en las Sentencias mencionadas en el párrafo anterior, entiende que lo que pone de manifiesto es la inexactitud del folleto.
- Infracción de las normas procesales que regulan la Sentencia, artículo 217 LEC, por lo que se refiere a la carga de la prueba de que suscribió las acciones en base solo al folleto publicado y que, en caso de haber dispuesto de una adecuada información, no hubiera comprado.
- Vulneración de lo dispuesto en el artículo 24 CE con infracción del artículo 218.2 LEC por error en la valoración de la prueba al existir noticias sobre el peligro de la reformulación de las cuentas de Bankia con anterioridad a la venta de las acciones. El error lo sitúa el recurso en que la Sentencia interpreta la venta de las acciones como un signo de presunción de experiencia como inversor institucional y no para aminorar las pérdidas.

Por su parte, el recurso de casación se fundamenta en tres motivos:

- Oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual no se produce la subsanación del vicio si a la fecha del acto tácito (en este caso, la venta de las acciones) no se tiene pleno conocimiento del vicio que les afecta. Infracción del artículo 1311 CC, en relación con el 1309 CC.
- Infracción del artículo 28.3 y 30 bis LMV, según el texto vigente a la fecha de la oferta pública de acciones de Bankia, en relación a la legitimación activa de los inversores institucionales en la acción de responsabilidad. Una correcta aplicación de estos artículos hubiera conllevado la estimación de la acción de responsabilidad.
- Oposición a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el principio general del Derecho: *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Las excepciones no pueden deducirse del silencio, lo que llevaría a la estimación de la acción de responsabilidad con fundamento en el artículo 28 LMV, por las informaciones no veraces del folleto informativo.

El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Sheratan Management, S. L., Deimos Inversión, S. L. y Vatapa Inversiones, S. L., revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, estimando el recurso de casación. Así estima la demanda interpuesta por las entidades citadas y declara la nulidad de las suscripciones de las acciones de Bankia, S. A. solicitada en la demanda, y acuerda la restitución de las prestaciones en los términos indicados en los apartados 3.8 y 3.9 del Fundamento de Derecho sexto de la Sentencia, que después serán analizados. La Sentencia se centra en dos aspectos principalmente: el error en el consentimiento y la venta posterior de las acciones.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO: VICIO DEL CONSENTIMIENTO Y/O CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO

Se expondrán en este apartado los Fundamentos de Derecho de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la de la Audiencia Provincial en la resolución del recurso de apelación, así como la doctrina del Tribunal Supremo.

Las dos primeras Sentencias desestiman la demanda y el recurso, respectivamente. Los fundamentos que utilizan son los siguientes:

La Sentencia de primera instancia afirma que los resultados que contenía el folleto de 2011 no reflejaban el resultado final del ejercicio de aquel año, que se presentó posteriormente. Sin embargo, entiende que no cabe la acción de nulidad debido a la venta posterior de las acciones, ya que esta venta «convalidó cualquier error, sin que proceda aplicar la doctrina de la «propagación de la nulidad» respecto de los contratos de venta de las acciones, atendida la distancia temporal y la diferente motivación de ambos contratos, sin que pueda presumirse que la segunda declaración de voluntad es consecuencia de la primera (...) por lo que al no poder restituir las acciones, la acción de anulabilidad se habría extinguido».

Por otra parte, desestima la acción subsidiaria basada en la responsabilidad civil por el incumplimiento de la obligación de información porque las empresas actoras son inversoras calificadas. Afirma que: «La entidad que ha difundido una información falsa, induciendo a error en los posibles destinatarios no podrá hacer valer la falta de diligencia del inversor, por mucho que sea éste cualificado». Sin embargo, en este caso, se requiere que quede acreditado el nexo causal entre el comportamiento del emisor, la compra de las acciones y el daño producido y es en este punto en el que, según la Sentencia mencionada, «*se parte de un escollo insalvable*»⁴.

Por lo que se refiere a la Sentencia de la Audiencia Provincial, entiende también que la venta voluntaria de las acciones confirma tácitamente cualquier error que pudiera haber en el primer contrato e imposibilita que se puedan restituir las acciones como consecuencia de la nulidad. Concluye que, en este caso, no hay legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad. Por otra parte, afirma que no se ha acreditado la inexactitud de las cuentas por parte de las empresas actoras. Añade que no basta que los datos sean inexactos, sino que deberían acreditarse otros extremos, como si se decidió la compra solo con los datos del folleto, si de haber obtenido la información adecuada no hubiera comprado o el nexo causal con el comportamiento negligente del emisor. Además, entiende que los inversores son profesionales y no tienen la protección que tienen los minoristas por la incorrección del folleto, siendo el error inexcusable.

En relación a la acción de indemnización, concluye que no corresponde a los inversores cualificados, ya que «tan sólo ostentan legitimación activa para el ejercicio de la acción indemnizatoria por la inveracidad del folleto los inversores no cualificados, pues los inversores cualificados no precisan del folleto para invertir». Lo contrario equivaldría a equipararlos y el legislador no lo ha hecho. Finalmente, afirma que no consta que la suscripción de las

⁴ Y añade que: «[...] la acción y la prueba no se han extendido a la probanza concluyente de una culpa, imprudencia o negligencia en un sentido subjetivista tradicional, que vaya más allá de la mera inexactitud o falsedad de los datos del folleto».

acciones en 2011, con los perjuicios posteriores, fuese consecuencia de la actuación de la entidad bancaria a través de la emisión del folleto.

Estas Sentencias dejan patente las diferencias entre el inversor cualificado y el inversor minorista y la falta de protección del primero frente a un folleto informativo con informaciones que no se adecuaban a la verdadera realidad de la entidad bancaria. Además, añaden la falta de prueba de la relación de causalidad entre la información publicada y el daño sufrido, prueba que no va «más allá de la inexactitud o falsedad del folleto». ¿Acaso no es un elemento a tener muy en cuenta la publicación de una información falsa para la compra de acciones de una determinada entidad cualquiera que sea la naturaleza del comprador? De acuerdo con esta interpretación sería el comprador cualificado quién debería conocer la falsedad de la información. ¿No hay que destacar el valor de la oferta precontractual y vinculante?

Además de la falta de prueba de la relación de causalidad, la Sentencia se centra en el tema de la convalidación tácita por la venta de las acciones y la imposibilidad de restituirlas, consecuencia de la acción de nulidad, por lo que no se puede apreciar error en el consentimiento, al no cumplirse los presupuestos necesarios para ello. Por otra parte, se niega a las actoras legitimación activa en la acción de indemnización de daños y perjuicios. A la vista de todo ello, cabe preguntarse cuáles han sido las consecuencias de emitir una oferta pública de acciones con información no veraz para la entidad emisora, en el caso de inversores cualificados. Atendiendo a estas resoluciones, serían pocas, aunque parece que cambiaría si se hubiera tratado de inversores minoristas. Analicemos ahora la solución por la que ha optado el Tribunal Supremo.

En primer lugar y en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal, establece el Tribunal Supremo que la falta de veracidad de los datos contenidos en el folleto y la inexactitud de las cuentas de Bankia constituyen un hecho notorio, confirmado por las sentencias del Tribunal Supremo 23 y 24, de 3 de febrero de 2016 y por diversas sentencias de Audiencias Provinciales. En este supuesto, se exige a las recurrentes que acrediten la inexactitud de las cuentas cuando la demanda se basa en un hecho notorio. Concluye la Sentencia comentada que, al no apreciarse la existencia de este hecho notorio, se ha infringido el artículo 281.1 LEC, lo que produce indefensión a las demandantes. Estimándose así este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

El punto central de la Sentencia lo constituye el análisis del error como vicio del consentimiento en el contrato de compraventa en la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia. Se remite esta resolución, primero a la doctrina, ya expuesta en otras sentencias, en relación a los requisitos del error para que sea suficiente para invalidar el contrato celebrado. Después, analiza el hecho de que la suscripción de acciones correspondiera al tramo institucional y no a inversores minoristas y si esta cuestión influye en los presupuestos necesarios para poder apreciar error en el consentimiento.

Por lo que se refiere al error, la Sentencia parte de la doctrina clásica, que después será analizada. Se refiere en primer lugar a los requisitos necesarios para que se pueda apreciar el error como vicio del consentimiento. En primer lugar, tiene que ser un error esencial, debe recaer sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o en las condiciones que hubieran sido básicas para celebrarlo. En segundo lugar, el error no puede ser imputable a quien lo padece. En tercer lugar, debe existir un nexo causal entre el error y la finalidad pretendida con el contrato celebrado. Y por último, el error debe ser excusable, que sea inevitable. Es decir, que no podía evitarse por el que lo padeció

empleando una diligencia media o regular. Se tendrá que analizar si las empresas compradoras, atendida su cualidad de inversoras cualificadas, actuaron con la diligencia que les era exigible o no.

La doctrina del error la extrae la sentencia comentada de la STS 689/2015, de 16 de diciembre. Se refiere al caso en que la representación mental que sirve de presupuesto a la celebración del contrato es equivocada o errónea: «El error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa».

En relación con el objeto del contrato de suscripción de acciones es interesante transcribir este fragmento de la sentencia, ya que deberá tenerse en cuenta a la hora de aplicar la doctrina del error a un supuesto de adquisición de acciones, debido a su especial naturaleza, y al riesgo que, en todo caso, asume el inversor. Afirma la Sentencia citada que: «El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia»⁵. También se refiere a la excusabilidad del error, afirmando que la jurisprudencia niega la protección a quien, con la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar.

En relación a la cuestión del tramo institucional de la oferta pública de acciones, esta ha sido resuelta por la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-910/19). Esta sentencia entiende que lo relevante, que debe analizarse en cada caso concreto, es si el inversor institucional tenía información distinta de la contenida en el folleto informativo al celebrar el contrato. Esto es importante para valorar si el error sobre el valor de lo que se adquiría era excusable o no. Afirma que se habrá de tener en cuenta no solo la concreta información real que tuviera, sino también «la información que hubiera debido tener de haber empleado el nivel de diligencia que le es exigible como inversor profesional en el caso de que, por su situación, hubiera podido tener acceso a información adicional a la contenida en el folleto». Y la carga de la prueba de haber proporcionado al cliente la información adecuada, transparente y veraz corresponde a la entidad emisora.

El otro punto a destacar es el de la confirmación o no del contrato celebrado con la venta posterior de las acciones. Es decir, si aquella venta convalidó cualquier vicio que tuviera el primer contrato. El Tribunal Supremo entiende que no se puede apreciar tal confirmación y afirma que, para que pueda entenderse confirmado el contrato, es necesario que la causa sea conocida por quien padece el vicio; que la causa haya cesado y que el acto al que se le atribuye aquella consecuencia implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. Aplicando esta doctrina a este caso concreto, afirma que no cabe apreciar una voluntad «*terminante e inequívoca*», sin condicionante alguno, de renunciar a la facultad de impugnación del contrato, con la consecuencia de la restitución de las prestaciones en caso de declararse la nulidad.

⁵ Y sigue afirmando que: «Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto el carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que, si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error».

En el supuesto que se está analizando, las sentencias de las instancias anteriores, establecen que no puede estimarse la acción de anulabilidad por la imposibilidad de restitución de las prestaciones por la venta de las acciones. Sin embargo, como bien apunta el Tribunal Supremo, esta tesis no puede sostenerse. Lo hace en estos términos: «En esas resoluciones declaramos que no puede considerarse que la venta voluntaria de las acciones objeto de canje obligatorio prive a los adquirentes de los títulos canjeados de su acción de anulabilidad, sino que, ante la imposibilidad de restitución por pérdida de la cosa, el artículo 1307 CC “modula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución de las prestaciones”». Sigue afirmando, que el artículo 1307 CC no priva de la acción de anulabilidad al contratante afectado por un vicio del consentimiento, sino que el planteamiento es que, ante la imposibilidad de restitución por «pérdida de la cosa», modula la forma en que deben restituirse las prestaciones. La cuestión no es la acción en sí, que la sigue teniendo, así como la legitimación para interponerla, sino la forma en que debe realizarse la «modulación» de la acción restitutoria.

Seguidamente expone la doctrina jurisprudencial, ya expuesta en otras sentencias del Tribunal Supremo como las 778/2013, de 28 de abril o 123/2022, 16 de febrero, interpretando el artículo 1307 CC. Los criterios a aplicar en este caso son los siguientes: la equiparación de la enajenación de la cosa a su pérdida y la determinación del valor del bien objeto de restitución por el precio de su venta. Afirma la sentencia que: «Fuera de una interpretación meramente literalista del precepto, referida exclusivamente al cálculo del valor del bien en el momento de su pérdida, es decir, teniendo en cuenta tanto las circunstancias concurrentes, particularmente la proyección del principio de buena fe, así como la aplicación analógica que a estos efectos (de falta de concreción positiva) dispensa nuestro Código en la regulación del cobro de lo indebido respecto al *acepiens indebiti* de buena fe, artículo 1897 del Código civil, el cálculo del valor del bien objeto de restitución por equivalente pecuniario debe quedar determinado por el precio de venta del mismo».

Concluye la Sentencia del Tribunal Supremo estimando la acción de anulabilidad por error vicio en la suscripción de las acciones de Bankia, como pretensión principal y ordenando la recíproca restitución de las prestaciones. Lo hace en estos términos: Bankia debe devolver el importe abonado por las demandantes en el momento de la adquisición de las acciones más los intereses legales devengados desde que fueron cobrados. Sheratan, Deimos y Vatapa deben abonar a Bankia el importe por el que vendieron las acciones, los intereses legales desde la venta más los dividendos que hubieren percibido durante el tiempo que mantuvieron la titularidad de las acciones, también con sus intereses legales.

III. EL INVERSOR MINORISTA Y EL INVERSOR CUALIFICADO FRENTE A LA INFORMACIÓN DEL FOLLETO INFORMATIVO Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES

Dos de las cuestiones clave en el caso que se está analizando son: la información precontractual, plasmada en el folleto informativo y la calificación del inversor, ambas objeto de este apartado. Tanto la información como la naturaleza y calificación del inversor resultan clave en las dos acciones

interpuestas por las actoras, la principal y la subsidiaria. En la primera, por lo que ha supuesto en la formación del consentimiento de las compradoras; en la segunda, por la responsabilidad derivada de la información no veraz contenida precisamente en el folleto.

La STS 890/2021, de 21 de diciembre se refiere a la definición de la CNMV del inversor cualificado como: «La entidad o persona que invierte en los mercados de valores grandes cantidades de dinero, lo que permite conseguir mejores condiciones de negociación, comisiones más bajas, etc. La normativa les otorga en general menores niveles de protección que a los pequeños inversores, ya que por su carácter institucional o profesional tienen conocimientos y experiencia suficientes para valorar los riesgos que asumen y tomar sus propias decisiones de inversión. Se consideran inversores cualificados los institucionales (bancos y cajas, compañías de seguros, sociedades gestoras de fondos de inversión, entidades gestoras de planes de pensiones, fondos y sociedades de inversión...), las pequeñas empresas y las personas físicas que, cumpliendo determinados criterios, soliciten ser considerados inversores cualificados»⁶. Los actores, recurrentes en la STS 337/2022, de 27 de abril, tienen esa condición, lo que nadie discute. Lo que hay que analizar en este caso es si esa condición requiere un tratamiento diferenciado en este supuesto concreto, en relación a la valoración del contrato celebrado sobre el folleto informativo facilitado por Bankia, cuya falta de veracidad se ha calificado como un hecho notorio.

Surgen ante este hecho algunas cuestiones. Está claro que no es lo mismo un inversor minorista que un inversor cualificado⁷, igual que en la aplicación de las normas sobre protección de los consumidores en general, no es lo mismo ser calificado como consumidor o usuario que serlo como empresario, aunque se trate de una pequeña empresa. Sin embargo, en el caso que aquí se estudia, ambos, el inversor minorista y el cualificado, están perfeccionando un contrato en base a una información que no se corresponde con la realidad o que resulta ser engañosa. ¿Influye esta cuestión en la declaración de voluntad de la parte compradora, sea minorista o no, para la celebración del contrato? ¿Hubieran invertido las empresas compradoras 1.200.000 euros de haber tenido a su alcance la información real? ¿Ha influido en la decisión la información sobre la entidad y su valor contenida en el folleto informativo (oferta pública «vinculante»)? Ya intuimos o nos acercamos, como se puede ver, a la definición del error como vicio del consentimiento.

Es verdad que, con carácter general, se tiene que proteger al inversor minorista, sin conocimientos especializados en temas financieros, en relación con la información que se ofrece y en la que se ha basado su deci-

⁶ El Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado, que deroga la Directiva de 2003/71, define al inversor cualificado como: «las personas físicas o jurídicas enumeradas en el anexo II, sección I, puntos 1 a 4, de la Directiva 2014/65/UE, así como las personas o entidades que, a petición propia, son tratadas como clientes profesionales de conformidad con la sección II, de dicho anexo, o que son reconocidas como contrapartes elegibles de conformidad con su artículo 30, a menos que hayan celebrado un acuerdo para ser tratadas como clientes no profesionales de conformidad con la sección I, apartado cuarto, de dicho anexo...».

⁷ Afirma en este sentido, la STS 890/2021, de 21 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres que: «En el caso de inversores minoristas, cuya capacidad de obtener la información por sí mismos es muy limitada, la presentación de esta información es legalmente obligatoria, para reequilibrar la asimetría informativa entre los intervinientes en el mercado [...]».

sión. Es más, así lo establece la normativa específica. Sin embargo, en este caso el inversor, sea cualificado o minorista, tuvo que tomar una decisión sobre una información que no era la real, como se demostró posteriormente. ¿Tenía la obligación de conocer o tener más información en este caso el inversor profesional que el minorista? ¿Podían conocer las tres empresas actoras como inversoras cualificadas cuál era la situación real en la que se encontraba la entidad Bankia? ¿Fue su actitud diligente en relación con la información que tenían a su alcance que haría que el error fuera excusable?

Se afirma en la demanda interpuesta por las entidades compradoras en el supuesto que estamos analizando que: «con independencia de la condición del inversor, minorista o cualificado, por más calificación que pudiera poseer éste, por más diligencia que pudiera emplear y por más conocimientos e información que pudiera obtener, en modo alguno podría haber previsto la caída del valor de las acciones si la información de solvencia de Bankia que le motivó a invertir era irreal desde un inicio». Afirma que, aunque todo inversor conoce el riesgo que asume ante un posible descenso en la cotización de las acciones, lo que no puede prever es que la información de la entidad emisora sea falsa, por lo que lo ocurrido en este caso no es un riesgo «normal», con independencia de la condición del inversor. En relación a esta cuestión afirma Caruana Font de Mora que el logro de una ganancia mucho menor de la esperada no es el objeto del vicio como error en el consentimiento, ya que ello deriva de la propia naturaleza del producto ofertado. El objeto del vicio es el contenido de la información contenida en el folleto y que supone la información esencial que ha tenido en cuenta el comprador de las acciones para celebrar el contrato⁸.

La calificación de la información contenida en el folleto informativo como inexacta y no veraz, nos lleva a plantearnos varias cuestiones: ¿Supone un contrato anulable por vicio en el consentimiento? ¿Cabe interponer una acción de responsabilidad por los daños derivados de la información contenida en aquel folleto informativo? Para ello será necesario probar la relación de causalidad entre la información contenida en el folleto, la compraventa realizada y el daño producido a consecuencia de aquel contrato; es decir, el nexo causal entre el comportamiento negligente de la entidad emisora del folleto por la información que contiene y su consecuencia, que llevó a la compra de las acciones por parte de las empresas actoras, con las consiguientes pérdidas patrimoniales⁹.

¿Se les tiene que exigir más en el caso aquí enjuiciado por tener la condición de inversores cualificados? Apunta la Sentencia comentada que: «Se exige a las recurrentes por ser inversores cualificados que acrediten la inexactitud de las cuentas, confirmado por las SSTS 23 y 24/2016, de 3 de febrero y por diversas sentencias de Audiencias Provinciales». Punto que es objeto del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal planteado, al establecerlo así la Sentencia de primera instancia y la que resuelve el recurso de apelación.

Alegan las recurrentes que las inexactitudes del folleto informativo de Bankia son un hecho notorio, al que ya han aludido otras sentencias como las dos del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016. En este sentido, se refiere el Tribunal Supremo a los hechos notorios, que son «hechos y datos

⁸ Vid. CARUANA FONT DE MORA, 2016, p. 61.

⁹ Sobre la responsabilidad derivada del folleto informativo, *vid.* STS 340/2022, de 3 de mayo. P. Ignacio Sancho Gargallo.

económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general, como son los que constituyen el núcleo fundamental de la base fáctica de la sentencia»¹⁰. Según la STS 23/2016, de 3 de febrero, refiriéndose al folleto informativo de Bankia: «Resulta que dicho documento contenía información económica y financiera que poco tiempo después se revela gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia». Y las sentencias posteriores, entre otras, la STS 770/2021, de 5 de noviembre, repiten una y otra vez la misma cuestión¹¹.

Concluye el Tribunal Supremo que el conocimiento público de la información no veraz del folleto y las reiteradas resoluciones sobre la cuestión le llevan a afirmar que se está ante un hecho notorio. En consecuencia, la Audiencia Provincial infringió el artículo 281.4 LEC al exigir prueba de tal hecho a los recurrentes por ser inversores cualificados.

Otro de los argumentos utilizados por las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial era que, al tratarse de un inversor cualificado y no ser legalmente obligatoria la publicación del folleto (hay que recordar que en este caso era una oferta mixta), no se le puede exigir responsabilidad a la entidad emisora del mismo y no le puede afectar la falsedad de las informaciones que contenía.

Ante el planteamiento de esta cuestión, en diferentes supuestos, el Tribunal Supremo acordó elevar una petición de decisión prejudicial al TJUE. Se resolvió por STJUE de 3 de junio de 2021 (C-910/19). Se trataba de un procedimiento entre la entidad Bankia y la Unión Mutua Asistencial de Seguros, también en relación a la oferta pública de acciones de Bankia de 29 de junio de 2011. El Tribunal Supremo plantea dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se exponen a continuación.

La primera: Cuando se emite una oferta pública de acciones dirigida a inversores minoristas y a inversores cualificados y se emite un folleto (que

¹⁰ La STS 23/2016 de 3 de febrero. P. Pedro José Vela Torres y la STS 24/2016, de 3 de febrero. P. Rafael Saraza Jimena afirman, en relación con la notoriedad de que la situación financiera de Bankia no se correspondía con la real, que la norma no define qué debe entenderse por «notoriedad absoluta y general», se estima suficiente que el Tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado «entre los ciudadanos medios, miembros de la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan –ámbito de difusión del conocimiento- en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que, en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, quedan exentos de prueba». Otras Sentencias de Audiencias Provinciales plantean la misma cuestión. Como ejemplo, afirma la SAP de León de 3 de marzo de 2016 que: «... Desde dicha perspectiva es un hecho notorio y así hemos tenido ocasión de recogerlo en resoluciones anteriores (v.gr. Sentencia n.º 269/15, de 2 de diciembre), que la entidad ahora apelante presentó unas cuentas para el ejercicio 2011 e hizo referencia en el folleto informativo de la oferta pública de acciones a una situación patrimonial de la que resultaba una muy saludable solvencia y que incluso arrojaba prometedores beneficios, que fue modificada por la propia entidad reformulando dichas cuentas, en las que frente a un anterior resultado positivo se recogerían pérdidas de 2.979 millones de euros; siendo también un hecho notorio que Bankia, como consecuencia de esa situación, tuvo que ser rescatada y que fue objeto de importantes ayudas públicas».

¹¹ Sobre la cuestión de los hechos notorios, *vid.* MARIMÓN DURÁ Y MARTÍN PASTOR, *RDBB*, 2016, pp. 19-20.

solo es obligatorio en el caso de los inversores minoristas): ¿Debe interpretarse de acuerdo a los artículos 3.2 y 6 de la Directiva 2003/71 en el sentido de que la acción de responsabilidad por el folleto ampara ambos tipos de inversores o solo a los minoristas?

La segunda cuestión se plantea en el caso de que en la primera se entienda que la información también afecta a los inversores cualificados: ¿Es posible valorar su grado de conocimiento por la situación económica del emisor de la OPS (oferta pública de suscripción de acciones) al margen del folleto, en función de sus relaciones jurídicas o mercantiles con dicho emisor?

Establece el TJUE en este caso que, cuando se haya publicado un folleto informativo, es legítimo que los inversores invoquen la información contenida en él y que, en consecuencia, tengan derecho a ejercitar la acción de responsabilidad por esa información y añade tanto si «hubieran sido o no destinatarios del folleto». Añade el Tribunal que tal interpretación no desvirtúa las diferencias entre inversores minoristas y cualificados, que establece la normativa. Afirma la Sentencia citada que, del artículo 3.2, a) de la Directiva 2003/71, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 –vigente en aquel momento–, no cabe deducir que los inversores cualificados no puedan ejercitar la acción de responsabilidad derivada de la información contenida en el folleto. Concluye, en respuesta a la primera cuestión prejudicial que, en caso de una oferta pública de acciones dirigida tanto a minoristas como a inversores cualificados, la acción de responsabilidad por la información del folleto ampara a ambos.

En relación a la segunda cuestión prejudicial planteada, establece que, si en el supuesto de una acción de responsabilidad existen normas en el Derecho nacional que permiten que se tome en conocimiento la situación económica del emisor de que dispone el inversor cualificado en función de sus relaciones con éste, corresponderá a los jueces nacionales comprobar que las citadas disposiciones no sean menos favorables que las que rijan otras similares que prevea el Derecho nacional. Así como que no surtan el efecto práctico de hacer imposible o excesivamente difícil la acción de responsabilidad.

Entonces, parece claro que los argumentos de las dos Sentencias al desestimar también la acción subsidiaria de responsabilidad por la información contenida en el folleto no se adecuan al pronunciamiento del TJUE. La condición de inversores cualificados no les excluye, de entrada, de la legitimación para interponer esta acción¹².

Confluyen dos temas: por una parte, el de la información precontractual facilitada como presupuesto del error, vicio del consentimiento del contrato celebrado, al contratar sobre una información que no es real y que, además, habiendo tenido los datos veraces, no habría contratado. Por otra parte, la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad derivada de la información contenida en el folleto, que se le había negado a las actoras por su condición de inversores cualificados, pero que el TJUE ha admitido su legitimación activa en estos casos.

¿Folleto informativo, inversor cualificado y excusabilidad? Enlaza también la información precontractual con otro de los requisitos del error: su excusabilidad ligada a los especiales conocimientos que se les presupone a

¹² En este sentido, también *vid.* ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *RDBB*, 2021. También, *vid.* PÉREZ GUERRA, *RDBB*, 2021.

los profesionales en el sector. Analicemos esta cuestión. Las demandantes al ser inversores cualificados, no están protegidos por las normas del inversor minorista por la incorrección del folleto. ¿Conlleva la cualificación de la parte actora como inversor cualificado a la inexcusabilidad del error? La respuesta no es tan sencilla como han pretendido las Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial en el caso que se analiza en este trabajo.

Establece la Sentencia que no consta que las entidades demandantes tuvieran otra vinculación con Bankia que no fuera la derivada de la oferta pública y tampoco que tuvieran acceso, por su condición de inversores cualificados, a otra información sobre la verdadera situación de la empresa. Es verdad que, en el caso de inversores cualificados, no se exige la publicación del folleto informativo, pero en este caso, al ser una OPS dirigida a ambos tipos de inversores, sí lo hubo. Es por ello por lo que la información contenida en él afecta a las decisiones de ambos y así lo ha establecido el TJUE, como ya ha quedado establecido¹³.

Además, en relación al hecho de que las empresas actoras pudieran tener acceso a más información que la contenida en el folleto informativo, es un argumento reiterado en las distintas resoluciones sobre la oferta pública de acciones de Bankia, que se trataba de una emisión de acciones sin historial de cotización previo, «por lo que, en principio, no es fácil que, al margen del folleto, existiera otra fuente de conocimiento que no procediera del ámbito interno de la entidad» (entre otras, la STS 890/2021, de 21 de diciembre o la STS 344/2022, de 3 de mayo)¹⁴. Por lo tanto, con carácter general, se puede decir que no se tenía acceso a más información o a información interna de la entidad bancaria, como afirman otras resoluciones, que la de la oferta publicada por Bankia.

Sin embargo, se ha dado el caso en la STS 425/2022, de 26 de mayo en el que la empresa compradora, además de ser un inversor cualificado, tenía relación con la entidad Bankia. En concreto, queda acreditado que la empresa actora y recurrente, «Lopesán Touristik, S. A.» tenía una posición privilegiada ya que el 20% del capital social de esta sociedad pertenecía en el ejercicio 2012 a «Caja Insular de Ahorros de Canarias», siendo esta consejera delegada de Bankia¹⁵. Por ello, en este caso, no puede estimarse el error como vicio del consentimiento: «Lo que justifica que la decisión de invertir en acciones de Bankia y las condiciones en que se hizo no sólo eran ajenas a la veracidad del folleto informativo, que no influyó en la decisión, sino que, además, a través de su consejera delegada, que era la propia Bankia, tenía acceso a la información real de la compañía, más allá de la vertida en el folleto».

Seguimos en sede de información previa, ¿sobre quién recae la carga de la prueba de haber proporcionado al cliente la información «adecuada, transpa-

¹³ También, *vid.* STS 448/2022, de 31 de mayo. P. Rafael Saraza Jimena.

¹⁴ También, *vid.* CAPELL NAVARRO y SÁNCHEZ-VILLEGAS, *ADC*, 2019, pp. 231-232.

¹⁵ Se afirma en la Sentencia que: «Estas vinculaciones accionariales tienen implicaciones relevantísimas por cuanto presuponen, entre otros aspectos, que “Lopesán Touristik, S. A.” formaba parte de Bankia, en más de una quinta parte; que “Lopesán Touristik, S. A.” estaba controlada por Bankia, que era su consejero delegado; que “Lopesán Touristik, S. A.” necesariamente se involucró en la gestación de la entidad que resultó ser Bankia desde el primer paso, con la integración de las siete Cajas (entre ellas “Caja Insular de Ahorros de Canarias”/ CICA) y que, por consiguiente, “Lopesán Touristik, S. A.” resultó indefectiblemente involucrado en la salida a bolsa de Bankia».

rente y veraz»? La SAP de Barcelona 41/2018, de 15 de enero, en la resolución del recurso de apelación objeto de este trabajo, entiende que correspondería a las entidades compradoras, por su condición profesional, la prueba de la omisión deliberada de datos sobre la inversión, de la «ineficacia» de la información adquirida y suministrada y de la intención de engañar. Concluye la resolución que todo ello no ha sido probado por las entidades recurrentes. Discrepa la STS 337/2022, de 27 de abril y entiende que la carga probatoria sobre la información adecuada, transparente y eficaz recae sobre la entidad emisora.

En el caso de la acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto –en este caso, planteada de forma subsidiaria–, el criterio de imputación es la culpa, que se presume y corresponde a la entidad emisora la prueba de su diligencia (así lo establece la STS 890/2021, de 21 de diciembre, que se centra en la responsabilidad por la información del folleto informativo cuando el comprador es un inversor cualificado¹⁶). Por lo que se refiere a la información falsa del folleto, afirma el Tribunal Supremo que debe entenderse en sentido amplio: desde meras inexactitudes hasta informaciones no veraces, sabiéndolo el emisor del folleto y, para que surja la responsabilidad civil, estas informaciones deben ser esenciales en la decisión del inversor. Por otra parte, y siguiendo con los elementos de la responsabilidad, es necesario que se haya producido un daño, en este caso un daño patrimonial al inversor, que deberá probar.

Y este tema enlaza necesariamente con la relación de causalidad. Por lo que se refiere a la relación de causalidad en relación con el daño (pérdida de valor) afirma la STS 380/2021, de 1 de junio que ésta se deriva, precisamente, del conocimiento público de que el folleto contenía falsedades u omisiones importantes. Añade que, si se hubiera proporcionado la información correcta, los valores no hubieran resultado interesantes para los inversores o, en todo caso, lo hubieran sido a un precio inferior. Matiza esta cuestión la STS 497/2022, de 24 de junio, siendo la parte actora también un inversor cualificado: Avintia Proyectos y Construcciones, S. L. En este caso se distingue entre dos momentos separados por la fecha en que se hizo pública la falsedad de la información. En este caso, Avintia había vendido las acciones en dos compraventas distintas. En las que se vendieron antes de conocerse la noticia excluye de responsabilidad a Bankia ya que «no existe relación de causalidad entre el acto negligente y el daño sufrido, nexo causal que sí concurre en la pérdida sufrida como consecuencia de la venta realizada después de conocerse la irregularidad».

Como ha quedado planteado, alrededor del folleto informativo y su contenido se abre un mundo de cuestiones jurídicas: su carácter de oferta vinculante, su obligatoriedad solo en caso de ofertas dirigidas a inversores minoristas; la falsedad de las informaciones contenidas que nos conduce a una acción de anulabilidad por error del consentimiento y a una acción específica de la Ley del Mercado de Valores –la del artículo 28 de la Ley vigente en aquel momento, actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores–; los presupuestos de cada una de estas acciones así como la legitimación, etc. Todo ello se va resolviendo en los distintos supuestos planteados ante los tribunales sobre la misma oferta pública de acciones, aunque con diferentes matices.

¹⁶ Vid. Comentario a esta Sentencia de DE PERALTA CARRASCO, *CCJC*, 2022, pp. 315-330.

IV. EL INVERSOR CUALIFICADO FRENTE AL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN LA COMPRAVENTA DE ACCIONES

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Se analizará a continuación si, en el caso estudiado, se dan todos los presupuestos del error como vicio del consentimiento, suficiente para estimar la acción de anulabilidad. Como afirma la STS 337/2022, de 27 de abril, haciendo referencia a la doctrina clásica en relación a este vicio del consentimiento, es necesario que el error recaiga sobre la cosa objeto del contrato o sobre sus condiciones principales que hubieran dado lugar a su celebración, siendo este error esencial, tal como exige el artículo 1266 CC; que el error no sea imputable a quien lo padece; que exista un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico celebrado y que se trate de un error excusable («en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular»)¹⁷.

Como afirmaba Lacruz Berdejo, el error sobre las cualidades de la cosa o la persona consiste en la falsa representación de circunstancias objetivas o subjetivas que le llevan a contratar y que afectan directamente a la formación de su voluntad contractual¹⁸. En el supuesto analizado habrá que analizar hasta qué punto la información facilitada por la entidad bancaria ha influido en la decisión de compra de las acciones, teniendo en cuenta tanto las características de aquella información (falta de veracidad) y la calificación del comprador como inversor cualificado (no minorista) para determinar la relevancia y la excusabilidad del error del consentimiento¹⁹ y si se dan todos los presupuestos antes mencionados para poder ser aplicado en este caso.

Morales Moreno, al tratar las diferentes maneras de apreciar el error, afirma que hay factores determinantes en la apreciación del mismo. Por una parte, no se puede proteger a quien ha incidido en error por su propia negligencia y, por otra parte, existe un factor económico: «el que una determinada presuposición haya sido básica al contratar no justifica siempre que se cargue indiscriminadamente a un contratante ese riesgo, alterando la distribución de riesgos que naturalmente produce la consumación del contrato»²⁰.

Teniendo en cuenta estas definiciones previas del error como vicio del consentimiento, se analizarán a continuación los presupuestos para su aplicación y

¹⁷ Entre otras muchas que han tratado la cuestión, la propia Sentencia comentada cita la STS 890/2021, de 21 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres y la STS 221/2022, de 22 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo. Sentencias que recogen, a su vez, la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo números 23 y 24, ambas de 3 de febrero de 2016.

También, *vid.* BLASCO GASCÓ, 2016, pp. 384 a 386. También hace referencia este autor a la regulación del error en los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL). Sobre el error, *vid.* FENOY PICÓN, ADC, 2017, pp. 473-785.

¹⁸ *Vid.* LACRUZ BERDEJO, 1999, p. 365.

¹⁹ El artículo 1298.2 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos se refiere al error esencial en estos términos: «2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas».

²⁰ *Cfr.* MORALES MORENO, 2017, pp. 204-205.

así establecer si se cumplen o no para apreciar este vicio del consentimiento en el contrato de adquisición de acciones de la entidad Bankia, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso analizado.

2. LA EXCUSABILIDAD E IMPUTABILIDAD DEL ERROR: LA CONDICIÓN DE LAS COMPRADORAS Y LA INFORMACIÓN FACILITADA

Resulta de interés tomar como punto de partida la STS 23/2016, de 3 de febrero, ya que se refiere a la aplicación de la doctrina sobre el artículo 1266 CC a un caso similar al que se estudia en este trabajo y sus fundamentos jurídicos han sido tenidos en cuenta por muchas sentencias posteriores. En relación a la cuestión del error, establece que: «No se trata de que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, siendo relevante y esencial, por las siguientes consideraciones: 1.º Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales. 2.º Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas millonarias».

Efectivamente, en el caso estudiado, las empresas actoras conocían los riesgos del contrato de adquisición de acciones y las variaciones de pérdidas o ganancias que podía conllevar en una situación normal. Es decir, la fluctuación de los mercados puede hacer que las ganancias o pérdidas sean mayores o menores según circunstancias extrínsecas a la propia compraventa, por ejemplo, la situación económica de la empresa y otros muchos factores económicos que, como sabemos, influyen en la fluctuación de los mercados financieros. Pero las empresas demandantes no alegan un error invalidante del consentimiento por una pérdida derivada de la evolución de los mercados y de la economía. Ellos invertirían en una entidad aparentemente solvente y con resultados satisfactorios, lo que indudablemente iba ligado al precio pagado por las acciones.

Tal como apunta la Sentencia citada, en un contrato como el que aquí se ha perfeccionado, la información ofrecida para la compra de las acciones es fundamental para tomar la decisión de la adquisición de acciones por un alto valor, como es el caso analizado, un total de 1.200.000 euros. Como se verá a continuación en el tercer punto de esta enumeración que realiza la sentencia citada, la información sobre una buena situación financiera «*resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento*». Como afirma Morales Moreno en el caso de un contrato de compraventa, el error se considera intrínseco si afecta a las cualidades presupuestas por las partes en la cosa²¹.

²¹ Vid. MORALES MORENO, AAMN, 2005.

Seguimos con la enumeración de la STS de 23/2016 de 3 de febrero. En el tercer punto establece que: «3.º Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento».

Además, de lo que ya ha quedado apuntado, hay que decir que la información que debe facilitarse en este tipo de ofertas públicas de suscripción de acciones conlleva una serie de obligaciones, impuestas legalmente, al igual que la supervisión de diferentes entidades, que en el caso analizado también fallaron²². Las garantías y la seguridad que un folleto informativo puede ofrecer a los futuros compradores, supervisado por entidades de control, también se ha visto frustrado en este caso, lo que tiene que incidir necesariamente en la voluntad manifestada sobre una realidad equivocada.

Seguimos con el cuarto de los requisitos expuestos por la sentencia: «4.º El requisito de excusabilidad es patente: la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor». En este caso, después de aplicar la doctrina citada, se afirma que la Audiencia no ha hecho uso de ninguna presunción judicial para llegar a la disparidad entre la situación patrimonial y financiera en que realmente se encontraba Bankia, cuando realizó la oferta pública de suscripción de acciones y la que se refleja en el folleto que a tal efecto emitió.

En relación a este cuarto punto al que hace referencia la Sentencia transcrita, el de la información íntimamente unida al requisito de la excusabilidad, hay que decir que ha sido utilizado por la jurisprudencia en otros supuestos en relación a diferentes productos financieros. Como ya ha ocurrido en la contratación de otros tipos de productos bancarios, la información facilitada sobre los productos contratados, en este caso las acciones de la entidad bancaria, es básica en la celebración del contrato, tanto por la propia información necesaria en la contratación, como por el objeto de estos contratos, en los que unos datos que aportan solvencia patrimonial influyen de forma decisiva en la decisión de compra de los activos financieros. No se hubieran comprado si se tratara de una entidad de poca solvencia y, mucho menos, con pérdidas. Ya apuntaba la STS 560/2021, de 23 de julio: «que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores». También la STS 232/2017, de 6 de abril al afirmar que: «La excusabilidad del error queda acrecentada dado que no se entregó previamente documentación alguna, ni consta correspondencia previa que justificase un soporte documental para la información». En estos casos, afloran cuestiones como la información facilitada (tanto en forma como en contenido), la diligencia exigible a la parte compradora, la buena fe y la declaración de voluntad.

La excusabilidad del error, como afirman Morales Moreno y Gregoraci Fernández, se considera una exigencia del principio de buena fe y no se considerará excusable cuando pudo haberse evitado empleando una diligencia

²² Todas estas obligaciones las enumera con detalle CARUANA FONT DE MORA, 2016, pp. 48-53.

media o regular. El Tribunal Supremo, para valorar la existencia de excusabilidad, analiza todas las circunstancias concurrentes, no solo del que ha padecido el error, sino también del otro contratante²³. Se refiere el primer autor citado a la excusabilidad del error y la imputabilidad como dos aspectos estrechamente relacionados: «el carácter imputable del error al otro contratante debe tomar en consideración la conducta exigible a uno y otro contratante»²⁴. Afirma De Verda y Beamonte que la característica de la excusabilidad del error no puede fundamentarse únicamente en la conducta diligente o negligente de la otra parte contratante. Este autor lo considera más complejo, debiendo tener en cuenta, de acuerdo con la buena fe, la conducta de ambas partes en el periodo previo a la celebración del contrato²⁵.

Estas deficiencias en la información facilitada, ya se han tenido en cuenta por la doctrina al estudiar las características del error. Además, en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos se regula el error en el artículo 1298²⁶ y, precisamente, entre las circunstancias que deben concurrir para que el error pueda anular el contrato, se encuentra la de que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante. Además, se refiere al error esencial y si el error es inexcusable los contratos no serán anulables «cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error». Este precepto resulta especialmente interesante para el caso analizado²⁷. Morales Moreno afirma que el contratante que transmite información incorrecta, aun creyendo en su veracidad, asume el riesgo de que haya sido esa información la que haya llevado al otro contratante a celebrar el contrato y, en consecuencia, tendrá que soportar la anulación del mismo²⁸. Como afirma este autor, el que se equivoca merece protección si el error es esencial, a menos que el error se deba a su propia culpa.

Junto al requisito de la excusabilidad, se ha planteado la doctrina el de la reconocibilidad del error²⁹. De Verda Beamonte se refiere al error recog-

²³ Vid. MORALES MORENO Y GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 751.

²⁴ Vid. MORALES MORENO, *AAMN*, 2015, pp. 729-734. Y MORALES MORENO, 1988, pp. 226 y siguientes.

También sobre esta cuestión, el análisis que realiza FENOY PICÓN en FENOY PICÓN, *ADC*, 2017, pp. 655 y siguientes.

²⁵ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, 1999, p. 77.

²⁶ Según el artículo 1298 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos: «1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.

2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas».

²⁷ Sobre esta cuestión, el elaborado estudio que realiza FENOY PICÓN, *ADC*, 2017, pp. 685 y siguientes.

²⁸ Vid. MORALES MORENO, *AAMN*, 2015, pp. 729-734. También, *vid.* MORALES MORENO, 1988, pp. 88 y siguientes.

Afirma este autor que: «La determinación del carácter excusable del error ha obligado, en la práctica, a abordar el problema de la justa distribución del riesgo. Ello se ha hecho utilizando criterios éticos, tomando en cuenta y valorando (según ciertos moldes típicos) la conducta de ambas partes contratantes». (*Cfr.* MORALES MORENO, 2017, p. 227. Además, *vid.* pp. 228 y siguientes de la misma obra)

²⁹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1988, pp. 425 y siguientes.

noscible como el que pudiera haberse conocido de acuerdo con la diligencia media exigible. Y según Morales Moreno: «En una acepción diferente, la cognoscibilidad puede ser entendida como la posibilidad de descubrir el error que padece la parte contraria. Esta acepción cobra sentido cuando se supera el tratamiento voluntarista del problema del error»³⁰.

En el caso concreto que se analiza en este trabajo: ¿Podrían haber conocido las entidades compradoras la falta de veracidad de la información utilizando una diligencia media? El Tribunal Supremo se ha referido en diferentes resoluciones, en el caso de inversores cualificados, a si estos podían haber tenido acceso a más información que la suministrada en el folleto informativo o a la que les había facilitado a todos los compradores la entidad bancaria. Se distingue muy bien este caso en la Sentencia comentada y en la STS 425/2022, de 26 de mayo. En esta última, la entidad actora, Lopesán Touristik, S. A., sí pudo tener acceso a más información, ya que parte de su accionariado estaba vinculado a Bankia. En este caso, no se puede alegar que la información facilitada ha llevado a una anulabilidad por error del consentimiento, ya que sí podía conocer cuál era la situación real de Bankia, lo que no ocurría en el caso de la sentencia analizada.

3. LA DILIGENCIA EXIGIBLE

Junto con la excusabilidad, hay que tratar la diligencia exigible a la parte que sufre el error; con la excusabilidad está la diligencia exigible a la parte que sufre el error; diligencia que podrá variar atendiendo a las cualidades de quien lo sufre. En este caso, se trataría, por ejemplo, de un inversor minorista frente a un inversor cualificado. Esto podría ser así en supuestos normales, pero no hay que olvidar que, en el caso estudiado, la información contenida en el folleto resultó no ser veraz.

En relación al presupuesto de la diligencia exigible: ¿Cómo influye el hecho de que la otra parte fuera inversor cualificado? El error tiene que ser relevante y tiene que ser excusable³¹. Esta última es la característica que más se discute en las diferentes resoluciones, especialmente en casos en los que el comprador tiene la calificación de inversor cualificado o profesional. Díez Picazo se refiere a los criterios que deben observarse para apreciar la excusabilidad del error. Con carácter general, apunta que la jurisprudencia se refiere

³⁰ *Vid.* MORALES MORENO, AAMN, 2005.

³¹ En relación a la excusabilidad del error, la STS 460/2014, de 10 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena, se refiere a este requisito en estos términos: «El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida». Y sigue afirmando que: «El carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración».

También, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, 1999, pp. 64 y siguientes.

a la imputabilidad del error y la diligencia exigible. Y esta diligencia será mayor cuando se trata de un experto o profesional y será menor cuando se trata de una persona inexperta³², lo que debe tenerse en cuenta en el caso analizado por la condición de las demandantes: inversor minorista *versus* inversor cualificado, lo que ha sido tratado en el apartado anterior de este trabajo. Ello requerirá un análisis de la diligencia de las tres empresas compradoras en el contrato de adquisición de las acciones de Bankia.

En contra, la SAP de Barcelona 41/2018, de 15 de enero, objeto del recurso de casación que ahora se analiza, establece que no hubo error en el consentimiento al tratarse de inversores cualificados, cuyo propio objeto social se extiende a la tenencia y venta de valores. No se les aplica la protección de los minoristas por la incorrección del folleto y «el error es inexcusable», «aparte que, en este procedimiento, y conforme a las periciales, no se prueba por las actoras la concreta inexactitud de las cuentas (datos financieros y contables referidas al trimestre enero a marzo 2011)». La STS STS 23/2016, de 3 de febrero, además de referirse a los otros elementos del error como vicio del consentimiento, establece que el error ha de ser excusable, como ya se ha dicho: «La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra persona contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida». Aplicando esta doctrina jurisprudencial al caso analizado se plantean algunas cuestiones: ¿Emplearon las empresas demandantes toda la diligencia que les era exigible? ¿Podían conocer que la información del folleto informativo publicado era falsa? Afirma la STS 337/2022, de 27 de abril en la resolución del recurso que el error era excusable, ya que las demandantes carecían de otros medios para conocer la situación real de la entidad vendedora. Cuestión que ya se ha tratado en el apartado anterior en relación a la información precontractual.

La doctrina está de acuerdo en que el nivel de diligencia de los profesionales, en este caso, inversores cualificados, para apreciar el error será más elevado que en otros casos. La cuestión es, cuál tiene que ser ese nivel, hasta dónde se le puede exigir a un inversor cualificado tener que saber, no los riesgos normales de toda inversión, sino la falta de veracidad de los datos publicados en un folleto informativo. Parece, en este caso, que excedería del nivel de diligencia de cualquier inversor, sea del tipo que sea. En este sentido, afirma la STS 344/2022, de 3 de mayo que: «En el caso de Seguridad Integral, no consta que hubiera podido acceder a fuentes de información adicionales a las del folleto. Tampoco que mantuviera con Bankia relaciones jurídicas o mercantiles que le hubieran permitido obtener esa información. Más allá de su intención de obtener una rentabilidad con la inversión, no se aprecia que la conducta de Seguridad Integral fuera contraria a la diligencia debida al confiar en la información contenida en el folleto de la OPS de Bankia y en que el precio de las acciones, en cuya fijación era determinante dicha información, se ajustaba a su valor razonable». Tampoco consta acreditado que tuviera acceso a información interna de la empresa. Concluye que la falta de veracidad del folleto informativo deriva de la falta de veracidad de la información contable de Bankia incluida en el folleto³³.

³² Vid. Díez PICAZO, 1993, p. 184.

³³ En el mismo sentido, la STS 221/2022, de 22 de marzo. P. Ignacio Sancho Gargallo.

Marimón Durá y Martín Pastor afirman que, en este caso, la equivocación en el valor de las acciones no depende de conocimientos financieros o económicos de las entidades actoras, sino de que los datos facilitados eran incorrectos o falsos, publicados contraviniendo las obligaciones legales que establecen las normas en estos casos. Por ello, el nivel de diligencia no puede exigirse, con carácter general, hasta el punto de descubrir el engaño³⁴.

Y la STS 221/2022, de 22 de marzo también se refiere a la excusabilidad del error en relación con la información facilitada y el folleto informativo: «En estas condiciones, la falta de veracidad del folleto, en un caso como este, también propició el error sobre el valor de las acciones que se adquirirían, un error sustancial porque, al margen de que existieran otras razones para concurrir a la OPS, se asumía que el precio que se pagaba por las acciones respondía al que había sido aceptado públicamente por la información general que ofrecían las cuentas de Bankia, en general, y el folleto, en particular». Con ello, califica el error como excusable, ya que la parte actora no disponía de otros medios para conocer la situación real de la entidad bancaria demandada.

Sin embargo, la SAP de Madrid 414/2016, de 21 de diciembre, confirmada por la STS 890/2021, de 21 de diciembre, sobre la misma oferta pública de acciones de Bankia, entiende que, dada la condición de inversor cualificado, no puede apreciarse la excusabilidad del error, aunque sí lo considera esencial, por lo que desestima esta acción. Apunta el Tribunal Supremo que en el mismo folleto constan los factores de riesgo, en concreto, en relación al mercado inmobiliario, al ser los préstamos hipotecarios los principales activos del banco, con lo que conocía los riesgos de su inversión³⁵. Sin embargo, en este caso, sí se estima la acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto y que le llevó a suscribir las acciones, afirmando que no se ha probado que tuviera más información sobre la verdadera situación financiera de la empresa³⁶, a pesar de su condición de inversor cualificado, lo que parece chocar con los argumentos utilizados para desestimar la acción de anulabilidad por error del consentimiento.

En la STS 496/2022, de 22 de junio la parte actora, en lugar de error en el consentimiento, alega dolo de la entidad bancaria por la información suministrada en el folleto informativo, aunque finalmente en la Sentencia se reconduce al error³⁷. Hay que decir que ha habido otras Sentencias sobre los mismos hechos, pero diferentes demandantes, también profesionales, que se han funda-

³⁴ Vid. MARIMÓN DURÁ, R. y MARTÍN PASTOR, *RDBB*, 2016, p. 30.

³⁵ Afirma esta Sentencia que: «La exposición de la nueva entidad Bankia al mercado inmobiliario no podía pasar desapercibida por los inversores profesionales, cualificados e institucionales, como es el supuesto de la aseguradora UMAS, que tienen a su disposición toda la información relevante, así como un equipo de asesores, y por los volúmenes de sus carteras, como se deriva del documento 3 de la contestación (folios 381 y ss.), por lo tanto, debía de haber analizado que tal sobreexposición al mercado inmobiliario podía afectar, de manera significativa, al valor de la acción».

³⁶ Afirma la Sentencia que: «...no se había probado que UMAS tuviera una información sobre la verdadera situación económica de Bankia diferente a la reflejada en el folleto, ni que contase con un acceso distinto a los datos económicos de la entidad emisora o dispusiera de otras fuentes de donde pudiera deducir la existencia de inexactitudes, falsedades u omisiones de datos relevantes en el folleto. Ni mucho menos que pudiera acceder a información societaria interna de la demandada, más allá de lo reflejado en las cuentas anuales que deben ser objeto de publicación».

³⁷ Afirma esta Sentencia: «...aunque entendiéramos que en este caso no debía haberse apreciado el dolo, carecería de efecto útil, porque al asumir la instancia apreciaríamos el error vicio, conforme a la jurisprudencia reciente de esta sala».

mentado en acciones como la de resolución contractual del artículo 1124 CC o la indemnización de daños y perjuicios derivada de incumplimiento contractual del artículo 1101 CC (STS 463/2022, de 2 de junio). La fundamentación sobre el artículo 1124 CC plantea dudas, ya que realmente no ha habido un incumplimiento contractual, en el sentido de que se entregaron las acciones y se pagó la cuantía correspondiente, la cuestión es la información sobre la que se asentaba tal decisión³⁸. En el caso del artículo 1101 CC, puede fundamentarse en un mal asesoramiento por parte de la entidad bancaria, como han planteado diferentes resoluciones que después se expondrán.

La Sentencia comentada, igual que otras sobre la misma cuestión, concluyen proclamando no solo la esencialidad del error sino también su excusabilidad (las demandantes no disponían de otros medios para conocer la verdadera situación económica de Bankia). Con ello, en el caso estudiado se aprecia error en el consentimiento; error invalidante del contrato celebrado. Sin embargo, nos queda otra importante cuestión para resolver. Antes de interponer la demanda, la parte actora vendió las acciones: ¿Qué relevancia tiene este hecho? Según las dos Sentencias, de instancia y de apelación, tanta que desestiman la demanda y el recurso. Resalta la importancia de este tema, por lo que se analizará en el apartado que sigue.

V. LA VENTA DE LAS ACCIONES: ¿CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO ANULABLE?

Nos encontramos ahora ante el tercer eslabón del trabajo y el caso estudiado: la venta posterior de las acciones. Hay que establecer si realmente la venta posterior convalida el vicio del consentimiento del primer contrato. Así lo establecen la Sentencia de primera instancia y la de la Audiencia Provincial. La primera de ellas mezcla diferentes argumentos: propagación de la nulidad, la imposibilidad de restitución y la «diferente motivación» de ambos contratos.

Este es uno de los puntos a destacar, junto con la condición de profesional de la parte actora, en el caso que resuelve la resolución comentada, y que la diferencia de otros muchos casos resueltos sobre la materia por nuestros tribunales. Se insta acción de anulabilidad de la compraventa de las acciones frente a Bankia, cuando ya se han vendido de nuevo las acciones que, en su día, habían sido objeto de aquella compraventa. Ello conlleva necesariamente la inexistencia de la prestación a restituir (al menos *in natura*), en el supuesto de una estimación de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento de la primera compraventa, ya que las acciones ya se han transmitido a un tercero. La venta posterior de las acciones haría imposible la restitución de

³⁸ En este sentido, *vid.* DE PERALTA CARRASCO, *CCJC*, 2022, pp. 315-330.

También, sobre esta cuestión afirma la STS 731/2021, de 29 de octubre, P. Antonio García Martínez (en este caso, el inversor era minorista) que: «El discurso argumentativo del recurrente tampoco daría pie, en ningún caso, a una acción de resolución contractual por incumplimiento en los términos del artículo 1124 CC, puesto que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí las inexactitudes que se alegan sobre los datos económicos contenidos en el folleto informativo de la OPS de Bankia habrían afectado a la prestación del consentimiento, lo que podría afectar, a su vez, a la validez de los contratos, pero no a su resolución, ya que esta opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual».

las mismas, no el ejercicio de la acción como afirman las Sentencias de primera instancia y apelación, siendo la restitución la consecuencia clásica de la acción de anulabilidad. ¿Cómo afecta esta venta a la acción de anulabilidad de la compraventa de las acciones? ¿Qué acción es la que correspondería interponer en este caso? ¿Supondría la venta de las acciones la confirmación de cualquier vicio del que adoleciera el primer contrato?

La doctrina ha tratado la cuestión de la confirmación del contrato. Así, De Castro y Bravo se refería a ella afirmando que va más allá del no ejercicio de la acción de anulabilidad, ya que «significa la purificación del negocio de los vicios de que adolecía, con lo que el negocio obtiene su plena validez (art. 1313 CC)». Enumera también este autor los requisitos de esta confirmación: que el negocio adolezca de un vicio sanable; que la causa de nulidad haya cesado; que la causa de nulidad sea conocida por quien confirma y que el confirmante tenga la capacidad necesaria para celebrar el negocio que confirma el contrato nulo. Habrá que ver si en el caso estudiado se dan todos estos presupuestos, especialmente el de que la causa de nulidad sea conocida por quien confirma el contrato anulable³⁹, por ser la venta anterior a hacerse público el verdadero estado financiero de la entidad bancaria demandada.

Afirma Delgado Echeverría que la confirmación del contrato «es una modalidad de convalidación operada por una posterior declaración de voluntad de quien podía invocar la causa de invalidez. Esta confirmación opera mediante una declaración de voluntad dirigida a la otra parte del contrato y puede ser expresa o tácita»⁴⁰. La postura de la Sentencia que resuelve este caso en primera instancia es clara y rotunda en este sentido: «... no procede estimar la acción de nulidad: las actoras, antes de presentar la demanda, procedieron a la venta de las acciones que habían suscrito, lo que convalidó cualquier error, sin que proceda aplicar la doctrina de la «propagación de la nulidad» respecto de los contratos de venta de acciones, atendida la distancia temporal y la diferente motivación de ambos contratos». Según las recurrentes, las ventas se produjeron para aminorar las pérdidas. Este punto fue objeto del recurso de apelación y del de casación.

Es curioso, en este sentido, como en la STS 890/2021, de 21 de diciembre, Bankia impugna el cálculo de la indemnización, pretendiendo alegar concurrencia de culpas, y afirma que «la demandante pudo vender antes las acciones e incurrir en menores pérdidas», coincide con la opción de las entidades compradoras en el supuesto de la STS 337/2022, de 27 de abril. Aquella impugnación en el cálculo de la indemnización no prospera por motivos procesales.

Es importante, en este caso, tener en cuenta la cronología de los hechos por las consecuencias que de ello pueden derivarse. La venta de las acciones se produjo antes de presentar la demanda. Las ventas de las acciones se produjeron por las distintas empresas el día 17 de mayo de 2012 (por parte de las empresas Sheratan y Deimos) y el 29 de mayo de 2012 (la de la empresa Vatapa). En estas ventas, la empresa Sheratan perdió 249.457,58 euros; la empresa Deimos, 252.984,65 euros y Vatapa perdió la cantidad de 273.342,81 euros. Fue tres años después, el 31 de marzo de 2015 cuando las actoras remitieron burofax a Bankia, reclamando los daños y perjuicios sufridos. Después, interpusieron demanda en la que solicitaban la nulidad del contrato de compraventa de las acciones por error en el consentimiento

³⁹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, 1985, pp. 512 y 513.

⁴⁰ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, 2005, pp. 323 a 325.

y la restitución recíproca de las prestaciones, teniendo que devolver Bankia el importe recibido por las acciones y debiendo abonar las actoras a Bankia el importe de la venta de las acciones, más los intereses legales.

Está claro que la demanda se interpone después de la venta de las acciones con pérdidas importantes, pero la cuestión a tener en cuenta es en qué momento se supo que la información proporcionada por Bankia en sus folletos no era la real. El día 4 de mayo de 2012, Bankia presenta sus cuentas sin auditar, con un beneficio de 309 millones de euros. El 7 de mayo de 2012, diez días antes de la venta de las acciones, el presidente del consejo de administración de Bankia anunció su dimisión, se informó de la bajada de las acciones en bolsa y que Gobierno y Banco de España preparaban un plan de saneamiento para Bankia. Y el 25 de mayo de 2012, después de la venta, Bankia comunica a la CNMV las nuevas cuentas anuales del ejercicio 2011, con unas pérdidas de 2.979 millones de euros. La única que podría discutirse por la fecha sería la de la empresa Vatapa. La venta se produce después de hacerse públicas las noticias sobre Bankia, pero antes de que se conocieran los datos reales de la entidad.

Afirma Gullón que «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»⁴¹. Precisamente, la parte actora, entre los motivos del recurso de casación, presenta el de la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual no se produce la subsanación del vicio si, a la fecha del acto tácito (en este caso, la venta de las acciones), no se tiene pleno conocimiento del vicio que les afecta, con la consiguiente infracción del artículo 1311 CC, en relación con el 1309 CC.

Al haberse realizado antes de conocer que las cuentas no eran las reales, no podía conocer el vicio del que adolecía el contrato. Una cosa eran informaciones que hacían bajar las acciones en su cotización y otra que se demostrara que habían comprado sobre una información que no era veraz. Tal como afirma la STS 337/2022, de 27 de abril: «...el conocimiento del error padecido no puede considerarse pleno en toda su dimensión, hasta un momento posterior a las ventas de las acciones realizadas el 17 de mayo. [...] si bien la intervención del FROB, el 9 de mayo de 2012 constituyó causa productora de la severa caída del valor de cotización de las acciones de Bankia, las acciones finalmente se desplomaron el 25 de mayo por la reformulación de las cuentas». Si la venta se hubiera realizado después de conocerse los datos reales de Bankia, la situación hubiera sido diferente, ya que sí que se hubiera hecho conociendo la causa de anulabilidad del contrato.

¿Ha producido la segunda venta los efectos de convalidación del primer contrato? ¿Cuáles son los presupuestos que deben cumplirse para que se produzca la confirmación? La STS 57/2016, de 12 de febrero establece que la renuncia de derechos ha de ser personal, clara, terminante e inequívoca. En este caso, no ha habido renuncia expresa, ¿la hay tácita?⁴² A ello se refiere la STS 471/2021, de 29 de junio en relación a «la exigencia del carácter inequívoco del consentimiento tácito se refuerza cuando su consecuencia, en caso de estimarse como manifestación de una declaración de voluntad, es una renuncia de derechos». Y según la STS 337/2022, de 27 de abril, la confirma-

⁴¹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, 1999, p. 577.

⁴² Vid. MARÍN NARROS, *RCDI*, 2017, pp. 1106 y siguientes. Sobre esta cuestión, también vid. STS 342/2017, de 31 de mayo. P. Antonio Seijas Quintana.

ción del contrato anulable requiere que la causa de nulidad sea conocida por quien padece el vicio y que esta causa haya cesado, por descubrirse el error y, además, que el acto al que se le da el valor confirmatorio «*implique necesariamente la voluntad de renunciarlo*». ¿Se cumplen los requisitos que acabamos de exponer y que detalla la jurisprudencia?

Sobre esta cuestión afirma la SAP de Barcelona 691/2017, de 21 de diciembre, también en un supuesto de venta de acciones, que estas se venden para intentar recuperar parte de la liquidez que había perdido, pero sin que ello suponga poder apreciar los requisitos necesarios para la confirmación tácita del contrato de acuerdo con el artículo 1311 CC: «...la actuación llevada a cabo por la parte demandante no puede considerarse que implique necesaria e inequívocamente la voluntad de renunciar a la mencionada acción de nulidad sino que la voluntad que cabe inferir de su actuación no es otra que la mencionada obtención de liquidez a la mayor brevedad posible, aunque fuera meramente parcial, y sin perjuicio de actuar judicialmente para el logro de la declaración de nulidad que pueda suponer la total indemnidad de la referida parte»⁴³.

La SAP de Barcelona 41/2018, de 15 de enero, objeto del recurso de casación, entiende que la segunda declaración de voluntad «rompe el nexo causal en cuanto a la concatenación de efectos derivados de cada contrato, impidiendo la restitución posterior *ex* artículo 1303 CC». Sigue afirmando esta Sentencia que: «habían vendido las acciones en la Bolsa en mayo de 2012, libremente no forzosamente o por imposición, habiéndose decidido la venta sin saber que existía la necesidad de «reformular (tratándose de una declaración de voluntad de carácter relevante) convalida o confirma «tácitamente» la

⁴³ Por otra parte, afirma que tampoco se podía entender confirmado el contrato por la percepción de rendimientos: «Tampoco puede admitirse que las órdenes de compra de las obligaciones subordinadas hubieran quedado confirmadas por la percepción de los rendimientos pues precisamente esta percepción constituía la contraprestación reseñada en la orden de compra, de modo que su efectivo cobro reforzaba el convencimiento del actor de que había adquirido un producto similar a un depósito por el que percibía los correspondientes intereses, no siendo hasta el momento en que el contrato dejó de comportarse conforme a la previsión que razonablemente podía esperar el cliente bancario, cuando este fue consciente de la naturaleza especial y distinta del producto contratado...».

Sobre esta cuestión y la doctrina de los actos propios, afirma la SAP de Lleida 501/2021, de 16 de julio, P. Alberto Guilaña Foix, remitiéndose a la STS de 3 de febrero de 2016 que: «... Se alega la aplicación de la doctrina de acto propio. Señala la STS núm. 19/2016, de 3 de febrero, en este caso en relación a otro producto bancario, que: «Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos 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». Y sigue afirmando que: «Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos».

inversión inicial y no pueden devolver los títulos en caso de nulidad, ex art. 1303 y 1308 CC) lo que supone falta de legitimación activa».

Sin embargo, afirma el Tribunal Supremo que la imposibilidad de restitución de las prestaciones no priva al contratante de la acción de anulabilidad, de acuerdo con el artículo 1307 CC: «Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha». A partir de este precepto, la STS 123/2022, de 16 de febrero equipara la enajenación de la cosa a su pérdida y la determinación del valor del bien objeto de restitución por su precio de venta. La STS 337/2022, de 27 de abril se refiere al artículo 1314 CC por lo que se refiere a la extinción de la acción de nulidad cuando la cosa se hubiere perdido por dolo o culpa, lo que no ocurre en este caso, por lo que, *a contrario sensu*, cumplirá restituyendo el equivalente.

El Tribunal Supremo ha tratado la cuestión en casos de canje obligatorio de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos. Afirma que, ante la imposibilidad de restitución por pérdida de la cosa, «el artículo 1307 CC modula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución». Se establece en estas Sentencias citadas, en primer lugar, la equiparación de la enajenación a la pérdida del objeto; en segundo lugar, la determinación del valor por el precio de su venta⁴⁴.

En consecuencia, en aplicación de los artículos 1303 y 1307 CC, Bankia debe devolver el importe abonado por las compradoras en el momento de la suscripción de las acciones, más los intereses legales devengados por esas cantidades desde que se cobraron. Las tres empresas demandantes tendrán que abonar a Bankia el importe por el que vendieron las acciones, los intereses legales desde dicha venta y los dividendos que hubieran percibido durante el tiempo que fueron titulares de las acciones, con los intereses legales. Estas cantidades se compensarán en la cantidad concurrente y se liquidarán en ejecución de sentencia.

Hay otra cuestión interesante para tratar: el cálculo de la indemnización. En el caso de la STS 890/2021, de 21 de diciembre se impugna precisamente este cómputo, en su segundo motivo del recurso de casación. A continuación, se hará referencia a esta cuestión.

⁴⁴ En este sentido, la STS 1621/2022, de 27 de abril de 2022, P. Juan María Díaz Fraile que: «fuera de una interpretación meramente literalista del precepto, referida exclusivamente al cálculo del valor del bien en el momento de su pérdida, es decir, teniendo en cuenta tanto las circunstancias concurrentes, particularmente la proyección del principio de buena fe, así como la aplicación analógica que a estos efectos (de falta de concreción positiva) dispensa nuestro Código en la regulación del cobro de lo indebido respecto *acepiens indebiti* de buena fe, el artículo 1897 del Código civil, el cálculo del valor del bien objeto de restitución por equivalente pecuniario debe quedar determinado por el precio de venta del mismo».

VI. CONSECUENCIAS: LA DIFICULTAD DE LA RESTITUCIÓN Y EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

1. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LOS ARTÍCULOS 28 LMV Y 1.101 CC

La STS 337/2022, de 27 de abril establece que Bankia tendrá que devolver el importe abonado por las demandantes en el momento de la suscripción de las acciones en la OPS, más los intereses legales desde que fueron cobrados. En la demanda, en caso de estimarse la acción subsidiaria de responsabilidad, cifraba la indemnización de daños y perjuicios en los mismos términos. Las empresas Sheratan, Deimos y Vatapa deberán abonar a la demandada: el importe del precio por el que se vendieron las acciones y los intereses legales desde la venta, más los dividendos que hubieran percibido durante el tiempo que mantuvieron la titularidad de las acciones, con sus intereses legales. ¿Se restituyen así las prestaciones? ¿Se consigue el efecto restitutorio pretendido?

Ante la situación planteada, ¿cómo se calcularían las prestaciones a devolver cuando no cabe una restitución *in natura*? Y, aunque la Sentencia estudiada no entra en la cuestión de la acción de responsabilidad, ya que estima la acción principal, ¿cómo se calcularía una posible indemnización? En el caso de la acción de responsabilidad, según el artículo 28.3 LMV –vigente en aquel momento–, la entidad emisora sería responsable de «*todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado*» con las informaciones falsas u omisiones del folleto.

La petición subsidiaria de la parte compradora, en el caso de la Sentencia comentada, era la condena a Bankia a pagar a las actoras los mismos importes en concepto de daños y perjuicios, de acuerdo con los artículos 28 LMV y 1101 CC, con los intereses legales desde la demanda. Al estimarse la acción principal, la Sentencia ya no entra en esta cuestión. En relación con la acción derivada del artículo 28 LMV, afirma Caruana Font de Mora que se trata de una acción claramente indemnizatoria por defecto en la información facilitada o ausencia de la misma y su finalidad la centra este autor en el restablecimiento del perjuicio patrimonial causado al inversor, con un plazo de prescripción de tres años. Acción diferente a la de anulabilidad y con efectos también distintos. Por ello, se suele plantear con carácter subsidiario⁴⁵.

Además de la cuestión de la cuantía de la indemnización, a la que haremos referencia después, se plantea previamente el tema de la aplicación del artículo 1101 CC a estos supuestos, además de la acción derivada del artículo 28 LMV, cuestión que puede ser importante por los diferentes plazos de prescripción de ambas acciones. El Tribunal Supremo la ha admitido y aplicado en algunos supuestos. Precisamente en este caso, la petición subsidiaria de la indemnización por los daños y perjuicios causados se fundamenta en el artículo 28 LMV y en el artículo 1101 CC⁴⁶.

⁴⁵ Vid. CARUANA FONT DE MORA, 2016, p. 65.

⁴⁶ También se refiere a esta cuestión la STS 463/2022, de 2 de junio. P. Juan María Díaz Fraile.

En el caso de la aplicación del artículo 1101 CC se suele relacionar con un deficiente asesoramiento financiero a los inversores. Es el caso de las STS 77/2021, de 15 de febrero y la 779/2021, de 12 de noviembre: «... También es jurisprudencia de esta Sala la que sostiene que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del artículo 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esos vínculos jurídicos de asesoramiento, siempre que se cause un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño sufrido [...]». La más reciente STS 683/2022, de 18 de octubre también se refiere al asesoramiento financiero y al resarcimiento de daños y perjuicios. Lo hace en estos términos: «El asesoramiento financiero, aunque sea puntual constituye un contrato de por sí que genera obligaciones legales a la entidad financiera. El incumplimiento de obligaciones derivadas del asesoramiento es título de imputación para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados conforme al artículo 1101 CC. La información suministrada por la entidad a los clientes era absolutamente insuficiente, no era ni clara, ni precisa ni transparente, con advertencia de riesgos». De nuevo la deficiente información y asesoramiento se convierte en fundamento de la solicitud de una indemnización de daños y perjuicios, esta vez, del artículo 1101 CC⁴⁷.

2. EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

Normalmente, la petición de indemnización por daños y perjuicios es subsidiaria a la de anulabilidad por vicio del consentimiento. Es por ello por lo que, en ocasiones, los tribunales ya no llegan a entrar en el análisis de esta cuestión. Sin embargo, sí lo hace la STS 890/2021, de 21 de diciembre. En este supuesto se solicitaba como indemnización el valor de la inversión menos el valor de los títulos en el momento de ejecución de sentencia, más los intereses desde formalización de la inversión, o subsidiariamente desde la interposición de la demanda. En el recurso de casación, Bankia impugna el cálculo de la indemnización. La entidad bancaria entiende que para la valoración del daño debe computarse la diferencia entre el precio pagado y el valor de las acciones en el momento en el que se conoció la inexactitud del folleto, con la reformulación de las cuentas de Bankia. Según la entidad bancaria, solo con esta fórmula puede resarcirse el daño efectivamente causado. La Sentencia no acepta estos argumentos por cuestiones procesales: se trata de un hecho novedoso aportado con el recurso de casación, que no se había planteado en las instancias anteriores, lo que nos priva de conocer sus argumentos sobre esta concreta cuestión.

⁴⁷ La SAP de Madrid 350/2020, de 25 de noviembre. P. María del Carmen García de Leanz Cavalle también se refiere a un supuesto de responsabilidad del artículo 1101 CC, estableciendo que el incumplimiento del deber de información al cliente, dando una información precisa y adecuada, puede conllevar responsabilidad, cuando se ha llevado a cabo la adquisición de las acciones por recomendación de la entidad bancaria. En la SAP de Murcia 66/2020, de 2 de marzo de 2020, P. María del Pilar Alonso Saura, también se estima la acción de indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1101 CC: «... En las referidas circunstancias, es procedente la estimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1101 CC, por el negligente cumplimiento por el banco de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los productos financieros objeto de la demanda».

En cambio, la STS 497/2022, de 24 de junio realiza el cálculo de forma diferente. En este caso, la oferta pública de acciones también es la misma, pero la empresa compradora había comprado unas acciones en el momento de la oferta pública de acciones y otras más adelante a un precio un poco más bajo. La entidad compradora, igual que en el supuesto de la STS 337/2022, de 27 de abril, vendió las acciones, pero lo hizo en dos ventas diferentes: una de fecha anterior a que se descubriera la falsedad de la información y otra posterior a la noticia⁴⁸. En este caso, no se plantea la confirmación del contrato –aunque se hace referencia a ella–, ya que no se ejercita la acción de anulabilidad por error en el consentimiento. Sin embargo, Bankia entiende que este hecho afecta al cómputo de la indemnización, ligándolo a la relación de causalidad entre la información y las pérdidas en la cotización de las acciones y se plantea de forma diferente a la Sentencia comentada. Entiende que, en relación a las acciones vendidas antes de que se conociera la falsedad de la información, no cabe indemnización, ya que no trae causa de aquella falsedad, a diferencia de la realizada con fecha posterior al 25 de mayo de 2012, que sí son consecuencia de la información suministrada en el folleto: «Respecto a las ventas posteriores al 25 de mayo de 2012, considera que el conocimiento público y objetivo de la falsedad del folleto, con la consiguiente toma de conciencia del error sufrido, altera por completo la finalidad perseguida para deshacerse de las acciones, hasta el punto de trascender los motivos a la causa del negocio. Ya no se trata de comerciar con las acciones, sino de paliar la pérdida ocasionada por la información inveraz». Concluye la Sentencia que no se puede incluir, ni en el cómputo del perjuicio ni en la indemnización, la devaluación sufrida por las acciones enajenadas en agosto y septiembre de 2011. Sin embargo, no tiene en cuenta que el precio de las acciones y el interés de los compradores se generaba por la situación financiera de la entidad detallada en el folleto informativo, que no coincidía con la realidad. Como se ve, un nuevo planteamiento para la reflexión.

La STS 340/2022, de 3 de mayo cuantifica la indemnización en la devaluación de las acciones consecuencia de la intervención de la entidad bancaria. Lo hace en estos términos: «... Como consecuencia de esa intervención, el valor de las acciones adquiridas por la demandante (10.000 acciones por un valor de 2,4650 euros por acción, en total 24.650 euros) pasó a ser de 123,25 euros. La devaluación fue de 24.526,75 euros y este es el importe de la indemnización». En el supuesto de la STS 382/2019, de 2 de julio, se establece en relación a la indemnización que la determinación del daño a indemnizar debe hacerse sobre el perjuicio realmente sufrido, por lo que también deben tenerse en cuenta a la hora de cuantificar la indemnización «todos los lucros o provechos dimanantes del incumplimiento que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor»⁴⁹. Y sigue afirmando que: «cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de

⁴⁸ Según queda acreditado: «Entre los días 23 de agosto y 29 de septiembre de 2011, Avintia vendió 264.970 de esas acciones (135.870 a un precio de 3,68 euros cada una, y otras 129.100 a un precio de 3,72 euros). Posteriormente, el 9 de agosto, vendió 79.341 acciones y el 8 de enero de 2013 otras 122.355 acciones, después de haber sufrido una fuerte devaluación».

⁴⁹ Y para ello se basa en el artículo 1106 CC al establecer que: «la indemnización de daños y perjuicios sufridos comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor».

que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño y lucro». Por su parte, afirma la STS 81/2018, de 14 de febrero que hay que compensar la pérdida de la inversión con la ganancia obtenida que tuvo la misma causa negocial⁵⁰.

VII. REFLEXIONES FINALES

El inversor cualificado también puede verse afectado por un folleto informativo de una oferta pública de acciones y sus consecuencias también le serán aplicables, según ha establecido la STJUE de 3 de junio de 2021. Si bien la diligencia exigible es más alta, al tratarse de profesionales con conocimiento sobre la materia, ésta no debe impedir exigir responsabilidad, al menos en casos como el aquí estudiado de falsedad en la información publicada en el folleto informativo, base de la información precontractual.

La información falsa, lleva a la estimación de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento. La imposibilidad de restituir las prestaciones no impide ni la interposición de la acción de anulabilidad por error del consentimiento ni priva al contratante de la legitimación activa para ello. No puede entenderse, atendidas todas las circunstancias, la venta posterior de las acciones como un acto tácito de confirmación del contrato, si el contratante en el momento de la venta no podía conocer el vicio que afectaba al primer contrato.

Son muchas las Sentencias recaídas sobre este tema y todas tienen sus peculiaridades en las circunstancias que rodean a la contratación, que deben ser analizadas en cada caso, sin que se pueda generalizarse una solución para todos los supuestos.

BIBLIOGRAFÍA

- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: «*Error, deber de información y nexos de causalidad en OPS (sobre la OPS de Bankia). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 (23/2016 y 27/2016)*» en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* (Dir.: YZQUIERDO TOLSADA, M.) Volumen 8.º Madrid, 2017, páginas 377-391.
- CAPELL NAVARRO, Jorge y SÁNCHEZ-VILLEGAS, José Ángel: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2019 (371/2019)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 11.º, 2019, pp. 221-233.
- CARUANA FONT DE MORA, Gonzalo: «*Las acciones individuales por nulidad y/o por responsabilidad civil*» en *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011* (Dir.: MARIMÓN DURÁ, R.), Cizur Menor, 2016, pp. 45 a 66.

⁵⁰ Afirma esta sentencia que: «La obligación de indemnizar los daños y perjuicios constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado...». La cuestión está en cómo se concreta su perjuicio económico causado por el incumplimiento de la otra parte.

- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario al artículo 1309 CC» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir.: ALBALADEJO, M.), Tomo XVII. Volumen 2. Artículos 1281 a 1314 CC, Madrid, 2005, pp. 322 a 328.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico:
— *El negocio jurídico*. Madrid, 1985, reimpresión 2002.
— «De nuevo sobre el error en el consentimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, vol. 41, n.º 2, pp. 403-440.
- DE PERALTA CARRASCO, Manuel: «Efectos de las inexactitudes en el folleto de las ofertas Públicas de suscripción, que generan responsabilidad civil, aunque los suscriptores tengan la condición de cualificados. Aplicación del artículo 28.3 LMV, (actual artículo 38.3 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 119, mayo-agosto 2022, pp. 315-330.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Error y responsabilidad en el contrato*. Valencia 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*. Madrid, 1993.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y el error en los contratos a través del análisis de diversos textos jurídicos», *Anuario de Derecho Civil*, volumen 70, n.º 2, 2017, pp. 473-785.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*. Volumen primero. Parte General. Teoría general del contrato. Madrid 1999.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael y MARTÍN PASTOR, José: «La anulación por vicios del consentimiento de los contratos de suscripción derivados de la OPS de Banca de 2011. Descripción del supuesto de hecho y comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo números 23/2016 y 24/2016 (Pleno de la Sala 1.ª) de 3 de febrero de 2016», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 142/2016. (BIB 2016\2637).
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Inaplicación de la doctrina de los actos propios en supuestos de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTs de 17 de diciembre de 2015, de 3 de febrero de 2016, de 16 de marzo de 2016, así como en el resto de jurisprudencia dictada en la materia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 760, marzo 2017, pp. 1095-1114.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel:
— *El error en los contratos*. Madrid, 1988.
— «De la excusabilidad a la imputabilidad en el error», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIX, 2005.
— «De nuevo, sobre el error en los contratos», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, 2015, pp. 713-744.
— *El error en los contratos*. Buenos Aires, 2017.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel y GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «El riesgo de defectuosa información contractual y su distribución entre los contratantes: figuras jurídicas y remedios» en *Estudios de derecho de contratos* (Dir.: MORALES MORENO, A. M.), volumen II. Madrid, 2022, pp. 745 a 766.
- PÉREZ GUERRA, Carmen: «Sobre la legitimación de los inversores cualificados para exigir responsabilidad por inexactitudes en el contenido del folleto informativo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 164/2021. (BIB 2021\5995), pp. 345-374.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «El folleto informativo de las emisiones y O. P. Vs. Responsabilidades civiles y sistema de control público», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 164/2021. (BIB 2021\5955), pp. 61-130.

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES

STS 778/2013, de 28 de abril. P. Francisco Javier Orduña Moreno. (ECLI: ES: TS:2014:2088).

STS 460/2014, de 10 de septiembre. P. Rafael Saraza Jimena. (ECLI: ES: TS:2014:4339).

STS 689/2015, de 16 de diciembre. P. Ignacio Sancho Gargallo. (ECLI: ES: TS:2015:5450).

STS 23/2016 de 3 de febrero. P. Pedro José Vela Torres. (ECLI: ES: TS:2016:91).

STS 24/2016, de 3 de febrero. P. Rafael Saraza Jimena. (ECLI: ES: TS:2016:92).

STS 57/2016, de 12 de febrero. P. Francisco Javier Orduña. (ECLI: ES: TS:2016:405).

STS 232/2017, de 6 de abril. P. Rafael Saraza Jimena. (ECLI: ES: TS:2017:1293).

STS 342/2017, de 31 de mayo. P. Antonio Seijas Quintana. (ECLI: ES: TS:2017:2154).

STS 81/2018, de 14 de febrero. P. Pedro José Vela Torres. (ECLI: ES: TS:2018:414).

STS 382/2019, de 2 de julio. P. Pedro José Vela Torres. (ECLI: ES: TS:2019:2207).

STS 602/2020, de 12 de noviembre. P. Pedro José Vela Torres. (ECLI: ES: TS:2020:3632).

STS 77/2021, de 15 de febrero. P. María de los Ángeles Parra Lucán. (ECLI: ES: TS:2021:387).

STS 380/2021, de 1 de junio. P. Rafael Saraza Jomena. (ECLI: ES: TS:2021:2251).

STS 471/2021, de 29 de junio. P. Juan María Díaz Fraile. (ECLI: ES: TS:2021:2578).

STS 560/2021, de 23 de julio. P. Rafael Saraza Jimena. (ECLI: ES: TS:2021:3100).

STS 731/2021, de 29 de octubre. P. Antonio García Martínez. (ECLI: ES: TS:2021:4069).

STS 770/2021, de 5 de noviembre. P. Antonio García Martínez. (ECLI: ES: TS:2021:4061).

STS 779/2021, de 12 de noviembre. P. Antonio García Martínez. (ECLI: ES: TS:2021:4374).

STS 890/2021, de 21 de diciembre. P. Pedro José Vela Torres. (ECLI: ES: TS:2021:4583).

STS 123/2022, de 16 de febrero. P. Juan María Díaz Fraile. (ECLI: ES: TS:2022:620).

STS 221/2022, de 22 de marzo. P. Ignacio Sancho Gargallo. (ECLI: ES: TS:2022:1137).

STS 225/2022, de 24 de marzo. P. Rafael Saraza Jimena. (ECLI: ES: TS:2022:1108).

STS 226/2022, de 24 de marzo. P. Juan María Díaz Fraile. (ECLI: ES: TS:2022:1110).

STS 337/2022, de 27 de abril. P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1621).

STS 340/2022, de 3 de mayo. P. Ignacio Sancho Gargallo. (ECLI: ES: TS:2022:1717).

STS 344/2022, de 3 de mayo. P. Pedro José Vela Torres. (ECLI: ES: TS:2022:1714).

STS 425/2022, de 26 de mayo. P. Ignacio Sancho Gargallo. (ECLI: ES: TS:2022:2082).

STS 448/2022, de 31 de mayo. P. Rafael Saraza Jimena. (ECLI: ES: TS:2022:2154).

STS 463/2022, de 2 de junio. P. Juan María Díaz Fraile. (ECLI: ES: TS:2022:2150).

STS 496/2022, de 22 de junio. P. Ignacio Sancho Gargallo. (ECLI: ES: TS:2022:2461).

STS 497/2022, de 24 de junio. P. Juan María Díaz Fraile. (ECLI: ES: TS:2022:2665).

STS 416/2022, de 9 de julio. P. María de los Ángeles Parra Lucán. (ECLI: ES: TS:2020:2236).

STS 683/2022, de 18 de octubre. P. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (ECLI: ES: TS:2022:3749).

STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-910/19. (ECLI: EU: C:2021:433).

SAP de Madrid 414/2016, de 21 de diciembre. P. Sagrario Arroyo García. (ECLI: ES: APM:2016:1748).

SAP de Barcelona 691/2017, de 21 de diciembre. P. Antonio Ramón Recio Cordova. (ECLI: ES: APB:2017:11758).

SAP de Barcelona 41/2018, de 15 de enero. P. Juan Bautista Cremades Morant. (ECLI: ES: APB:2018:41).

SAP de Murcia 66/2020, de 2 de marzo de 2020. P. María del Pilar Alonso Saura. (SP/SENT/1052134).

SAP de Madrid 350/2020, de 25 de noviembre. P. María del Carmen García de Leaniz Cavalle. (SP/SENT/1082455).

SAP de Lleida 501/2021, de 16 de julio. P. Alberto Guilaña Foix. (SP SENT/1117558)

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid)**

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTÍZ (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Cristina ARGELICH COMELLES (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos CASTELLS SOMOZA (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Catedrático de Derecho civil. 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), Jose María MARTÍN FABA (Profesor ayudante doctor 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 colaborador asistente de Derecho civil. Universidad Pontificia Comillas), Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Investigador postdoctoral. Universidad de Münster), Francisco SANTANA NAVARRO (Profesor contratado 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. Consecuencias jurídicas derivadas del ejercicio de los derechos contraviniendo el principio de la buena fe, aplicado al alcance de la retroactividad de la declaración de la filiación respecto a los derechos sucesorios intestados de los parientes colaterales.–La doctrina y la juris-

prudencia han elaborado una serie de supuestos típicos que encierran un desleal ejercicio de los derechos subjetivos, esto es, supuesto típicos que suponen una actuación al margen de los postulados de la buena fe. En efecto, un ejercicio desleal de los derechos subjetivos veda ir en contra de los actos propios; es incompatible con el retraso desleal en el ejercicio de los derechos; es contrario a abusar de la nulidad por motivos formales, cuando se cumple o se acepta conscientemente el negocio jurídico que adolece de un defecto de tal clase; exige la observancia de la regla *tu quoque*, según la cual no debe admitirse la invocación de las reglas jurídicas por el mismo sujeto que las despreció, al tiempo que tampoco cabe imputar a otro una conducta en la que la propia parte ha incurrido; entre otras manifestaciones al respecto.

En definitiva, actuar conforme a los requerimientos derivados de la buena fe, dentro de los cuales se podría incluir abusar del derecho, exige no hacerlo en contra de la confianza suscitada en la otra parte; ser coherente con la propia conducta por imperativos éticos; y no ejercitar de forma desleal los derechos subjetivos. Las actuaciones sin sujetarse a dicho principio no generan una mera sanción moral por la conducta desencadenada, sino indiscutibles consecuencias jurídicas sobre el ejercicio de los derechos, como incluso la desestimación de las pretensiones ejercitadas.

En particular, en el caso examinado, el alcance de la retroactividad de la declaración de la filiación respecto de los derechos sucesorios intestados de parientes colaterales se ve limitada precisamente como consecuencia del ejercicio de la acción de petición de herencia de forma contraria a las exigencias de la buena fe.

Esto se debe a que los demandantes actuaron sin sujetarse a los mandatos de las leyes que proscriben promover una nueva demanda sin cuestionar, al mismo tiempo, la eficacia del previo pronunciamiento firme. Ese previo pronunciamiento firme desconocía su filiación no matrimonial. Precisamente, la filiación no matrimonial es de nuevo pretendida, con ocultación de la primera de las sentencias dictadas a este respecto, al aprovecharse para ello de la rebeldía de los demandados. De esta manera, lograron obtener una segunda sentencia favorable a sus pretensiones, para hacerla valer en un tercer proceso de reclamación de derechos hereditarios, en el cual -de nuevo- ocultaron la existencia del primer proceso y, posteriormente, descubierto éste por el demandado, se opusieron a que se incorporara a los autos la sentencia desestimatoria que le puso fin. Ello supone la desestimación de su pretensión como consecuencia de su actuación de mala fe, aun habiendo resultada probada su filiación biológica por pruebas científicas.

En particular, los demandantes habían reclamado la filiación no matrimonial con respecto a Eleuterio, que falleció en 1974, en el juicio ordinario de menor cuantía en 1985 antes mencionado. Dicho procedimiento concluyó por sentencia de 16 de junio de 1986, que desestimó la demanda, resolución que alcanzó firmeza.

Los actores, que consintieron dicho pronunciamiento, tras un dilatado periodo de tiempo de casi 25 años desde la sentencia desestimatoria y 36 años desde el fallecimiento del causante Eleuterio, formulan una nueva demanda en ejercicio de la misma pretensión que, en esta ocasión, da lugar a un juicio especial de filiación en 2010, en el que fue parte demandada el único hijo y heredero sobreviviente de Eleuterio, Serafín. En este procedimiento, los actores ocultaron intencionadamente la existencia de la sentencia previa de filiación, que desconocía Serafín -el anterior proceso se siguió en rebeldía-, pues, en otro caso, además, de tener constancia de la misma, sin

duda alguna la hubiera alegado para oponerse a la pretensión de los demandantes.

Tampoco, en ese segundo proceso, se ejercitó la acción con fundamento en la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en tanto en cuanto dispone que: «[...] las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos en la legislación nueva». Es decir, que lejos de ejercitar su acción al amparo de dicha nueva normativa, para discutir si la segunda demanda tendría cabida en tal disposición, pretendieron evitar tal debate jurídico, con afectación del derecho de contradicción del demandado. Al haber procedido de tal forma, queda descartado el aspecto subjetivo de la buena fe, como expresión de la creencia del correcto ejercicio de un derecho por parte de los actores; así como también la buena fe objetiva, que impone una actuación respetuosa con las reglas de rectitud, honradez y lealtad debidas.

De la manera expuesta, incurrieron en un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe. Al promover un nuevo proceso, en el que ocultan intencionadamente la primera sentencia, evitan el debate sobre la existencia de cosa juzgada, o el juego, en su caso, de la disposición transitoria sexta de la Ley 13/1981. Así obtienen un pronunciamiento favorable de reconocimiento de su filiación, tras la práctica de una prueba biológica, que científicamente la acreditaba, todo ello en función de una ulterior reclamación de unos derechos hereditarios para la cual requerían un título habilitante.

Por otra parte, no era el reconocimiento de su filiación la verdadera pretensión ejercitada, sino que se pretende la declaración de sus derechos sobre la herencia de su padre y de su hermana de un solo vínculo.

La tardanza en el ejercicio de la segunda acción de filiación motivó, además, que Juliana, nacida en 1928 y fallecida en 2005, a los 76 años de edad, desconociera, al menos, la posible existencia de hermanos de un solo vínculo, con respecto a los cuales no le unía relación de tipo alguno, ni tan siquiera de conocimiento, con lo que es más que probable que, en tal caso, no muriera abintestato, con la certeza de que sus bienes irían a parar a su hermano Serafín. (**STS de 17 de julio de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Cuatro hermanos, Melisa, Luis, Cornelio y Bartolomé, formulan en 2010 demanda de reclamación de filiación no matrimonial con respecto a Eleuterio, que había fallecido en 1974, sin haber otorgado testamento. El demandado, Serafín, único hijo matrimonial vivo de Eleuterio, se opuso a la demanda.

La demanda fue estimada el 21 de diciembre de 2012. Se declaró a los demandantes hijos no matrimoniales de Eleuterio. Esta resolución devino firme al dictarse auto de la Sala Civil del Tribunal Supremo el 18 de noviembre de 2014 de inadmisión del recurso de casación interpuesto.

En 2011, Serafín promueve declaración de herederos *ab intestato* respecto de su hermana Juliana, hija matrimonial de Eleuterio, fallecida en 2005, sin descendencia y sin haber otorgado testamento. Serafín fue declarado por auto de 4 de marzo de 2011 heredero único y universal de su hermana Juliana. Serafín acepta la herencia de su hermana, mediante escritura pública de 8 de julio de 2011.

En julio de 2015, Melisa, Luis, Cornelio y Bartolomé interponen demanda de procedimiento ordinario contra Serafín. Este es el

procedimiento que ahora nos ocupa. Solicitan la declaración de nulidad del citado auto de 4 de marzo de 2011, por el que se declaraba a Serafín como heredero único y universal de su hermana Juliana y, correlativamente, se les declare herederos de su padre biológico, Eleuterio, y de su hermana de único vínculo, Juliana, con la nulidad de la escritura de aceptación de herencia otorgada por el demandado relativa a los bienes de Juliana.

El 15 de junio de 2017 se dicta sentencia, en la que, con estimación parcial de la demanda, se decreta, con relación a la sucesión de Eleuterio, que se ha acreditado que su herencia fue aceptada y adjudicada en cuaderno particional de fecha 24 de mayo de 1975, por lo que ha transcurrido el plazo preciso para operar una prescripción adquisitiva a favor del demandado, Serafín. Este pronunciamiento devino firme.

No obstante, se acuerda la nulidad del auto de declaración de herederos de 4 de marzo de 2011 y de la escritura de aceptación de la herencia de Juliana de 8 de julio de 2011. También se declara a los cuatro demandantes herederos de Juliana, en su condición de hermanos de un solo vínculo.

Ambas partes recurren en apelación. El recurso de Melisa, Luis, Cornelio y Bartolomé es estimado, y desestimado el de Serafín. El único pronunciamiento aceptado en esta segunda instancia hace referencia a la no procedencia de la realización de inventario y adjudicación de la herencia de Eleuterio y Juliana.

Los actores, los hermanos Melisa, Luis, Cornelio y Bartolomé, ocultaron, intencionadamente, que habían promovido un previo proceso de reclamación de filiación no matrimonial con respecto a Eleuterio en 1985, seguido en rebeldía de Paula y de los hermanos Clemente, Serafín y Juliana, esposa e hijos matrimoniales de Eleuterio. Este proceso finalizó por sentencia desestimatoria de 16 de junio de 1986, que adquirió firmeza.

El demandado Serafín tuvo conocimiento de este hecho con posterioridad a la sentencia de apelación, y aportó la precitada resolución desestimatoria de la filiación ante la Audiencia, tan pronto tuvo constancia de su existencia. La Audiencia Provincial, por auto de 28 de junio de 2018, acordó la devolución de dicho documento, al hallarse su aportación fuera de plazo, sin perjuicio de las pretensiones que pudiera ejercitar Serafín con fundamento en el mismo.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, el demandado (actualmente, por sucesión procesal, su hija, Beatriz, como consecuencia de la muerte de Serafín) interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. El recurso de casación, resuelto por una sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, es estimado, con fundamento en el ejercicio de la acción de petición de herencia de forma contraria a las exigencias de la buena fe. (T. R. C.)

2. Plazo de que disponen los clientes para exigir a las entidades financieras la documentación contractual.—Se plantea como cuestión jurídica si el plazo de que disponen los clientes para exigir a las entidades financieras la documentación contractual es el de prescripción de las acciones per-

sonales (art. 1964 CC), o si debe estarse al plazo que exige a las entidades conservar la documentación durante seis años (art. 31.1 CCom; RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registro obligatorios; RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión; norma 2 punto 8.º Circular 3/1993, de 29 de diciembre, sobre Registro de Operaciones y Archivo de Justificantes de órdenes de la Comisión). Según el Tribunal Supremo, no se puede entregar la documentación contractual si esta no se ha conservado, por lo que realmente lo que pretende el cliente recurrente es que se amplíe la obligación de conservar la referida documentación. No es posible declarar la existencia de «obligación legal» que no está prevista en la ley y que tampoco resulta de la interpretación de la función de la prescripción, que se refiere al ejercicio de los derechos relativos al cumplimiento de una pretensión. No tendría ningún sentido entender que, agotada la obligación de conservar una documentación, mediante el juego de la prescripción pudiera exigirse su cumplimiento. De seguir el argumento del recurrente, se daría la paradoja de que tras la reforma del artículo 1964 CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ese plazo de seis años que establece la normativa que se refiere específicamente a la obligación de conservar la documentación se habría acortado a cinco años en virtud de la modificación de un precepto que nada tiene que ver con la conservación de documentación, sino con la prescripción de las pretensiones. **(STS de 19 de julio de 2021; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 29 de septiembre de 2015, Carmen interpuso una demanda por la que, además de la nulidad de un contrato de gestión de cartera de inversión celebrado con el banco demandado el 25 de febrero de 2010 (y la condena a pagar las pérdidas generadas con sus intereses), solicitó, literalmente, el dictado de sentencia que: «declare la obligación legal que tiene la demandada de entregar a mi mandante la documentación que justifique los apuntes reseñados en el documento núm. 10 de la demanda, consistentes en contratos de letras y bonos del tesoro, imposiciones a plazo, compras de acciones y fondos de inversión desde 1992 a 2004, condenándola a entregar dicha documentación a mi mandante».

La sentencia de la Audiencia declaró la nulidad del contrato celebrado y condenó al banco a pagar las cantidades solicitadas, pero desestimó la pretensión relativa a la entrega de la documentación. La Audiencia, confirmando en este punto el criterio del juzgado, tuvo en cuenta que, de acuerdo con la normativa que impone a las entidades de crédito la obligación de conservar documentación, este plazo es de seis años.

La demandante interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, fundado en un único motivo, en el que denuncia la infracción del artículo 1964 CC y solicita que se declare que la obligación de las entidades de crédito de entregar la documentación contractual está sometida al plazo de prescripción del artículo 1964 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. *(J. M.ª M. F.)*

3. Cómputo del plazo de prescripción de las acciones nacidas de un contrato de préstamo que no establece un plazo concreto para su devolución.—La cuestión jurídica planteada se refiere a la determinación del momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago de las cantidades adeudadas por razón de un préstamo personal en el que no se fijaba un plazo concreto para su devolución, sino que, respecto de esta obligación, se pactaba: «a devolver cuando los prestamistas lo requieran, y los prestatarios así también lo deseen». Según el Tribunal Supremo, el préstamo mutuo comporta, como contenido natural, la existencia de un plazo, mayor o menor, para el cumplimiento de la obligación de devolución de lo prestado. Bajo esa premisa, cuando el plazo no está específicamente expresado en el texto del contrato, debe entenderse fijado en el momento en que el acreedor reclama la devolución del capital, salvo que de la interpretación del contrato se derivase haber querido conceder al deudor uno mayor. Por ello, no puede entenderse que la obligación de devolución del capital prestado resulta exigible desde el mismo momento de la perfección del contrato. Esa obligación sólo era exigible desde su vencimiento, vencimiento que se hace coincidir con la reclamación del acreedor. No siendo pues exigible la devolución del préstamo hasta el mismo momento de su reclamación (que en el caso tuvo lugar inicialmente mediante burofax de 18 de septiembre de 2017), el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir su pago no puede anticiparse a una fecha previa al mismo momento de aquella intimación extrajudicial y, por tanto, cuando la demanda se interpuso no había transcurrido el plazo de prescripción para su ejercicio, conforme al artículo 1964 CC. Tratándose de derechos de crédito, la violación del derecho subjetivo que se pretende reparar con el ejercicio de la acción judicial consiste en la inejecución por el deudor de la prestación debida, y no hay tal si ésta no es «debida» por no estar vencida y ser líquida y exigible. Faltando la exigibilidad, no llega a nacer la acción, ni comienza a correr el plazo para su prescripción, pues falta ese presupuesto legal para su ejercicio (art. 1969 CC). **(STS de 20 de julio de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 22 de diciembre de 2000, Carolina y su padre, Braulio, concedieron un préstamo por importe de 12.000.000 pts. a favor de Jose Daniel y Concepción. El 26 de octubre de 2017, tras el fallecimiento de Braulio, su hija Carolina interpuso una demanda contra los prestatarios en reclamación de 128.325,25 euros, cantidad a que ascendería la deuda derivada de dicho préstamo por capital e intereses. Los demandados, si bien reconocieron la existencia del préstamo, se opusieron a la demanda, fundamentalmente con base en la prescripción de la acción, al tratarse de un contrato de préstamo de 22 de diciembre de 2000 y haberse interpuesto la demanda el 26 de octubre de 2017.

El juzgado de primera instancia apreció la excepción de prescripción de la acción y, en consecuencia, desestimó la demanda. Argumentó que, al no constar en el contrato el momento de la exigibilidad de la deuda, debe partirse de la fecha de celebración del contrato para iniciar el cómputo del plazo de prescripción de quince años, conforme a la redacción del artículo 1964 CC vigente a la fecha del contrato. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por la demandante, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia del juzgado.

La demandante interpone un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo estima el recurso (*J. M.ª M. F.*)

4. Responsabilidad civil derivada del delito: Plazo para su ejercicio.—El plazo del año de ejercicio de las acciones de responsabilidad extracontractual (art. 1968.2 CC), una vez concluido el previo proceso penal, empezará a contarse a partir del día en que pudieron ejercitarse, a tenor del artículo 1969 CC; precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECrim., lleva a fijar ese momento cuando la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo del proceso penal, notificados correctamente, han adquirido firmeza, ya que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación preferente del procedimiento criminal, con lo que nace la correlativa posibilidad de reclamar en vía civil (SSTS 398/2017, de 27 de junio, del Pleno; 339/2020, de 23 de junio, y 92/2021, de 22 de febrero, entre otras).

Regla especial sobre el cómputo del plazo de prescripción del artículo 1968.2 CC: Alta médica.—El día inicial del cómputo del plazo del año del artículo 1968.2 CC, lo adquiere el perjudicado al producirse el alta médica, que es cuando realmente toma constancia de la entidad y consecuencias de las lesiones sufridas, en la medida en que la medicina ha agotado las posibilidades de restituir la integridad física del lesionado a la situación existente con antelación al evento dañoso sufrido. Es el momento en que se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización (SSTS 429/2007, de 17 de abril, del Pleno; 326/2009, de 7 de mayo; 326/2019, de 6 de junio, y 92/2021, de 22 de febrero, entre otras muchas).

Alcance del carácter restrictivo en la interpretación de la acción de prescripción derivada de la responsabilidad extracontractual.—Es cierto que la prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material, pero también la jurisprudencia señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta es que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, dicho instituto jurídico (SSTS 150/2010, de 16 de marzo; 134/2012, de 29 de febrero y 326/2019, de 6 de junio). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 150/2010, de 16 de marzo; 134/2012, de 29 de febrero y 326/2019, de 6 de junio). (**STS de 8 de junio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El día 2 de marzo de 2011, el actor fue atropellado por el vehículo conducido por el demandado, asegurado en el Grupo Liberty, S. A. A consecuencia de tal hecho interpuso demanda, con la finalidad de ser resarcido del daño corporal sufrido, en la que solicitaba la condena solidaria de los demandados a abonarle la cantidad de 12.140 euros.

Los demandados se opusieron por prescripción de la acción y, subsidiariamente, por culpa exclusiva de la víctima, al cruzar ésta la calzada, sin mirar y apresuradamente, imposibilitando evitar al conductor demandado el impacto producido.

La víctima formuló una denuncia penal que fue sobreseída provisionalmente antes de que se emitiera informe forense de alta de las lesiones. El 2 de octubre de 2013, se dicta diligencia en la que se señala que el informe del médico forense, de 7 de septiembre de 2012, se una a lo acordado en el auto de sobreseimiento de 27 de diciembre de 2011. Dicha resolución se notificó al demandante el 3 de octubre de 2013.

En el informe forense constaba que el actor, a consecuencia del accidente, sufrió lesiones para cuya curación requirió 145 días improductivos, de los cuales tres de ellos fueron con estancia hospitalaria, restándole como secuelas un perjuicio estético ligero: 2 puntos; y material de osteosíntesis: 2 puntos.

Mediante telegrama de 1 de octubre de 2014, el demandante formuló reclamación de resarcimiento de los daños sufridos, y la demanda se presentó el 29 de septiembre de 2015.

Quedó demostrado que el actor recibió tratamiento médico de sus lesiones hasta alcanzar la curación por parte de la sanidad pública. Las secuelas padecidas fueron de escasa entidad y no tributarias del reconocimiento de una incapacidad permanente total o absoluta por la administración, por tanto, era conocedor del alcance real de las lesiones padecidas y su evolución, lo que posibilitaba el ejercicio de las oportunas acciones judiciales con pleno conocimiento de la entidad del daño corporal sufrido, para lo cual no precisaba el informe médico forense, propio de un proceso penal, cuyo archivo había sido acordado posteriormente a la obtención de la sanidad.

El juzgado y la audiencia apreciaron la prescripción alegada. El actor interpuso recurso de casación al entender que fue el 3 de octubre de 2013 cuando conoció, a través de las diligencias penales, el alcance o entidad de sus lesiones y secuelas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La jurisprudencia exige, para el nacimiento de esta acción de responsabilidad extracontractual, que el titular conozca o haya conocido, de acuerdo con un nivel de diligencia razonable, los hechos que dan lugar a la pretensión y los elementos que permiten ejercitar las acciones de forma efectivamente reparadora o satisfactoria de los intereses lesionados. De modo que la buena fe y la ausencia de negligencia deben tenerse muy en cuenta a la hora de considerar iniciado un plazo de prescripción sobre la base del conocimiento por parte del actor, ya la posibilidad del ejercicio de la acción debe considerarse *conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídicas y unos parámetros de diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada* (STS de 11 de diciembre de 2012). Véase, Llamas Pombo, E., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Daños VII*, Madrid, 2021, pp. 238-239. (I. D.—L. S.)

5. Contratos bancarios. Error en el consentimiento. Depósito estructurado. *Dies a quo*.—La Sala Primera del Tribunal Supremo estima que el *dies a quo* del plazo de caducidad es la fecha de consumación del último de los contratos encadenados o conexos. (STS de 12 de julio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Un inversor minorista interpuso una demanda contra Banco Popular, S. A., en ejercicio de acción de nulidad por error en el consentimiento del contrato de compraventa de opciones sobre acciones (CCVO) de Banco Popular Español de fecha 26 de marzo de 2007, así como de la póliza de cuenta de crédito suscrita el 7 de agosto de 2009 y todas sus posteriores renovaciones (de fechas 10 de mayo de 2010, 15 de noviembre de 2011 y 16 de noviembre de 2012), la póliza de préstamo y póliza de pignoración de valores en garantía de operaciones de fecha 14 de febrero de 2014, y de la hipoteca de máximos del 14 de febrero de 2014. Sin embargo, la Audiencia Provincial declaró caducada la acción al fijar el *dies a quo* en la fecha de vencimiento de contrato de compraventa de opciones sobre acciones (el 11 de abril de 2010).

Por su parte, el Tribunal Supremo declaró que el *dies a quo* era el 14 de febrero de 2014, fecha de contratación de la hipoteca de máximos, de suerte que la acción interpuesta en 2016 no estaba caducada. Esto es así porque, según el Alto Tribunal, todos los contratos obedecían a una misma causa, siendo el primero antecedente de los demás, que fueron concertados para intentar subsanar la pérdida de valor. Así pues, se reitera la doctrina según la cual en el caso de contratos vinculados unos a otros, encadenados, de suerte que hay una cadena de reestructuración, el inicio del plazo de ejercicio de la acción se computa cuando se consuma el último de ellos, por considerar que forman parte de un negocio jurídico único. De esta forma, pretende evitar el Tribunal, que el *dies a quo* quede fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error o dolo. (A. A. O.)

6. Transporte aéreo internacional. Responsabilidad en caso de accidente. Caducidad.—Según el artículo 35 del Convenio de Montreal, el derecho a indemnización se extingue si la acción no es entablada en un plazo de dos años, contados a partir de la fecha de llegada a destino, del día en que la aeronave debería haber llegado, o de la fecha en la que el transporte se ha interrumpido; pero la forma de calcular el plazo se rige por la ley del tribunal que conoce del caso. La pendencia de un proceso penal respecto de los hechos litigiosos impide el ejercicio de la acción civil derivada de esos mismos hechos, y solo cuando el perjudicado conoce que el proceso penal ha sido archivado puede ejercitar la acción civil. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva se ve vulnerado cuando, no habiéndose notificado el archivo de las actuaciones penales al perjudicado, el tribunal civil considera prescrita o caducada la acción de exigencia de responsabilidad civil, basando en hechos no concluyentes la suposición de que el perjudicado conoció el archivo de las actuaciones penales.

Transporte aéreo internacional. Responsabilidad en caso de accidente. Intereses del artículo 20 LCS.—El régimen normativo interna-

cional en materia de responsabilidad en el transporte aéreo se aplica a las acciones ejercitadas por el pasajero frente al transportista, no a las peculiaridades propias de las obligaciones de las compañías aseguradoras frente al perjudicado como consecuencia de la eventual acción directa ejercitada por este último, que se rigen por la normativa nacional aplicable. El recargo que establece el artículo 20 LCS lo es exclusivamente para el asegurador en el caso de la acción directa del perjudicado, no para el transportista aéreo. El hecho de que el artículo 29 del Convenio de Montreal excluya las indemnizaciones punitivas del régimen de indemnización de daños causados en el transporte aéreo no implica que excluya la posibilidad de establecer recargos en el caso de una demora en el pago de las indemnizaciones. (STS de 22 de julio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 20 de agosto de 2008 se produjo un accidente de aviación en el aeropuerto de Barajas, cuando la aeronave estaba iniciando la maniobra de despegue. Entre los fallecidos en el accidente se encontraban la madre y el hermano de la demandante, que entonces era menor de edad. El procedimiento penal que se abrió a raíz del siniestro fue archivado el 19 de septiembre de 2012, cosa que no fue notificada personalmente a la demandante; mientras que la demanda contra la aseguradora de la responsabilidad civil de la aeronave siniestrada, reclamando diversas indemnizaciones y los intereses del artículo 20 LCS, fue interpuesta el 1 de agosto de 2016.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil estimó la excepción de caducidad de la acción opuesta por la aseguradora, con base en el artículo 35 del Convenio de Montreal, desestimando así la demanda, aunque sin expresa imposición de costas. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso presentado por la demandante, desestimando la excepción de caducidad de la acción, y condenando a la aseguradora al pago de una indemnización, más los intereses del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial. (R. P. C.)

7. Interrupción de la prescripción en compraventa civil.—Tratándose de una compraventa civil, resulta aplicable a efectos de interrupción de la prescripción el artículo 1973 CC; y no el artículo 944 Cco. De este modo, la interposición de demandas ostenta eficacia interruptora del plazo de prescripción, aun cuando se desistiera de una y caducase la otra, pues lo esencial es que la reclamación se efectue ante la autoridad judicial, es decir, que no se abandone el derecho por parte del demandante.

Retraso en la reclamación y actos propios.—Cuando una reclamación se retrasa en parte como consecuencia del comportamiento obstruccionista de la deudora, no puede entenderse malicia de parte de la reclamante. Por tanto, no cabe aplicar la doctrina de los actos propios, al no generarse en la deudora confianza en el abandono de la acción por la reclamante.

Responsabilidad solidaria en supuestos de fraude y levantamiento del velo societario.—La Sala Primera reitera su doctrina según la cual entiende existente la solidaridad cuando entre los causantes del daño se comprueba la realidad de una comunidad jurídica de objetivos. En concreto, considera

aplicable la solidaridad a un caso en que se constituye una sociedad para el solo objeto de celebrar una compraventa y despatrimonializarla después, repartiéndose el pago. (STS de 5 de julio de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La sociedad A demandó a la sociedad B, reclamando el importe abonado con motivo de una compraventa celebrada en 1989 para la adquisición de dos edificios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y, además, aplicó la doctrina del levantamiento del velo, declarando la responsabilidad solidaria del resto de codemandados, socios de la sociedad B. También desestimó la excepción de prescripción planteada por B.

A recurrió en apelación la sentencia, interesando la condena al pago de intereses desde el pago, lo que era su pretensión principal. Por considerar, sin embargo, que la venta era mercantil, B interpuso también recurso de apelación, sobre la base de que la prescripción no estaba interrumpida, en aplicación del artículo 944 CCO. B también defendió la responsabilidad mancomunada de los codemandados.

La Audiencia Provincial resolvió ambos recursos y los estimó parcialmente, condenando a B a pagar intereses legales sobre la cantidad abonada desde el día del pago y declarando la responsabilidad mancomunada de los codemandados en proporción al importe que cada uno de ellos recibió.

Frente a dicha sentencia, ambas partes interpusieron recurso de casación. (A. I. R. A.)

DERECHO DE LA PERSONA

8. Determinación de la edad de los menores no acompañados. Doctrina jurisprudencial.—El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad (entre otras muchas, SSTS 453/2014, de Pleno, de 23 de septiembre; 11/2015, de 16 de enero; 318/2015, de 22 de mayo; 368/2015, de 18 de junio; 411/2015, de 3 de julio; 507/2015, de 22 de septiembre; y 720/2016, de 1 de diciembre). Más aún, incluso cuando los procesos tienen por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, el tribunal no puede prescindir sin más del valor acreditativo de la edad del menor que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes. Así, ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan

unas dudas que son despejadas por dicha documentación (SSTS 307/2020, de 16 de junio y 357/2021, de 24 de mayo).

Competencia de los tribunales civiles para conocer de las cuestiones relativas al estado civil e identidad de las personas.—La admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección del menor puesto que, al declarar su mayoría de edad, el decreto de la Fiscalía excluye al demandante del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores y le niega el reconocimiento de los derechos del niño conforme a la Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990. Por ello, no considerar fiables el pasaporte y la carta de identidad expedidos por el Consulado de Marruecos en España, de los que ni se acredita ni se afirma que sean falsos, irregulares o estén manipulados, y que no han sido impugnados, comporta una vulneración del derecho de igualdad y no discriminación ante la ley basada en el origen nacional del menor. En contra de lo que sostiene la Audiencia, la jurisdicción civil es competente para conocer de la pretensión ejercitada en atención al contenido de los derechos invocados que están vinculados a la determinación de la edad y permiten fijar el estado civil y la identidad del menor. Se trata de cuestiones propias de esta jurisdicción a la que, en última instancia, por otra parte, le corresponde conocer, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (art. 9.2 LOPJ). (**STS de 18 de junio de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El actor llegó a España en enero de 2016 y declaró ante la policía española que había nacido en Tánger (Marruecos) en 2001, por lo que se puso en marcha el Protocolo de actuaciones de menores no acompañados. La Fiscalía de Menores dictó decreto en el que se recogía como fecha de nacimiento la de 1999, por ser esa la fecha estimada en la prueba radiológica que se practicó. En septiembre de 2017 el interesado presentó ante la Fiscalía pasaporte y carta de identidad nacional expedidos por el Consulado de Marruecos en España en los que constaba como fecha de nacimiento la de 2001. No obstante, la Fiscalía declaró que no se modificaba el decreto anterior. Como consecuencia, el actor interpuso en abril de 2018 demanda de tutela de los derechos fundamentales con el fin de que se declarase la menor edad del demandante con apoyo en su pasaporte y carta de identidad, al considerar que el decreto de la Fiscalía objeto de impugnación había dejado al menor fuera del sistema de protección, en situación de desamparo y vulnerabilidad. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y declaró la menor edad del demandante. La Audiencia Provincial dio lugar al recurso de apelación y anuló la sentencia de instancia, al estimar que el juzgado carecía de competencia porque, de haber sido impugnada una resolución administrativa de protección de menores la competencia correspondería a los juzgados de familia y si la impugnación fuera por la condición de extranjero la competencia correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

9. Libertad de expresión en el ejercicio de la abogacía.—La garantía constitucional de la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE, se encuentra especialmente reforzada, cuando se ejercita en el ámbito del derecho de defensa de los ciudadanos reconocido por el artículo 24.2 CE, como así declaró el Tribunal Constitucional dada *su inmediata conexión* con tal derecho de naturaleza procesal (STC 102/2001). Cuando la libertad de expresión es ejercida por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, o bien cuando se ejerce la autodefensa, estamos ante *una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar* (STC 41/2011). De igual forma se ha pronunciado la jurisprudencia civil (SSTS 447/2015, de 3 de septiembre; 542/2015, de 30 de septiembre; 243/2018, de 24 de abril; y 455/2020, de 23 de julio, entre otras).

Las afirmaciones o juicios de valor en un proceso deben implicar una necesaria conexión con la necesidad de argumentación que precisa el ejercicio del derecho de contradicción.—La especial protección de la que gozan las afirmaciones o los juicios de valor en el seno de un proceso, requiere que respondan a la finalidad instrumental de impetrar de los órganos judiciales la debida tutela en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (SSTC 157/1996, de 15 de octubre; 299/2006, de 23 de octubre; y 145/2007, de 18 de julio). En este sentido, la jurisprudencia civil ha entendido que la libertad de expresión, en el ejercicio del derecho de defensa, ha de ser amparada cuando *se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y no ha de serlo cuando se utilizan —y menos aún con reiteración— expresiones ofensivas desconectadas de la defensa de su cliente* (SSTS 381/2020, de 30 de junio; y 681/2020, de 15 de diciembre).

Habrà intromisión ilegítima en el honor mediante el ejercicio de la abogacía cuando las ofensas vertidas sean gratuitas.—Mientras que las afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses no habrá intromisión ilegítima en el honor (STS 381/2020, de 30 de junio).

Quedan fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión, las frases y manifestaciones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan.—Dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 6/2000, de 17 de enero; 49/2001, de 26 de febrero; 89/2018, de 6 de septiembre; y 18/2020, de 10 de febrero, entre otras muchas). En cualquier caso, el legítimo ejercicio del derecho de defensa, constitucionalmente protegido, no ampara el derecho al insulto o que resulten legitimadas imputaciones de matiz claramente ofensivo, que sean innecesarias, gratuitas o desproporcionadas, en las que predomine claramente una intención de menoscabar la fama ajena, y no propiamente de ejercitar la defensa de los derechos e intereses propios o representados (Cfr. SSTC 157/1996, de 15 de octubre; 113/2000, de 5 de mayo; y 197/2004, de 15 de noviembre).

Derecho al honor: Contenido constitucional.—Este derecho *ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas* (STC 180/1999, de 11 de octubre).

Valoración de las imputaciones atentatorias contra el honor. Falta de prueba y falsedad de las mismas.—La jurisprudencia tiene entendido que *la valoración de las imputaciones realizadas como atentatorias contra el honor no puede ligarse al hecho de que finalmente se declarasen no probadas, pues no cabe confundir este extremo con la falsedad de las mismas* (SSTS 442/2012, de 28 de junio; 62/2013, de 5 de febrero; y 146/2021, de 15 de marzo).

El interés superior del menor en las relaciones del nieto con sus abuelos.—La jurisprudencia ha reconocido con reiteración que el artículo 160.2 CC sí permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concorra justa causa, que no es definida y, en consecuencia, debe examinarse en cada caso, sirviendo de guía para tal valoración *el interés superior del menor* (SSTS 581/2019, de 5 de noviembre; y 638/2019, de 25 de noviembre). (ST de 14 de junio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora demandó a sus hijas y yernos al entender la existencia de una intromisión ilegítima en su honor, por lo que solicitó que se condenase a los demandados a retractarse en escritura pública de las manifestaciones indignas efectuadas, así como que se produjese el correspondiente perdón, con pago de los gastos ocasionados por ello, y que, también, se les condenase a indemnizarla por daños morales en la cantidad de 7.778 euros.

La controversia planteada se centraba en el contenido de los escritos de contestación a la demanda, presentados por la representación legal de los codemandados, en un procedimiento civil que versaba sobre la fijación de un régimen de visitas a favor de la demandante con respecto a sus nietos, hijos de los codemandados, en los que se incluían expresiones tales como que la actora *tiene serios problemas con el alcohol, carácter y personalidad conflictiva, padece de episodios conflictivos cuando está bajo la influencia del alcohol o en estado psíquicamente inestable, personalidad conflictiva, vida inestable, insultos («hija de puta» y «cabrona»), enfrentamientos con los vecinos, varias parejas sentimentales, consumo de alcohol y drogas, vida libertina*, que consideraba constitutivos de una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la actora al entender que la determinación de la procedencia y forma de ejercicio del régimen de visitas postulado, exigía valorar su carácter beneficioso y no perjudicial para el desarrollo emocional de los menores, lo que requería valorar el comportamiento de la demandante y su idoneidad para comunicarse con sus nietos. (I. D.—L. S.)

10. Conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor.—En el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, los principales criterios que deben utilizarse son: 1) que el asunto sobre el que verse la información tenga interés o relevancia pública; 2) que la información sea veraz. En cuanto al primer criterio, es constante la jurisprudencia que reconoce interés general en las informaciones sobre hechos de relevancia penal, que se acrecienta cuando se trata de delitos de especial repercusión social, como son los de violencia contra la mujer.

En lo que se refiere al segundo criterio, el de la veracidad, es también reiterada la jurisprudencia que afirma que no es necesario una rigurosa y total exactitud en la información. La veracidad debe entenderse como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada, faltando esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones. Cuando la información sobre los hechos procede de las diligencias policiales, sin que haya constancia de que se haya alterado en nada el contenido de las mismas, tal origen de la información excusa al medio de comunicación de tener que practicar ninguna otra actuación de comprobación. Cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente.

Conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen.—El derecho a la propia imagen protege a su titular frente a la captación, reproducción y publicación de su imagen que afecte a su esfera personal, aunque no dé a conocer aspectos de su esfera íntima. Se trata de un derecho fundamental autónomo de los demás derechos de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico. Así, aunque una persona detenida bajo la acusación de un delito grave adquiera una relevancia pública sobrevenida, tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. La función que la libertad de información desempeña en una sociedad democrática justifica que se informe sobre tal hecho y que en esa información se incluya información gráfica relacionada con tales hechos (ej.: imágenes de la detención del acusado, de su entrada en el juzgado o de su entrada en la prisión), pero no justifica que pueda utilizarse cualquier imagen del afectado y, en concreto, imágenes que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no haya consentido expresamente.

Según el Tribunal Supremo, la libertad de información no justifica la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida de su perfil en redes sociales. Y ello por los siguientes motivos: 1) una cuenta en una red social no tiene la consideración de «lugar abierto al público», a efectos de aplicar el artículo 8.2.a) LO 1/1982; 2) el hecho de que pueda accederse libremente a la fotografía del perfil de dicha cuenta no constituye el consentimiento expreso que prevé el artículo 2.2 LO 1/1982 como excluyente de la ilicitud; 3) no concurre tampoco en estos casos la excepción del artículo 8.2.c) LO 1/1982. (**STS de 13 de julio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El diario LEMV publicó en 2015 una noticia sobre una persona que había atropellado a su expareja tras amenazarla de muerte. Dicha noticia incorporaba una gran fotografía de la presunta víctima con signos visibles de lesiones. En sucesivos días, la información fue ampliándose en dicho diario, llegándose, incluso, a acompañar de una imagen del demandante obtenida de su perfil de Facebook. El demandante fue puesto en libertad, tras haberse demostrado que la denuncia de su expareja era falsa. De ahí que interpusiera una demanda contra el periódico que había venido informando sobre el asunto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando vulnerado su derecho a la imagen, por la publicación de la fotografía de su perfil de Facebook, y condenó a la sociedad editora del diario y a los periodistas firmantes del artículo a indemnizar solidariamente al demandante en 5.000 euros. La sentencia fue apelada tanto por el demandante como por los demandados, y la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos, confirmando los argumentos del Juez de Primera Instancia.

Tanto el demandante como los demandados interpusieron un recurso de casación. En cuanto al recurso del demandante, alega la infracción del artículo 18.1 CE, argumentando que resulta incontrovertido que su derecho al honor había sido vulnerado, sin que pudiera prevalecer la libertad de información porque no concurre el requisito de veracidad en la información, al haber resultado falsos los hechos que se le imputaron.

Entiende el Tribunal Supremo que no se produjo una lesión del derecho al honor y que no se infringió el requisito de la veracidad, por los siguientes motivos: 1) los periodistas demandados transmitieron la noticia tal como estaba siendo investigada por la policía, sin que se recogieran hechos que no figuraran en el atestado policial o que no fueran manifestados por la denunciante en el hospital o en la comisaría; 2) los artículos utilizaron el adjetivo «presunto» para el demandante y el adverbio «presuntamente» para las actuaciones que se les imputaban, de manera que el lector mínimamente avezado puede deducir que se basan en la denuncia y en las primeras investigaciones sobre el caso; 3) también informaron de los datos aportados por la investigación policial que hacían dudar de la versión de la denunciante; 4) el propio periódico recogió uno de los días un escrito del demandante en el que exponía su versión de los hechos. Explica el Alto Tribunal que la veracidad de los hechos no se puede identificar con realidad incontrovertible.

Por lo que se refiere al recurso de casación de los demandados, éstos alegan la infracción del artículo 7 LO 1/1982 y del artículo 20.1.d) CE. A su juicio, una fotografía obtenida del perfil de Facebook del demandante, que es un lugar público, no constituye una vulneración de su derecho a la propia imagen. Además, tal uso no ha supuesto que se desvelen datos íntimos o privados de la vida del demandante. A este respecto, señala el Tribunal Supremo que no es posible utilizar una fotografía extraída de redes sociales sin el consentimiento de la persona que aparece en ella, incluso aunque tal imagen no desvele detalles de su vida privada. De ahí que el Tribunal Supremo acabe desestimando ambos recursos.

NOTA.—La doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor es muy abundante. En concreto, se han pronunciado sobre los siguientes asuntos: a) el criterio de la veracidad (STS de 27 de abril de 2021); b) la publicación de información procedente de fuentes policiales (SSTC de 15 de diciembre de 2003 y 3 de julio de 2006, y SSTC de 2 y 8 de julio de 2004, 18 de octubre de 2005, 9 de marzo de 2006 y 24 de octubre de 2008); c) la concurrencia del requisito de la veracidad aunque después no resulten probados los hechos sobre los que se informa (SSTC de 14 de septiembre de 1999,

26 de febrero de 1996, 11 de diciembre de 2000 y 15 de septiembre de 2003, y SSTS de 31 de diciembre de 1999, 29 de marzo de 2001 y 26 de septiembre de 2008). Asimismo, la doctrina jurisprudencial sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen es bastante rica. Cabe destacar, a este respecto, las siguientes cuestiones: 1) el carácter autónomo de este derecho respecto a otros derechos de la personalidad (STC de 11 de abril de 1994 y 18 de junio de 2001); 2) el uso de una imagen extraída del perfil de redes sociales de una persona que había sido acusada de la comisión de un delito (SSTS de 15 de febrero de 2017 y 19 de diciembre de 2019). (S. L. M.)

11. Derecho al honor. Intromisión ilegítima mediante publicaciones. Distinción entre exposición de hechos y juicios de valor.—De acuerdo con la doctrina del TEDH, es necesario diferenciar entre la exposición de hechos y los juicios de valor. La existencia de hechos puede ser demostrada, mientras que la veracidad de los juicios de valor no es susceptible de ser probada. La exigencia de probar la veracidad de un juicio de valor es imposible de cumplir y vulnera la propia libertad de opinión, que supone una parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 (STEDH de 9 de marzo de 2021, Benítez Moriana e Iñigo Fernández contra España).

Libertad de expresión y libertad de información. No aplicación del límite de veracidad a la libertad de expresión.—La libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, al no operar en el ejercicio de aquella el límite interno de veracidad que es aplicable a esta, lo que se justifica en que «tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud» (STC 104/1986, de 17 de julio; 51/1989, de 22 de febrero; y 139/2007, de 4 de junio; así como SSTS 102/2014, de 26 de febrero de 2014 y 497/2014, de 6 de octubre). En definitiva, el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática (por todas, SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 20/1992, de 14 de febrero; y 9/2007, de 15 de enero). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho quedarían las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio; 6/2000, de 17 de enero; 148/2001, de 15 de octubre; y 89/2018, de 6 de septiembre).

Personaje público y particulares. Diferentes límites a la crítica de uno y otros. Doctrina del TEDH.—El TEDH recuerda que cabe distinguir entre los particulares y las personas que actúan en un ámbito público, como personalidades de la política o personajes públicos. Los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un político, criticado en calidad de tal, que para un simple particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus gestos y ademanes tanto por los periodistas como por la masa de ciudadanos; debe, por consiguiente, mostrar una mayor tolerancia (por ejemplo, Lingens contra Austria de 8 julio 1986; Lopes Gomes da Silva contra Portugal, núm. 37698/1997;

Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia de 27 de mayo de 2004; y Brasilier v. France, de 11 de abril de 2006; Otegi Mondragon contra España, núm. 2034/2007; Eon contra Francia, de 14 de marzo de 2013; Couderc et Hachette Filipacchi Associés contra Francia, de 12 de junio de 2014). Ciertamente tiene derecho a proteger su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ser puestos en la balanza con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas, requiriendo las excepciones a la libertad de expresión una estrecha interpretación (Artun y Güvener contra Turquía, núm. 75510/2001, de 26 de junio de 2007).

La sátira como manifestación artística y social. Doctrina del TEDH.—El TEDH ha señalado repetidamente (sentencia de 14 de marzo de 2013, Eon contra Francia, con cita de otras anteriores) que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social que, exagerando y distorsionando la realidad, pretende provocar y agitar. Por lo tanto, es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista —o de cualquier otra persona— a expresarse por este medio (Vereinigung Bildender Künstler contra Austria, núm. 8354/01, de 25 de enero de 2007; Alves da Silva contra Portugal, núm. 41665/07, de 20 de octubre de 2009 y *mutatis mutandis*, Tusalp contra Turquía núms. 32131/08 y 41617/08, de 21 de febrero de 2012). Debe estarse al caso concreto para verificar que no se trata de una vejación gratuita sino de «un ejercicio de crítica política o social a través de la sátira y el humor» que dota al artículo de un interés democrático superior que pueda justificarlo. En palabras de la STS 498/2015, de 15 de septiembre, la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala vienen reconociendo la legitimidad de la información y opinión frívola, de espectáculo o entretenimiento, que puede llegar a ser algo más ácida para los personajes afectados que aquel género tradicional, pero que hoy debe entenderse admisible según los usos sociales, sin que el buen gusto o la calidad literaria constituyan límites constitucionales a dicho derecho (STC 51/2008, de 14 de abril). El tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones, e incluso a la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos, llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla (por ejemplo, SSTS de 17 de diciembre de 2010; 5 de julio de 2011; y 20 de julio de 2011).

Inexistencia de intromisión ilegítima en el honor de la persona criticada a través de un poema satírico, cuando se trata de personaje público relevante y se hace en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión.—El texto litigioso expresa el pensamiento de su autor acerca de las relaciones del secretario general con sus compañeras de partido, por lo que la veracidad acerca de si la demandante había roto o no con su pareja en esa época no es relevante en este caso toda vez que la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información, porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias y opiniones de carácter personal y subjetivo. La idea principal del texto litigioso acerca de las designaciones políticas de las personas relacionadas sentimentalmente con el secretario general de un partido tiene relevancia pública e interés general. Se aprecia que el autor pretende criticar de forma sarcástica

la correlación que, a su juicio, existe entre quienes mantienen relaciones personales con el secretario general del partido político al que pertenece la actora y el trato y posición que ocupan en el partido. El que la demandante sea pareja del secretario general del partido al que ambos pertenecen puede ser, lógicamente, objeto de crítica. Por ello, el escrito litigioso, que ciertamente prescinde de que la actora ha sido elegida democráticamente en unas elecciones, sugiere que sus únicos méritos consisten en ser pareja del secretario general de su partido, y lo hace además de una manera desagradable y grosera. Sin embargo, no puede entenderse que la idea principal que se comunica a través de la sátira –aunque fuera incierta y desafortunada–, resulte totalmente ilógica o absurda y ajena a cualquier dato objetivo que le sirva de base. Así pues, como ha declarado la reciente STS 337/2021, de 18 de mayo, en otro litigio sobre el honor de la misma demandante: «la puesta en duda de los méritos de la demandante para ocupar los cargos que ocupa y la vinculación de su carrera política con su relación sentimental con el líder de su partido, por más hiriente que pueda resultar a la demandante y por más descarnados que sean los términos utilizados, está amparada por la libertad de expresión. Se trata de la crítica a un comportamiento político que el demandado considera censurable, realizada sobre una base fáctica suficiente, y que por tanto está amparada por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, incluso si se ha realizado utilizando expresiones vulgares e hirientes». (STS de 14 de junio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.–En noviembre de 2017 la revista de la Asociación Judicial FV publicó un poema satírico, firmado bajo seudónimo, en el que se hacía una crítica sarcástica sobre las relaciones personales y sentimentales de un determinado político, de amplia notoriedad, con otras miembros de su partido, y de las ocupaciones o puestos que las mismas desempeñaban en función de que la relación sentimental con dicho político se mantuviese o se hubiese extinguido. La aludida en el poema, a la sazón Diputada en el Congreso, interpuso demanda de protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y propia imagen por considerar que la publicación de su fotografía y del poema vulneraban sus derechos fundamentales. Los demandados fueron el autor material del poema, la Asociación Judicial y los miembros del comité de redacción de la revista en que se había publicado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Madrid, acogió el recurso de apelación planteado por los demandados y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la actora. (L. A. G. D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. Condiciones generales de la contratación. Requisitos. El control de incorporación o inclusión.–Las sentencias 241/2013, de 9 de mayo y 314/2018, de 28 de mayo, declaran que el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al

tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

Supera el control de inclusión la cláusula suelo incorporada a una escritura pública respecto a la que el prestatario manifiesta conocer su contenido.—En este caso, si el prestatario reconoció expresamente en la escritura de subrogación que conocía el contenido obligacional de la escritura de préstamo hipotecario en que se subrogaba y que tenía una copia de la misma (manifestaciones afectadas por la fe pública notarial, en los términos antes expuestos), difícilmente puede mantenerse que, cuando menos, no tuvo oportunidad de conocer la existencia de la cláusula suelo.

El control de transparencia no es aplicable a los contratos entre profesionales.—Otra cosa es que [la prestataria] pudiera ser más o menos consciente de su carga jurídica y económica, pero eso es control de transparencia, no de inclusión, y no cabe en un contrato entre profesionales. (STS 15 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Una entidad mercantil se subroga, como prestataria, en un préstamo hipotecario concertado entre dos entidades mercantiles. En el préstamo se había pactado un tipo de interés variable con una cláusula de limitación de la variabilidad del 3,5%. En la escritura de subrogación se hace constar que el subrogado manifiesta tener conocimiento del contenido de la escritura del préstamo hipotecario, cuyas obligaciones acepta, comprometiéndose a cumplir todos los pactos y condiciones allí expresados. Posteriormente, la parte subrogada presenta demanda contra la entidad prestamista solicitando la no incorporación de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y la condena a la restitución de las cantidades cobradas por su aplicación. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, al considerar, resumidamente, que la prestataria no había tenido acceso a la escritura de préstamo original en el que se subrogó, que contenía la cláusula suelo, y que en los correos electrónicos y comunicaciones intercambiados entre las partes no se hizo mención a la citada cláusula, por lo que concluyó que la prestataria subrogada no había tenido conocimiento de su existencia. La Audiencia confirmó que la cláusula no superaba el control de incorporación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

13. Consumidores. Cláusulas abusivas. Imposición de costas procesales por estimación íntegra de la demanda de declaración de abusividad: la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo, por la concurrencia de serias dudas de derecho, obstaculiza el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.—La regla general del vencimiento objetivo que opera en materia de imposición de costas procesales (art. 394.1 LEC) favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión. En cambio, obstaculiza tal principio la salvedad a dicha regla general consistente en la apreciación de serias dudas de derecho, al suponer que el consumidor, pese a obtener la declaración de que la cláusula es abusiva y que no queda vinculado por ella, deba cargar con parte de las costas procesales, concretamente, las causadas a su instancia y las comunes

por mitad (SSTS, de Pleno, 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre, entre otras). (**STS de 7 de junio de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Un consumidor solicitó la declaración de abusividad de una cláusula inserta en una escritura de préstamo que limitaba a la baja la variación del tipo de interés, así como la devolución de las cantidades abonadas en exceso a la entidad bancaria por su aplicación. El Juzgado estimó íntegramente la demanda con imposición de costas a la entidad bancaria. La entidad bancaria apeló impugnando los efectos retroactivos de la restitución y la imposición de las costas al entender que concurrían serias dudas de derecho porque en la fecha de la sentencia los tribunales estaban limitando la retroacción de la declaración de abusividad a mayo de 2013. La Audiencia estimó en parte el recurso en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la condena en costas. El actor recurrió en casación por infracción de los principios de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y de efectividad del Derecho de la Unión (arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE), y de la doctrina jurisprudencial.

NOTA.—La sentencia extractada continúa la línea de la STS, de Pleno, 472/2020, de 17 de septiembre, comentada por Díaz de Lezcano, I., *ADC*, 2021, III, pp. 1046-1047. Las serias dudas de derecho alegadas por la entidad bancaria se provocaron por el escenario de incertidumbre que se dio entre la STS de 9 de mayo de 2013, que declaró abusivas las cláusulas suelo, y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que estableció los efectos retroactivos de tal declaración. (*F. S. N.*)

14. Nulidad de contrato concluido por representante. Falta de capacidad del poderdante.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara nulo el contrato de garantía hipotecaria y fianza otorgado por representación como consecuencia de la nulidad posterior del poder así como por la negligencia propia del banco que hizo constar en la escritura pública como compareciente en su propio nombre al poderdante que, ni estuvo allí, ni carecía de facultades volitivas e intelectivas mínimas para contratar. (**STS de 7 de julio de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En enero de 2012 un anciano otorgó un poder especial para realizar actos de administración y disposición de su finca a favor de uno de sus hijos. Un mes después, el hijo tomó a préstamo 500 000€ de una entidad de crédito. En la escritura de préstamo hipotecario se hizo constar que intervenía el anciano en su propio nombre como fiador personal solidario y, además, como hipotecante no deudor, hipotecando la finca referida. En 2013, el notario que había autorizado la escritura de préstamo hipotecario otorgó acta de rectificación de error haciendo constar que había omitido consignar el poder especial que ostentaba el deudor y que comparecía como apoderado en nombre y representación de su padre. Al día siguiente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Mahón

declaró la incapacidad total y absoluta del anciano y nombró tutora a su hija. Incumplido el pago del préstamo hipotecario, la hija se opuso al proceso ejecutivo alegando la irregular constitución de la hipoteca. Asimismo, se declaró la nulidad radical y absoluta del poder conferido del padre al hijo.

Así las cosas, el Tribunal Supremo comprendió que en el presente caso no concurrían los requisitos necesarios para que la entidad de crédito resultara protegida por la confianza que podría generar la apariencia de representación fundada en la intervención notarial. En concreto, porque «el banco no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación. No solo es que la fianza y la garantía hipotecaria se prestaran a título gratuito, en garantía de una deuda ajena, sino que en la escritura en la que se otorgaron no se hizo referencia al poder, ni por tanto a su suficiencia, pues por error se hizo constar como compareciente en su propio nombre al padre, y no fue hasta después del inicio del procedimiento de incapacidad -que terminó con sentencia por la que, a requerimiento del Ministerio Fiscal se instaba a la hija a que promoviera las acciones legales respecto de los negocios realizados por su hermano sobre la finca- cuando el notario que había autorizado la escritura la rectificó mediante acta en la que hacía constar que por error se había omitido consignar el poder así como que lo valoraba suficiente para que el apoderado hipotecara la finca. Que el banco no interviniera en el otorgamiento del poder luego declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario no significa que, partiendo de la inexistencia de poder, pueda quedar amparado por la doctrina de la apariencia, dado que en el momento del otorgamiento de la escritura ninguna referencia se hizo al poder ni a su suficiencia». (A. A. O.)

15. Compensación de deudas. Pensión de alimentos. Oponibilidad por el acreedor alimentario de la compensación de las cantidades no satisfechas con las que él deba al alimentante.—La exclusión legal de la compensación en el artículo 1200 CC, en tanto se pretende cubrir las necesidades de quien tiene derecho de alimentos, trata de impedir que el alimentante se niegue a prestarlos mediante el mecanismo de la compensación. Es claro que a las pensiones no vencidas no podría oponérsele la compensación por faltar el requisito de la exigibilidad (art. 1196 CC) y parece razonable que el deudor de alimentos no pueda oponer la compensación de lo que deba en concepto de alimentos con otro crédito que ostente contra el alimentista. Pero también es claro que, frente a la reclamación por el alimentante frente al alimentista de cantidades debidas por este último al primero, el alimentista sí puede negarse a pagar oponiendo la compensación de lo que a su vez le deba el alimentante por alimentos. Es decir, el alimentante no puede oponer la compensación (art. 1200.II CC), pero el acreedor de alimentos sí puede compensar las pensiones atrasadas con la deuda que él tenga frente a su deudor. Quien puede renunciar o transmitir las pensiones alimenticias atrasadas, o el derecho a reclamarlas, puede también oponerlas en compensación (art. 151 CC).

Legitimación de la madre de la menor beneficiaria de la pensión para oponer la compensación cuando las obligaciones alimenticias no

abonadas por el progenitor han sido satisfechas por la madre. Pago de tercero.—Ante la alegación de que no procede la compensación porque los alimentos son debidos a la hija y no a la madre, que es contra quien se dirige la demanda, debe afirmarse que, ciertamente, la acreedora de los alimentos era la hija menor y la madre, a cuyo cuidado estaba la hija, solo estaba legitimada para reclamarlos. Ahora bien, puesto que el padre no pagó pensión alguna y fue la madre, con la que convivía la menor, quien asumió todos los gastos de manutención, por aplicación de las reglas del pago de tercero (art. 1158 CC) corresponde reconocerle el derecho a reclamar las pensiones a que estaba obligado el padre. **(STS de 7 de junio de 2021;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El actor y la demandada se habían separado judicialmente en 2003, de lo que resultó que la hija común quedó bajo la guarda de la madre y se les asignó a ambas el uso del que hasta entonces era el domicilio familiar. En la liquidación de la sociedad de gananciales se le atribuyó al marido la propiedad íntegra del inmueble, que incluía también un local comercial aldaño a la vivienda. En febrero de 2004 la esposa suscribió en su propio nombre un contrato de arrendamiento del local a favor de un tercero, percibiendo las rentas procedentes de dicho alquiler desde dicha fecha hasta junio de 2010. El esposo interpuso demanda en reclamación de las rentas percibidas por la demandada durante dicho periodo, incluyendo entre las cantidades reclamadas el importe del IVA. La esposa, por su parte, opuso la compensación de deudas que el marido mantenía con ella, en concreto, las procedentes del abono de determinados impuestos sobre la propiedad del inmueble, así como el pago de las cuotas del préstamo hipotecario sobre la vivienda y el local y, en especial, las derivadas del impago de las pensiones alimenticias acordadas judicialmente a favor de la hija, y por las que en su momento había recaído condena en vía penal contra el actor. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la esposa a abonar determinadas cantidades, rechazando, por el contrario, la compensación opuesta por aquella en atención, respecto de los alimentos debidos y no pagados, a que la titular era la hija y, en tal sentido, no concurría la identidad de sujetos exigida por la ley. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación de la demandada, al considerar que, si bien no procedía la compensación legal, sí era posible la judicial, por tratarse de deudas líquidas, imputables al demandante. En este sentido, compensó determinadas cantidades correspondientes a los pagos de la hipoteca que había llevado a cabo la demandada y, en particular, los procedentes de la pensión de alimentos no satisfecha por el actor. El demandante interpuso recurso de casación, pero solo con relación a la compensación con los alimentos debidos y no pagados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso. (*L. A. G. D.*)

16. Requisitos necesarios del silencio como manifestación del consentimiento contractual tácito y su aplicación en los casos de renuncia de derechos.—La Sala Primera reitera su doctrina según la cual el silencio puede tener efecto jurídico como declaración de voluntad, en los casos en los que quien calla

«podía y debía hablar»; deber que se fundamenta en normas positivas, contractuales o, también, en la buena fe, los usos del tráfico o el curso normal y natural de los negocios de que se trate. Siendo así, la Sala Primera advierte además que el silencio, para provocar esos efectos, ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente. Por eso, la falta de manifestación de un contratante a la comunicación del otro de su intención de resolver anticipadamente el contrato no cabe deducir la conformidad del primero con esta resolución en el sentido –no ya de oponerse a una resolución anticipada y unilateral que estaba expresamente prevista como facultad de ambas partes en el contrato– sino de renuncia a la indemnización derivada de una cláusula penal que el contrato preveía en este caso.

Improcedencia de la facultad de moderación de la pena convencional ante el incumplimiento que prevé.—No puede aplicarse la facultad moderadora de la pena prevista en el artículo 1154 CC, si se produce exactamente la infracción para cuyo advenimiento la pena se pactó. (STS de 29 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 15 de septiembre de 2008, A y B celebraron un contrato de mantenimiento de ascensores por una duración de 10 años, tácitamente prorrogable por iguales períodos sucesivos, mientras una de las partes no lo denuncie con 180 días de antelación a su vencimiento. El contrato establecía también que, en caso de rescisión unilateral por alguna de las partes, la parte que rescindiese indemnizaría a la otra, con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato, tomando como base el importe de la última cuota facturada.

El 17 de septiembre de 2012, la contratante del servicio (A) manifestó su intención de desistir del contrato de arrendamiento con efectos de 31 de enero de 2013. A fin de mantener la relación comercial con B, A solicitó simultáneamente a B presupuesto para el mantenimiento de todos sus ascensores, incluidos los dos objeto del contrato de 2008.

El 11 de enero de 2013, B emitió el presupuesto solicitado. Sin embargo, el 20 de febrero de 2013, A notificó a B que no aceptaba ese presupuesto y ratificaba además su decisión de rescindir el contrato a partir del 30 de mayo de 2013. Si bien las partes mantuvieron su relación contractual de mantenimiento de los ascensores, en junio de 2013 se produjo la resolución anticipada del contrato de forma efectiva mediante el cambio de cerraduras de los cuartos de máquinas en las instalaciones de A.

El 12 de junio de 2013, B denunciase la resolución del contrato mediante burofax y reclamase a A la cantidad prevista en la cláusula penal, lo que no fue atendido. Por eso, B interpuso demanda solicitando que se declarase que se había producido la resolución unilateral y anticipada del contrato y, sobre todo, que se condenase a A a abonar la cantidad prevista en la cláusula penal.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a A. Esta condena fue, sin embargo, rebajada por la Audiencia Provincial. Ante ello, B interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

17. Moderación judicial de la pena convencional ante circunstancias excepcionales. No aplicación.—La Sala Primera recuerda que la pena pueda mode-

rarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC, por analogía, cuando la indemnización a que conduzca sea tan extraordinariamente elevada que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso producido se separa cuantitativamente y de manera radical de los daños y perjuicios razonablemente previsibles al tiempo de contratar para el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Ahora bien, no cabe aplicar dicha facultad de moderación por analogía, cuando ambas partes de un contrato, en ejercicio de su libre autonomía de la voluntad y debidamente asesoradas, pactan la inclusión en el contrato de una cláusula penal que no favorece de forma exclusiva a una de las partes, sino que opera en beneficio de ambas, y constituye expresión de la importancia contractual dada a que se respetara la duración del plazo convencional pactado. (STS de 5 de julio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spielberg.]

HECHOS.—El 18 de marzo de 2005, A y B celebraron un contrato de arrendamiento no mercantil por el que la primera arrendaba a la segunda un inmueble por un plazo de duración de 12 años. El contrato contenía una cláusula según la cual, si cualquiera de las dos partes diera por extinguido el contrato antes de su vencimiento, la parte que lo rescindiese anticipadamente debería abonar a la otra el importe correspondiente a todas las rentas del periodo contractual que restare por cumplir hasta el diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, fecha de vencimiento del contrato.

El 29 de noviembre de 2012, la arrendataria manifestó su intención de desistir del contrato de arrendamiento con efectos de 31 de enero de 2013; lo que fue rechazado por la arrendadora, advirtiéndole del obligado cumplimiento del plazo de duración del contrato, así como de su voluntad de reclamar, en tal caso, la penalización pactada por desistimiento unilateral.

Pese a ello, la arrendataria entregó las llaves de la finca el 31 de enero de 2013. Este hecho motivó que la arrendadora interpusiese demanda interesando el pago de las rentas debidas, así como del importe de la cláusula penal. En lo que interesa, la demandada solicitó la moderación de la indemnización derivada de la cláusula.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y rechazó la moderación; lo que fue después revocado por la Audiencia Provincial. Frente a esta sentencia, la arrendadora interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

18. Compraventa de automóvil. Efecto relativo del contrato. Responsabilidad por incumplimiento.—El Tribunal Supremo reitera la doctrina contenida en la sentencia núm. 167/2020, de 11 de marzo. En el ámbito de la fabricación, distribución y venta de automóviles, los contratos no son unidades autónomas. Entre el fabricante y el comprador final, pese a que formalmente no han celebrado un contrato entre sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la –habitual– garantía comercial, o la exigibilidad por el consumidor final de las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente es realizada por el propio fabricante. Además, con frecuencia, el importador y el distribuidor pertenecen al mismo grupo societario que el fabricante, o están integrados en una red comercial en la que el fabricante tiene un papel importante. A la vista de lo anterior, el fabricante del vehículo no puede ser considerado como un tercero totalmente ajeno al contrato. El incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final se debió a que el producto que el fabricante había pues-

to en el mercado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante y, por tanto, le es imputable el incumplimiento.

Compraventa de automóvil. Asunción de responsabilidad.—La cuestión de si una carta remitida al propietario del vehículo por parte del importador y distribuidor en España constituye o no una asunción de la responsabilidad propia del fabricante, no es un simple hecho, sino una valoración jurídica susceptible de integrar la cuestión objeto de un recurso de casación.

Compraventa de automóvil. Instalación de un dispositivo para reducir las emisiones durante las pruebas de laboratorio. Daño moral *ex re ipsa*.—Cuando se exigen daños morales por el incumplimiento de un contrato de contenido puramente económico, aunque pudiera entenderse que existe una relación de causalidad material entre la conducta del demandado y eventuales daños no patrimoniales que hubiera podido sufrir el demandante, por lo general no podrá establecerse una imputación objetiva con base en el criterio del fin de protección de la norma. Ahora bien, si el incumplimiento contractual es doloso, el título de imputación se deriva de la previsión del artículo 1107 del CC: «en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». En consecuencia, podría imputarse objetivamente la causación de daños morales a quien actuó dolosamente o ha asumido la responsabilidad de un fabricante que instaló un dispositivo fraudulento para reducir las emisiones durante las pruebas de laboratorio. Pero, si no existe base fáctica que permita afirmar que el concesionario conocía la instalación de dicho dispositivo, no podrá atribuírsele a él una conducta dolosa, de tal modo que no se le pueden imputar objetivamente los daños morales causados al comprador. (STS de 23 de julio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una persona adquirió un vehículo que, años después, se descubrió que estaba afectado por el escándalo denominado *Dieselgate*: el grupo automovilístico en cuestión había instalado en sus vehículos un programa informático diseñado para falsear las mediciones de las emisiones de gases contaminantes. El grupo admitió públicamente los hechos, y el comprador recibió posteriormente una carta del importador y distribuidor en España, reconociendo el fraude y asegurándole que el vehículo era totalmente seguro desde el punto de vista técnico y apto para la circulación. El comprador presentó una demanda contra el remitente de la carta, así como contra el vendedor. En ella solicitó que se declarase la nulidad del contrato de compraventa o, alternativamente, la resolución del mismo por incumplimiento; así como, en cualquiera de los casos, una indemnización por los daños morales sufridos por la comercialización fraudulenta del vehículo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, considerando que el importador y distribuidor carecía de legitimación pasiva y que no había asumido en la carta la responsabilidad propia del fabricante. Con respecto a la vendedora, la desestimación de la demanda se basaba, fundamentalmente, en que no concurrían los requisitos exigidos para poder estimar la acción de anulabilidad, y tampoco se había producido un incumplimiento contractual grave y esencial, con efectos resolutorios. El juzgado tampoco consideró que se hubiera producido un incumplimiento contractual que hubie-

ra generado los daños y perjuicios cuya indemnización se reclamaba, al no haber probado el comprador la realidad de aquellos. El demandante apeló la sentencia, pero la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Finalmente, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto, acordando la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto en su momento, y por extensión la estimación parcial de la demanda, condenando al importador y distribuidor al pago de una cantidad por los daños morales ocasionados. (R. P. C.)

19. Responsabilidad contractual del arquitecto técnico frente al promotor, no propietario del edificio, por defectos constructivos.—El promotor se encuentra legitimado para ejercitar las acciones derivadas del arrendamiento de los servicios de dirección de obra suscrito con el arquitecto técnico (art. 1544 CC), aun cuando no haya sido requerido o demandado por los adquirentes de lo edificado. La responsabilidad solidaria del promotor frente a los compradores de los pisos permite que éste trate, legítima y legalmente, de eludirla demandando anticipadamente al agente que considere responsable del defecto. La legitimación de los sucesivos propietarios, que les permite reclamar a los agentes de la edificación, no borra la legitimación del promotor que contrató con éstos para exigirles el correcto cumplimiento del contrato (STS 871/2005, de 7 de noviembre, que cita las SSTs de 7 de junio de 1990 y 8 de junio de 1992, entre otras).

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en el ejercicio de acciones contractuales del promotor frente al resto de agentes de la edificación.—No puede exigirse al promotor que demande a otros agentes, eventuales responsables, cuando su reclamación se fundamenta en la responsabilidad contractual del demandado (STS 447/2006, de 8 de mayo y las que cita). (STS de 7 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La promotora de un edificio de viviendas transmitidas a terceros demandó al arquitecto técnico, con quien había contratado la dirección de ejecución de la obra, solicitando su condena al pago del coste de unas reparaciones que había afrontado, y a reparar una serie de defectos constructivos que aún no había subsanado la promotora. El Juzgado estimó la demanda, pronunciando que sería revocado por la Audiencia. La promotora interpuso recurso de casación articulado en dos motivos. En el primero, alegó que, de acuerdo con la jurisprudencia, posee legitimación, aun cuando no haya sufrido el quebranto patrimonial de costear previamente las reparaciones reclamadas. Y en el segundo, esgrimió una vulneración de la doctrina jurisprudencial según la cual no puede exigirse a la promotora que demande a otros agentes de la edificación, al encontrarnos ante acciones contractuales. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación, y casó parcialmente la sentencia, confirmando la sentencia de primera instancia, salvo en lo relativo a la condena al pago del coste de las reparaciones ya realizadas, dado que en este extremo no fue recurrida la sentencia de la Audiencia, que había apreciado una responsabilidad exclusiva de la constructora no demandada.

NOTA.—El reconocimiento de legitimación al promotor después de la venta del edificio constituye una doctrina jurisprudencial particularmente discutida si éste no ha reparado previamente los defectos constructivos (véase Cadarso Palau, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 181, y Salvador Coderch, P., en *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1993, p. 1.193). En el supuesto de que el promotor obtenga una cantidad dineraria, se corre el riesgo de que no se emplee en la reparación de los defectos (Martínez Escribano, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, 2007, p. 44). Por lo demás, la admisión de estas acciones en los casos en que el promotor no sea propietario ni haya indemnizado a los adquirentes, puede colisionar con las que éstos ejerciten frente a los agentes, en cuyo caso deberá darse preferencia a las últimas por tratarse de los verdaderos perjudicados (Santana Navarro, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019, II, p. 388). (F. S. N.)

20. Responsabilidad por defectos constructivos (art. 17.1 b) LOE).— Producción de los daños materiales dentro del plazo de garantía: la constatación del vicio constructivo constituye en sí misma un daño material.—La deficiente instalación del pavimento de unas viviendas por una causa común constituye un defecto generalizado, un daño para cada uno de sus titulares, con independencia de que los defectos se hayan manifestado o no en todas ellas dentro del plazo de garantía trienal aplicable. Tales defectos son daños materiales, en cuanto comprometen la integridad de la vivienda al afectar a su habitabilidad, porque su reparación tiene un coste cierto y evaluado económicamente.

Posición jurídica de los llamados al proceso, en virtud de la DA 7.^a LOE, mientras no se dirija demanda en su contra: condición de terceros, sin perjuicio de su vinculación por las declaraciones que se realicen a propósito de su responsabilidad en los defectos constructivos.—Los llamados al proceso por la vía de la DA 7.^a LOE y del artículo 14.2 LEC, ocupan la posición jurídica de terceros, si la demanda no se dirige contra ellos por el actor y no es precisa su interpelación conjunta con los demandados, por no darse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. La sentencia que se dicte no podrá contener pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del tercero (SSTS, de Pleno, 459/2020, de 28 de julio, y 623/2011, de 20 de diciembre). La oponibilidad y ejecutividad del fallo a que se refiere la DA 7.^a LOE, supone, de un lado, que el llamado al proceso quedará vinculado por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su intervención en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrá alegar que resulta ajeno a lo ejecutado, y de otro, que únicamente podrá ejecutarse la sentencia en su contra cuando se den los presupuestos procesales, lo que no ocurrirá cuando ninguna acción se ha ejercitado en su contra (SSTS, de Pleno, 538/2012, de 26 de septiembre, y 459/2020, de 28 de julio). El demandado que solicita la intervención de un tercero no solo persigue su condena, sino facilita la posterior acción de regreso de que se crea asistido frente a los que considere corresponsables, quienes no podrán desconocer el contenido del pronunciamiento previo, cuestionando la valoración fáctica y la aplicación del derecho realizada en él, o la defensa desarrollada por el deman-

dado (SSTS 760/2014, de 8 de enero de 2015, y 1364/2006, de 29 de diciembre). Por ello, la constructora está facultada para solicitar la declaración de responsabilidad del arquitecto técnico. Además, si se vetara lo anterior, quedaría firme la exoneración del arquitecto técnico no demandado, lo que condicionaría la acción de repetición de la constructora.

Responsabilidad del arquitecto técnico por defectos de ejecución generalizados.—De acuerdo con el artículo 13 LOE, cuando el arquitecto técnico actúa como director de la ejecución material de una obra, es el agente a quien compete controlar y supervisar, entre otros aspectos, los materiales que se utilizan y su correcta colocación. En esta competencia ahonda el artículo 7 del Código Técnico de la Edificación, que le atribuye el control durante la ejecución de cada unidad de obra, verificando los materiales utilizados, y la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, así como los controles a realizar para comprobar su conformidad con lo indicado en el proyecto, la legislación la aplicable, las normas de la buena práctica constructiva y las instrucciones de la dirección facultativa. De acuerdo con el artículo 2 del Decreto de 16 de julio de 1935, le corresponde inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas, y ordenar la ejecución material de la obra, siendo responsable de que se efectúe con sujeción al proyecto y a las buenas prácticas de la construcción (STS 1092/2003, de 12 de noviembre). Cuando el defecto o vicio constructivo es una imperfección en la ejecución material que, por su magnitud, afecta a toda la obra, el arquitecto técnico no puede eludir su responsabilidad. Por ello, aunque el arquitecto técnico no intervino como demandado y no puede ser condenado, sí procede declarar su responsabilidad. (STS de 17 de junio de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Dos comunidades de propietarios afectadas por vicios constructivos en el pavimento de las viviendas que comprometen su habitabilidad, y la promotora que las vendió y costeó las reparaciones más urgentes, reclamaron respectivamente a la constructora, el pago del coste de las obras de reparación, más los gastos de alojamiento y depósito de mobiliario durante su ejecución, y el reembolso del coste de aquellas reparaciones urgentes. Tales defectos poseían una causa común, y durante el plazo de garantía trienal en alguna de las viviendas aparecieron baldosas dañadas con fisuras, abombamientos o despegues del soporte. A petición de la constructora demandada fueron llamados al proceso el arquitecto superior y el arquitecto técnico. La demanda no se dirigió frente a estos intervinientes, pero en tal condición la contestaron. El Juzgado y la Audiencia estimaron sustancialmente la demanda. En la sentencia de segunda instancia se añadió que no cabía atribuir responsabilidad al arquitecto técnico porque los defectos tuvieron causa exclusiva en la mala puesta en obra de los pavimentos, que constituye una labor sencilla por lo que no precisa de instrucciones específicas. La constructora interpuso recurso de casación alegando infracción del artículo 17.1 b) LOE, por preclusión del plazo de garantía trienal en cuanto a algunas viviendas, por no haberse manifestado daños en ellas. También alegó infracción del artículo 1902 CC, al entender que los daños no se habían producido; y de los artículos 13.1 y 13.2 c) LOE, por estimar responsable al arquitecto técnico. El Tribunal Supremo acogió en parte el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se aborda una cuestión de una indudable trascendencia, la determinación del suceso que debe producirse durante los plazos de garantía previstos en la LOE, interés acentuado en el caso de defectos de habitabilidad que se someten a un breve plazo trienal. Para que surja la responsabilidad no es necesario que durante dicho plazo el vicio o defecto constructivo genere un daño adicional al de su propia existencia, porque aquél produce necesariamente un perjuicio patrimonial (Santana Navarro, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 41, 126 y ss.). Al margen de este planteamiento, cabría sostener que por tratarse de daños generalizados no es necesario que todos se exterioricen durante el plazo de garantía, como señaló la STS de 29 de diciembre de 1993, dictada en un supuesto en que las tuberías se habían corroído por idéntica causa, algunas dentro de la antigua garantía decenal (art. 1591 CC) y otras no, pero habiéndose iniciado la génesis de tal corrosión en plazo. (F. S. N.)

21. Responsabilidad profesional del abogado por pérdida de oportunidad.—Por la propia naturaleza de su profesión, la obligación que asume el abogado al aceptar un encargo suele ser de medios, pues no puede garantizar el resultado del pleito al depender de circunstancias ajenas a su actividad. Sin embargo, en ocasiones su falta de diligencia puede llevar a la frustración de las legítimas pretensiones de su cliente, como puede suceder cuando le asesora incorrectamente o no presenta los recursos oportunos. En tales casos los perjudicados se encuentran con el problema de acreditar el daño sufrido, pues no pueden demostrar definitivamente que en caso de haber actuado con diligencia el resultado del proceso habría sido otro, escollo que se salva a través de la doctrina de la pérdida de oportunidad. La Sala Primera se pronuncia de nuevo sobre la calificación de este daño, abundando en su jurisprudencia más reciente según la cual no ha de considerarse como un daño moral sino como un daño patrimonial incierto, por lo que la indemnización no procede en todo caso, sino solo cuando haya una razonable certeza sobre la posibilidad de que la pretensión no ejercitada por los letrados hubiera resultado beneficiosa para los demandantes, correspondiendo la carga de la prueba a quien reclama la indemnización. (STS de 28 de junio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los letrados A y B asumieron los expedientes expropiatorios de diversas fincas, interponiendo los correspondientes recursos contencioso-administrativos contra el justiprecio acordado en vía administrativa. La mayoría de los mismos se resolvió con relativa rapidez y, a pesar de un cierto retraso en hacer efectivo el pago, los clientes aceptaron el justiprecio sin formular reserva del derecho de retasación. Dos recursos, no obstante, se resolvieron con posterioridad a la reforma de la normativa autonómica de valoración del suelo, por lo que se hizo valer el derecho de retasación y se fijó un nuevo justiprecio muy superior al de las demás fincas. Consecuentemente, los clientes de A y B interpusieron demanda de responsabilidad profesional contra ellos por su inadecuado asesoramiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, considerando que A y B habían faltado a la diligencia debida, y los condenó a indemnizar la diferencia entre el precio por metro cuadrado de los primeros expedientes y el de los que fueron objeto de retasación. Contra dicha sentencia los codemandados interpusieron recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Según esta, aunque la retasación fuera procedente el precio debería fijarse atendiendo al momento en que se pudo realizar tal solicitud, antes de la reforma autonómica, y los demandantes no habían aportado prueba de que el precio habría sido superior en tal caso.

Los demandantes interpusieron recurso por infracción procesal de las reglas de carga de la prueba, rechazado por el Tribunal Supremo porque en procesos sobre responsabilidad de los letrados corresponde a quien reclama la indemnización probar los requisitos de la responsabilidad civil. Interpusieron asimismo recurso de casación por infracción de las normas y doctrina jurisprudencial relativas a la negligencia profesional del abogado en relación con el derecho de retasación. El mismo también fue desestimado por el Tribunal Supremo, que aserta que la doctrina de pérdida de oportunidad se basa en una frustración de una pretensión de naturaleza patrimonial, no de un daño moral, por lo que es necesaria una certeza razonable sobre la posibilidad de éxito de la pretensión no ejercitada. Si los demandantes no prueban el mayor precio que habrían recibido en caso de haber pedido la retasación en tiempo y forma, en atención a las circunstancias existentes al tiempo de formularla y no a las condiciones legales resultantes de la reforma posterior de la normativa de valoración del suelo, no se puede apreciar la falta de diligencia de los letrados ni la existencia del daño.

NOTA.—La identificación del daño indemnizable en los casos de pérdida de oportunidad es polémica en nuestra jurisprudencia: en ocasiones se ha calificado como un daño moral consistente en la propia frustración de la pretensión (SSTS 396/1996, de 20 de mayo; 609/1998, de 25 de junio; y 1157/2003, de 12 de diciembre), mientras que desde hace algún tiempo se viene calificando como un daño patrimonial, dado el carácter instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva respecto del derecho que se pretendía hacer valer (SSTS 328/2010, de 27 de mayo; 373/2013, de 5 de junio; y 50/2020, de 22 de enero), posición en la que abunda la Sala Primera en esta sentencia. En esta línea, se ha dicho que la doctrina de la pérdida de oportunidad operaría como un supuesto de responsabilidad proporcional o imputación probabilística, de modo que en vez de asignar un valor a la oportunidad como daño moral se trataría de fijar una indemnización en proporción al grado de certeza sobre la producción del daño y el nexo causal con el acto enjuiciado (SSTS 948/2011, de 16 de enero de 2012; y 105/2019, de 19 de febrero). (C. C. S.)

22. Responsabilidad civil extracontractual y fallecimiento prematuro como factor de minoración de la indemnización.—Aunque tiene carácter orientativo y no vinculante, es frecuente que nuestros tribunales acudan al baremo de la LRCSCVM para la cuantificación de los daños persona-

les, el cual tiene en cuenta la edad de la víctima y sus expectativas vitales para calcular la indemnización. Se plantea entonces si en caso de fallecer la víctima a causa del accidente o enfermedad de cuya indemnización se trata estaría justificada la reducción de la cuantía, atendiendo a la diferencia entre la duración real de su vida y la esperanza de vida que se tuvo en cuenta al hacer el cálculo. En este punto la propia LRCSCVM contempla la posibilidad de modificar la indemnización como consecuencia de la alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su fijación o por la aparición de daños sobrevenidos, y la Sala Primera se pronuncia en el sentido de que el fallecimiento de la víctima, en la medida en que delimita con certeza las coordenadas temporales del daño, ha de tenerse en cuenta a efectos de calcular la indemnización. Los herederos tienen derecho al crédito resarcitorio del causante, razona, pero el mismo debe obedecer a los daños efectivamente sufridos y estos no pueden separarse de la muerte de la víctima, ello sin perjuicio de los derechos indemnizatorios que puedan corresponderles por derecho propio a los herederos a razón de su propio sufrimiento por la muerte del familiar. (STS de 28 de junio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Como consecuencia de su exposición prolongada al amianto a causa del trabajo de su padre, A acabó desarrollando un cáncer muy agresivo e incurable que redujo sensiblemente su esperanza de vida y le ocasionó una incapacidad permanente absoluta, así como graves padecimientos. Es por esto que A interpuso demanda de responsabilidad civil contra la empresa B, empleadora de su padre.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y concedió la suma reclamada por la actora. La empresa B apeló el fallo, discutiendo su responsabilidad en la causación del daño y solicitando en todo caso la reducción de la cuantía. Durante la tramitación del recurso, A falleció. En estas circunstancias, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, reafirmando la responsabilidad de la empresa B pero reduciendo la cuantía de la indemnización al entender que, con la muerte de la víctima, los perjuicios se acotaban a un periodo inferior al tenido en cuenta originalmente al conceder la indemnización.

Las herederas de A interpusieron recurso de casación por infracción de doctrina jurisprudencial que fue íntegramente desestimado por el Tribunal Supremo. Este desgrana las sentencias invocadas por las recurrentes, destacando: 1) que el baremo establecido en la LRCSCVM es orientativo, no vinculante; 2) que en su artículo 43 contempla la modificación del *quantum* por alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación, como puede ser la muerte; y 3) que deben distinguirse los casos en que la víctima fallece sobrevenidamente por causas externas de aquellos en que la muerte se deriva del propio accidente litigioso, en cuyo caso estaría perfectamente justificada la reducción de la cuantía en atención al verdadero período de sufrimiento. No obstante, también afirma que esta indemnización es en todo caso compatible con la que pueda corresponder *ex iure proprio* a los herederos por su propio sufrimiento por la muerte anticipada de su pariente.

NOTA.—Respecto al carácter orientativo y no vinculante del baremo establecido en la LRCSCVM para el cálculo de la indemnización por daños a la persona, debiendo el juzgador atender a las circunstancias concurrentes, la sentencia no hace sino sumarse a la inveterada jurisprudencia en este sentido (SSTS 280/1997, de 26 de marzo; 1250/2006, de 27 de noviembre; 776/2013, de 16 de diciembre; y 630/2020, de 24 de noviembre). En cuanto a la posibilidad de que la muerte prematura de la víctima se tenga en cuenta para minorar la indemnización, la Sala Primera en algunos casos se ha pronunciado en contra (SSTS 800/2009, de 10 de diciembre; y 249/2015, de 29 de junio). Sin embargo, en otros pronunciamientos, como el actual, ha matizado que, cuando el fallecimiento se debe al mismo accidente o enfermedad de cuya indemnización se trata, la muerte supone la concreción definitiva del daño e influye en su cuantificación, sin perjuicio de que este fallecimiento anticipado pueda conllevar a su vez un padecimiento indemnizable para los herederos de la víctima, cuya reclamación es compatible con la de los daños sufridos por aquella (SSTS 535/2012, de 13 de septiembre; y 141/2021, de 15 de marzo). (C. C. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. Medianería horizontal. Concepto.—A pesar de no hallarse regulada expresamente en el Código Civil, y sí contemplada en el artículo 555.1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, este Tribunal ha admitido la llamada medianería horizontal, que se da en aquellas situaciones en que se produce el fenómeno constructivo de superposición de edificaciones, en el que una de ellas pisa sobre la otra con la que colinda. Este fenómeno se conoce igualmente con el nombre de «casas a caballo». Se utiliza también el término de engalaberno para hacer referencia a supuestos en los que una edificación construida en su propio solar invade o se apoya sobre otra construcción levantada en un terreno colindante, con ocupación de su vuelo o subsuelo. No es extraño observar en el clausulado de instrumentos públicos e inscripciones registrales expresiones tales como «en este edificio se introduce una habitación del colindante» o que «pisa» o «apoya» sobre edificación ajena, ocupando parte de su espacio aéreo.

Elementos característicos de la medianería horizontal.—La particularidad de estos supuestos radica en la horizontalidad del elemento medianero, paralelo respecto al suelo, que sirve de techo para una de las edificaciones y de suelo para la otra, y que se configura como el único elemento común de relación entre las fincas, sometido como tal a un particular, y no sencillo, régimen jurídico derivado de su propia naturaleza y esencia.

Tratamiento jurídico.—El Tribunal Supremo negó la aplicación en tales casos del régimen jurídico de la comunidad de bienes de los artículos 392 y siguientes del Código civil, en la sentencia de 24 de mayo de 1943; así como su identificación con la regulación normativa de la propiedad horizontal en la sentencia de 28 de abril de 1972, introduciendo el concepto de medianería horizontal. Por su parte, la sentencia 421/2008, de 20 de mayo, declara su sometimiento a un régimen especial, con exclusión de la regulación normativa de la medianería salvo que se haga por vía de aplicación analógica.

Inexistencia de medianería horizontal. Edificio único que constituye una misma finca registral en la que las partes pactaron el sometimiento al régimen de propiedad horizontal.—No nos hallamos, por consiguiente, ante dos fincas distintas, manifestación constructiva de una medianería horizontal, sino ante un edificio único, de origen común, levantado sobre el mismo solar, cuyas plantas se asientan en los mismos cimientos, que conforman una misma finca registral sobre la cual los demandados inscribieron su derecho de vuelo, y en el que las partes pactaron además expresamente el sometimiento al régimen de propiedad horizontal, en coherencia con la unidad estructural del inmueble litigioso.

Doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de ir contra los actos propios.—Recientemente hemos sintetizado la jurisprudencia de esta sala sobre la doctrina de los actos propios, en las sentencias 320/2020, de 18 de junio y 63/2021, de 9 de febrero, de la forma siguiente: «La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 9 de diciembre de 2010 y 547/2012, de 25 de febrero de 2013). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS 9 de diciembre de 2010, 7 de diciembre de 2010). Como afirmamos en la sentencia de 25 de febrero de 2013, [...], dicha doctrina «significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real».

Concepto de acto propio.—Como también hemos afirmado en la sentencia 760/2013, de 3 de diciembre, reiterando lo declarado en la sentencia de 22 de octubre de 2002, los «actos propios» que producen esos efectos deben ser «actos idóneos para revelar una vinculación jurídica [...]». (**STS de 7 de junio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los actores compraron un terreno bajo la condición de construir un edificio de una sola planta, ocupando toda la superficie del solar enajenado, con la solidez suficiente para edificar sobre esa planta dos más que corresponderían al vendedor o a sus derechohabientes. Ejecutada la mentada edificación, la parte compradora, como propietaria de la planta primera o baja y la parte vendedora, como propietaria del derecho a edificar sobre esa planta otras dos más, suscribieron una escritura de obra nueva. En dicha escritura se pactó que las edificaciones que se construyesen sobre el vuelo de la finca construida se sujetarían a las normas sobre propiedad horizontal y que las nuevas plantas serían destinadas cada una de ellas a una vivienda, con una extensión y características similares a la ya existente. Tras el fallecimiento del vendedor se inscribió en el Registro de la Propiedad el derecho de vuelo a nombre de los herederos. En el momento de la demanda, el edificio consta de dos pisos enteramente construidos. El primero o planta baja, perteneciente a los compradores, y la primera planta, propiedad de los

herederos del vendedor. A su vez estos, levantaron en la azotea dos habitaciones y una puerta de hierro que impide el acceso a la cubierta del edificio al otro propietario. El litigio va dirigido a que se acuerde la remoción de la puerta de hierro y cualquier otro elemento que impida o limite el acceso a la cubierta del edificio y que se declare la ilegalidad de las obras por estar realizadas en un elemento común del inmueble. Los demandados alegaron en su defensa que, en el caso del edificio objeto de controversia, no existe comunidad de bienes, ni propiedad horizontal sino medianería horizontal que funciona como un sistema de propiedad individualizada. En este sentido, afirmaron que las fincas de los actores y demandados son independientes porque tienen su acceso por fachadas diferentes, sin que exista desde el interior una conexión directa. De forma que el único elemento medianero entre las propiedades es la pared horizontal, que separa el vuelo de la vivienda del actor con el suelo de la vivienda de la planta primera. El juzgado desestimó la demanda con el razonamiento de que no existe comunidad de propietarios y que los demandantes nunca han tenido acceso a la azotea. La Audiencia Provincial la revocó, dando la razón a los actores, al entender que se trataba de una edificación sometida al régimen de propiedad horizontal y aunque se había otorgado a los demandados el derecho de vuelo, hasta que no se edifique la cubierta es un elemento común del inmueble. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

24. Propiedad horizontal. Aplicación del régimen de propiedad horizontal a complejos inmobiliarios previos a la reforma operada por la Ley 8/1999.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara improcedente aplicar el régimen de las propiedades horizontales y, especialmente, de la obligación de contribuir a los gastos generales, a un complejo inmobiliario constituido antes de la reforma de la Ley 8/1999 que no probó la existencia de elementos ni servicios comunes. (STS de 6 de julio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 18 de diciembre de 1994 se constituyó una macrocomunidad de propietarios que, en 2010, aprobó unos nuevos estatutos. Tras ello, aprobó la lista de propietarios morosos y demandó a uno de ellos. El propietario moroso se opuso alegando falta de legitimación activa de la macrocomunidad, entre otros motivos, no resulta aplicable al caso el artículo 24.1.b) LPH por no existir copropiedad ni proindiviso; además de que los servicios eran prestados por el Ayuntamiento de Estepona.

En estas circunstancias, el Alto Tribunal compartió el criterio y rechazó que cupiera aplicación analógica del régimen propio de las propiedades horizontales a los complejos inmobiliarios constituidos con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 8/1999, ya que ello exige inexcusablemente que concurra la situación de la «titularidad compartida» sobre determinados elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios, lo que no se probó en este caso. En consecuencia, no puede aplicarse el régimen de contribución obligatoria a los gastos generales del artícu-

lo 9.1, e) LPH, es decir, los destinados al sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades, no susceptibles de individualización. (A. A. O.)

25. Compensación por copia privada.—La normativa nacional sobre la compensación equitativa por copia privada, recogida en los artículos 25 y 31.2 LPI, ha de ser interpretada de conformidad con la Directiva 2001/29, siguiendo las pautas marcadas por el TJUE, pues tal interpretación conforme es posible, aplicando los criterios teleológico y sistemático. El TJUE ha declarado que el concepto de «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5.2.b) Directiva 2001/29, es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan establecido la excepción de copia privada. Según el TJUE, de los considerandos 35 y 38 de la Directiva 2001/29 se desprende que dicha compensación equitativa tiene por objeto compensar a los autores adecuadamente por el uso que, sin su autorización, se haya hecho de sus obras protegidas. Por tanto, la compensación está vinculada al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado de su obra protegida.

Un sistema de financiación de la compensación equitativa por medio de un canon por copia privada, que grave a quienes disponen de los equipos y soportes de reproducción digital y los ponen a disposición de personas privadas, sólo es compatible con los requisitos del justo equilibrio en caso de que los equipos y soportes de reproducción en cuestión puedan utilizarse para realizar copias privadas y, por consiguiente, puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas. Ellos serán los deudores de la compensación, si bien deben tener la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados.

Por tanto, el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. De ahí que la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulte conforme con la Directiva 2001/29. No es posible aplicar el canon a la totalidad de equipos y soportes de reproducción digital adquiridos por el público, sin tener en cuenta el uso que se les vaya a dar. En definitiva, el Tribunal Supremo considera que es posible realizar una interpretación del artículo 25 LPI, en la redacción anterior a la vigente, conforme al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 y la jurisprudencia del TJUE. **(STS de 23 de junio de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El banco C interpuso en 2013 una demanda contra las entidades de gestión CEDRO y VEGAP, en la que solicitaba, entre otras cosas, que se condenara a las demandadas a restituirle más de 900.000 euros, cantidad que C había satisfecho indebidamente en concepto de canon por copia privada por razón de los equipos y soportes adquiridos entre 2006 y 2009. Las pretensiones se fundaron en el cuasicontrato de pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa. C alegó que pagó la compensación al adquirir

tales equipos y soportes, cuya exigencia, en tanto que fundada en un criterio indiscriminado ajeno al uso presumible de los equipos y soportes adquiridos, resultaba contraria al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29, como resulta de la jurisprudencia del TJUE.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró carente de justificación el canon que se repercutió a la demandante, por lo que condenó a las demandadas a restituirle la suma de casi 870.000 euros, por ser esa la cifra que había resultado probada con las facturas aportadas. Las demandadas apelaron la sentencia ante la Audiencia Provincial. Ésta estimó el recurso de apelación por considerar que el cobro de la compensación había sido conforme al artículo 25 LPI. La Audiencia argumentó que la Directiva carecía de efecto directo horizontal, y no era posible realizar una interpretación del artículo 25 LPI conforme al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 sin incurrir en una interpretación *contra legem*. Por tal razón, el pago del canon por copia privada por parte de C, al comprar los equipos y soportes, se basaba en un título jurídico que era el artículo 25 LPI, por lo que no fue un cobro indebido ni el enriquecimiento experimentado por las apelantes fue un enriquecimiento in causa.

C interpuso un recurso de casación. CEDRO, en su escrito de oposición al recurso, alegó, entre otras, una causa de inadmisión basada en la carencia sobrevenida del objeto de las acciones ejercitadas por C como consecuencia de la entrada en vigor de la DT 3.^a del Real Decreto-ley 12/2017. CEDRO deduce de esta norma que C carece, sobrevenidamente, de acción para exigir ese reembolso. Dicha norma establece que no procede la devolución del importe abonado o repercutido por la aplicación del régimen de compensación equitativa conforme a la normativa entonces vigente. El Tribunal Supremo señala que la interpretación que ha de darse a esa norma es que los abonos de la compensación realizados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, que sean conforme a la normativa entonces vigente, no deben ser devueltos, aunque no sean procedentes conforme a esta nueva norma. Ahora bien, apunta también que no cabe privar de acción a los afectados cuando los abonos de esa compensación no fueran acordes con la interpretación que había que hacer de la normativa entonces vigente conforme a la jurisprudencia del TJUE relativa al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29.

Entrando en el fondo del recurso de casación, el Tribunal Supremo considera que debe ser estimado. La compradora final de los equipos era una entidad financiera, y tales equipos y soportes son adecuados para desarrollar la actividad empresarial propia de su objeto social, por lo que no estamos ante equipos destinados al uso de personas físicas, respecto de los que quepa presumir un posible destino a reproducir obras ya divulgadas para uso privado de una persona física. Por el contrario, se presentan como equipos manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas. Por lo tanto, no concurre el requisito de potencialidad de causar un perjuicio efectivo a los autores como consecuencia de realizar copias privadas de sus obras, establecido por la jurisprudencia del TJUE.

NOTA.—Sobre la eficacia de las directivas europeas, *vid.* la sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2020 (caso *Euromin Holding*) y la STS de 9 de enero de 2013. Respecto a la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la compensación equitativa por copia privada, *vid.* sus sentencias de 21 de octubre de 2010 (caso *Padawan*), 16 de junio de 2011 (caso *Stichting de Thuis kopie*). En la jurisprudencia española, *vid.* las SSTS de 22 de junio de 2012, 6 y 9 de marzo de 2015. (*S. L. M.*)

26. Desahucio por precario y provisionalidad de la suspensión del lanzamiento de vivienda habitual.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, la suspensión del lanzamiento de vivienda habitual de los deudores hipotecarios vulnerables, prevista en la Ley 1/2013 por un plazo de dos años prorrogado sucesivamente, en atención a su carácter coyuntural, solo alcanzará dicho plazo acordado en el auto cuando no conste ni la concurrencia del ejecutado en los requisitos de vulnerabilidad, ni la interposición de una demanda de ampliación del plazo. (**STS de 7 de julio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Jesús Carlos y la entidad financiera Caixa d'Estalvis Laietana celebraron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre una vivienda destinada a residencia habitual. Ante el impago de diversas cuotas del contrato de préstamo, la entidad financiera interpuso demanda de ejecución hipotecaria sobre la finca objeto de la garantía, que le fue adjudicada tras la celebración de la correspondiente subasta judicial. Tras esta adjudicación, se acordó la suspensión del lanzamiento y la mantención del ejecutado en la ocupación de la finca por un plazo de dos años. Con posterioridad, la entidad financiera procedió a la venta del inmueble, y los adquirentes interpusieron una demanda de desahucio por precario.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación por entender que está acreditado que el demandante es el propietario de la vivienda litigiosa, que la suspensión del lanzamiento no constituye título para la posesión, y que no consta que el demandado haya solicitado al acreedor ejecutante el arrendamiento de la vivienda, en aplicación del Código de Buenas Prácticas de las entidades financieras.

NOTA.—El Tribunal Supremo considera que no es suficiente para enervar la acción de desahucio que la situación del demandado no responda a la mera tolerancia del actor. Asimismo, aunque en el momento de interposición de la demanda de desahucio por precario no había concluido el plazo de la suspensión del lanzamiento, había expirado en el momento de celebración de la vista. Finalmente, no se había solicitado la ampliación de dicho plazo, ni se había acreditado la posible formalización de un arrendamiento de vivienda, en aplicación del Código de Buenas Prácticas. Los terceros adquirentes son de buena fe, y no es oponible esta situación posesoria temporal al amparo del artículo 1 de la Ley 1/2013. (*C. A. C.*)

27. Legitimación activa de un notario para impugnar judicialmente la calificación registral que deniega la inscripción de una escritura autorizada por dicho notario.—Se plantea como cuestión jurídica si el notario que autorizó una escritura que fue presentada para su inscripción registral goza de legitimación activa para la impugnación judicial directa de la calificación negativa del registrador. Según el artículo 328 LH, párrafo tercero, el notario que autorizó la escritura cuya inscripción fue denegada por el registrador está legitimado para impugnar directamente la calificación negativa ante el juez competente, pues lo está para recurrir esta calificación ante la DGRN (DGSJFP), conforme a la letra b) del artículo 325 LH. Es cierto que el párrafo cuarto del artículo 328 LH establece una excepción, en cuanto que restringe la legitimación para recurrir judicialmente la resolución de la DGRN (DGSJFP). Expresamente niega esta legitimación, por una parte, al Colegio de Registradores, al Consejo General de Notariado y a los colegios notariales, y por otra al notario y al registrador implicados (el notario que autorizó el título y el registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada por la DGRN). La norma ha ceñido la legitimación a los directamente interesados, ordinariamente, los titulares de derechos que pretendían acceder al registro. No obstante, el propio párrafo cuarto del artículo 328 LH reconoce legitimación al notario autorizante del título y del registrador que califica para recurrir judicialmente la resolución de la DGRN «cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares». Pero en nuestro caso estamos ante una impugnación judicial directa de la calificación negativa del registrador, a la que resulta de aplicación la regla general del párrafo tercero del artículo 328 LH, que se remite al artículo 325.b) LH, y no la regla especial del párrafo cuarto del artículo 328 LH. Por eso, no cabe cuestionar la falta de legitimación activa del notario que autorizó la escritura objeto de la calificación negativa directamente impugnada. (STS de 20 de julio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 23 de marzo de 2017, el notario Balbino autorizó una escritura de compraventa. La escritura fue presentada al registro y la registradora realizó una calificación negativa y suspendió la inscripción, al advertir varios defectos subsanables. El notario que había autorizado la escritura interpuso una demanda de juicio verbal, al amparo del artículo 328 LH, para que se anulara y se dejara sin efecto la reseñada calificación registral negativa. La demanda se dirigía frente a la registradora que realizó la calificación. La registradora, además de cuestionar el fondo del asunto, excepcionó la falta de legitimación activa del notario para impugnar judicialmente la calificación registral, al carecer el notario de interés personal o patrimonial. La sentencia de primera instancia apreció esta excepción de falta de legitimación activa del notario y desestimó la demanda.

Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por el notario demandante, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó su falta de legitimación activa para impugnar la calificación negativa de la registradora, por carecer de interés legítimo.

Frente a la sentencia de la Audiencia, el notario demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso. (J. M.^a M. F.)

DERECHO DE FAMILIA

28. Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en caso de custodia compartida.—El Código civil español no regula el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guardia y custodia compartida, produciéndose, por tanto, un vacío normativo que es necesario cubrir.

A tales efectos, no resulta de aplicación lo establecido en el párrafo primero del artículo 96 CC, puesto que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guardia y custodia de los hijos a uno de los progenitores, sin perjuicio del derecho de vistas del otro.

A la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación que guarda mayor identidad de razón con el caso que se plantea —aun con diferencias relevantes— la encontramos en el párrafo segundo del artículo 96 CC. Este artículo 96 CC señala que, para tales casos, el juez resolverá lo procedente. De este modo, se está confiando al titular de la jurisdicción el mandato normativo de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en curso, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador.

No obstante, la falta de concreción de tal criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia, en cumplimiento de su función, a fijar los elementos a valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad.

Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores:

(i) en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres;

(ii) en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

De acuerdo con dicha doctrina, es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos, etc.) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía. Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, pues deben armonizarse los intereses contrapuestos, cuales son el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda.

Con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, valorando las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde uno a tres años, pasando por uso por anualidades alternas o hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales. En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado. (STS de 22 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Rosendo interpone demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en un previo procedimiento de divorcio, contra Caridad, en la que solicita se dicte sentencia por la que se acuerde haber lugar a la fijación de custodia compartida de los hijos en común. La demanda es parcialmente estimada, estableciéndose la custodia compartida.

Rosendo interpone recurso de apelación, recurso que es desestimado.

Rosendo interpone recurso de casación, respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar a Caridad sin limitación temporal, a pesar de la fijación de la custodia compartida de los dos hijos en común. El recurso es estimado, dado que la vivienda en cuestión es de titularidad de ambos cónyuges y ganancial, Caridad cuenta con capacidad económica suficiente para disponer de otra vivienda y que el interés superior del hijo menor (garantizarle su vivienda) se encuentra cubierto con la custodia compartida y con las posibilidades económicas de ambos progenitores. (T. R. C.)

29. Liquidación de la sociedad de gananciales.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, procede el derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y financiación de un bien ganancial, de conformidad con el artículo 1358 CC. El derecho de reembolso se origina con independencia de la ausencia de reserva en el momento de la adquisición, en aras del reequilibrio entre las masas patrimoniales de los cónyuges, salvo exclusión expresa. (STS de 28 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El presente asunto enjuicia el derecho de reembolso a favor de un cónyuge por el importe del dinero privativo empleado en la compra de una vivienda ganancial. Tras el divorcio de las partes, se suscitó controversia respecto de la inclusión en el pasivo de un crédito a favor del cónyuge por el dinero que, procedente de la venta de una vivienda privativa, empleó en la adquisición de la vivienda familiar, incluida en el activo como ganancial.

El Juzgado de Primera Instancia indicó que, aun habiendo acreditado la adquisición con dinero privativo, ambos cónyuges manifestaron libremente la adquisición de la finca para su sociedad conyugal, sin hacer reserva alguna sobre el carácter parcialmente privativo del dinero invertido en orden a un hipotético resarcimiento futuro. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el cónyuge, en atención a que la vivienda tenía carácter ganancial y que el apelante no dejó constancia de su voluntad de que el importe obtenido de la venta de su vivienda privativa fuera aplicado para la compra de un inmueble, al que ambos cónyuges atribuyen el carácter de ganancial.

NOTA.—El Tribunal Supremo, de conformidad con su doctrina jurisprudencial consolidada, indica que el derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del artículo 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Aprecia como elementos fácticos para el enjuiciamiento de esta

cuestión la proximidad temporal entre la venta del inmueble, que era propiedad del cónyuge, y la fecha de la compra y los pagos, así como la coincidencia entre las cantidades obtenidas en la venta y las empleadas en la adquisición, junto con la diversa capacidad económica de los cónyuges. Por ello, la Sala Primera considera que, una vez ingresado el dinero privativo en una cuenta conjunta, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente, pues el mero ingreso en una cuenta de titularidad compartida no lo convierte en ganancial. (C. A. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

30. Acciones que puede ejercitar una hija, que recibió en vida del padre una donación insuficiente para cubrir su legítima, contra sus hermanas, que recibieron unas donaciones de valor superior a su legítima, y que, tras el fallecimiento del padre, renuncian a la herencia.—Resulta compatible que varias personas sean llamadas solidariamente a la herencia de un padre en virtud de su testamento con, además, la ostentación de la condición de legitimarias. La posible renuncia a la herencia del padre comprende también la renuncia a la legítima.

En caso de que el padre carezca de bienes en el momento de su fallecimiento, los herederos testamentarios nada pueden recibir en virtud de tal condición. Por su parte, los legitimarios, en cambio, sí disponen de acciones para reclamar lo que le corresponde por legítima. Ello siempre conforme al régimen jurídico propio de cada acción.

Para determinar si los legitimarios han recibido lo que les corresponde, primero hay que calcular la legítima, conforme al artículo 818 del CC (*computación*), que ordena agregar al valor líquido de los bienes que queden a la muerte del testador las donaciones que efectuó (todas las donaciones, también las efectuadas a favor de legitimarios que renuncian a la herencia). Se trata de una operación puramente contable, que permite calcular el valor cuantitativo de la legítima global y de la parte disponible, así como las legítimas individuales (y, en su caso, la porción en que cabe mejorar). Aquí es relevante la renuncia de alguno de los herederos porque su parte se expande a los demás.

A continuación, es preciso proceder a la *imputación*, es decir, a «colocar», «cargar» o «imputar» las diferentes atribuciones en cada una de las porciones (en la parte libre o en la parte de legítima).

La renuncia impide al legitimario recibir lo que le correspondería por legítima al amparo del título sucesorio al que renuncia, pero carece de efecto respecto de otras atribuciones (por ejemplo, respecto de donaciones recibidas en vida del padre). Ello es así, aunque las donaciones se hayan recibido como anticipo de la legítima. La eficacia de las donaciones solo se ve perjudicada si son inoficiosas.

A la vista de los antecedentes de la norma y de la interpretación del sistema (arts. 814, 815, 817, 819, 820.1.^a, 851 CC), aun cuando el artículo 815 CC

expresamente no lo dice, doctrina y jurisprudencia entienden que el legitimario que no haya visto colmada su parte de legítima puede: en primer lugar, aminorar el contenido económico del título de heredero (acción de suplemento o de complemento); en su defecto, los legados (acción de reducción de legados); y, en último lugar, las donaciones (acción de reducción de donaciones).

La acción de suplemento, por tanto, necesariamente debe dirigirse contra los herederos (o contra la comunidad hereditaria antes de la partición).

Ante la renuncia a la herencia de todos los herederos menos uno (cual es el que recibió por donación una cantidad insuficiente para cubrir su legítima), la acción de suplemento no puede prosperar. Esto es, como consecuencia de la repudiación de la herencia, el resto de las personas llamadas a la herencia no han sido nunca herederas (art. 989 CC). Ello con independencia de que, además, no habiendo caudal relicto, no hubiera podido obtener nada para completar y cubrir su legítima.

En ausencia de legados, lo procedente es el ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

El ejercicio de la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad está sometido a un plazo de caducidad de cinco años, que debe computarse desde el fallecimiento del causante. (**STS de 21 de junio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Gloria interpone demanda de juicio ordinario contra sus hermanas, Victoria y Marta, en la que solicita que estas le abonen una cantidad determinada en concepto de complemento de legítima. La demanda es parcialmente estimada, dado que el juzgado consideró que para cubrir la legítima estricta a la demandante le faltaban por percibir 25.293,26 €, cantidad coincidente con la última petición subsidiaria de la demandante.

La sentencia de primera instancia es recurrida en apelación por Gloria. Las demandadas, al oponerse al recurso de apelación, impugnaron la sentencia de primera instancia. El recurso es desestimado. La impugnación es estimada. La Audiencia razona que las demandadas no están legitimadas pasivamente para soportar la acción de complemento de la legítima porque no aceptaron la herencia.

Gloria interpone recurso de casación, que es desestimado. Gloria no ejercita la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad, que es la única que hubiera podido prosperar en este caso, dado la renuncia a la herencia de las otras dos hermanas y la inexistencia de legados. (*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

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Roman en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su correspondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía que no se numera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las *referencias bibliográficas* se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la *bibliografía final del trabajo*:

- Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- Capítulo de libro: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.
- Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las *referencias bibliográficas en nota a pie de página*, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En cuanto a *abreviaturas*: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad («artículo»); cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procederá realizarla de la siguiente manera: «CC»; cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE»; y cuando proceda abreviar la mención a la Ley de enjuiciamiento civil procederá realizarla de la siguiente manera: «LEC».

En relación con las *sentencias del Tribunal Supremo o de otro Tribunal*, que en el trabajo se citen, ha de indicarse la oportuna referencia de localización y el ponente de la sentencia. Para *otros tipos de resoluciones jurídicas* también ha de indicarse la oportuna referencia de localización.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.
- Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.