

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVI, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2023



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

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

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVI, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 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

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Rafael VERDERA SERVER: « <i>Pro proprietate</i> . Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada»	859
Antonio José VELA SÁNCHEZ: «El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación»	989
Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA: «La reforma del Derecho de contratos: el cambio de circunstancias en los Derechos francés, belga y español»	1041
Antonio LEGERÉN MOLINA: «La equiparación de la “dificultad extraordinaria” de cumplimiento a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Análisis crítico»	1085
Cuestiones actuales	
Juan DAMIÁN MORENO: «Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores»	1151
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
ARECHEDERRA, Luis: «La crisis del matrimonio y de la familia (un cambio cultural)», por Roncesvalles Barber Cárcamo	1179
BLANDINO GARRIDO, M.ª Amalia: «El precontrato y la opción», por Camino Sanciñena Asurmendi	1182
CORPAS PASTOR, Luis: «Responsabilidad civil en el ejercicio de la odontología», por Andrea Zurera Sansegundo	1186
REVISTAS ESPAÑOLAS	
A cargo de Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pedro PÉREZ VELÁZQUEZ y Davinia CADENAS OSUNA	1189
Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Cecilia ROSENDE VILLAR: «Ley aplicable a un contrato internacional de inversión en plantaciones de árboles celebrado con un consumidor. (Comentario de la sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022, as. C-595/20 ShareWood)»	1227
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ	

DE LEZCANO SEVILLANO, Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY
MARTÍN, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ
MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN,
Margarita SANCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO,
María ZABALLO ZURITA.....

Pro proprietate.
Notas sobre la configuración constitucional
de la propiedad privada¹

RAFAEL VERDERA SERVER
Catedrático de Derecho civil
Universitat de València

Fue peor que un crimen. Fue un error.
Atribuido a Joseph Fouché (1759-1820),
ante la ejecución del Duque de Enghien

RESUMEN

En su interpretación del art. 33 CE, desde la STC 37/1987, de 26 de marzo, la jurisprudencia constitucional señaló que los dos factores que inescindiblemente definen el contenido del derecho de propiedad son la utilidad individual y la función social. El análisis de los criterios del Tribunal Constitucional pone de manifiesto que, a través de la delimitación de ese derecho con base en la función social, se está produciendo un progresivo vaciamiento del contenido de ese derecho. Se expande el margen concedido al legislador a través de la categoría de la delimitación, frente a situaciones más garantistas como la expropiación. El resultado al que conduce este proceso cuestiona el respeto al contenido esencial del derecho de propiedad privada y plantea serias dudas acerca de su compatibilidad con la función económica de la propiedad.

PALABRAS CLAVE

Art. 33 CE, Propiedad privada, Jurisprudencia constitucional, Función social, Delimitación, Expropiación.

¹ Este texto, de manera obviamente más sintética, sirvió como base para las ideas expuestas en la ponencia «Acerca de la función social de la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico», en el Curso «La función social de la propiedad y gestión del suelo. Incumplimiento de los deberes urbanísticos y sus consecuencias. Las expropiaciones urbanísticas», organizado por el Consejo General del Poder Judicial y dirigido por el Magistrado Manuel J. Domingo, a quienes agradezco la oportunidad de esa participación.

Debo también destacar los comentarios y las sugerencias de Alejandro Valiño, Agustín Verdura y María Luisa Atienza sobre diversos aspectos del texto. Una mención especial merecen Jesús Estruch y Gabriel Doménech, que leyeron con detenimiento y perspicacia este texto, formulando adecuadas indicaciones y planteando oportunas discrepancias. Como es evidente, todos los aciertos del texto deben serles justamente atribuidos y todos los errores e imprecisiones solo a mí me corresponden.

Este trabajo es resultado de la investigación realizada en el marco del Proyecto titulado «Los datos como bien patrimonial y su utilización en el mercado digital» (CIPRÓM/2022/67).

Pro proprietate. Notes on the constitutional configuration of private property

ABSTRACT

In its interpretation of art. 33 CE, since STC 37/1987, of March 26th, constitutional jurisprudence has pointed out that the two factors that inseparably define the content of the right to property are the individual utility and the social function. The analysis of the Constitutional Court's criteria shows that, through the delimitation of this right on the basis of the social function, a progressive emptying of the content of this right is taking place. The margin granted to the legislator through the category of delimitation is being expanded, as opposed to more guaranteed situations such as expropriation. The result of this process calls into question the respect for the essential content of the right to private property and raises serious concerns about its compatibility with the economic function of property.

KEYWORDS

Art. 33 EC, Private property, Constitutional jurisprudence, Social function, Delimitation, Expropriation.

SUMARIO:—I. *Propiedad y propiedades: una aproximación económica.* 1. Los modelos contrapuestos: la propiedad feudal, la propiedad liberal, la propiedad constitucional. 2. La codificación de un modelo de propiedad. 3. La curiosa vigencia del modelo codificado. 4. La propiedad urbana como nuevo paradigma. 5. La pluralidad de estatutos dominicales. 6. Una aproximación económica a la propiedad privada.—II. *La propiedad privada en la Constitución española.* 1. El derecho de propiedad en los textos internacionales. 2. Propiedad, libertad y seguridad. 3. Una aproximación al art. 33 CE. 4. ¿Interpretación conjunta de los tres apartados? 5. Consecuencias de la ubicación sistemática del art. 33 CE. 6. Decisiones del Tribunal Constitucional sobre el art. 33 CE. 7. ¿Qué debemos entender por «propiedad privada» en el art. 33 CE?—III. *¿Para qué sirve la «función social»?* 1. La singularidad de la «función social». 2. Los múltiples orígenes de la función social. 3. La concreción de la función social. 4. Test de proporcionalidad vs. juicio de razonabilidad. 5. ¿Todos los bienes pueden cumplir una función social? De la propiedad inmobiliaria a otras categorías de bienes. 6. Algunos ejemplos de apelación a la función social. 7. La nueva propiedad estatutaria: de los bienes a los titulares.—IV. *El «contenido esencial» de la propiedad privada.* 1. La transcendencia del «contenido esencial». 2. El contenido esencial de la propiedad privada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.—V. *Delimitación y expropiación.* 1. El deslinde entre delimitación y expropiación. 2. Actuaciones distintas a la delimitación y a la expropiación. 3. ¿Cómo diferenciar entre delimitar y expropiar? 4. Preferencia entre delimitación

y expropiación.–VI. *Una conclusión melancólica.*–VII. *Anexo: Fragmentos de una jurisprudencia constitucional sobre la función social de la propiedad.* 1. Planteamiento general. 2. Una valoración general de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de propiedad. 3. El *leading case*: imposición de deberes positivos a los propietarios de tierras rústicas y expropiación de las facultades de uso y disfrute. 4. Prórroga forzosa en los arrendamientos. 5. Presunción legal de abandono de los saldos de cuentas corrientes sin movimiento durante veinte años, y atribución al estado. 6. Derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración. 7. Criterios que definen el contenido esencial del derecho de propiedad e imponen a los propietarios de viviendas el destino efectivo a uso habitacional. 8. Restricciones a la explotación agrícola del suelo. 9. Límites a las rentas arrendaticias. 10. Suspensión de lanzamientos. *Bibliografía. Listado Jurisprudencial.*

I. PROPIEDAD Y PROPIEDADES: UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA

1. LOS MODELOS CONTRAPUESTOS: LA PROPIEDAD FEUDAL, LA PROPIEDAD LIBERAL, LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL

Nadie duda de que la institución de la propiedad tiene un sentido, en la actualidad, distinto al de tiempos pasados. Para evidenciar esas transformaciones se suele recurrir a modelos de propiedad que permiten describir y comparar los rasgos esenciales de su régimen jurídico. Probablemente se trate de una visión simplificada (casi maniquea) de la realidad², pero es un modo eficaz de exponer esos cambios. Y así se acostumbra a mencionar un modelo feudal, un modelo liberal, burgués o codificado, un modelo social o un modelo constitucional. Es, además, un diseño de posturas extremas: se contraponen los modelos y se califica un texto normativo, jurisprudencial o doctrinal por su adscripción a una u otra perspectiva³.

Aun siendo conscientes de las limitaciones expuestas, recurriremos a ese enfoque de modelos en la necesariamente sintética exposición de sus rasgos conformadores.

² SERNA VALLEJO (AHDE, 2011, pp. 477-478) constata la convivencia, bajo el régimen liberal, de diferentes estructuras o tipos de propiedad, y propone hablar de propiedad burguesa para referirse a la tradicionalmente calificada como liberal. En sentido parecido, pueden verse los tipos de propiedad medieval que menciona DE LOS MOZOS, 1993, pp. 23-25.

³ Como denuncia AGUDO GONZÁLEZ (RAP, 2011, p. 11), por influencia de la jurisprudencia constitucional, «se ha extendido la idea de que quienes no propugnan una propiedad mediatizada desde su contenido más íntimo por la función social, defienden una concepción conservadora del derecho más cercana a la noción del Código Civil que a la inspirada por la Constitución».

2. LA CODIFICACIÓN DE UN MODELO DE PROPIEDAD

Entre las prioridades de la codificación decimonónica se encuentra, sin duda, la plasmación de un modelo de propiedad que supere las características de la propiedad feudal. Una propiedad liberal que se presenta como sagrada⁴; que es absoluta por cuanto comprende todo lo que se encuentra por encima y por debajo de la tierra (art. 350 CC); que tiene carácter individual en la medida que la copropiedad y la indivisión se reputan anomalías, que tienden a verse como puramente transitorias (art. 400 CC); que se presenta libre de cargas y exclusiva, dado que toda restricción a la propiedad requiere el consentimiento del propietario; y que puede ser objeto de un régimen de plena libertad de comercio⁵. Una propiedad, en suma, perfecta que aúna todas las virtudes posibles y que contrasta con los inconvenientes de la propiedad del Antiguo Régimen⁶.

Ésa es la propiedad que trata de plasmar nuestro Código Civil en su art. 348⁷. Pero la propiedad no escapa al componente histórico de los conceptos jurídicos⁸. Por ello, nuestro art. 348 CC debe leerse en función de su contexto histórico y, en particular, debe compararse con su precedente más evidente que es el art. 544 del Código Civil francés⁹. Ese precepto establece que la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.

Obsérvese que nuestro art. 348 CC se diferencia del precedente francés en algunos extremos significativos¹⁰.

⁴ Recuérdense que el art. 17 de la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 calificaba la propiedad de «derecho inviolable y sagrado», añadiendo que, en consecuencia, «nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización».

⁵ Como dice LÓPEZ Y LÓPEZ (*ADC*, 1998, p. 1641), los Códigos Civiles decimonónicos instauran el «absolutismo propietario».

⁶ La exposición de los caracteres de la propiedad liberal corresponde a SERNA VALLEJO (*AHDE*, 2011, pp. 470-471), que la contrapone a la propiedad feudal: amortizada, frecuentemente colectiva, sometida a múltiples cargas y dividida. *Vid.* también GARRIDO FALLA, *RDP*, 1959, pp. 457-458. Para una revisión crítica de esa contraposición, SERNA VALLEJO, *AHDE*, 2011, pp. 469 y ss.

⁷ Como decía GARRIDO FALLA (*RDP*, 1959, p. 457), la definición del art. 348 CC «pertenece a una época». Téngase en cuenta el añadido de la referencia a los animales, introducida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre.

⁸ Por todos, LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 196-197; y CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, p. 203.

⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN (*JARDA*, 2008, p. 39) resalta que, mientras la normativa decimonónica sobre propiedad tuvo como modelo el francés, la Constitución Española de 1978 miró hacia el modelo alemán. Sobre los caracteres del planteamiento francés, Lobato Gómez, 1989, pp. 50-67. Baño León (2008, p. 1782) conecta acertadamente la STC 37/1987, de 26 de marzo, con la doctrina alemana.

¹⁰ Una aproximación a esas diferencias en LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 217-229.

Por un lado, desaparece del texto español la referencia al disfrute y a la disposición de la manera más contundente, que es semánticamente errónea¹¹. Por otro lado, lo que en el Código Civil francés son usos prohibidos por leyes y reglamentos, en el español son limitaciones establecidas en las leyes¹². De ello se desprende que el planteamiento del Código Civil francés respecto a la propiedad es mucho más intenso, mucho más exaltadamente revolucionario¹³.

¿Cuál es la razón de esas diferencias? El Código Civil francés se promulga en un momento en que el Antiguo Régimen y su paralela concepción de la propiedad acaba de ser abolida. La Revolución es todavía reciente. Se hace necesario proclamar con energía cuál es la nueva situación¹⁴. El Código Civil español, por el contrario, se promulga cuando la labor revolucionaria se ha ido realizando a lo largo de décadas y décadas. La supresión de las vinculaciones y mayorazgos¹⁵ y de los señoríos¹⁶, a pesar de los intentos de Fernando VII, o la desamortización¹⁷ son muy anteriores al Código Civil. El Código Civil español no es un fruto de la revolución, sino una exigencia de la consolidación de una situación que ya se ha alcanzado y que se pretende conservar¹⁸.

3. LA CURIOSA VIGENCIA DEL MODELO CODIFICADO.

Han pasado más de cien años desde la promulgación del Código Civil español y más de doscientos del Código Civil napoleónico. ¿Queda algo del modelo codificado¹⁹? Es cierto que en pocas materias como la propiedad se puede constatar una proliferación

¹¹ Lo absoluto ya es absoluto; no puede ser más absoluto.

¹² Señala COLINA GAREA (1997, p. 95) que, en el planteamiento burgués, las limitaciones a la propiedad únicamente se admiten como excepciones puntuales y aisladas que solo caben cuando vienen impuestas por una ley o un reglamento. En la práctica, sin embargo, en esa época ni las leyes son muy numerosas, ni son frecuentes los casos en que se acude al ejercicio de la potestad reglamentaria.

¹³ A pesar de ello, SÁNCHEZ BALLESTEROS (*RDC*, 2023, p. 146) sitúa en la codificación napoleónica el origen de la función social de la propiedad.

¹⁴ Sobre la definición de la propiedad en la codificación napoleónica, RODOTÀ, 1986, pp. 71 y ss.

¹⁵ Real Decreto de 11 de septiembre de 1820.

¹⁶ Decreto del 6 de agosto de 1811.

¹⁷ Decreto de 19 de febrero de 1836 y Ley de 1 de mayo de 1855.

¹⁸ Por eso, MONTÉS (1980, p. 37) califica «la normativa del Código sobre la propiedad como el final del proceso de implantación del orden burgués en España». Un resumen en DE LOS MOZOS, 1993, pp. 63 y ss.

¹⁹ Ese modelo demuestra su sentido en la medida en que se repite, con uno u otro alcance, en cualquier codificación. Como muestra reciente, el Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. El art. 541-1 CCCat, bajo la (bastante inexacta) rúbrica «[c]oncepto», indica que

tan acusada de leyes especiales²⁰. ¿Tiene algún valor entonces el concepto del art. 348 CC?

Quizá convenga enfocarlo con cierta resignación. Si, para aproximarnos al concepto jurídico de la propiedad privada, incluso tras la promulgación del texto constitucional, no acudimos al art. 348 CC²¹, ¿qué otro recurso nos queda? ¿Valorar las cambiantes descripciones doctrinales? Cuando se dice que la referencia constitucional a la propiedad privada conecta con el metalenguaje de los juristas²² solo se quiere poner de manifiesto que no puede prescindirse de la percepción de los especialistas en Derecho acerca de si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo²³, es decir, en palabras de la STC 37/1987, de 26 de marzo, se ajusta o no a la «recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta», puesto que «[m]uchas veces el “nomen” y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho pre-existe conceptualmente al momento legislativo»²⁴. La paradoja estriba en que conectamos el concepto constitucional de propiedad, a los efectos de dibujar los contornos de actuación legislativa, con un concepto legal de propiedad, para el que, en su momento, el

«1. La propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen su objeto y a disfrutar y disponer de ellos.

2. Los propietarios conservan las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por ley o por título».

Y el art. 541-2 CCCat, bajo la rúbrica «[f]unción social», establece:

«Las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercen, de acuerdo con su función social, dentro de los límites y con las restricciones establecidas por las leyes».

²⁰ Como es sabido, el propio Código Civil dedica un Título a las propiedades especiales: arts. 407 y ss. Pero es que, además, leyes especiales sobre propiedad han sido entusiastamente promulgadas antes y después del Código Civil.

²¹ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, *ADC*, 1998, pp. 1665 y ss. MUÑOZ GUIJOSA (2009, p. 36) considera imprescindible recurrir al Derecho civil y, en particular, a los arts. 348 y ss. CC. Vid. también LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 367-368.

²² Díez-PICAZO, 2006, p. 17.

²³ Aisladamente, la STS (cont.) de 21 de febrero de 1981 [vid. también, del mismo ponente, STS (cont.) de 5 de mayo de 1981] recuerda, en un *obiter dictum*, que:

«[P]or mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística, hasta convertirse en un derecho de los llamados “estatutarios”, su declinación, respecto del sentido que ha tenido en sus momentos de mayor esplendor, en los que le estaba permitido, en su ejercicio, hasta el *ius abutendi*, no puede llegar al extremo de reducirlo a un derecho inerte, totalmente sometido a cuantas prohibiciones y limitaciones tengan a bien adoptar las distintas autoridades administrativas, por rectas que sean sus intenciones; y no puede llegar a estos extremos porque la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que le proporciona el Código Civil (arts. 348, 349, 350) y la propia Constitución Española (art. 33)».

²⁴ Para una crítica de este criterio de inspiración platónica, DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 11.

legislador decimonónico no se vio (aparentemente) sometido a cortapisa alguna²⁵.

Pero hay otra paradoja: el modelo codificado se diseña pensando, en lo fundamental, en la propiedad inmobiliaria. Y es precisamente en ese ámbito donde la influencia del modelo público va a ser más intensa y va a poner en cuestión los perfiles tradicionales²⁶.

4. LA PROPIEDAD URBANA COMO NUEVO PARADIGMA

Ya se han expuesto cuáles son los caracteres de la propiedad privada en el Código Civil. Es un modelo típicamente de derecho privado²⁷. Lo que ocurre es que a ese modelo clásico o privado se le contraponen más modernamente un modelo público, que toma como paradigma la propiedad urbana²⁸. Y este modelo público está prevaleciendo en cada vez más ámbitos: es paradigmática al respecto la postura del Tribunal Constitucional²⁹. El modelo clásico continúa anclado en el Código Civil; el modelo administrativo, urbanístico o público de propiedad se remite a la legislación espe-

²⁵ Un planteamiento distinto en PRATS ALBENTOSA (*RJNot*, 2018, p. 337) que considera que el modelo constitucional de propiedad «supone, en primer término, no configurar el poder jurídico que reconoce a los particulares, más allá de establecer la legitimidad de la apropiación de los bienes no demaniales. En segundo término, no determinar las facultades esenciales que conforman tal poder, y, en tercer lugar, atribuir al legislador ordinario [...] la competencia para determinar el contenido “no esencial” o “normal” del derecho de propiedad que tenga por objeto un cierto bien (una forma o régimen de propiedad), de acuerdo con la función social que con tal bien se haya de realizar».

²⁶ Y SANTAELLA QUINTERO (2019, p. 31) aun destaca otra paradoja: «cercado en todos sus frentes por el Estado y el interés general, este derecho no es ya lo que era antes; sin embargo, está en todas partes y nadie (ni las autoridades ni los particulares) parece dispuesto a renunciar a él».

²⁷ Una exposición de ese enfoque en MONTÉS, 1980, pp. 59 y ss.

²⁸ Aunque MENÉNDEZ REXACH (1994, pp. 64-65) llama la atención acerca del falseamiento de la realidad que supone esa simplificación.

²⁹ Como recuerda REY MARTÍNEZ (2005, p. 196), «[e]n la treintena de sentencias en las que se ha referido al derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de las transformaciones que ha experimentado la concepción liberal individualista de la propiedad [...], pero su jurisprudencia está marcada por un intenso signo devaluador de la garantía constitucional dominical». AGUDO GONZÁLEZ (*RAP*, 2011, pp. 12, 15 y 19-20) y SIMÓN MORENO (*DPyC*, 2023, p. 150) hablan también de la relativización del contenido esencial, fundamentada en la función social de la propiedad.

PONS CÁNOVAS (2004, pp. 13-16) identifica tres factores que contribuyen a ese debilitamiento de la propiedad: a) la proliferación de leyes que establecen o permiten el establecimiento por parte de la Administración de limitaciones, cargas y/o deberes en el ejercicio de las facultades de los propietarios, sin ninguna contrapartida indemnizatoria, en virtud de la delimitación del contenido del derecho de propiedad por su función social; b) una expansión de la expropiación forzosa como potestad administrativa, a través, por un lado, de la interpretación amplia de la *causa expropriandi*, y por otro lado, en la superación de la exigencia de una declaración legislativa específica de la causa de expropiación por declaraciones genéricas y por declaraciones implícitas; y c) el insuficiente reforzamiento de las garantías de los afectados.

cial³⁰. Como señala la doctrina³¹, esos modelos conviven, ignorándose mutuamente. Su punto de coincidencia es la constatación de una carencia, la de un contenido constitucionalmente garantizado de la propiedad, más allá del devaluado instituto expropiatorio³².

En ese modelo público de propiedad cobra especial relevancia la propiedad urbana. Superadas otras épocas de indiferencia normativa hacia el urbanismo, la propiedad urbana es objeto predilecto de la legislación especial. La conformación necesariamente estatutaria (es decir, dependiente de las reglamentaciones urbanísticas) de la propiedad urbana ve con naturalidad la delimitación legal de su contenido³³. Ni siquiera hacía falta apelar a la función social. Lo que ocurre es que esa configuración que puede encajar más o menos adecuadamente en el contenido de la propiedad urbana³⁴ se ha proyectado a otros ámbitos y, vinculada a la vivienda, ha distorsionado el debate. Podemos incluso llegar a plantearnos si la influencia del modelo de propiedad urbana no da lugar a una distorsión en el análisis del problema. En cualquier caso, parecía lógica su extensión a la propiedad agraria o a algunos aspectos de la propiedad horizontal³⁵. Pero ha trascendido a otros bienes y ha alcanzado otras facultades, derivadas en última instancia del título de propiedad: ¿puede obligarse a un propietario a que dedique su propiedad a vivienda? ¿y que esté efectivamente ocupada? ¿y puede imponérsele una duración y una renta? No basta con respon-

³⁰ GARRIDO FALLA (*RDP*, 1959, p. 459) hablaba de «régimen administrativo de la propiedad privada» para identificar todas las instituciones en cuya virtud se manifestaba la subordinación del derecho de propiedad al interés público.

³¹ REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. xxvi-xxix y 7 y ss.; 2005, p. 197; *PyD*, 2006, p. 963; y *TyRC*, 2007, p. 401.

³² Un apunte similar en Díez-PICAZO (1991, p. 1259): «sobre todo en la legislación urbanística, se ha tratado de definir un contenido normal de la propiedad con el fin de eliminar el carácter excepcional de las limitaciones y con el fin de excluir que las limitaciones que no traspasen ese contenido normal signifiquen expropiación». Así, indica MUÑOZ MACHADO (2015, p. 192) que «[l]a operación legislativa de delimitación de los derechos radica en la fijación del contenido normal del mismo».

³³ Respecto a la contraposición entre un sistema de cláusula (que remite a elementos extraños al propio sistema) y un sistema de estatuto (donde la ley en cada caso fija el contenido), CARRASCO PERERA, 1986, pp. 417-420.

³⁴ *Vid.* PAREJO ALFONSO, 1978a, p. 255; y MUÑOZ MACHADO, 2015, pp. 200 y ss.

³⁵ Por ejemplo, BARNÉS VÁZQUEZ (1988, p. 292) considera que el contenido esencial parece estar representado por la suma de dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica derivada de la explotación de los bienes, sin necesidad de intermediario alguno, de modo tal que haga accesible a todos un mejor disfrute de los bienes económicos. Por tanto, se trata de una explotación o aprovechamiento del titular que permita la difusión de los bienes económicos. El aprovechamiento del titular implica una productividad o aprovechamiento que se deriva de la utilización: para el propietario urbano, ello supone el aprovechamiento representado por la edificabilidad, mientras que, para el titular de una propiedad agraria, la productividad se identifica con la explotación de cultivos. Y este aprovechamiento ha de ejercitarse en el sentido que más convenga a la entera colectividad, esto es, que mejor permita el acceso y participación de todos en la propiedad (urbana y agraria) y en los bienes que desee, que de su utilización dimanen.

der que quien puede lo más puede lo menos, y si, por tanto, puede ser expropiado de su titularidad, con más razón se le puede imponer un alquiler forzoso, con una duración y renta obligatoria³⁶. La cuestión estriba en la identificación de las razones que permitían esa expropiación y hasta qué punto una mera referencia a la función social justifica cualquier intervención (que además no siempre se considerará indemnizable). Y anticipo los dos grandes elementos que van a ponerse sobre la mesa para potenciar esa función social: la vivienda y la protección medioambiental³⁷.

Llevando al extremo el argumento: ¿Por qué ciertos titulares de derechos (como son los propietarios), y no otros titulares de factores económicos, deben contribuir a financiar los déficits estructurales de recursos públicos en determinado sector? Piénsese, por ejemplo, en todas las limitaciones en favor de los arrendatarios de vivienda en la legislación arrendaticia. En el fondo, por esta vía, se impone a los propietarios la internalización de unos costes que, en principio, no les corresponden, con lo que se ataca el núcleo del sentido económico de la propiedad.

La delimitación presenta una característica que, en ocasiones, no se destaca suficientemente. Constituye (y a ello han contribuido los intentos de deslindarla de la expropiación) una medida que incide en la totalidad de los derechos de propiedad que encajan en un determinado tipo de bienes. Se delimita, pues, el derecho de propiedad sobre todos esos bienes. La función social afecta a todos los titulares. Este planteamiento contrasta con el que, de forma absolutamente excepcional, se seguía en épocas pasadas en las que no se imponía una función social a todos los propietarios, sino que solo se reprobaba la actuación antisocial de un propietario concreto. Para ello, obviamente, se recurría a instrumentos completamen-

³⁶ Según MESSÍA DE LA CERDA (*RCDI*, 2020, pp. 3445-3446) el alquiler social obligatorio «constituye un mecanismo que raya en la finalidad expropiatoria, por cuanto desfigura el derecho y sus facultades definitorias, priva al propietario de la utilidad individual o, cuando menos, obvia el interés legítimo –término empleado por el propio TC– de su titular».

³⁷ En algunos ámbitos se detecta un fenómeno preocupante. Pese a los intentos de fomentar ciertas explotaciones agrícolas de las fincas, aumenta el abandono de las tierras rústicas. En toda España, el número de tierras que se dejaron de cultivar en 2022 se incrementó un 2% respecto al año anterior, es decir, 20.240 hectáreas más que elevan el cómputo general a 1.043.239 hectáreas. Disponible en: <https://www.mapa.gob.es/es/estadistica/temas/estadisticas-agrarias/agricultura/esyrce/> (última consulta: el 4 de marzo de 2023). Y una de cada tres hectáreas que se abandonaron en 2022 se situaron en la Comunitat Valenciana. Es evidente que ese fenómeno se produce por una pluralidad de factores, derivados, entre otros, de la falta de rentabilidad de esas explotaciones (por ejemplo, problemas en la cadena alimentaria o aumento de costes) y envejecimiento de la población agraria. Pero curiosamente parece olvidarse el modelo de reforma agraria (y su intervención en la propiedad rústica) que tanta relevancia alcanzó en otras épocas.

te distintos (y de alcance claramente diverso en cuanto a extensión e intensidad a la función social), como el abuso del derecho³⁸.

5. LA PLURALIDAD DE ESTATUTOS DOMINICALES

La proliferación de leyes especiales, que toman en consideración los diversos bienes y sus diversas formas de explotación, es una de las consecuencias del proceso descodificador. Es una respuesta a la inadecuación de las reglas codificadas para regular convenientemente esas situaciones, aunque algunas de esas especialidades ya estaban apuntadas en el propio Código Civil. Esta diversificación de las reglas sobre la propiedad justifica la afirmación de una pluralidad de tipos de propiedad y una pluralidad de estatutos de la propiedad. Se considera, en este sentido, más adecuado hablar de las propiedades que de la propiedad³⁹; y las reglas sobre propiedad del Código Civil dejan de tener carácter central y pasan a tener un carácter subsidiario: solo se recurre a ellas, en defecto de previsión más específica.

La pluralidad de estatutos de la propiedad tiene una indudable conexión con la función social de la propiedad. Como se verá, es la función social de la propiedad la que justifica que no todos los bienes se vean sometidos a las mismas reglas y a los mismos principios: la diversidad de fines de cada categoría de bien explica su estatuto. Pero, además, una vez constatada esa diversidad de tipos de propiedad, la función social permite una delimitación ulterior de su contenido⁴⁰.

En consecuencia, y sin perjuicio de la existencia de un concepto unitario de propiedad, que justifica la unidad del instituto, es doctrina mayoritaria la constatación de una pluralidad de estatutos dominicales⁴¹.

³⁸ Un apunte en MONTÉS, 1980, pp. 82-83, 228 y 254-260; LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 113-118; y COLINA GAREA, 1997, pp. 107-111 y 149.

³⁹ En sentido crítico, sin embargo, DE LOS MOZOS, 1993, pp. 152 y ss.

⁴⁰ Para MUÑOZ GUIJOSA (2009, p. 148), «si la función social es el elemento del derecho de propiedad privada que hace referencia a la destinación económica del bien objeto de derecho, que es activado legislativamente en la medida en que se aprecie la relevancia social de aquel, y si una vez activado opera sobre el contenido del derecho, configurándolo y delimitándolo de conformidad con el destino concretado, la necesaria consecuencia resulta ser la diversidad de contenidos del derecho de propiedad sobre cada bien o categoría de bienes». En sentido parecido, MONTÉS, 1980, p. 154; y LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, p. 65.

⁴¹ Por todos, MONTÉS, 1980, pp. 100 y ss.; BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 98 y ss.; LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, p. 39; REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 253 y ss.; COLINA GAREA, 1997, pp. 156 y ss.; y MUÑOZ GUIJOSA, 2009, pp. 150 y ss. Siguen siendo de interés las sugerencias de RODOTÀ, 1986, pp. 49 y ss.

La previsión del art. 11.1 TRLSRU («El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística»), que no hace sino reiterar una tendencia ya consolidada⁴², se ha generalizado⁴³. Esa idea de que el régimen de la propiedad es estatutario⁴⁴ ha contaminado otros ámbitos. Piénsese no solo en la propiedad urbana, sino también la agraria, la forestal, la de minas, aguas y costas, la intelectual e industrial, etc.⁴⁵ Aunque pueda pensarse que el estatuto es una consecuencia de la configuración objetiva de cada bien⁴⁶, importa destacar que depende del tipo de explotación y de uso que se asocia a cada bien. Por ello, se ha llegado a decir en la doctrina que el derecho de propiedad se ha convertido en un derecho estatutario que depende (casi exclusivamente) de la concepción que en cada momento histórico asuma el legislador⁴⁷.

Esta perspectiva estatutaria del derecho de la propiedad privada tiene otras consecuencias: supone el abandono de una concepción general y abstracta de la propiedad por una visión particular y concreta⁴⁸. Es cierto que el planteamiento de los Códigos Civiles decimonónicos pretendía deliberadamente ofrecer una caracterización de la propiedad que disimulara la profunda diversidad de los bienes sobre los que recaía. Pero ahora, con un movimiento pendular, estamos incurriendo en una fragmentación normativa de tal magnitud que aboca al instituto de la propiedad a un carácter residual, dado que solo se aplicará cuando no exista un régimen estatutario

⁴² Para los precedentes de esa normativa, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2004, pp. 32 y ss.; y GALLEGU ANABITARTE, *RDUyMA*, 2006, pp. 151 y ss. Tiene razón CARRASCO PERERA (1986, pp. 28 y 52) al apuntar que el Código Civil aborda el *ius aedificandi* solo desde la perspectiva del dueño del terreno y de sus facultades e ignora, como consecuencia de ese enfoque abstracto, por completo el fenómeno urbano.

⁴³ En opinión de GALLEGU ANABITARTE (*RDUyMA*, 2006, p. 139), con esta concepción, desaparece el derecho fundamental a la propiedad.

⁴⁴ Referencias doctrinales en AGUDO GONZÁLEZ, *RAP*, 2011, p. 10, nt. 1. Sobre su origen, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *JARDA*, 2008, p. 39. Para GALLEGU ANABITARTE (*RDUyMA*, 2006, pp. 138 y 136), la concepción estatutaria de la propiedad «no significa nada, tan sólo que la propiedad urbanística está definida por la Ley y el Reglamento. La llamada concepción estatutaria no es más que la concepción legalista y reglamentaria de la propiedad urbanística» y la califica de «ocurrencia doctrinal».

⁴⁵ Una relación de ámbitos sectoriales en los que se han plasmado limitaciones, condicionantes o deberes no sujetos a indemnización en PONS CÁNOVAS, 2004, pp. 39 y ss.

⁴⁶ Decía CABANILLAS SÁNCHEZ (*AUAFD*, 1993, p. 210) que «[l]a propiedad había sido construida [en los Códigos Civiles] sobre un modelo que se presentaba como abstracto, unitario e intemporal, idóneo para acoger lo mismo un latifundio que una caja de cerillas o un par de zapatos. La idea de la multiplicidad de las propiedades trata de romper con ese esquema».

⁴⁷ REY MARTÍNEZ, 1994a, p. 119; y SIMOU, *InDret*, 2017, p. 12.

⁴⁸ «[E]l momento de la disciplina arroja la pluralidad, el momento sistemático arroja la unidad» (LÓPEZ Y LÓPEZ, *ADC*, 1998, p. 1648). *Vid.* también SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 105-106.

preferente. Y el número de esos regímenes estatutarios no deja de aumentar⁴⁹.

6. UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA A LA PROPIEDAD PRIVADA

Los juristas, seamos privatistas o publicistas, acostumbramos, como no podía ser menos, a recurrir a un concepto exquisitamente jurídico de la propiedad. No hay, por supuesto, objeción alguna a este proceder. Desde una perspectiva jurídica, la caracterización de la propiedad acostumbra a subrayar sus notas básicas, que se localizan en ser una titularidad de todas aquellas facultades sobre los bienes que no han sido específicamente asignadas a otro titular, en configurarse con una fuerza atractiva y residual y en presentar una tendencia a la perpetuidad⁵⁰. Sin embargo, es oportuno no cerrar los ojos a la lectura que de la propiedad se hace en la literatura económica⁵¹.

Las necesidades de las personas, como colectivo, no pueden ser atendidas de modo ilimitado. Hay que aprender a gestionar los recursos de que disponemos. Por ello, hay que evaluar cómo se asignan los recursos escasos.

Si solo existiera una persona, no habría conflicto posible en la asignación de los recursos. No hay posibilidad de conflicto en la isla de Robinson. Del mismo modo, no habría cuestión que analizar si nos halláramos en un escenario parecido al edén, al paraíso terrenal, en el que los recursos a nuestra disposición fueran ilimitados y apropiables sin necesidad de esfuerzo alguno.

La realidad, sin embargo, no es ni la de Robinson Crusoe, ni la de Adán y Eva. Los recursos valiosos son limitados y, por ello, son escasos, y hay que decidir cómo se asignan y se gestionan⁵². La

⁴⁹ Este planteamiento entraña un peligro evidente. Si se justifica la diversa función social a partir del uso o destino del bien y se articula su correspondiente estatuto dominical, se corre el riesgo de potenciar una absoluta fragmentación de los regímenes dominicales (por ejemplo, vivienda de más de 50 metros cuadrados en ciudades de más de 25.000 habitantes; parcelas de huerta inferiores a 1.000 metros cuadrados en zonas de regadío con déficit de recursos hídricos). De aceptarse la libertad omnímoda del legislador en la configuración de los estatutos dominicales, a través de la prevalencia casi absoluta de una supuesta función social vinculada con cierto destino o uso, se llega a la disolución del concepto unitario de propiedad reducido a un mero *nomen*.

⁵⁰ Una aproximación a la propiedad a través de sus caracteres (unidad, perpetuidad, exclusividad y abstracción) en MONTÉS, 1980, pp. 67 y ss.; LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 244 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, pp. 209-210; y MONTÁNCHEZ RAMOS, 2005, p. 159. Ampliamente, MUÑOZ GUIJOSA, 2009, pp. 45 y ss.

⁵¹ Para una eficaz visión panorámica, POSNER, 2007, pp. 67 y ss.; COOTER y ULEN, 2016, pp. 98 y ss.; y SHAVELL, 2017, pp. 9 y ss.

⁵² CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, p. 204.

pregunta a la que debemos tratar de responder es la siguiente: ¿cuál es la forma más eficiente de asignar derechos sobre los recursos económicamente valiosos? La respuesta, sin entrar a valorar cómo se realiza la primera asignación, se sitúa entre dos extremos: una titularidad individual y una titularidad comunal.

Un par de ejemplos clásicos en la teoría económica permitirán situar la cuestión.

El primer caso hace referencia a los derechos sobre la tierra en la península del Labrador entre los siglos XVII y XVIII y la incidencia del comercio de pieles⁵³.

Hasta mediados del siglo XVII, mientras no existió comercio de pieles o este se mantuvo en niveles muy bajos, la caza de animales solo tenía como finalidad la satisfacción de las necesidades de comida y de pieles del propio cazador y de su familia. La caza se desarrollaba sin especiales restricciones y, aunque podía tener cierto impacto en las condiciones de caza de otros individuos, ese impacto era tan bajo que podía no tenerse en cuenta. La propiedad sobre los recursos naturales susceptibles de ser cazados no necesitaba ser articulada. Cada cazador podía cazar sin restricciones, porque solo lo hacía en función de sus propias y limitadas necesidades.

Sin embargo, cuando, con la llegada de los europeos, el comercio de pieles empezó a desarrollarse, la situación cambió radicalmente. Así sucedió desde principios del siglo XVIII. Por un lado, se produjo un considerable aumento del valor de las pieles para los indios. Y, por otro, como consecuencia de lo anterior, una vez superada la fase de satisfacción de las necesidades primarias, la caza se incrementó también de forma considerable.

Para limitar esos efectos, se produjo un cambio en las asignaciones de los territorios. De no existir restricciones, se pasó a una distribución primero temporal y luego definitiva de las zonas de caza⁵⁴. Téngase en cuenta que los animales de bosque, como nutrias o castores, se localizan en áreas territoriales relativamente pequeñas. Se abrió así paso un sistema de derechos de propiedad.

En cambio, en otros territorios, como las llanuras del sudoeste norteamericano, la situación era otra. Por un lado, no había animales de llanura de importancia comercial comparable a los castores o nutrias de los bosques del norte: esto solo cambió con la llegada del ganado europeo. Y, por otro lado, los animales de llanura son básicamente especies herbívoras que se desplazan sobre amplios territorios. La transcendencia de definir territorios de caza se redu-

⁵³ DEMSETZ, *AER*, 1967, pp. 347 y ss.

⁵⁴ Curiosamente, se permitía a un indio hambriento matar y comer las nutrias de otro si se dejaba en poder de su dueño la piel y la cola, que era lo realmente relevante a efectos de su comercio.

cía por el coste de impedir que los animales se dirigieran hacia parcelas adyacentes.

El segundo caso es el conocido como la «tragedia de los comunes»⁵⁵. Pensemos en una llanura de pastos abierta al uso de todos los pastores. Cada pastor puede llevar a pacer a la llanura todo el ganado posible. Mientras las dimensiones de la llanura soportan todas las necesidades del ganado, no surgen conflictos. Pero, al aparecer más pastores y más ganado, comienza a saturarse la capacidad de alimentación que ofrece la llanura (es decir, los pastos y el agua se irán convirtiendo en bienes cada vez más escasos). Actuando racionalmente, cada pastor trata de maximizar individualmente sus beneficios, por lo que implícita o explícitamente se pregunta cuál es la utilidad que le significa aumentar una cabeza de ganado a su rebaño. Esta utilidad tiene un componente positivo y uno negativo. El positivo es el beneficio que obtendría de este nuevo animal (por ejemplo, el beneficio obtenido por la venta de los productos que de él se deriven, como carne, leche, cuero, etc.), y el negativo es el sobrepastoreo adicional creado. Así, el exceso de pastoreo no le implica un coste pues el mismo se distribuye entre todos los usuarios de los pastos a los cuales se externaliza. Un sistema planteado en estos términos incentiva a incrementar los rebaños sin ningún límite (en un mundo que es, por definición, limitado). El resultado es el agotamiento de la llanura⁵⁶.

¿Qué es lo que sucede? Muy sencillo: cada pastor, al llevar el ganado a pastar, toma en cuenta el beneficio, pero no su coste. Esto es un claro ejemplo de una externalidad. Un sistema de propiedad común lleva a que los individuos usen como un bien infinito (los pastos) un bien que es finito, es decir, escaso.

La conclusión es fácil de intuir: determinados sistemas de asignación de recursos no son adecuados, porque sus titulares solo tienen en cuenta los beneficios que pueden extraerse para ellos mismos, sin que ponderen los costes que su actividad, su uso o su explotación pueden significar para terceros. Los costes y beneficios no asumidos por el agente, o que no le son compensados, son externalidades.

Frente a la propiedad comunal, la propiedad privada (si se quiere: la propiedad burguesa e individualista que se consagró en los códigos decimonónicos) supone una fórmula de internalización de

⁵⁵ HARDIN, *Science*, 1968, pp. 1243 y ss. Garrett Hardin no era ni un economista, ni un jurista. Era un zoólogo y su publicación estaba dirigida a destacar, siguiendo la estela malthusiana, los peligros de la sobrepoblación y de la sobreexplotación.

⁵⁶ Tampoco cabe ignorar que, en determinadas circunstancias, puede verificarse una infraexplotación de los recursos: es la denominada tragedia de los anticomunes (HELLER, 1998, pp. 622 y ss.).

las externalidades. Esta es la hipótesis de Harold Demsetz: la principal función de la propiedad es la internalización de los efectos beneficiosos y dañinos derivados del uso de bienes.

La propiedad privada es, pues, una técnica de atribución de la titularidad de los recursos económicamente valiosos⁵⁷. Nada más, pero tampoco nada menos. Los derechos de propiedad aparecen, entonces, cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al coste mismo de la internalización (es decir, el coste de poner en vigor los derechos de propiedad). La internalización crea los incentivos para la utilización eficiente de los recursos. Este es, a fin de cuentas, la justificación de todo sistema de propiedad⁵⁸.

II. LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

El reconocimiento del derecho a la propiedad privada que efectúa nuestra Constitución no es un caso aislado en otros ordenamientos. Pero más interés si cabe tiene su plasmación en textos internacionales, dada la previsión del art. 10.2 CE⁵⁹. Desde esta perspectiva, podemos recordar tres hitos.

En primer lugar, el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁰ establece:

«1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

⁵⁷ En este sentido, también RIBOT IGUALADA, *DPyC*, 1994, p. 230. Hablaba en su momento Díez-Picazo (*RDU*, 1971, p. 33) de la propiedad como de «una determinada manera de organizar la gestión y la explotación de los bienes económicos».

⁵⁸ Ahora bien, lo anterior no significa que, bajo determinadas circunstancias, un uso compartido no pueda ser económicamente eficiente. Este es precisamente uno de los aspectos más relevantes de la investigación de OSTROM (2000). El planteamiento que subyacía a la tragedia de los comunes se refiere a bienes de acceso libre (*open access*), donde nadie tiene derecho a impedir que otros utilicen el activo, y este es un supuesto distinto al analizado por Ostrom, que se centra en casos de propiedad colectiva (*common property*) donde los sujetos que tienen derecho a utilizar y explotar el recurso de titularidad común están definidos, de manera que los miembros del grupo tienen derecho a excluir a los que no lo sean del uso y disfrute del activo común. Curiosamente, Ostrom citaba como uno de los ejemplos de su tesis el sistema de riegos de la huerta de Valencia.

⁵⁹ Y sin entrar a valorar si la mención a «derechos fundamentales y a las libertades» se limita o no a los arts. 15 a 28 CE.

⁶⁰ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

En segundo lugar, el art. 17.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea indica:

«Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general»⁶¹.

Y, por último, en tercer lugar, aunque no se alude a la protección de la propiedad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶², en cambio, sí se la menciona en el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶³, cuyo art. 1, bajo la rúbrica «[p]rotección de la propiedad», establece:

«Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

Este precepto ha dado lugar a una variada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido tomada en consideración por nuestro Tribunal Constitucional, aunque no se haya seguido el planteamiento (al menos, formalmente) más protector de la propiedad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴.

⁶¹ Sobre la necesidad de proyectar y ajustar la visión comunitaria de propiedad en el ordenamiento español, BAÑO LEÓN, 2008, pp. 1787-1790.

⁶² Roma, 4 de noviembre de 1950.

⁶³ París, 20 de marzo de 1952. El Instrumento de Ratificación de España se publicó en el BOE de 12 de enero de 1991 y contiene una reserva al art. 1. Para una posible explicación, BARCELONA LLOP, 2013, pp. 12 y ss.

⁶⁴ *Vid.*, por todos, JIMÉNEZ HORWITZ, *DPyC*, 2001; BARCELONA LLOP, *RAP*, 2011; y RICCIO, 2018.

2. PROPIEDAD, LIBERTAD Y SEGURIDAD

No resulta oportuno un análisis aislado del enfoque constitucional del derecho de propiedad privada⁶⁵. El art. 33 CE debe ser analizado en su contexto, no solo jurídico, sino también ideológico. Para ello siquiera someramente es conveniente exponer las relaciones entre propiedad y libertad, por un lado, y propiedad y seguridad, por otro.

a) Propiedad y libertad.

Hay un punto que resulta especialmente relevante en el pensamiento jurídico continental europeo y es la conexión entre propiedad y libertad⁶⁶. Así, por ejemplo, se destaca que la protección constitucional de la propiedad está vinculada con la defensa de una vertiente patrimonial del libre desarrollo de la personalidad, que se traduce en la posibilidad de contar con un presupuesto patrimonial indispensable para configurar la vida personal libremente y de desplegar la libertad en los ámbitos de la actividad económica (trabajo y libertad de empresa)⁶⁷. Y más llamativo resulta todavía, como indica también la doctrina⁶⁸, que esa conexión propiedad-libertad esté por completo ausente en nuestra jurisprudencia constitucional. No falta quien⁶⁹ relaciona esa ausencia con cierto prejuicio antidominal del Tribunal Constitucional⁷⁰. Paradójicamente, se suele subrayar más la coexistencia de ese derecho a la propiedad privada con otros elementos más característicos de una democracia social, con la posibilidad de una configuración pública de la economía⁷¹.

Recordemos, por un instante, que esa conexión propiedad-libertad, concebida como un «símbolo cargado de contenido ideológico», permitió a los estados la creación de instrumentos técnico-constitucionales que configuraron el estado liberal de derecho: derechos fundamentales, reserva de ley, división de poderes y con-

⁶⁵ En el mismo sentido, Díez-PICAZO, 1991, pp. 1257-1258.

⁶⁶ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2013. Una referencia fundamental es PIPES, 2002.

⁶⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, pp. 1152-1153; *vid.* también Díez-PICAZO, 1991, pp. 1257-1258. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1158) apunta asimismo las conexiones del art. 33 CE con los arts. 35.1 y 38 CE, y considera que «[c]uando el fundamento de una actividad económica es un bien y la actividad empresarial consiste en un determinado aprovechamiento de aquel, la protección de la libertad de empresa no puede ir más lejos que la de la propiedad; o, dicho de otro modo, los límites o las cargas u obligaciones que —en virtud de la función social de la propiedad— pesen sobre el bien, constituyen también cargas constitucionalmente admisibles del derecho a la libertad de empresa».

⁶⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1153; y 2018b; y REY MARTÍNEZ, *DPyC*, 1994b, pp. 183-185.

⁶⁹ REY MARTÍNEZ, 2005, p. 203; y 2006, p. 974.

⁷⁰ También hablaba de «un marcado signo antigarantista del derecho de propiedad privada» (REY MARTÍNEZ, *DPyC*, 1994b, pp. 170 y 171).

⁷¹ Díez-PICAZO, 1991, p. 1257.

trol judicial del poder⁷². Y que quizá una prueba de la salud de nuestras instituciones es el grado de respeto del legislador hacia la propiedad. Se llegó autorizadamente a decir que «España es quizá el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad»⁷³.

b) Propiedad y seguridad.

Ha sido frecuente que, ante la introducción de restricciones legales a los derechos de contenido económico, se alegara, conjuntamente a la posible violación del art. 33 CE, la vulneración de la seguridad jurídica o la irretroactividad de las disposiciones limitativas de derechos individuales, esto es, del art. 9.3 CE.

Cuando se trata de situaciones patrimoniales previamente existentes, la conexión entre los arts. 33 y 9.3 CE es clara. La protección que el art. 33 CE dispensa a las situaciones patrimoniales ya existentes coincide, por un lado, con la prohibición de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de esos derechos y, por otro, con la necesidad de proteger la confianza de quien es titular de situaciones patrimoniales ya adquiridas⁷⁴. Claro está, sin embargo, que el propio art. 33 CE introduce un factor ajeno al art. 9.3 CE: la posibilidad de expropiación permite incidir sobre situaciones patrimoniales ya consolidadas y, en consecuencia, incidir en la confianza de quien era su titular.

Obviamente, esa conexión entre los arts. 33 y 9.3 CE carece de la misma transcendencia cuando lo que el legislador pretende es una regulación *ex novo*, creadora de situaciones patrimoniales hasta entonces inexistentes.

3. UNA APROXIMACIÓN AL ART. 33 CE

Aunque quizá sea ocioso recordarlo, es preciso partir de lo dispuesto en el art. 33 CE. Cada uno de sus tres apartados tiene una finalidad y un sentido específicos⁷⁵ y es evidente que la norma no

⁷² Así, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1153.

⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *RAP*, 1996, p. 134.

⁷⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1157) subraya que esos principios constitucionales contienen un mismo principio «antirrevolucionario» en materia económica de protección de lo ya existente o consolidado en el ámbito de las situaciones patrimoniales. *Vid.* también SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 130-136.

⁷⁵ LÓPEZ Y LÓPEZ (1988, pp. 45 y 56) destaca la heterogeneidad entre los planos en que se mueven los dos primeros apartados del art. 33 CE. La redacción del art. 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales presenta matices similares, explicables por su contexto: *vid.* JIMÉNEZ HORWITZ, *DPyC*, 2001, pp. 241 y ss., que habla de «mestizaje de tradiciones e intereses»; y BARCELONA LLOP, 2013, pp. 1 y ss.

pretende una brusca ruptura con la situación precedente⁷⁶. El primer apartado «reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia». Tras ese reconocimiento, que parece identificar una realidad extra- y preconstitucional, el segundo apartado asigna al legislador la delimitación del contenido de esos derechos, de conformidad con su función social. Y, por último, en el tercer párrafo se configura la expropiación como mecanismo de privación de los bienes y derechos, sometida a tres factores: a) que concurra «causa justificada de utilidad pública o interés social»; b) que exista la «correspondiente indemnización»⁷⁷; y c) que se lleve a cabo «de conformidad con lo dispuesto por las leyes»⁷⁸.

A poco que se reflexione se constatará que este art. 33 CE presenta en su contenido un buen número de categorías cuyos perfiles no se muestran con la suficiente claridad y que, por ello, no es pequeño el margen que queda a criterio del legislador. No todos los apartados obedecen a la misma lógica y parecen fruto de tendencias de diverso signo⁷⁹. Por un lado, obsérvese que mientras el

⁷⁶ MONTÉS (1980, p. 151) habla de «continuidad matizada». Conforme, MONTÁN-CHEZ RAMOS, 2005, p. 160.

⁷⁷ Lo que es diferente a la posibilidad de que el justiprecio sea cero: LÓPEZ Y LÓPEZ, *TyD*, 2020, p. 117.

⁷⁸ La STC 166/1986, de 19 de diciembre, relativa a una cuestión de inconstitucionalidad derivada de la expropiación del Grupo Rumasa, dijo:

«La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales».

⁷⁹ Está lejos, sin embargo, del más radical planteamiento del art. 44 de la Constitución de la República Española de 1931:

«Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.

Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.

Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.

El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.

En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes».

apartado primero efectúa un reconocimiento del derecho a la propiedad privada que supone una garantía frente a la intervención del legislador⁸⁰, el apartado segundo impone a ese mismo legislador que, apoyándose en la función social, delimite ese derecho⁸¹. Y, por otro, mientras el apartado segundo abre la puerta a la configuración legal del derecho de propiedad, el apartado tercero fija un límite consistente en la privación de bienes y derechos, con lo que se plantea el deslinde del alcance de una y otra situación.

Como ha puesto de relieve la doctrina⁸², el análisis del art. 33 CE plantea en lo fundamental dos grandes problemas suscitados básicamente por el sentido de su apartado segundo (de hecho, los apartados primero y tercero del art. 33 CE son normas perfectamente paralelas a los arts. 348 y 349 CC⁸³). La principal cuestión problemática del art. 33 CE estriba, justamente, en la identificación del alcance y de los límites de la función social en la configuración del derecho de propiedad privada⁸⁴ y ello se proyecta en dos planos.

En primer lugar, hay que determinar los posibles límites de la intervención legislativa en la configuración del derecho de propiedad privada, con base en la función social. La cuestión se reconduce a la identificación del contenido esencial del derecho de propiedad, que debe ser respetado por la intervención del legislador.

⁸⁰ Para RIBOT IGUALADA (*DPyC*, 1994, p. 219), el art. 33.1 CE cumple una doble función: «l'una, de garantia dels drets preexistents enfront al poder de l'estat, i l'altra com a proclamació del criteri d'ordenació, per al futur, del sistema econòmic».

⁸¹ No comparto el planteamiento de BARNÉS VÁZQUEZ (*RAP*, 1989, p. 286), que considera que «[l]a posición jurídico-privada del derecho de propiedad –art. 33.1 CE– parece descansar en un particular modo de utilización de los bienes frente a terceros: la susceptibilidad de explotación directa de los bienes objeto del dominio, sin necesidad de intermediarios. De ahí se deriva una posición de ventaja, en las relaciones jurídico-privadas: la «competencia» del propietario para decidir –*domino volente*– sobre la participación de los restantes derechos patrimoniales –arrendatario, usufructuario...– en su propiedad. Por su parte, el párrafo segundo [...] puede ser entendido como comprensivo de la posición jurídico-pública del dominio. Vertiente esta que se traduce en la competencia de los poderes públicos para elegir el tipo de goce –aprovechamiento– y disposición sobre cada categoría de bienes y, señaladamente, para cada clase de suelo –urbano, forestal, espacio natural, etc.–. Implica, pues, la delimitación del contenido normal de toda forma de exteriorización del derecho. Decisión jurídico-pública acerca del destino económico del bien –urbanístico, agrario o forestal, *v. gr.*– y del concreto aprovechamiento que al titular corresponde, así como la sujeción del ulterior tráfico jurídico a un estatuto determinado». Este planteamiento asigna a la función social un alcance que excede claramente del criterio constitucional.

⁸² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1148.

⁸³ La STS (cont.) de 27 de octubre de 1979 reconocía que las previsiones del art. 33 CE eran «escasamente innovadoras por hallarse otras similares en los textos fundamentales precedentemente vigentes».

⁸⁴ Son muchos los derechos y los deberes, incluso de transcendencia puramente patrimonial, reconocidos en la Constitución española, pero solo de la propiedad privada y de la herencia se constata la necesidad de proclamar su «función social».

Y, en segundo lugar, conviene precisar cuándo la delimitación del contenido del derecho de propiedad, al amparo de esa función social, se traduce en una privación del derecho, que da lugar a una situación que deba ser calificada como un supuesto de expropiación.

El Tribunal Constitucional ha pretendido poner en conexión ambos problemas interpretativos. Y, por ello, ha podido resaltar la doctrina⁸⁵ que:

«[...] en último término, la frontera que separa el art. 33.2 CE del art. 33.3 CE (para el legislador que regula el contenido de la propiedad; no para otros casos de intervención del poder público en la propiedad) coincide con la que impide al legislador que interviene en el contenido del art. 33.1 CE –en virtud del art. 53.1 CE– pasar de los límites de su contenido esencial (salvo que indemnice, en virtud del art. 33.3 CE)».

Ello significa que el legislador, al amparo de la función social, puede intervenir en la delimitación de la propiedad privada, pero si esa delimitación afecta al contenido esencial, se activa la garantía expropiatoria y la intervención solo es posible si se indemniza. Si se analiza esta idea, parece que no puede sino llegarse a la conclusión de que el verdadero alcance de la propiedad privada se reconduce a la existencia de indemnización como consecuencia de la expropiación⁸⁶.

Hay, sin embargo, en este punto un elemento que conviene subrayar y que nos debe evitar llegar a una conclusión apresurada: en nuestro sistema, la privación de la titularidad de un bien o un derecho no se supedita solo a su indemnización. El art. 33.3 CE (al igual que el art. 349 CC, la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa y el Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa) exige que concurra además una «causa justificada de utilidad pública o interés social». Lo que ocurre es que, aparentemente, se da por supuesto que la intervención legislativa basada en la función social ya cumple esa exigencia. Convendría, por ello, valorar hasta qué punto toda intervención legislativa basada en la función social es «causa justificada de utilidad pública o interés social»⁸⁷. Si lo es, esa intervención legislativa que supone privación da lugar a expro-

⁸⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1149.

⁸⁶ Pero tiene razón BAÑO LEÓN (2008, p. 1785) cuando destaca que la garantía del contenido esencial no debe confundirse necesariamente con la garantía expropiatoria, entre otras razones, porque en tal caso sería superflua la garantía del art. 53.1 CE respecto de la del art. 33.3 CE.

⁸⁷ «[L]a función social de la propiedad *per se* no permite la expropiación salvo que haya una razón cualificada» (BAÑO LEÓN, 2008, p. 1786).

piación. Si no lo es, la intervención carece de justificación, excede de los límites constitucionales y no es necesario que se articule como expropiación.

Un ejemplo puede ilustrar esa situación. La STC 116/2019, de 16 de octubre, desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley balear 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca. El recurso cuestionaba que concurriera causa para legitimar cualquier medida de naturaleza expropiatoria, por la incidencia de las rutas en fincas privadas. Señala el Tribunal Constitucional que:

«La *causa expropriandi* es el fin de utilidad pública o interés social que en cada caso declara el legislador. Es una de las garantías de toda expropiación [...] [E]n la medida en que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se producirá, ya que ese contenido no exige, ni conlleva, ineludiblemente, el que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente amparada en una ley general que contenga una tipificación o catálogo tasado de los fines legitimadores de la expropiación».

El Tribunal Constitucional considera que los poderes públicos pueden facilitar a los usuarios la práctica del senderismo, lo que se relaciona con la ordenación territorial y el turismo; y además se enuncian una serie de fines públicos, conectados con el interés general:

«Se trata de fines relacionados fundamentalmente con la necesidad de garantizar una utilización adecuada de estas rutas, permitiendo un uso público compatible con la preservación de los valores naturales, culturales y etnológicos propios de las mismas, facilitando una mayor sensibilización ambiental, al acercar la población a la naturaleza y al medio rural en general. Uso que posibilite tanto la preservación del entorno en el que dichas rutas discurren, tomando en consideración sus valores naturales, su paisaje o su patrimonio cultural, como su contribución al desarrollo sostenible del medio rural. Finalidad de protección medioambiental y su conexión con el objetivo del desarrollo rural que cumplen este tipo de rutas que ya ha sido destacada por la doctrina de este Tribunal...».

Es, evidentemente, un planteamiento que concede un amplísimo margen al legislador.

Por lo demás, la conexión entre expropiación y función social parece tener su plasmación más acabada en los arts. 71 y ss. LEF,

que se ocupan de la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad⁸⁸. En concreto, el art. 71 LEF señala que:

«Existirá causa de interés social para la expropiación forzosa, además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las Leyes, cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una Ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva».

En consecuencia, si una Ley declara que cierto tipo de bienes cumple una función social y el propietario la incumple, se abre la puerta a una expropiación por ese incumplimiento, por causa de interés social⁸⁹.

¿Dónde radica el problema? Con la legislación de expropiación forzosa, la declaración de obligación de cumplimiento de una función social era excepcional⁹⁰. Sin embargo, al establecer el art. 33.2 CE la relevancia de la función social en cuanto a la delimitación del contenido, basta que una ley se apoye en que pretende el desarrollo de esa función social para que, en un primer momento, se legitime (al menos, aparentemente) una intervención y para que, en un segundo momento, si se considera que supone privación de derechos, justifique la expropiación. En último término, el problema estriba en determinar si la referencia a la función social de la legislación de expropiación forzosa coincide con la función social del art. 33.2 CE. La singularidad de la función social en la legislación de expropiación forzosa contrasta con su generalidad en el art. 33.2 CE.

4. ¿INTERPRETACIÓN CONJUNTA DE LOS TRES APARTADOS?

En la jurisprudencia constitucional se ha mantenido la necesidad de una interpretación combinada de los tres apartados del art. 33 CE. Es paradigmática, en este sentido, la STC 37/1987, de 26 de marzo. Para el Tribunal Constitucional, los tres apartados del art. 33 CE «no pueden ser artificiosamente separados», puesto que

⁸⁸ *Vid.* arts. 87 y ss. REF.

⁸⁹ *Vid.*, por ejemplo, Ley 24/1977, de 1 de abril, de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad de viviendas de protección oficial; o Ley 34/1979, de 16 de noviembre, sobre fincas manifiestamente mejorables.

⁹⁰ Decían GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2022) que la aplicación de este tipo de expropiación «ha sido, sin embargo, escasa, tanto a nivel legal o formal, como, especialmente, a nivel práctico, en el que permanece prácticamente inédito, salvo en materia urbanística [...] y agraria», aunque advertían que «[l]a consagración del principio de la función social de la propiedad en la Constitución (art. 33.3) puede extender la aplicación de esta importante técnica expropiatoria».

«[...] revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8.º) [Caso Rumasa], desde la vertiente institucional⁹¹ y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación»⁹².

Ahora bien, esa exigencia de una valoración combinada de los tres apartados del art. 33 CE no ha vuelto a ser repetida, aunque es evidente que el alcance de los apartados segundo y tercero ha afectado decisivamente el sentido del reconocimiento del derecho de propiedad privada.

En mi opinión, sin negar la conveniencia de tener en cuenta el alcance de los apartados segundo y tercero, no se puede obviar cierta prevalencia del apartado primero y de ese reconocimiento del derecho a la propiedad privada. No se trata de interpretar ese primer apartado como la consagración de un derecho similar a los plasmados en los Códigos Civiles decimonónicos, sino de algo más simple. Toda la estructura del art. 33 CE parte de y presupone una subordinación de los apartados segundo y tercero al apartado primero. Los apartados segundo y tercero se explican como matizaciones al apartado primero. Dicho de otro modo, sin el apartado primero, los otros dos apartados no tienen sentido; en cambio, sin esos dos apartados, el apartado primero sí mantiene su sentido (anacrónico si se quiere, pero sentido, al fin y al cabo). El reconocimiento del derecho es la regla, la delimitación es una posibilidad de incidencia que requiere ser justificada.

Lo que, en última instancia, quiero poner de manifiesto es que, por muy importante que sea el alcance que queramos conferir a los apartados segundo y tercero, no podemos prescindir de la proclamación del derecho a la propiedad privada. Ese reconocimiento, sin adición de otros elementos, requiere un ordenamiento jurídico

⁹¹ Para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1159), esa vertiente objetiva (expresión que considera más clara que la de institución) de la propiedad «se traduce en la directiva constitucional (entregada, desde luego, a la configuración del legislador) de que el orden económico se base sustancialmente en la titularidad privada de los bienes, con independencia de las posibles excepciones (también previstas constitucionalmente en el art. 128.2 CE: reserva de recursos al sector público); y de que exista una adecuada protección en el ordenamiento jurídico (también en el jurídico-privado) de las posiciones jurídico-patrimoniales».

⁹² Respecto a la STC 111/1983, de 2 de diciembre, el Tribunal Constitucional elimina una referencia al debilitamiento del derecho de propiedad. Para una crítica de esa referencia al debilitamiento de la propiedad, *vid.* REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 199-219; DPyC, 1994b, pp. 185-189; y 2005, pp. 206 y ss.; y COLINA GAREA, 1997, pp. 208 y ss.

que proteja la utilidad individual consustancial a esa técnica de gestión de los recursos escasos.

5. CONSECUENCIAS DE LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 33 CE

Aunque sea una cuestión hartamente conocida, creo que es necesario no perder de vista las consecuencias de la ubicación sistemática del art. 33 CE. Su ubicación es relevante en diversos sentidos.

- Se encuentra en el Título Primero, dedicado a los derechos y deberes fundamentales y, más en concreto, en el Capítulo Segundo dedicado a los derechos y libertades.
- Está excluido, sin embargo, de la Sección dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas.
- Pero está incluido en la Sección dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos.
- Y no forma parte del Capítulo Tercero, dedicado a los principios rectores de la política social y económica.

Esta ubicación implica diversas consecuencias⁹³, en lo que ahora interesa:

- a) Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE).
- b) Su ejercicio solo puede regularse por ley⁹⁴, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE).
- c) Es cuestión sujeta a interpretación y a discusión si cabe dictar disposiciones legislativas en forma de Decretos-leyes en la medida que no pueden afectar «a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» (art. 86.1 CE)⁹⁵.
- d) Es un derecho tutelable a través del recurso de inconstitucionalidad [arts. 53.1 y 161.1.a) CE], pero no se protege mediante

⁹³ Una explicación de su menos intensa protección, relacionada con los «derechos de los ricos», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2013. Como constata BAÑO LEÓN (2008, pp. 1781-1782), «el constituyente minusvaloró el derecho de propiedad como derecho fundamental [...] En lo que podríamos considerar la ideología constitucional predominante, tanto las fuerzas políticas de la izquierda como las de la derecha reservaban un papel central al intervencionismo estatal en todos los órdenes de la vida social».

⁹⁴ *Vid.*, por todos, BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 188 y ss.; REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 405 y ss.; y COLINA GAREA, 1997, pp. 253 y ss. Sobre la flexibilización de la exigencia de reserva de ley, ampliando el espacio de los reglamentos, *vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1151.

⁹⁵ Es, en cambio, claro que no se requiere ley orgánica para su desarrollo, porque no se trata de uno «de los derechos fundamentales y libertades públicas» (art. 81.1 CE).

recurso de amparo [arts. 53.2 y 161.1.b) CE]⁹⁶. Y se admite que se pueda plantear cuestión de constitucionalidad ante su eventual vulneración por una disposición legal (art. 163 CE).

En nuestro sistema constitucional, la propiedad privada se configura como un derecho fundamental, no como una mera garantía de instituto⁹⁷. Esta consideración tiene una especial importancia por cuanto, en el planteamiento del Tribunal Constitucional, el alcance de la intervención legislativa es mayor respecto a las situaciones que pueden calificarse de garantías de instituto que las reputadas como derechos fundamentales. Ahora bien, en lo que se refiere a la propiedad privada, y vista la escasa transcendencia del respeto a su contenido esencial, su caracterización como derecho fundamental se revela poco fecunda y, en la práctica, se asemeja más bien a una simple garantía de instituto.

6. DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ART. 33 CE

Como consecuencia de la exclusión del recurso de amparo para la tutela del derecho a la propiedad privada (sin perjuicio de que pueda alegarse en combinación con otros derechos sí susceptibles

⁹⁶ La STC 67/1988, de 18 de abril, recuerda que «[...] el derecho de propiedad y sus garantías, incluidos los límites constitucionales a la expropiación, no son susceptibles, de acuerdo al art. 53 CE, del recurso constitucional de amparo, por lo que éste no podría servir como instrumento para proteger al ciudadano frente a expropiaciones que no respetaran las garantías del art. 33.3 CE. Ello no supone, sin embargo, la desprotección de tales derechos, sino sólo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el art. 53.2 CE confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y sus garantías».

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1153) apunta a la falta de conexión entre propiedad y libertad como una de las razones que explica esa no protección de la propiedad mediante el recurso de amparo. Para CARRASCO PERERA (*REDC*, 1984, p. 92), ««[c]ientíficamente» constituye una «lástima» que el derecho de propiedad no esté incluido en el ámbito del amparo».

⁹⁷ Así, LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 308-316; REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 220-232; 2005, pp. 210-211; *PyD*, 2006, pp. 979-980; y *TyRC*, 2007, p. 399; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2004, pp. 40-42; AGUILERA VAQUÉS, 2008, pp. 941 y 949; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1152; PRATS ALBENTOSA, *RJNot*, 2022, pp. 151-153; y SÁNCHEZ BALLESTEROS, *RDC*, 2023, p. 145 (que lo califica como no «fundamentalísimo»); un criterio distinto en MONTÉS, 1980, pp. 161-162; PARADA, *DA*, 1990, pp. 41-42; CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, p. 213; PONS CÀNOVAS, 2004, pp. 29-30; y TORNOS MAS, *RVAP*, 2014, p. 2857. Para Díez-Piçazo Giménez (2013), es tanto un derecho fundamental como una garantía de instituto (*Vid.* también PRATS ALBENTOSA, *RJNot*, 2018, pp. 325-335). Sobre la posible consideración del derecho a una vivienda digna como derecho fundamental, PRATS ALBENTOSA, *RJNot*, 2022, pp. 142 y ss. En sentido crítico, NASARRE AZNAR, *CRL*, 2017, pp. 45-51; y LÓPEZ Y LÓPEZ, *CDL*, 2022, p. 17. Una propuesta «de lege ferenda» en SIMÓN MORENO, 2018, pp. 55 y ss.

de amparo), la doctrina del Tribunal Constitucional se ha configurado fundamentalmente a través de recursos de inconstitucionalidad y, mucho más esporádicamente, a través de cuestiones de inconstitucionalidad. Como se ha resaltado acertadamente⁹⁸, esta negación de la vía de amparo ha tenido una influencia decisiva en la conformación de la doctrina constitucional, en la medida que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo un análisis abstracto de la inconstitucionalidad de las normas:

«Es prácticamente imposible determinar en un juicio a priori en abstracto si una determinada regulación de la propiedad impide al propietario una utilidad económica al bien. Lo normal es que en términos teóricos no pueda llegarse a una conclusión inequívoca en uno u otro sentido, de manera que el Tribunal Constitucional tenderá a fallar en favor del legislador, pues estaremos por definición en el ámbito propio del juicio discrecional que al legislador incumbe».

Y hay un aspecto que merece ser destacado. Las decisiones del Tribunal Constitucional en torno al derecho de propiedad privada no se basan exclusivamente en el contenido y el alcance del art. 33 CE, sino que la *ratio decidendi* tiene frecuentemente otros perfiles. Es importante subrayar este extremo, porque en ocasiones las referencias al art. 33 CE pueden ser consideradas *obiter dicta* y, por ello, su valor debe ser matizado. ¿Cuáles son esas otras razones que explican las concretas decisiones del Tribunal Constitucional?

a) En ocasiones, el Tribunal Constitucional analiza los límites del Decreto-ley que afecta al derecho de propiedad, y la inconstitucionalidad se basa en la infracción de esos límites, por ejemplo, cuando se reprocha que un Decreto-ley pretenda establecer un régimen general de este derecho.

b) En otras ocasiones, la declaración de inconstitucionalidad se sustenta en la distribución competencial entre el estado y las comunidades autónomas: la inconstitucionalidad obedece, simplemente, a que el legislador, sea estatal, sea autonómico, se excede en las materias sobre las que versa su normativa⁹⁹. Piénsese, por ejemplo y sin ánimo exhaustivo, desde la perspectiva de la competencia estatal, en materias como legislación mercantil (art. 149.1.6.^a CE) o sobre propiedad intelectual e industrial (art. 149.1.9.^a CE), o ferrocarriles (art. 149.1.21.^a CE), recursos y aprovechamientos hidráulicos (art. 149.1.22.^a CE), legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23.^a CE), bases de régimen minero y energético (art. 149.1.25.^a CE), o defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español (art. 149.1.28.^a CE). Y,

⁹⁸ BAÑO LEÓN, 2008, pp. 1782-1783.

⁹⁹ Interesantes reflexiones en LÓPEZ Y LÓPEZ, *ADC*, 1998, pp. 1680 y ss.

desde la perspectiva contraria, esto es, desde la perspectiva de la competencia autonómica, podemos mencionar, también a título de ejemplo, la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3.^a CE), montes y aprovechamientos forestales (art. 148.1.8.^a CE), gestión en materia de protección del medio ambiente (art. 148.1.9.^a CE), proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés autonómico (art. 148.1.10.^a CE), o patrimonio monumental de interés autonómico (art. 148.1.16.^a CE).

Acaso sorprenda que en esa amplia enumeración de títulos competenciales no se haya mencionado el art. 149.1.8.^a CE. Y sorprende porque es evidente que el derecho de propiedad privada es legislación civil. O, mejor dicho, es también, pero no solo, legislación civil. Lo cierto es que entre las materias reservadas exclusivamente al estado no hay una conexión inmediata con la propiedad o los derechos reales y ello parece abrir la puerta a la legislación de algunas comunidades autónomas. Sin embargo, si el art. 149.1.8.^a CE se lee con calma no es difícil llegar a concluir que hay, al menos, dos elementos que sí pueden vincularse inmediatamente con las titularidades patrimoniales. Por un lado, la ordenación de los registros e instrumentos públicos y, por otro, las bases de las obligaciones contractuales, son materias que sí pueden relacionarse con el estatuto de la propiedad privada y determinar la inconstitucionalidad de una norma. Piénsese, por ejemplo, en una legislación autonómica que imponga con carácter constitutivo para la adquisición de un derecho real su inscripción en el registro de la propiedad; o que limite los contratos que un propietario puede llevar a cabo sobre un bien, o restrinja su contenido, o le imponga una contratación forzosa. Pero, evidentemente, que una norma autonómica sea inconstitucional por incidir en una de las bases de las obligaciones contractuales no significa que una norma estatal idéntica lo sea. Las razones por las que una norma estatal puede llegar a ser inconstitucional se mueven en otro plano.

Una de las mejores oportunidades que tuvo el Tribunal Constitucional fue desaprovechada. La STC 95/2017, de 6 de julio, versó sobre la Ley catalana 19/2015, de 29 de julio, que introdujo la propiedad temporal (y también la propiedad compartida) en el libro quinto del Código Civil de Cataluña¹⁰⁰. Pero nada dijo el Tribunal

¹⁰⁰ El Tribunal Constitucional admitió la constitucionalidad de esa regulación autonómica, a partir de la idea de desarrollo del art. 149.1.8.^a CE, basándose en la conexión entre la propiedad temporal y diversas instituciones ya reguladas en Derecho catalán, como la sustitución fideicomisaria sometida a plazo o condición, los legados hechos bajo condición o término resolutorios, las donaciones sujetas a condición o a plazo o a reversión, la cláusula típica de recuperación de la propiedad en la compraventa a carta de gracia o la enfiteusis.

Constitucional acerca de qué relación podía existir entre el derecho de propiedad del art. 33 CE y una propiedad meramente temporal. La cuestión puede explicarse por la introducción *ex novo* de esa figura: no se trataba, pues, de modificar el contenido de las titularidades ya existentes, sino de permitir nuevas situaciones jurídico-patrimoniales.

Llama, no obstante, la atención el énfasis del legislador catalán en recurrir a la expresión «propiedad», sea temporal, sea compartida. En cambio, como es conocido, el legislador estatal expulsó del lenguaje jurídico la expresión «multipropiedad»: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre¹⁰¹, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, rechazó esa expresión por impropia¹⁰².

7. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR «PROPIEDAD PRIVADA» EN EL ART. 33 CE?

El art. 33.1 CE reconoce el «derecho a la propiedad privada». No voy a entrar aquí en disquisiciones acerca de si supone alguna diferencia de nota la indicación de que se trata del derecho a la propiedad, y no del derecho de propiedad¹⁰³. El adjetivo «privada» se contraponen a «pública» y hace referencia no tanto al titular, sino a la técnica de asignación del recurso¹⁰⁴. Cabe, obviamente, que entes públicos ostenten derecho de propiedad privada sobre ciertos bienes (arts. 7 y 8 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas)¹⁰⁵.

La constitucionalización de categorías jurídicas preconstitucionales produce resultados chocantes¹⁰⁶. La constitucionalización no

¹⁰¹ Esa Ley fue derogada por el Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, sustituido, a su vez, por la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

¹⁰² «El término «multipropiedad» tenía la gran ventaja de haber calado en la opinión pública, hasta el punto de ser, con mucho, la forma más habitual de denominar entre nosotros a la institución, con independencia de que se hubiera constituido como una forma de propiedad o como una forma de derecho personal. Pero es precisamente ese carácter globalizador con el que normalmente se utiliza, por un lado, y el hecho de hacer referencia a una forma concreta de propiedad, por otro, lo que lo hacen un término inadecuado por equívoco».

¹⁰³ Sobre las diferencias entre «derecho de» y «derecho a» en el texto constitucional, LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, pp. 46-52; Díez-PICAZO, 2006, p. 18; MUÑOZ GUIOSA, 2009, pp. 85-88; y ROGEL VIDE, 2017, pp. 45 y ss.

¹⁰⁴ Por ello, BARNÉS VÁZQUEZ (1988, p. 49) subraya que la función social no se identifica con el interés general, puesto que no persigue el uso o servicio públicos al que está afectado el dominio público.

¹⁰⁵ Para la sujeción de esos bienes a la función social, *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, pp. 83 y ss.

¹⁰⁶ Interesantes consideraciones en SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 54 y ss.

supone la elevación de rango normativo de una categoría y tampoco significa que esa categoría reste petrificada o inalterada respecto de su significado preconstitucional¹⁰⁷. Pero la constitucionalización tampoco implica que la categoría nazca *ex novo* y sin conexión con sus perfiles preconstitucionales: de lo contrario, si el legislador postconstitucional tuviera absoluta libertad para configurar cada categoría (propiedad, herencia, familia, matrimonio, etc.), su misma consagración constitucional serviría de bien poco.

Esa cuestión se apunta en la STC 37/1987, de 26 de marzo, al aludir a la naturaleza jurídica de los derechos:

«Muchas veces el “nomen” y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta...».

Hay, en este punto, un difícil equilibrio entre la continuidad tipológica de la categoría preconstitucional y las posibilidades de configuración postconstitucional¹⁰⁸. No cabe duda de que no se ha constitucionalizado el contenido de los arts. 348 y 349 CC, pero también está claro que no se puede prescindir de esos preceptos a la hora de perfilar el alcance de la intervención legislativa postconstitucional¹⁰⁹. Lo que sí es cierto es que la previsión constitucional de la expropiación forzosa en el art. 33.3 CE ha hecho que la delimitación de los derechos tutelables por esa vía («cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos...»: art. 1.1 LEF) «contamine» la

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, 1991, pp. 1258-1259.

¹⁰⁸ El planteamiento de RIBOT IGUALADA (*DPyC*, 1994, p. 212) amplía el margen del legislador: «cal entendre que la Constitució no fa seu un determinat concepte tècnic (abstracció falsament lògica de les dades subministrades per l'ordenament positiu extraconstitucional), sinó que remet la determinació del dret objecte de reconeixement al legislador (art. 33.2 CE). Pero no amb una llibertat completa, que desfiguraria el sentit normatiu que hom coincideix a atribuir al precepte constitucional, sinó dins dels límits que es deriven tant de la lectura conjunta dels tres apartats que componen l'art. 33, com del principi de concordança pràctica i unitat de la Constitució».

¹⁰⁹ Para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1154), «[c]ada concepto que pasa al texto constitucional cobra un sentido propio que puede ser distinto (y en el caso de la propiedad, sin duda, lo es) del originario de la legalidad infraconstitucional de la que procede. Más contundente es BARNÉS VÁZQUEZ (1988, p. 287; y *RAP*, 1989, p. 274), para quien «[l]a Constitución posee la virtual capacidad para crear *conceptos propios*» y alude a que «[n]uestro Alto Tribunal ha utilizado este poder de definición autónoma para el ámbito de su competencia otorgando a los conceptos un contenido valorativo de carácter material. Contenido que no puede ser ya determinado por una mera definición formal o por la remisión igualmente formal a la disciplina jurídica en que dicho concepto ha sido tradicionalmente cultivado». Claro está que ello supone, como recuerda CARRASCO PERERA (*REDC*, 1984, p. 80), refiriéndose a la doctrina alemana, que el legislador ordinario ya no puede llamar propiedad a cualquier cosa y con los caracteres cualesquiera que se le ocurran.

noción de propiedad privada del art. 33.1 CE¹¹⁰: esto es, que el ámbito objetivo del art. 33.1 CE se lea a partir del ámbito objetivo del art. 33.3 CE, lo cual no deja de ser curioso en la medida que simultáneamente se subraya la desvinculación del legislador postconstitucional del concepto preconstitucional de propiedad¹¹¹.

Lo que nos interesa es qué significa propiedad en el art. 33.1 CE. En una primera aproximación, cabe pensar en una identificación con el concepto preconstitucional del derecho de propiedad. Más aún: es fácil recurrir al concepto codificado en el art. 348.I CC, como «derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal¹¹², sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Pero ello significaría olvidar las importantes modificaciones que ese concepto sufrió entre 1889 y 1978¹¹³. Y tampoco puede pensarse en una petrificación constitucional de ese concepto. La STC 37/1987, de 26 de marzo, afirmaba con rotundidad que «la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 CC». Es evidente: el contexto liberal-burgués de finales del siglo XIX¹¹⁴ no es el contexto social de comienzos del siglo XXI¹¹⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha preocupado por resaltar que el concepto de propiedad privada no se identifica en el art. 33.1 CE con la titularidad dominical sobre bienes materiales¹¹⁶. Esa referencia a propiedad privada ha permitido cobijar la

¹¹⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1154.

¹¹¹ El planteamiento se constata, por ejemplo, en la STC 108/1986, de 29 de julio, sobre jubilación anticipada de los jueces:

«No define la Constitución qué deba entenderse exactamente por expropiación de «bienes y derechos», pero dado que el precepto se remite a «lo dispuesto por las Leyes», parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación».

¹¹² Referencia añadida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre.

¹¹³ LÓPEZ Y LÓPEZ (ADC, 1998, pp. 1679-1680) caracterizaba de este modo la propiedad: «un derecho patrimonial privado, el más pleno posible, con carácter general sobre una determinada categoría de bienes corporales, oponible *erga omnes*, insusceptible de titularidad solidaria, y no derivado de otro derecho subjetivo de mayor contenido de facultades».

¹¹⁴ Interesantes indicaciones, incluyendo una exposición de sus postulados ideológicos, en REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 11 y ss.; y COLINA GAREA, 1997, pp. 21 y ss.

¹¹⁵ Según MONTÉS (1980, pp. 391 y ss.), la «nueva» propiedad presenta cuatro aspectos fundamentales: pluralismo, conexión social, desconexión de la idea de libertad y actividad o ejercicio como centro de la regulación.

¹¹⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ (1988, p. 42) considera que bajo la fórmula abstracta y unificadora «propiedad privada» se incluyen todos los títulos jurídicos privados de apropiación, gestión y transmisión de los bienes económicos, con indiferencia de cuál sea su contenido. *Vid.* también REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 255-256; y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2013. En sentido crítico, MUÑOZ GUILIOSA, 2009, pp. 81-82.

tutela de un amplio conjunto de situaciones patrimoniales que, en una primera aproximación, quizá no hubiéramos calificado como propiedad privada. De esta suerte, toda clase de derechos e intereses patrimoniales son reconducibles al art. 33 CE¹¹⁷. Las razones de esta expansión son diversas. Por un lado, como señala la doctrina¹¹⁸, ello es fruto de un cambio en la concepción de la garantía expropiatoria, que supera su planteamiento como procedimiento de traslado a la propiedad del estado de los inmuebles necesarios para la realización de obras públicas. Hay en este punto una recíproca influencia entre el concepto de propiedad privada y el de expropiación. Y, por otro, creo que puede destacarse la orfandad en la que se encuentran las situaciones jurídico-patrimoniales privadas en su enfoque constitucional. Quizá pueda decirse que su inclusión en la referencia a la propiedad privada no es la mejor de las soluciones, pero tampoco la peor.

Curiosamente, esta interpretación amplia de la referencia a la propiedad privada en el art. 33.1 CE¹¹⁹ permite solucionar uno de los problemas de disparidad normativa más llamativos entre, por un lado, el *common law* y el análisis económico del Derecho, y, por otro, el *civil law*. Como se ha subrayado¹²⁰, el uso por parte de la literatura económica de la expresión *property rights* no coincide con el uso jurídico. En una perspectiva económica, esa expresión supone una visión más general, que, en un vocabulario dogmático-jurídico, se acerca más a los de titularidad o situación jurídica subjetiva activa (obviamente, con contenido económico). De este modo, abarca los derechos subjetivos en sentido técnico –y las meras facultades que componen su contenido–, pero también otras situaciones como las expectativas o las potestades¹²¹.

Dada la amplitud de las situaciones que pueden ser englobadas en esa categoría de los *property rights*, no es de extrañar que algunos autores se planteen el uso en español de una expresión menos

¹¹⁷ Para una aproximación a esas situaciones, *vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, pp. 1155-1157. *Vid.* también SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 265 y ss.

¹¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *RAP*, 1996, pp. 134-136; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, pp. 1149 y 1154 y ss.

¹¹⁹ Por lo demás, coincidente con la interpretación amplia de la referencia a «bienes» en el art. 1 del Protocolo adicional del Convenio de Roma: JIMÉNEZ HORWITZ, *DPyC*, 2001, pp. 253-254; y BARCELONA LLOP, *RAP*, 2011, pp. 57-62.

¹²⁰ GÓMEZ POMAR, *ADC*, 1998, pp. 1037-1038.

¹²¹ GÓMEZ POMAR, *ADC*, 1998, p. 1037. Por ello, indica GÓMEZ POMAR (*ADC*, 1998, p. 1038) que toda posibilidad de comportamiento, activo u omisivo, de que un individuo dispone en relación con otros sujetos, a objetos del mundo material o a cualesquiera otras entidades imaginables, tales como creaciones artísticas o espirituales –derechos de autor–, nuevos procedimientos productivos –derechos de patente–, y simples nombres o denominaciones asociadas a una actividad económica, bien o servicio –derechos de marca–, resulta incluida en la amplia categoría de los «derechos de propiedad».

literal, y aludan simplemente a «derechos»¹²². Sin embargo, siendo conscientes de sus límites, no hay inconveniente en seguir empleando la noción de «derechos de propiedad» o, si se quiere, una expresión menos comprometida, «derechos patrimoniales». En cualquier caso, la amplitud con la que se entiende la referencia a la propiedad privada en el art. 33 CE facilita la asimilación de categorías.

III. ¿PARA QUÉ SIRVE LA «FUNCIÓN SOCIAL»?

1. LA SINGULARIDAD DE LA «FUNCIÓN SOCIAL»

Es preciso señalar que el apartado segundo del art. 33 CE resulta doblemente singular:

- a) No hay en la Constitución ninguna otra mención a la «función social» que puede incidir en la configuración de un derecho, sea del tipo que sea¹²³.
- b) No hay en la Constitución ninguna otra mención a la posibilidad de «delimitar» un derecho, sea del tipo que sea.

Lo anterior no significa, obviamente, que los otros derechos constitucionales no pueden desarrollar una función social, ni que no pueda delimitarse su contenido, sea con arreglo a su función social, sea en virtud de otros criterios. Lo llamativo es que el constituyente se viera en la necesidad de incluir esa referencia expresa respecto a la propiedad privada (y a la herencia), cuando, aun no habiéndola incluido, no podría dudarse de su virtualidad. El liberalismo moderado español nunca llegó, sin embargo, a proclamar la ausencia de límites a la actuación del propietario. En un planteamiento liberal-burgués, es decir, en el planteamiento que recoge el Código Civil, también la propiedad se encontraba sometida a ciertos límites (art. 348 CC)¹²⁴.

¹²² Por ejemplo, PAZ-ARES, 1995, p. 2851, nt. 13. MARTÍNEZ VELENCOSO (*InDret*, 2008, p. 4, nt. 2) sugiere que la traducción más adecuada sería «derechos de apropiación».

¹²³ Evidentemente, también puede relacionarse con la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE).

¹²⁴ Cuestión distinta es hasta qué punto esos límites eran extrínsecos al propio derecho del propietario y motivados, en la mayoría de ocasiones, por los intereses de otros propietarios. Pero, desde 1889, la evolución ha discurrido por otras vías.

2. LOS MÚLTIPLES ORÍGENES DE LA FUNCIÓN SOCIAL

La función social de la propiedad puede localizar antecedentes en una multiplicidad de corrientes y de ideologías¹²⁵: desde la doctrina social de la Iglesia católica, al sociologismo jurídico o las tendencias socializantes¹²⁶. No es esta una cuestión que tenga demasiada importancia, una vez prevista en el art. 33.2 CE: lo que importa es el alcance que se asigna a esa función social en la configuración de la propiedad privada. Para cierta doctrina¹²⁷, se trata de «la clave de bóveda de la regulación constitucional del derecho de propiedad»; también con agudeza otra doctrina¹²⁸ habla de «nudo gordiano del problema»¹²⁹.

Sin que resulte paradójico también se ha destacado que la inclusión de la función social actúa como elemento legitimador de la admisión de la propiedad privada. Así, no ha faltado en la doctrina¹³⁰ quien haya aludido a que la función social funciona como una especie de coartada para el mantenimiento de una institución, esto

¹²⁵ Por ello, LÓPEZ Y LÓPEZ (*ADC*, 1998, p. 1651) alude a que es un «topos» con muchos «padres legítimos». No era, pues, de extrañar que LASARTE (*RGLJ*, 1975, pp. 143 y 146) aludiera a la ambivalencia de la expresión, que apuntara que «la expresión seguirá conservando un cierto sentido de magia e indeterminación» o que subrayara «el valor puramente semántico de semejante concepto jurídicamente indeterminado». Ni siquiera en la legislación preconstitucional la expresión era utilizada en sentido unívoco: MUÑOZ GUIJO-SA, 2009, p. 115.

¹²⁶ Como señala REY MARTÍNEZ (2005, pp. 214-215), el planteamiento de una función social de la propiedad social procede inicialmente de la orientación positivista, antimarxista e industrialista de A. Comte y L. Duguit. Pero para estos autores, no existe un componente auténticamente social entendido como búsqueda de un equilibrio entre los intereses del propietario y los de la colectividad, sino más bien en el contexto de la apoteosis de la revolución industrial, se conforma una visión de una propiedad funcionalmente dirigida a la producción de riqueza. Por ello, no es extraño que la plasmación de este pensamiento tomara cuerpo precisamente en la doctrina del corporativismo productivista fascista de la década de 1930. Tras la Segunda Guerra Mundial se impone en el constitucionalismo democrático una tradición de esa función social procedente de la socialdemocracia y del cristianismo social, como una cláusula que atempera un eventual despotismo individualista sobre los bienes. Una amplia exposición de esos diversos factores en LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 74 y ss.; DE LOS MOZOS, 1993, pp. 109 y ss.; REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 89 y ss.; y COLINA GAREA, 1997, pp. 21 y ss.; 178 y ss.; y 195 y ss. Para MECO TÉBAR (2023, p. 434), el rol de la función social «no era otro que el de componer en cada contexto los intereses en presencia, los de los particulares y las necesidades de la colectividad». Un planteamiento diferente es el de NOGUERA FERNÁNDEZ (2022, p. 24): «La función social de la propiedad es un recurso jurídico-discursivo mediante el cual el Estado (a través de leyes o políticas públicas) o los sujetos sociales (a través de ocupaciones, etc.) legitiman socialmente políticas y/o acciones de reasignación, reapropiación y/o redistribución de recursos, bienes y riqueza en los que hay unos beneficiados (los que no tienen) y unos perjudicados (los que tienen)».

¹²⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, p. 57; y *ADC*, 1998, p. 1651; y REY MARTÍNEZ, 2005, p. 214; y *PyD*, 2006, p. 987.

¹²⁸ BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, p. 42.

¹²⁹ Parecidamente, Díez-PICAZO (1991, p. 1267) considera la función social como «la clave de la configuración legal o el principio ordenador de las intervenciones legales».

¹³⁰ Díez-PICAZO, 2006, p. 19.

es, el cumplimiento de una función social permite mantener incuestionado el estatus de propietario.

Técnicamente, se discute la naturaleza de la función social. Parte de la doctrina¹³¹ considera que se trata de una cláusula general y no un concepto jurídico indeterminado: la fijación de su contenido no consiente una interpretación jurídica unívoca. En cambio, otra doctrina¹³² lo califica de concepto jurídico indeterminado, aunque ello no signifique un cheque en blanco para el legislador.

Una idea más relevante es la que considera que, a través del concepto de la función social, la Constitución otorga carácter normativo a la idea de la pluralidad de tipos dominicales¹³³. La función social no se puede determinar como un elemento positivamente regulado, sino solo por referencia a los diferentes tipos de bienes que pueden integrar el objeto de la relación propietaria y que son configurados por la norma en función de un interés que se considera prevalente. En consecuencia, la función social de la propiedad es la expresión legislativa de la finalidad socioeconómica que cumplen los bienes sobre los que recae el dominio. Por ello, esa atribución de relevancia constitucional a la función social de propiedad no puede tener más que contenidos concretos: se refiere siempre a distintos tipos de propiedad. Esa diversidad de estatutos dominicales es la lógica consecuencia de la adaptación de la misma estructura jurídico-propietaria a una multiplicidad de realidades sociales¹³⁴.

De ello se deriva también que la Constitución no deja libre al legislador para conformar a su libre criterio, la gradualidad de la pertenencia de los bienes, sino que le impone identificar caso por caso los estatutos dominicales para que, promoviendo el interés individual, correspondiente a todo derecho subjetivo, se permita la satisfacción de otros intereses. Desde esta perspectiva, cuanto más los derechos del propietario sean expresión de ese desarrollo individual y cuanto más se utilice la propiedad en el sentido de una dirección básica de derechos de libertad, tanto más acusada será la protección constitucional del art. 33 CE. Es, como resulta obvio, la teoría de las escalas en el derecho de propiedad privada¹³⁵.

¹³¹ REY MARTÍNEZ, 2005, p. 215.

¹³² BARNÉS VÁZQUEZ, *RAP*, 1989, p. 275; y CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, p. 215. *Vid.* también COLINA GAREA, 1997, p. 246.

¹³³ REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 365-366.

¹³⁴ *Vid.* también BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 84-86; y, ampliamente, MUÑOZ GUIJOSA, 2009, pp. 116 y ss.

¹³⁵ REY MARTÍNEZ, 1994a, p. 374.

3. LA CONCRECIÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL

La literalidad del art. 33.2 CE deja bien a las claras que la función social delimita el contenido de la propiedad privada. Es importante destacar que el precepto no habla de delimitación de la titularidad o delimitación del ejercicio del derecho¹³⁶. El enfoque del art. 33.2 CE es más hábil. Plantear una delimitación de la titularidad significa una casi segura inclusión en el ámbito de la expropiación. Enfocarlo como una delimitación del ejercicio supone concebir la función social como un elemento ajeno al mismo concepto de propiedad. Referir la función social al contenido de la propiedad permite, en la práctica, incidir en las facultades de que dispone el propietario, sin que, aparentemente, se afecte a su titularidad, y modelizar el ejercicio de ese derecho a través de un mecanismo interno al propio derecho¹³⁷.

La función social puede concretarse de múltiples formas. Cada sociedad en cada momento histórico puede optar por unos mecanismos u otros¹³⁸. Es una decisión que compete a cada legislador¹³⁹. De todos modos, y aunque resulte obvio, la función social de la propiedad privada no equivale a lo que la mayoría social considera que debe ser la función de ese derecho. No basta, pues, con la legítima adopción por el órgano competente (ni siquiera legislativo) para que una pauta sobre la función social de la propiedad sea considerada constitucional.

Sí que parece observarse una clara evolución en la configuración de esos mecanismos. En un primer momento, el planteamiento legislativo parece encaminarse a la previsión de limitaciones o

¹³⁶ Como apunta COLINA GAREA (1997, p. 144), «[e]l problema que se plantea el Código Civil es la atribución de la titularidad de los derechos de propiedad, no el control o valoración de su ejercicio, que solo preocupa al legislador cuando este se ha llevado a cabo de manera que pueda lesionar los derechos ajenos de los restantes titulares dominicales». Ampliamente, MONTÉS, 1980, pp. 81 y ss.

¹³⁷ DÍEZ-PICAZO (1991, p. 1265) sugiere, al hilo del art. 53.1 CE, que «no es difícil establecer un íntimo enlace entre ejercicio y contenido del derecho para sacar la conclusión de que solo se regula el ejercicio, estableciendo previamente el contenido».

¹³⁸ Sobre limitaciones, deberes y obligaciones, MUÑOZ MACHADO, 2015, pp. 196 y ss.

¹³⁹ Según MONTÉS (1980, p. 204), la función social «consiste en una atribución causalizada del derecho de propiedad sobre determinados bienes, lo que se traduce en una reducción de facultades, en un control de ejercicio o en una carencia de legitimación sobrevenida por el incumplimiento de deberes o por una actuación o un ejercicio que ha traspasado los límites. En nuestro sistema, el principio es la base de la intervención legislativa configuradora del dominio. Pero la ley ha de respetar, salvo caso de expropiación, el “contenido esencial” de la propiedad, so pena de inconstitucionalidad [...] [L]a intervención legislativa ha de dirigirse a asegurar la conexión entre el interés público y el interés del propietario, pero no a anular la propiedad privada, idea que hay que completar con la constatación de que la propiedad privada, como situación jurídica, consiste en la tipificación operada por el ordenamiento de una relación económica de goce o disfrute, o, si se quiere, de utilización de los bienes».

de restricciones a las facultades del propietario¹⁴⁰. Por ejemplo, prohibiciones derivadas de las zonas limítrofes con el mar, o por razones medioambientales, o por criterios urbanísticos.

Pero, en un segundo momento, la función social se traduce en la imposición al propietario de deberes, cargas u obligaciones positivas. Por ejemplo, tipos de aprovechamiento agrícola de cierta finca, necesidad de aprovechamiento residencial o costes urbanísticos.

Ambas manifestaciones de la función social son admitidas por nuestra jurisprudencia constitucional¹⁴¹. Pero quizá convenga señalar que, desde un punto de vista económico, su alcance es sustancialmente diverso. Las limitaciones negativas reducen el valor de la propiedad. Las cargas positivas aumentan el coste de la titularidad. Las limitaciones meramente negativas pueden suponer un valor meramente residual de la propiedad. Las cargas positivas pueden implicar que la titularidad sea deficitaria para el propietario. Tanto en un caso como en otro lo que nos debemos plantear es qué nivel de utilidad individual permite seguir hablando de propiedad privada.

Creo que cierta doctrina¹⁴² tiene toda la razón cuando destaca que el Tribunal Constitucional «ha utilizado sistemáticamente la noción de la función social para vaciar de contenido la utilidad individual del derecho»¹⁴³. Y no era ésa la finalidad de la función social: en mi opinión, se pretendía más bien un equilibrio entre el interés particular y el interés general, y no la prevalencia de este frente a aquel¹⁴⁴.

¹⁴⁰ De prohibiciones hablaba Díez-PICAZO (2006, p. 16).

¹⁴¹ MONTÉS (1980, pp. 1841-185) menciona también el «establecimiento de una serie de condicionantes para poder desarrollar las facultades que el derecho de propiedad atribuye». *Vid.* también LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, p. 64; y ADC, 1998, p. 1654; y MONTÁN-CHEZ RAMOS, 2005, p. 168.

¹⁴² REY MARTÍNEZ, *DPyC*, 1994b, p. 197; 2005, pp. 215-216; y *PyD*, 2006, p. 988. También DE LOS MOZOS, 1993, pp. 179 y ss.; y MESSÍA DE LA CERDA, *RCDI*, 2020, p. 3449.

¹⁴³ Acertadamente, AGUDO GONZÁLEZ (*RAP*, 2011, pp. 16-17) indica que, en los casos más controvertidos, la jurisprudencia constitucional ha aceptado que la salvaguarda de la rentabilidad del propietario sea simplemente potencial, con lo que su verdadera materialización «se traslada o bien a la facultad de disposición del propietario [...], o bien se identifica incluso con el equivalente económico inherente a la garantía expropiatoria (privación total o parcial). En otras palabras, la rentabilidad que define al derecho, paradójicamente y en última instancia, supone la negación-desaparición misma del derecho, ya de forma voluntaria, ya de forma coactiva mediante la expropiación del bien».

¹⁴⁴ Con rotundidad, Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2013) rechaza que se pueda convertir a los propietarios en «simples gestores del interés público». En cambio, RIBOT IGUALADA (*DPyC*, 1994, p. 229) considera que «la función social (del dret a la propietat privada) és una fórmula resumptiva dels interessos d'aquells col·lectius socials directament o indirectament afectats per l'ús que es faci dels béns objecte de propietat privada».

4. TEST DE PROPORCIONALIDAD VS. JUICIO DE RAZONABILIDAD

Hay una consideración que, en mi opinión, resulta especialmente preocupante. La función social actúa como un mantra que pretende legitimar cualquier delimitación legislativa de la propiedad privada. La simple mención de esa función social excluye cualquier discusión acerca de su justificación. Se me puede reprochar que el Tribunal Constitucional sí que ha manifestado expresamente que esas limitaciones no pueden suponer «la desaparición o negación del contenido esencial del derecho» de propiedad, ni esa delimitación puede llevarse a cabo careciendo de fundamento o justificación constitucional (STC 89/1994, de 17 de marzo). Sin embargo, esa manifestación no se ha plasmado en un control efectivo sobre la concurrencia o no de ese fundamento constitucional para la delimitación de la propiedad.

La doctrina¹⁴⁵ planteó la aplicación del test de proporcionalidad que, elaborado en el Derecho público alemán, había sido asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que ha sido en ocasiones empleada por nuestro Tribunal Constitucional. En el plano de la propiedad, este test había de suponer que la imposición de límites, cargas y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad no pudiera ir más lejos de lo que fuera necesario para la defensa de los intereses generales que constituyen en cada caso la concreción de la función social¹⁴⁶.

La cuestión, que ya había sido apuntada en otras resoluciones¹⁴⁷, se planteó con toda claridad en la STC 112/2021, de 13 de mayo, que analiza la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor. Los recurrentes pretendían que a las restricciones previstas en esa Ley se les aplicara el test o juicio de proporcionalidad¹⁴⁸ y consistente en tres pasos sucesivos dirigidos a comprobar:

«[S]i la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido

¹⁴⁵ Por todos, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1162; y 2018b. *Vid.* también SIMÓN MORENO, *DPyC*, 2023, pp. 156-158.

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1162.

¹⁴⁷ STC 16/2018, de 22 de febrero, sobre la Ley foral de vivienda; y STC 32/2018, de 12 de abril, sobre la Ley de vivienda de Andalucía. *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018b.

¹⁴⁸ Para una exposición sintética, *vid.* ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ, 2013, pp. 11 y ss.

de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

El Tribunal Constitucional rechaza ese enfoque, porque la aplicación de ese test se produce «normalmente y de forma muy particular» en el ámbito de los derechos fundamentales; mientras que el legislador dispone de «un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los objetivos y las consecuencias de sus disposiciones», cuando se trata de acomodar la explotación económica de bienes o empresas a intereses colectivos¹⁴⁹.

Y cita su STC 16/2018, de 22 de febrero, donde se afirmó que:

«[A] diferencia de lo sostenido en la demanda, este tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el art. 53.1 CE de “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título”, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el “equilibrio justo” o “relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida” (por todas, asunto *James y otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones (*inter alia*, asuntos *James y otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 46; *ex Rey de Grecia y otros c. Grecia*, 23 de noviembre de 2000, § 87; *Bro-niowski c. Polonia*, 22 de junio de 2004, § 149)».

Y se concluye que:

«[N]i en la delimitación de la función social de la propiedad (art. 33.2), ni en la regulación del ejercicio de actividades económicas (art. 38), el legislador está sujeto *ex Constitutione* al test de proporcionalidad que invocan los recurrentes, sino a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE)».

En consecuencia, es el criterio de la razonabilidad o de la adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y no el test de proporcionalidad, el canon que utiliza el Tribunal Constitucional para considerar si una delimitación es constitucionalmente adecuada¹⁵⁰.

¹⁴⁹ No queda claro si, con ello, el Tribunal Constitucional está negando a la propiedad privada la calificación de derecho fundamental.

¹⁵⁰ Sobre el origen de la recepción de ambos criterios en nuestro Tribunal Constitucional y su no lineal evolución, *vid.* ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ, 2013, pp. 4-7, que destacan que el Tribunal Constitucional, en una fase inicial, «aplicó en numerosas ocasio-

El Tribunal Constitucional prescinde de los criterios que suministra el art. 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde el respeto al contenido esencial de esos derechos y libertades solo permite la introducción de limitaciones, que a su vez respeten el principio de proporcionalidad, y además sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Es evidente que de este modo el Tribunal Constitucional asume un criterio más liviano para valorar la constitucionalidad de una medida que delimita la propiedad privada como consecuencia de su función social. Acaso se pretenda ser coherente con un planteamiento del Tribunal Constitucional que asume el amplio margen de decisión que corresponde al legislador en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE) y de la iniciativa pública y del interés general (arts. 128 y ss. CE). Pero lo cierto es que esa heterogeneidad de factores que se constata en cuanto a esa definición del modelo económico no aparece con tanta intensidad respecto de la propiedad privada, con lo cual la explicación del criterio del Tribunal Constitucional parece hallarse en que la propiedad privada es una pieza central y, por tanto, no puede permanecer al margen, del modelo económico constitucional¹⁵¹. Son, pues, razones extrínsecas al propio reconocimiento del derecho a la propiedad privada en el art. 33 CE. El planteamiento del Tribunal Constitucional demuestra, a mi juicio, un punto de apriorismo: expulsada del ámbito de los derechos fundamentales, la propiedad puede someterse a un simple juicio de razonabilidad y no al más exigente del juicio de proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional no aporta justificaciones sustanciales que expliquen la exclusión del test de proporcionalidad y la aplicación del criterio de razonabilidad¹⁵² y ello es crucial en la medida que determina una mayor deferencia hacia las decisiones legislativas que afectan al derecho de propiedad.

No se proporcionan, pues, razones que determinen por qué tanto la propiedad privada como la libertad de empresa merecen

nes un juicio «conjunto», casi intuitivo, de razonabilidad y proporcionalidad en asuntos en los que estaba en juego la garantía de derechos».

¹⁵¹ Como explica REY MARTÍNEZ (2005, p. 197), «el Tribunal Constitucional ha ubicado la propiedad privada en el espacio más lejano para él de la legislación socio-económica y no en el más próximo (y astringente) terreno de los derechos fundamentales». Comparte el enfoque del Tribunal Constitucional RIBOT IGUALADA (*DPyC*, 1994, pp. 203-204).

¹⁵² De «revolución silenciosa» habla RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018b. ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ (2013, pp. 17 y ss.) destacaban que el canon de razonabilidad había sido usado fundamentalmente por el Tribunal Constitucional en casos de igualdad y tutela judicial efectiva.

ser sometidos a un criterio de valoración distinto al de otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos¹⁵³. Cuando una cuestión puede ser valorada conforme a dos criterios sustancialmente distintos (proporcionalidad vs. razonabilidad), es imprescindible tener muy claro el factor que determina la aplicación de uno u otro criterio y justificar adecuadamente las razones por las que se recurre a ese factor para que la cuestión sea sometida a una u otra pauta. El problema ya no es solo la coexistencia de dos criterios de valoración, sino la justificación de su respectivo ámbito de proyección.

5. ¿TODOS LOS BIENES PUEDEN CUMPLIR UNA FUNCIÓN SOCIAL? DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA A OTRAS CATEGORÍAS DE BIENES

En el planteamiento del art. 33 CE no se contemplan diferencias entre categorías de bienes, en la medida que se habla, sin más, de propiedad privada. La consecuencia lógica de ese enfoque sería, pues, que la delimitación derivada de la función social pudiera predicarse de cualquier tipo de bien. Sin embargo, una conclusión de ese alcance parece exagerada, para cierta doctrina. En esta línea, se plantea una restricción del alcance de la función social. Así, se dice¹⁵⁴ que los límites, obligaciones o cargas fundados en la función social solo tienen sentido sobre los bienes o derechos privados que son, al mismo tiempo, soporte de intereses generales o colectivos. Y, especialmente, cuando esos otros intereses gozan de rango constitucional.

La Constitución española proporciona un amplio refrendo a esos otros intereses. Baste pensar, a estos efectos, en la vivienda (art. 47 CE), o en la protección de la familia (art. 39.1 CE), de la juventud (art. 48 CE), de las personas con discapacidad (art. 49 CE) o de la tercera edad (art. 50 CE), o en la distribución equitativa de la renta personal (art. 40.1 CE), o en el disfrute de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE) o del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE).

En conclusión, cuando los bienes privados sean simultáneamente soporte de intereses generales, las posibilidades delimitadoras del legislador son más amplias y se llega a sugerir que cuando los bienes privados «carecen de esa dimensión de utilidad general

¹⁵³ Como expone BARNÉS VÁZQUEZ (*RAP*, 1994, pp. 501-502 y 514-515), en el Derecho alemán, el juicio de proporcionalidad se aplicaba en punto a la función social y a la garantía expropiatoria de la propiedad.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1161.

puede (quizá, debe) prescindirse, por definición, de la vertiente de la función social»¹⁵⁵. No todos los bienes cumplen, pues, una función social. Esta idea entronca con una cuestión que, en su momento, se consideraba central: la diferencia entre los medios de producción y los bienes de consumo¹⁵⁶.

Esta idea parece fecunda. ¿Cuál es, por retomar los ejemplos que apunta esa doctrina, la función social del mobiliario o de los electrodomésticos de una vivienda, o sobre los utensilios de trabajo o de aseo personal? Lo que ocurre es que esas consideraciones son solo válidas a modo de fotografía, esto es, no van más allá de la captación de la situación de un instante concreto. Las cambiantes necesidades sociales pueden exigir que se delimiten estatutos propietarios que hasta la fecha habían quedado al margen de esa intervención legislativa. Planteo un caso concreto. ¿Cuál es la función social que cabe asignar a un automóvil? ¿Podemos asimilarlo a un bien de uso personal? Y, sin embargo, ¿no es posible que la protección del medio ambiente exija una delimitación del contenido de ese derecho sobre el automóvil? ¿Hasta dónde puede llegar esa delimitación, al amparo de la protección del medio ambiente?

La función social no significa simplemente una actualización o revisión del concepto de propiedad privada. Como se expone en la STC 37/1987, de 26 de marzo, esa función social impone una verdadera diversificación de la propiedad y la necesidad de tener en cuenta las diferencias entre los estatutos de propiedad. De este planteamiento se deriva que, como consecuencia de su función social, no todos los tipos de propiedad están encaminados a la satisfacción de los mismos intereses. Y, por ello, a la vista de los diversos perfiles de esos estatutos de propiedad, puede llegarse a constatar que algunos tipos de bienes carecen de función social relevante. Dicho de otro modo: la función social permite diferenciar los estatutos de propiedad y asignar diversa intensidad a la delimitación, con lo que la función social es causa y efecto.

Y aún hay otro aspecto que merece ser destacado. Si no todos los bienes cumplen una función social, de ello se extrae que la función social no forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad privada. En el mismo sentido, un argumento literal (de valor más dudoso) se encuentra en la propia redacción del art. 33.2 CE: si la función social delimita su contenido, no necesariamente forma parte de su contenido esencial.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1161; *vid.* también MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2004, p. 53.

¹⁵⁶ *Vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, pp. 64-65.

6. ALGUNOS EJEMPLOS DE APELACIÓN A LA FUNCIÓN SOCIAL

La apelación a una justificación derivada de la función social es cláusula de estilo de toda norma que pretenda incidir en el contenido de la propiedad privada. Veamos algunos ejemplos.

a. Una ley estatal. La controvertida¹⁵⁷, por tantos motivos, Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda mezcla alegremente en su Exposición de Motivos referencias a la función social de la propiedad, a la función social de la vivienda y a la función social de la propiedad de la vivienda, cuando es evidente que se trata de cuestiones de diverso alcance y transcendencia.

¿En qué se concreta, según esta Ley 12/2023, esa función social de la vivienda? Según el art. 1.2, el contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social «incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda», permitiendo que los poderes públicos aseguren su adecuado cumplimiento «a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan».

Es de destacar que el art. 3.k) de la Ley 12/2023 considera, a los efectos establecido en la propia Ley, gran tenedor a:

«[...] la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa».

Pretendiendo más concreción, la Ley 12/2023 dedica su Título I a la «[f]unción social y régimen jurídico de la vivienda», y el art. 7, que lleva como rúbrica «[p]rincipios rectores de la garantía de la función social de la vivienda», constituye más bien una declaración programática, carece, en lo sustancial, de contenido y es perfectamente suprimible. Lo que importa es, obviamente, el desarro-

¹⁵⁷ Una crítica demoledora al Proyecto de Ley en NASARRE AZNAR, 2022; LÓPEZ Y LÓPEZ, *CDL*, 2022; y ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 25 y ss. Sobre la calificación del derecho a disfrutar de una vivienda digna como principio rector o como derecho subjetivo, PRATS ALBENTOSA, *RJNot*, 2022, pp. 136-139.

llo que se lleva a cabo en los artículos siguientes y en este aspecto son de destacar algunos preceptos¹⁵⁸.

En cuanto al régimen jurídico básico del derecho de propiedad de la vivienda, la Ley 12/2023 distingue facultades (art. 10) y deberes y cargas (art. 11), remitiéndose también en ambos casos a las previsiones de la legislación sobre el suelo¹⁵⁹. Las facultades previstas en la Ley 12/2023 son, básicamente, las de uso, disfrute y disposición¹⁶⁰; de consulta sobre la situación urbanística; y de realización de las obras de conservación, rehabilitación, accesibilidad universal, ampliación o mejora. Y, en cuanto a los deberes y cargas, la Ley 12/2023 advierte de que «el derecho de propiedad de vivienda queda delimitado por su función social» y enumera, sustancialmente, los deberes de uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda¹⁶¹ conforme a su calificación, estado y características objetivas, pero garantizando en todo caso la función social de la propiedad; de mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda; de evitación de la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos; de cumplimiento de las obligaciones de información en operaciones de venta o arrendamiento; y de cumplimiento de obligaciones de colaboración y suministro de información cuando la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado.

Más allá de la curiosa caracterización de ciertas situaciones simultáneamente como facultad y como deber, la enumeración de deberes refunde obligaciones previstas en otros apartados de la propia Ley. Pero una de las consecuencias más relevantes para el derecho de propiedad se contiene en la disp. final 1.^a, relativa a «[m]edidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda»¹⁶², aunque en realidad suponga, en lo esencial, la simple modificación de los arts. 10 y 17 LAU¹⁶³.

¹⁵⁸ Para un análisis detallado, ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 75 y ss.

¹⁵⁹ Vid. ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 107-117.

¹⁶⁰ Pero «conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación».

¹⁶¹ Sobre las dificultades de interpretación de esa referencia a uso y disfrute propios y efectivos, ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 115-116; y MAGRO SERVET, *LL*, 2023.

¹⁶² Vid. ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 209 y ss.; y MAGRO SERVET, *LL*, 2023. Tampoco son desdeñables las modificaciones que se introducen por la disp. final 5.^a ter en el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

¹⁶³ Es también muy relevante el art. 31.3 de la Ley 13/2023, cuando la vivienda se encuentre en una zona de mercado residencial tensionado, porque al propietario y, en su caso, a la persona que intervenga en la intermediación en la operación que informe de la cuantía de la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, así como del valor que le

Por un lado, se establece una prórroga adicional extraordinaria hasta de tres años cuando se trate de contratos de arrendamiento de vivienda habitual sobre inmuebles ubicados en una zona de mercado residencial tensionado. Además, si se trata de un arrendatario en situación de vulnerabilidad social y económica y el arrendador es un gran tenedor, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de un año, durante el cual se seguirá aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor.

Y, por otro, en cuanto a la fijación de la renta de nuevos contratos, cuando el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado y se trate de arrendamiento de vivienda, se prevén diversas medidas:

- La renta no podrá exceder de la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior. Solo se admite excepcionalmente un aumento de hasta el 10 % de la renta en determinados supuestos (ciertas obras de rehabilitación, mejora o accesibilidad, o duración superior a diez años)¹⁶⁴.
- si el arrendador es gran tenedor, la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable¹⁶⁵ conforme al sistema de índices de precios de referencia¹⁶⁶.

pueda corresponder atendiendo al índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que resulte de aplicación–

También se anuncia (disp. adic. 5.ª de la Ley 13/2023) la constitución de un grupo de trabajo «para avanzar en una propuesta normativa de regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto del de vivienda a que se refiere el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y, en particular, de los contratos de arrendamiento celebrados por temporada sobre fincas urbanas de uso vivienda [sic]».

¹⁶⁴ Antes del 31 de diciembre de 2024, el Instituto Nacional de Estadística debe definir un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda que se fijará como límite de referencia a los efectos del art. 18 LAU, con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento (disp. final 2.ª ter, que introduce una disp. trans. 11.ª LAU).

¹⁶⁵ La misma limitación se aplica a los contratos de arrendamiento de vivienda en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, y sobre el que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento de vivienda vigente en los últimos cinco años.

¹⁶⁶ La disp. final 3.ª introduce una disp. trans. 7.ª LAU, según la cual

«La resolución del Departamento Ministerial competente en materia de Vivienda que apruebe el referido sistema de índices de precios de referencia se realizará por ámbi-

A lo anterior se deben añadir las diferentes y profundas modificaciones que experimentan las normas procesales destinadas a conseguir el lanzamiento de arrendatarios y ocupantes. Los requisitos y las exigencias que se imponen al propietario, con la nueva redacción, entre otros, de los arts. 439 o 441 LEC, son de tal magnitud que es fácil augurar un sustancial retraso en la recuperación de la posesión de los inmuebles¹⁶⁷, lo que también afecta a la utilidad individual de los propietarios respecto de esos bienes.

Una cuestión cercana se ha planteado en las STC 9/2023, de 22 de febrero, y 15/2023, de 7 de marzo, en relación con el Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y sus previsiones acerca de la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual habitada sin título para ello y planteada en un proceso penal. Y el Tribunal Constitucional ha continuado en su línea de debilitamiento del contenido de la propiedad privada.

b. Una normativa autonómica. En los últimos años se está dando un paso más en la relevancia de la función social y, especialmente, en relación con ciertos bienes como la vivienda. La normativa autonómica es abundantísima¹⁶⁸. Tomemos el ejemplo de legislación valenciana, y en particular, de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana¹⁶⁹.

El Preámbulo de la Ley valenciana alude a la función social de la propiedad y al derecho a una vivienda digna y adecuada, para afirmar que:

«[H]a de partirse de la constatación de que el derecho a la vivienda y su efectiva garantía, así como el desarrollo de la función social del derecho de propiedad para facilitarlos, plantean varias dimensiones. Por un lado, la más obvia: la existencia de un efectivo derecho exigible a disponer de una vivienda digna y asequible en todos los casos. Pero, por otro, la vertiente relacionada con el derecho a conservar una vivienda digna, que afecta particularmente a quienes han realizado un importante esfuerzo personal y económico para lograrla y que, por diversas razones, puedan haber quedado en una situación especialmente vulnerable como consecuencia de muy diversas circunstancias, particularmente acrecentadas en los

tos territoriales, considerando las bases de datos, sistemas y metodologías desarrolladas por las distintas comunidades autónomas y asegurando en todo caso la coordinación técnica».

Pero no se establece plazo para la aprobación de ese sistema.

¹⁶⁷ Vid. ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 239 y ss.; y MAGRO SERVET, *LL*, 2023.

¹⁶⁸ Una enumeración en MECO TÉBAR, 2023, p. 444. SIMÓN MORENO (*DPyC*, 2023, p. 143) destaca el proceso de paulatina erosión del derecho de propiedad que ha supuesto la legislación autonómica.

¹⁶⁹ Su constitucionalidad fue analizada por la STC 80/2018, de 5 de julio.

últimos años con motivo de la importante crisis económica y de precarización que ha sufrido toda España y que ha azotado en especial a la Comunitat Valenciana. Por último, la función social de la vivienda obliga a disponer de mecanismos que permitan hacer efectivas estas medidas, desde las relacionadas con el incremento y mejora del parque público de vivienda a las que tienen que ver con la puesta en marcha de mecanismos que permitan movilizar y poner en el mercado el importante stock de vivienda que, en estos momentos, están desocupadas en la Comunitat Valenciana y que, según las estadísticas oficiales del Instituto Nacional de Estadística, alcanza un elevadísimo porcentaje en torno al 15 % de todo el conjunto de viviendas que hay en territorio valenciano»¹⁷⁰.

Como puede constatarse en ese párrafo se mezclan atropelladamente cuestiones diversas. La Constitución proclama la función social de la propiedad, pero no de la vivienda. El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada no exige que sea una consecuencia de la función social de la propiedad: ese disfrute puede fundarse en un título distinto. Supone, en fin, un evidente salto cualitativo la alusión a un «derecho a conservar una vivienda digna».

Es más, el Preámbulo de la Ley valenciana manifiesta también que:

«Los poderes públicos no pueden, y no deben, intervenir en las relaciones jurídicas obligacionales más allá de asegurar la función pública de los bienes sujetos a tráfico de las personas. Sin embargo, la función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho mediante la posibilidad de imponer deberes positivos a su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales, entendiéndose desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales. La función social de la vivienda, en suma, no es un límite externo a su definición o a su ejercicio, sino una parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social, por tanto, componen de forma inseparable el contenido del derecho de propiedad, de manera que, respetando en todo caso la delimitación constitucional de la función social de la vivienda realizada por el legislador estatal, esta ley desarrolla y aplica estos postulados determinando la obligación de que ciertas viviendas desocupadas por un largo período de tiempo pasen a ser destinadas a usos habitacionales».

Una vez más hay que insistir en que la función social no configura el contenido esencial del derecho, sino que el contenido esencial es un límite a la función social. Y que la Constitución no reconoce la función social de la vivienda sino de la propiedad privada.

¹⁷⁰ Lo cierto es que los datos corresponden al Censo de Población y Viviendas 2011 que el Instituto Nacional de Estadística hizo público en 2013.

Todo ello se traduce en un art. 5¹⁷¹, bajo la rúbrica «[f]unción social de la vivienda»:

«1. El derecho de propiedad de una vivienda se ejercerá de acuerdo con su función social¹⁷², determinada de conformidad con lo establecido en la Constitución y en las leyes.

2. El incumplimiento de la citada función social dará lugar a la incoación de los procedimientos previstos en los artículos siguientes, que podrán incluir medidas de fomento y concertación, así como las intervenciones de advertencia y persuasión que resulten necesarias y en su caso las de carácter fiscal que a tal efecto se habiliten por norma con rango de ley formal.

En todo caso, la incoación de un procedimiento por incumplimiento de la función social de la vivienda será compatible con el uso de medios de ejecución forzosa como las multas coercitivas y, además, con el oportuno procedimiento sancionador por la comisión de alguna de las infracciones administrativas tipificadas en materia de vivienda por la legislación que en cada momento resulte de aplicación.

3. En los términos previstos en la legislación estatal, y a los efectos de esta ley, se considera que existe incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda en los siguientes supuestos:

a) Cuando se incumpla el deber de conservación y rehabilitación de la vivienda, en los términos señalados en la legislación de vivienda y urbanística, a fin de garantizar en todo caso unas condiciones adecuadas de habitabilidad. La legislación en materia de vivienda podrá, además, establecer obligaciones particulares respecto de estos deberes en relación con la vivienda protegida.

b) Cuando una vivienda esté deshabitada¹⁷³ de forma permanente e injustificada, en las condiciones establecidas en esta ley.

¹⁷¹ Este precepto ha sido desarrollado por el Decreto 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas.

¹⁷² Naturalmente, no es lo mismo que la función social delimite el contenido de un derecho que condicione su ejercicio (una vez delimitado).

¹⁷³ Conforme al art. 14.1, «[s]e entiende por vivienda deshabitada aquella que, siendo propiedad de un gran tenedor, sea declarada como tal mediante resolución administrativa por incumplir su función social al no ser destinada de forma efectiva al uso residencial legalmente previsto o por permanecer desocupada de forma continuada durante un tiempo superior a un año, sin que concurra causa justificada de desocupación». Y, conforme al art. 14.2, «[t]endrá la consideración de vivienda vacía aquella que permanece desocupada, sin causa justificada, por un tiempo superior a un año. El cómputo del periodo de desocupación se iniciará desde el último día de efectiva habitación, desde el otorgamiento de la autorización para su uso como vivienda o, para el caso de las viviendas que no hayan estado nunca habitadas, desde que el estado de ejecución de estas permita solicitar las autorizaciones legales para su efectiva ocupación».

c) Cuando una vivienda sujeta a un régimen de protección pública no se destine a residencia habitual y permanente de su adjudicataria o adjudicatario o titular, excepto en los casos expresamente previstos en las normas reguladoras.

d) El uso inadecuado de la vivienda, alojamiento o edificación cuando se someta a una utilización distinta a la de su calificación urbanística, autorización y destino coherente y legal o reglamentariamente autorizable.

e) La sobreocupación por explotación económica de la vivienda o alojamiento».

La STC 80/2018, de 5 de julio, declaró constitucional ese párrafo. Se basaba en lo resuelto en las STC 32/2018, de 12 de abril; y 16/2018, de 22 de febrero:

«[A]unque este precepto contiene una restricción relevante para el titular del derecho de propiedad, el legislador, como explica la exposición de motivos de la norma, la adopta «en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida».

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional sostuvo en esas Sentencias que:

«[E]l deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en la medida en que en el contexto normativo en que se inserta no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad. En el presente caso, tomando en consideración el contexto normativo en que se incluye la expresa mención que el artículo 1.3 hace a que ese deber “forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad” y, especialmente, teniendo en cuenta que también se afirma que dicho deber forma parte de ese contenido esencial en la medida en que está previsto en el ordenamiento jurídico, hay que deducir que ello no implica una regulación que imponga ese deber como configurador del real contenido esencial de aquel derecho».

Con ello, el problema se traslada: no estriba tanto en determinar si existe o no un deber impuesto a los propietarios, sino cuáles son las consecuencias anudadas al incumplimiento de ese deber. Y piénsese en el amplio abanico que puede constatarse, por ejemplo, en la legislación de vivienda: desde medidas tributarias a multas

coercitivas, desde la expropiación temporal al alquiler forzoso o la cesión obligatoria, desde los derechos de adquisición preferente a actuaciones de intermediación, desde subvenciones a otras medidas incentivadoras¹⁷⁴.

Más reciente es el Decreto Ley 3/2023, de 17 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad y emergencia residencial en la Comunitat Valenciana agravadas por la guerra de Ucrania, y para evitar abusos en el ámbito inmobiliario.

El art. 2.6 considera «[g]ran tenedor de viviendas de la Comunitat Valenciana a:

«[...] aquellas personas físicas, jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que, destinando su actividad a la construcción, promoción, intermediación, inversión o financiación de la construcción, compra o arrendamiento de vivienda, dispongan de más de 10 viviendas en régimen de propiedad, alquiler, usufructo u otras modalidades de disfrute que les faculten para determinar los usos a que se destinan, y las excluyan del mercado de venta, alquiler o derecho de superficie que cumplan los requisitos del art. 15 de Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana».

Los requisitos del art. 15.1 de Ley valenciana 2/2017, de 3 de febrero, son:

- a) No se destine de forma efectiva al uso residencial legalmente previsto.
- b) Esté desocupada de forma continuada durante un tiempo superior a un año¹⁷⁵.

De ese cómputo de diez viviendas se excluyen, conforme al art. 15.3 de la Ley valenciana 2/2017, de 3 de febrero, ciertos casos

¹⁷⁴ Vid. ANDERSON, *DPyC*, 2021, pp. 100 y ss.; y MECO TÉBAR, 2023, pp. 444-445. La experiencia catalana en NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG, 2018, pp. 199 y ss. Una enumeración de medidas urbanísticas filoclimáticas en SIMOU, *InDret*, 2017, pp. 10-12. La clara conclusión de TORNOS MAS (*RVAP*, 2014, p. 2870) es que las medidas de carácter coactivo (expropiación, sanción y medidas impositivas) «son respuestas políticas urgentes a la fuerte presión social que exige a los representantes políticos soluciones inmediatas. Pero más allá de ofrecer una rápida respuesta con medidas que parecen contundentes, creemos que son poco eficaces, ya que su implementación genera una enorme conflictividad y permite alcanzar escasos resultados prácticos. Ni las medidas correctivas son disuasorias, en el sentido de favorecer la voluntaria puesta en el mercado de las viviendas desocupadas, ni permiten imponer su cambio de destino (vía expropiación del uso), ni generan recursos con los que incrementar las políticas de fomento (recaudación vía sanción o impuestos). Por ello nos parece más conveniente desarrollar políticas de fomento, planes de vivienda bien diseñados que puedan incorporar al sector privado en su ejecución, medidas a favor del alquiler.... Los acuerdos alcanzados con entidades bancarias para que éstas cedan a la Administración viviendas de su propiedad o las coloquen en alquiler social son mucho más fructíferos que los intentos de sancionar o exigir el pago de impuestos».

¹⁷⁵ Hasta el segundo año de vigencia de la ley, ese plazo de desocupación es de dos años.

como segunda residencia, vivienda turística, usos terciarios o dotacionales, objeto de oferta (en condiciones de mercado) de venta o alquiler, pendientes de partición hereditaria o sometidos a procedimientos de extinción de comunidad de bienes o sociedad de gananciales o cuyo uso esté pendiente de resolución en un proceso judicial, o razones laborales, de salud, de dependencia o emergencia social.

El art. 13 del Decreto Ley 3/2023, de 17 de febrero, regula la cesión temporal obligatoria del usufructo de las viviendas declaradas deshabitadas propiedad de grandes tenedores de viviendas de la Comunitat Valenciana¹⁷⁶. Para ello, es necesaria la declaración de utilidad pública e interés social por parte del Consell valenciano, siempre que existan unidades de convivencia en situaciones de vulnerabilidad, en la localidad no exista disponibilidad de vivienda del parque público y se constate una necesidad habitacional, y existan viviendas propiedad de grandes tenedores. Esta cesión temporal obligatoria del usufructo puede tener una duración de 5 años o de 7 años, en función de si el gran tenedor es persona física o jurídica y se garantiza una «justa compensación» a los grandes tenedores, calculada de acuerdo con la normativa estatal de expropiación forzosa. Además, si como consecuencia de la cesión temporal del usufructo, el mantenimiento de la propiedad del inmueble resulta antieconómico para el propietario, este puede solicitar de la Administración que se proceda a la expropiación del pleno dominio.

El art. 14 del Decreto Ley 3/2023, de 17 de febrero, prevé la expropiación forzosa de las viviendas de protección pública de las que dispongan los grandes tenedores de viviendas de la Comunitat Valenciana que se encuentren deshabitadas durante más de un año y figuren en el registro de registro de viviendas deshabitadas.

A lo anterior se unen las medidas previstas en el Decreto-ley 6/2020, de 5 de junio, del Consell, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto¹⁷⁷. Por un lado, el art. 1 confiere a la Generalitat

¹⁷⁶ La medida ya se planteó en otros ámbitos: *vid.* MARÍN GARCÍA y MILÀ RAFEL, *InDret*, 2007, pp. 4 y ss.; y TORNOS MAS, *RVAP*, 2014, pp. 2859 y ss.

¹⁷⁷ La STC 8/2023, de 22 de febrero, ha considerado constitucional esa normativa. Entre otras cuestiones de interés, se planteaba la vulneración del derecho de propiedad en su manifestación de garantía patrimonial al no reconocerse el reembolso de ciertos costes de transacción vinculados, en especial, a operaciones de cierto volumen (auditoría, asesoramiento jurídico y técnico, notaría). Según el Tribunal Constitucional,

«Los derechos de adquisición preferente, por su naturaleza de derechos reales, no constituirían propiamente, y como punto de partida, una privación del derecho de propiedad, sino que más bien limitan las facultades del propietario, que, como hemos dicho, no puede elegir libremente a la persona del adquirente. Ha de considerarse entonces que se trata de una delimitación del contenido normal del derecho de propiedad de acuerdo con su función social (art. 33.2 CE), que no es indemnizable. Y por ello, el establecimiento de tanteos y retractos a favor de la administración no da

valenciana derechos de tanteo y retracto respecto de todas las viviendas de protección pública y sus anejos, en tanto se mantenga dicha calificación. Estos derechos serán de aplicación a las segundas y sucesivas transmisiones *inter vivos*, gratuitas (salvo a ciertos parientes) u onerosas, voluntarias o derivadas de un procedimiento de ejecución patrimonial o realización patrimonial extrajudicial¹⁷⁸. Y, por otro, el art. 10 también confiere a la Generalitat valenciana derechos de tanteo y retracto en ciertas transmisiones de viviendas, si están ubicadas en municipios incluidos en las áreas de necesidad de vivienda o, en su caso, en sus áreas de influencia:

- a) En las transmisiones de viviendas que hubieren sido adquiridas mediante dación en pago de deuda con garantía hipotecaria.
- b) En las transmisiones de viviendas que hubieren sido adquiridas en un proceso judicial de ejecución hipotecaria o en un procedimiento de venta extrajudicial en sede notarial.
- c) En las transmisiones de edificios, con un mínimo de cinco viviendas, cuyo destino principal sea el residencial, cuando se transmita un porcentaje igual o superior al 80% de dicho edificio.
- d) En las operaciones de venta referidas a diez o más viviendas.

Es importante destacar que estos derechos de adquisición preferente afectan a la primera y posteriores transmisiones de las viviendas y edificios.

Conviene recordar, una vez más, que la delimitación permite al legislador incidir en el contenido del derecho de propiedad privada. Pero no puede afectar a su contenido esencial (salvo que el supues-

derecho, per se, a una indemnización sino al pago del precio cuando el propietario decide enajenar y la administración ejercita su derecho de adquisición preferente. Si bien esto es así desde la perspectiva del propietario inicial, transmitente, en el caso del retracto, que opera cuando la transmisión ya se ha producido, el ejercicio del derecho comporta para el adquirente retraído una auténtica privación de su derecho de propiedad. Y en el caso del retracto administrativo, esta privación del derecho de propiedad que sufre el adquirente retraído se contempla en la ley en atención a un interés público o social, debiendo mediar la correspondiente indemnización, lo que nos conduce a situarnos, en principio, en el ámbito del art. 33.3 CE [...] [T]eniendo en cuenta que la regulación sustantiva en esta materia corresponde a la legislación estatal cuando se haya incurrido en gastos distintos del precio con ocasión de la transacción, hay que acudir a lo dispuesto en la legislación civil, en concreto, los arts. 1525 y 1518 CC, conforme a los cuales la obligación de pago no se restringe al precio, sino que incluye los gastos. Y así lo recogen los arts. 7.3 y 8.4 del Decreto-ley que determinan quiénes son los obligados a satisfacer ambas cantidades cuando se ejerciten los derechos de adquisición preferente a favor de tercera persona (art. 7.3) o se cedan tales derechos al municipio donde radique la vivienda (art. 8.4). En definitiva, la afirmación de que los derechos de adquisición preferente del decreto-ley ocasionan una pérdida patrimonial con relación a los costes de la transacción no se corresponde con la interpretación sistemática de las normas...».

¹⁷⁸ Se exceptúan las aportaciones a cualquier régimen económico-matrimonial (y la adjudicación tras su disolución) y los actos de extinción de condominio.

to se repute expropiación). Ahora bien, constatada la flexibilidad con la que el Tribunal Constitucional admite que existe mera delimitación, debemos preguntarnos hasta dónde puede llegar en la práctica el regulador¹⁷⁹. Los ejemplos anteriores demuestran una intensificación en el cumplimiento de la función social de la vivienda, traducida en su efectiva ocupación como tal. Pero ¿puede el legislador dar un paso más y prohibir de forma absoluta el arrendamiento o cualquier otra forma de explotación de los inmuebles destinados a vivienda? ¿Puede el legislador imponer que el propietario use personalmente toda vivienda?

7. LA NUEVA PROPIEDAD ESTATUTARIA: DE LOS BIENES A LOS TITULARES

Como se ha expuesto, la influencia del régimen urbanístico de la propiedad ha supuesto la consagración casi indiscutida de la configuración estatutaria de la propiedad. Se dice que hay que atender a la finalidad o al destino que a cada bien se le asigna legalmente¹⁸⁰ y es esa misma ley la que se encarga de ajustar el régimen jurídico de la propiedad a las características de cada bien. De este modo, son las especiales características de cada bien y el uso que se le atribuye los elementos que justifican un especial régimen jurídico.

Sin embargo, tanto la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda como la normativa autonómica valenciana (al igual que otras regulaciones autonómicas) introducen un régimen distinto, y mucho más restrictivo en cuanto al contenido de la propiedad privada, cuando su titular merece la calificación de «gran tenedor».

No se trata ahora de discutir si el concepto de gran tenedor está adecuadamente perfilado o de si muestra cierta imprecisión. Lo que resulta absolutamente relevante es que se asiste a un sustancial cambio en el estatuto jurídico de los bienes en función de quién sea su titular. Abandonamos (o, al menos, complementamos), pues, la identificación objetiva del régimen dominical por el protagonismo

¹⁷⁹ Piénsese, por ejemplo, en las exigencias del Decreto 80/2022, de 28 de junio, de regulación de las condiciones mínimas de habitabilidad y normas de diseño de las viviendas y alojamientos dotacionales en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que, entre otros objetivos, persigue «la incorporación efectiva de la perspectiva de género en el diseño de las nuevas viviendas en la Comunidad Autónoma del País Vasco, a fin de que todas las personas que vayan a habitar en las mismas lo hagan en condiciones de igualdad en relación con los espacios que las componen y las actividades que desarrollan».

¹⁸⁰ Lo que en su momento se denominó, en la doctrina administrativista, «vinculaciones»: LASARTE, *RGLJ*, 1975, pp. 136-142. Pero, *vid.*, actualmente (art. 48 TRLSRU), MUÑOZ GUIJOSA, *RAP*, 2015a.

del sujeto del derecho¹⁸¹. La relevancia del «gran tenedor» es un primer paso, pero no podemos saber si será el único.

Todo ello resulta, además, difícilmente explicable a la vista del art. 33 CE. La función social delimita el contenido del derecho de propiedad privada y se conecta esa función social con el destino o el uso del bien¹⁸², pero no con quién sea su titular. La justificación de la delimitación del contenido del art. 33.2 CE se halla en las características del bien, no de su titular. Parece, en fin, que lo importante no es el qué, sino el quién.

Lo anterior no excluye, por supuesto, que pueda establecerse un régimen jurídico delimitado por la condición de «gran tenedor» o cualquier otra, por ejemplo, en el plano tributario o contractual (piénsese, a estos efectos, en la legislación sobre consumidores). Pero carece de justificación que ese régimen particularizado se construya modificando el estatuto de la propiedad. Desde el punto de vista de la función, no hay una propiedad destinada a vivienda que sea diferente de la propiedad de los grandes tenedores destinada a la vivienda. La función social corresponde a la propiedad, no a su titular.

IV. EL «CONTENIDO ESENCIAL» DE LA PROPIEDAD PRIVADA

1. LA TRANSCENDENCIA DEL «CONTENIDO ESENCIAL»

De lo expuesto se desprende, sin atisbo de duda, que la clave interpretativa del art. 33 CE se encuentra, como sucede con otros derechos, en la difícil identificación de cuál sea el contenido esencial de la propiedad privada.

a) ¿Cómo identificar el contenido esencial de la propiedad privada? De la privación total a la limitación.

Comencemos por una advertencia que quizá resulte innecesaria. En el planteamiento constitucional, la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no delimita su contenido esencial. Como se deriva del art. 53.1 CE, el contenido esencial es justamente el límite que no puede traspasar el legislador, ni siquiera invocando exigencias de la función social¹⁸³.

¹⁸¹ Un apunte en este sentido, aunque contraponiendo persona física y persona jurídica, en SIMÓN MORENO, *DPyC*, 2023, pp. 163-165.

¹⁸² Por ejemplo, AGUILERA VAQUÉS, 2008, p. 942.

¹⁸³ En el mismo sentido, REY MARTÍNEZ, 1994a, p. 347; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1161; MESSÍA DE LA CERDA, *RCDI*, 2020, p. 3446; y SIMÓN MORENO, *DPyC*,

La STC 6/1991, de 15 de enero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad del asunto Rumasa, recuerda que:

«[C]orresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes y, consecuentemente, apreciar también las exigencias dimanantes de las necesidades colectivas que imponen la conversión de la propiedad en un equivalente económico por medio de la expropiación forzosa, sin que, no obstante, ello suponga exención alguna del control que respecto de tales decisiones puedan corresponder a este Tribunal».

¿Y en qué consiste ese contenido esencial?¹⁸⁴ El Tribunal Constitucional dijo, en la STC 37/1987, de 26 de marzo, que los dos factores que inescindiblemente definen el contenido del derecho de propiedad son la utilidad individual y la función social¹⁸⁵. Estoy seguro de que una afirmación de esas características gozará de general aceptación. Sin embargo, si descendemos a un análisis más concreto, las cosas no están tan claras¹⁸⁶. Por lo pronto, es curioso que, de esos dos factores, uno sea mencionado explícitamente en el art. 33 CE. ¿De dónde se extrae, pues, la relevancia de la utilidad individual? Si la función social delimita el contenido de la propiedad privada, esa utilidad privada resulta consustancial al propio concepto de propiedad. Apurando el razonamiento, puede llegar a pensarse que hablar de propiedad privada implica de suyo una utilidad privada y que, por ello, no es necesario mencionarla expresamente, como sí sucede con la función social.

Además, y en conexión con lo anterior, si la función social es un factor delimitador de ese contenido, ello significa que el elemento central del derecho es la utilidad individual¹⁸⁷, lo que, por

2023, p. 151. Para AGUILERA VAQUÉS (2008, pp. 941-942 y 944), la función social «forma parte del contenido esencial», pero ello no significa que la función social pueda «desconstitucionalizar» el derecho de propiedad. El respeto al contenido esencial es un límite al legislador en el desarrollo del estatuto de la propiedad. En cambio, para PRATS ALBENTOSA (*RJNot*, 2018, pp. 329 y 331), el contenido esencial se conecta con las formas, regímenes o estatutos concretados por la ley ordinaria, por lo que «sólo podemos estudiar y referirnos al contenido esencial del derecho de propiedad en una forma o estatuto concreto de propiedad entendido en sentido objetivo».

¹⁸⁴ Gráficamente, decía MONTÉS (1980, p. 182) que «[e]s algo así como ir a la búsqueda de la “facultad esencial” del dominio, la “facultad última” del dominio, más allá de la cual ya no hay propiedad».

¹⁸⁵ Ya había anticipado Díez-PICAZO (*RDU*, 1971, p. 29) que «la imagen individualista se ha roto. Sobre las cosas y sobre los bienes no existen solo los intereses privados, sino también públicos e intereses generales [...] [E]n todos los bienes privados existe siempre un interés público tutelable».

¹⁸⁶ REY MARTÍNEZ (*DPyC*, 1994b: 182) subraya el «carácter paradójico» de la jurisprudencia constitucional por cuanto, a pesar de esas correctas manifestaciones, en la práctica «entrega por completo al legislador de la propiedad, invocando la función social, la configuración del contenido de cada tipo de propiedad».

¹⁸⁷ Desde otra perspectiva, MESSÍA DE LA CERDA (*RCDI*, 2020, p. 3452) plantea si la finalidad financiera no debe considerarse como elemento integrante de la función social de la propiedad.

otra parte, resulta perfectamente coherente con el reconocimiento de una propiedad que se adjetiva como privada.

En consecuencia, una delimitación legislativa que elimine la utilidad individual que proporcione cierta titularidad dominical afecta a su contenido esencial y no puede ser justificada por la vía de la función social del derecho¹⁸⁸.

Ahora bien, la solución es fácil ante una eliminación o privación total. Si la utilidad individual desaparece, la situación no merece ser calificada de propiedad privada y una intervención de ese tipo no puede ser justificada al amparo de la función social¹⁸⁹. Pero, como en tantas ocasiones, el problema se suscita ante la posibilidad de diversos grados de intervención delimitadora. No hay discusión en los extremos: ni la abstención legislativa ni la total supresión de utilidad privada plantean dificultades. La duda surge en aquellos supuestos en que la delimitación legislativa afecta a la utilidad individual, sin llegar a suprimirla totalmente. Podemos decir, imitando a Paracelso, que el veneno está en la dosis (*dosis sola facit venenum*). Del mismo modo que la dosis diferencia un veneno de un remedio, es la intensidad y la extensión de la delimitación de la propiedad la que puede llegar a afectar a su contenido esencial.

Este enfoque requiere mayor concreción. Es necesario tratar de precisar en qué momento se incide en el contenido esencial del derecho de propiedad privada. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional llevó a cabo, desde época bien temprana, una interesante labor de aproximación, casi pedagógica, a qué debía entenderse por contenido esencial. Pero lo cierto es que esa formulación, que ha sido útil para teorizaciones y declaraciones¹⁹⁰, no ha proporcionado elementos adecuados para concretar en un caso concreto si afecta o no al contenido esencial del derecho.

¹⁸⁸ Para MONTÉS (1980, p. 240), «[l]o que parece en este momento, factor esencial del dominio es la actuación económica del bien que puede realizar el propietario [...] Se trata de una “utilización” más que de un goce, porque se trata de expresar la valoración social del fenómeno en los términos de la economicidad concreta de la actividad del propietario [...] El poder del propietario es, en este sentido, [...] pleno, pero no absoluto». Para DÍEZ-PICAZO (2006, p. 14), el goce del propietario, tal y como aparece en el Código Civil, consiste en «un monopolio del señorío de esa percepción de los rendimientos económicos».

¹⁸⁹ ¿Y puede excluirse que determinados bienes cumplan una función social? Antes, se ha apuntado la existencia de categorías de bienes de los que no cabe predicar esa función. Pero, además, conviene recordar que, en cualquier caso, la propiedad privada como técnica de gestión de los recursos económicos ya cumple una función social en la medida que permite aumentar la eficiencia en la asignación de esos recursos.

¹⁹⁰ BAÑO LEÓN (2008, p. 1783) destaca que, al excluirse el recurso de amparo en relación con el derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional se limita a un análisis abstracto de la regulación, lo que, por otra parte, dificulta la evolución jurisprudencial.

Como se recordará, la STC 37/1987, de 26 de marzo, recuperando la doctrina de la STC 11/1981, de 8 de abril, identificaba dos perspectivas complementarias para perfilar el contenido esencial: por un lado, la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho (traducido en la reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta: aquella parte del contenido del derecho que permite reconocerlo como perteneciente a un tipo dado); y, por otro, los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos (aquellos aspectos que resulten necesarios para proteger las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento)¹⁹¹. Aun reconociendo el valor dogmático de esa formulación, el planteamiento del Tribunal Constitucional no permite, a nuestro juicio, prever si una determinada medida (que no sea totalmente ablativa) afecta a ese contenido esencial¹⁹².

¹⁹¹ DÍEZ-PICAZO, 1991, p. 1262.

¹⁹² La cuestión ha sido abordada más recientemente por la STC 148/2021, de 14 de julio, relativa a la declaración del estado de alarma como consecuencia del covid-19, al advertir que:

«No es esta la sede adecuada para resolver cuestiones teóricas que han suscitado y siguen suscitando polémicas doctrinales, por importantes que sean, pero sí para establecer, recogiendo los términos del reiterado ATC 40/2020, “pautas importantes en la interpretación y aplicación» de la norma impugnada, que se pueden «traducir en la enunciación de criterios de actuación” para el futuro. Nuestra jurisprudencia, necesariamente ajustada a la casuística que caracteriza la actividad jurisdiccional, ofrece a día de hoy diversos conceptos que permiten diferenciar, dentro del contenido de ciertos derechos fundamentales, facultades o derechos de distinta naturaleza, adaptándose a las características de cada uno de ellos y a las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Así, en algunos casos, se ha identificado un «contenido absoluto» de los derechos, un “núcleo irrenunciable” de los mismos que “puede alcanzar proyección universal” [...] En otros, se habla de un “contenido constitucional indisponible” [...] Por su parte, las SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 9, o 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 6, aluden a un “contenido central”. Mientras que las SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, o 70/2000, de 13 de marzo, FJ 4, la distinguen dentro del contenido de algún derecho fundamental no solo un “contenido esencial mínimo”, sino también un “contenido adicional” integrado por “derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional”, cuya vulneración puede comportar también (aunque no siempre lo hace) la del derecho fundamental afectado.

Junto a estas fórmulas elaboradas en la doctrina constitucional para diferenciar, dentro del contenido de los derechos fundamentales, ámbitos o esferas cuya protección puede ser distinta según las circunstancias, la literalidad constitucional añade otra técnica, dado que el art. 53 CE exige al legislador de los derechos fundamentales que “en todo caso” respete “su contenido esencial”. Como hemos señalado en ocasiones anteriores, con referencia a un derecho concreto, la fórmula constitucional “en todo caso” [...] encierra un núcleo indisponible” en el contenido de ese derecho (STC 16/1994, FJ 3)».

En su Voto Particular a esta Sentencia, y también a la STC 183/2021, de 27 de octubre, el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos indica que:

«[A]unque el art. 53.1 CE establece que la ley que regule los derechos fundamentales “en todo caso deberá respetar el contenido esencial”, el llamado “contenido esencial” de un derecho fundamental no es un concepto absoluto ni inmutable, pues este contenido se ve delimitado por el contenido de otros bienes o valores constitucionales y por ello el “contenido esencial” de un derecho tendrá un alcance u otro dependiendo de si su ejercicio incide en otros bienes o valores constitucionales que se consideran mere-

b) En busca del contenido esencial de la propiedad privada: los intentos doctrinales.

Las vacilaciones de la doctrina demuestran las dificultades de concretar el contenido esencial de la propiedad privada.

Como se ha apuntado certeramente¹⁹³, desde la perspectiva de la reconocibilidad, la esencia de la propiedad privada no se identifica en función de un *quantum* de facultades¹⁹⁴: no ha de atenderse al mayor o menor número de facultades que pueden ser detraídas por el legislador, sino a cuáles han sido sustraídas legislativamente, y valorar en qué medida suponen que ese derecho ya no sea reflejo de la fisonomía dominical abstracta. Y, desde la jurisprudencia de intereses, hay que atender a cuál es el interés jurídicamente protegido en función del tipo de propiedad de que se trate (por ejemplo, al propietario urbano, la facultad de cultivar le resulta irrelevante) y ha de comprender la tutela de su efectiva realización.

Sin perder de vista ese planteamiento, la doctrina ha sugerido tomar en consideración las facultades que típicamente se reconocen a todo propietario para verificar qué grado de delimitación es constitucionalmente admisible¹⁹⁵. Así, se distingue¹⁹⁶ entre la garantía esencial del instituto de la propiedad y la garantía de un contenido esencial en las diferentes categorías de bienes (es decir, de los estatutos de propiedad). En cuanto a la institución de la propiedad privada, entendida genéricamente, se inclina por una posición absoluta: «[n]o se puede configurar una propiedad con privación del *ius utendi et fruendi* y del *ius disponendi*»¹⁹⁷. Ello se traduce en la imposibilidad de configuración de determinadas categorías de bienes (como, por ejemplo, propiedad pública de todos los medios de producción) o la imposibilidad de conversión de la

cedores de mayor protección (límites inmanentes). Si no se produce esta colisión entre bienes y derechos constitucionales, el contenido esencial del derecho es aquel que hace al derecho reconocible. En cambio, en aquellos casos en los que el ejercicio del derecho fundamental colisione con otros bienes o valores constitucionales este contenido podrá limitarse, pudiendo incluso adoptar medidas que conlleven la privación del derecho, siempre que tales medidas las adopte el legislador y cumplan las exigencias de la proporcionalidad».

¹⁹³ COLINA GAREA, 1997, pp. 355 y ss.

¹⁹⁴ Vid. también BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, p. 251; y MUÑOZ GUIJOSA, 2009, pp. 195-197.

¹⁹⁵ Un enfoque más radical en MONTÉS (1980, p. 197): «ha cambiado el esquema tradicional desde el momento en que el ordenamiento prevé que el ejercicio de las facultades no se dirija solamente a la satisfacción del interés (privado) del titular, sino también se oriente a la satisfacción de exigencias más generales de la propiedad en su conjunto. Ya no habrá, entonces, una atribución abstracta e incondicionada de facultades, sino una atribución “para que” el titular realice actividades o utilice la cosa en el sentido determinado por la ley».

¹⁹⁶ DíEZ-PICAZO, 1991, pp. 1263-1265.

¹⁹⁷ Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 319 y ss.; y 338 y ss. Sobre la conveniencia de recurrir al art. 348 CC para la identificación del contenido esencial de la propiedad privada, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2004, pp. 57 y ss.

propiedad en una concesión enfitéutica o en una concesión administrativa¹⁹⁸. En este ámbito, el contenido esencial se rige en límite infranqueable de la acción legislativa, de modo que, cuando se sobrepase, determina la inconstitucionalidad de las leyes. En cambio, si la configuración legislativa de la categoría de bienes se considera constitucionalmente legítima, el sacrificio de aspectos que afectan al contenido esencial de la institución implica, si se trata de propiedades preexistentes, expropiación y conlleva la correspondiente indemnización.

Como puede constatarse, en este planteamiento el problema se traslada: la incidencia en el contenido esencial puede desembocar sea en la inconstitucionalidad, sea en la expropiación. Y, además de plantear una dificultad añadida, consistente en precisar cuándo la intervención se refiere al instituto general de la propiedad o a un concreto estatuto de bienes, seguimos sin saber cuándo una intervención legislativa afecta al contenido esencial de la propiedad.

La doctrina¹⁹⁹ ha intentado reconducir la cuestión apelando a la doble garantía que supone la previsión constitucional, para lo que subraya que, en su vertiente subjetivo-individual, el art. 33 CE contiene una garantía de estabilidad y una garantía de valor. La garantía de estabilidad comprende la utilidad o el interés privado y el derecho de disponer, en principio, del objeto dominical. Supone, ante todo, la garantía de su existencia. La garantía de valor presupone que la libertad de propiedad no se protege incondicionalmente, puesto que, en caso de conflicto con el interés privado y siempre bajo los requisitos del art. 33.3 CE, la propiedad está a disposición del legislador. Por ello, indica agudamente que cabe concebir el mecanismo expropiatorio como una garantía de la conservación de la utilidad privada para los supuestos en los que el interés público exija el sacrificio del derecho. Desde esta perspectiva, la garantía patrimonial reduce la potestad expropiatoria a su efecto mínimo de desapoderamiento específico del objeto expropiado, pero sin suponer el empeoramiento patrimonial de su valor, que ha de restablecerse con la indemnización. Por eso, a pesar de la doctrina constitucional, la propiedad no cede cuando es expropiada, sino que se transforma o sustituye por un equivalente económico. Y solo puede estar justificada cuando sea imprescindible para alcanzar el fin de utilidad pública o de interés social que con ella se persigue. De ello se deriva la necesidad de que la definición de la *causa expropriandi* se haga en términos precisos, inequívocos y objetivos y que resulte

¹⁹⁸ Aunque debe recordarse el caso de la STC 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley estatal 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

¹⁹⁹ REY MARTÍNEZ, 2005, pp. 212-213; y PyD, 2006, pp. 983-985; también AGUILERA VAQUÉS, 2008, p. 950; y SIMOU, *InDret*, 2017, p. 13.

claramente la relación existente entre ella y los bienes expropiados²⁰⁰.

También se ha considerado²⁰¹ que, por un lado, la intervención legislativa no puede suponer la privación al propietario de los poderes de goce y disposición que constituyen, en un momento dado y según la conciencia social, la forma natural y típica del ejercicio del derecho. Y, por otro lado, la imposición de vínculos y deberes al propietario o la disminución del contenido no pueden realizarse sino en beneficio de la comunidad y no de otros particulares. Hay que precisar, además, que la anulación de facultades o la imposición de vínculos, incluso en favor de la comunidad, desembocan en una verdadera expropiación por disminución de la sustancia de la propiedad cuando se impide la utilización económica fundamental de un bien. Y para verificar cuál es esa utilización económica fundamental se hace necesario un juicio de hecho, basado en criterios objetivos y, por tanto, prescindiendo de las valoraciones y de las intenciones personales del propietario.

c) Una nueva aproximación al contenido esencial.

El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina sumamente abstracta y general, construida sobre factores que pueden conducir a valoraciones diferentes, que no permite afirmar con seguridad si determinada medida afecta al contenido esencial de la propiedad privada y que, por ello, proporciona al legislador un instrumento sumamente flexible para incidir en derechos, facultades, obligaciones y deberes del titular de la propiedad privada.

La conexión con lo previsto (gozar y disponer) en el art. 348 CC a los efectos de precisar ese contenido esencial de la propiedad privada permite recurrir, una vez más, a la clásica contraposición de Adam Smith entre valor de uso y valor de cambio²⁰². Importa, pues, ponderar el rendimiento normal que el propietario puede extraer de la explotación de cierto bien y tener presente sus posibilidades de enajenación onerosa. No debe tomarse en consideración una visión de la propiedad como mera referencia a un bien y a unas facultades, sino las posibilidades de actuación económica que

²⁰⁰ Es de interés el ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: BARCELONA LLOP, 2013, pp. 103 y ss.

²⁰¹ MONTÉS, 1980, pp. 226-227.

²⁰² «Se debe observar que la palabra "valor" tiene dos significados diferentes: algunas veces significa la utilidad de un objeto particular, y otras significa la facultad que otorga la posesión de este objeto de comprar otras mercancías. Al primero se le puede llamar valor de uso, y al segundo, valor de cambio» (SMITH, 1996, p. 62). MUÑOZ GUIJOSA (2009, pp. 65 y 69) relaciona el valor en uso como la facultad de goce y el valor en venta con la facultad de disposición del propietario.

comporta²⁰³ y su valor. Hemos de recordar aquí la función económica de la propiedad privada.

Un enfoque similar en la jurisprudencia norteamericana para ponderar si cierta acción administrativa tiene naturaleza expropiatoria puede servirnos de ayuda: entre otros factores, se valora la extensión de la interferencia con las expectativas razonables del particular en función de su inversión, el impacto económico de la acción administrativa sobre el particular y la no repercusión al particular de una carga que deba recaer sobre un colectivo. Lo cierto, sin embargo, es que tampoco los tribunales norteamericanos han mostrado una línea uniforme²⁰⁴.

En mi opinión, sea desde la perspectiva económica (valor de uso, valor de cambio), sea desde la jurídica (goce, disposición), esos son los elementos que identifican el contenido esencial de la propiedad privada. La cuestión, naturalmente, no se plantea en relación con las medidas que suprimen esos elementos, sino con las que inciden sustancialmente en ellos. Según mi criterio, la transcendencia de la función social de la propiedad privada se ha sobredimensionado y ha servido para justificar actuaciones que sí han afectado sustancialmente a esos elementos y que, por tanto, exceden de la mera delimitación.

2. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En relación con el contenido esencial de la propiedad privada, es inevitable el recurso al *leading case*. Pero conviene no olvidar que esta STC 37/1987, de 26 de marzo, en su afán de sentar doctrina, incorpora factores hasta cierto punto contradictorios. Por un lado, considera que la fijación del contenido esencial no puede efectuarse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales, sino que debe incluir una necesaria referencia a su función social. De este modo, sostiene el Tribunal Constitucional que tanto la utilidad individual como la función social definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. Pero, por otro lado, el Tribunal Constitucional también indica que existe un mínimo irre-

²⁰³ Como pone de manifiesto GUILOFF TITIUN (*EC*, 2019, pp. 268-271), se trata de superar la concepción de la propiedad que toma como referencia las cosas físicas sobre las que recae, por su valor económico.

²⁰⁴ *Vid.* PONT CASTEJÓN, *DA*, 1990, p. 249; DELAVEAU SWETT, *RChD*, 2006, pp. 411 y ss.; AGUILERA VAQUÉS, 2008, pp. 956 y ss.; y GUILOFF TITIUN, *EC*, 2019, pp. 271 y ss.

ductible de la propiedad frente a las exigencias derivadas de la función social; y ese mínimo se concreta en la imposibilidad de anular la utilidad meramente individual del derecho o la rentabilidad del propietario o de la empresa.

Si se analiza este planteamiento, puede repararse en el difícil equilibrio que procura alcanzar el Tribunal Constitucional. Por una parte, destaca la presencia de dos componentes (además, inescindibles). Pero, por otra, sitúa el mínimo irreductible en la salvaguarda de cierta rentabilidad para el propietario. De este modo, y aunque parezca a regañadientes, el Tribunal Constitucional no puede por menos que apuntar la prevalencia del elemento utilidad individual frente al elemento función social, lo que, por lo demás, es perfectamente conforme con el sentido jurídico y económico de la propiedad privada.

El Tribunal Constitucional sitúa el límite (irreductible) frente a las exigencias de la función social en la anulación de la utilidad individual. Se trata, a mi juicio, de una lectura demasiado restrictiva y que no es coherente con los perfiles que deben concurrir en la propiedad privada. No es necesario que se anule esa utilidad individual para que se incida en el contenido esencial de la propiedad privada. Basta con que repercuta de modo sustancial en esa utilidad. La función social no justifica que el legislador prive de manera sustancial al propietario de la rentabilidad del bien.

Es evidente que este planteamiento entraña mayores dificultades que el del Tribunal Constitucional²⁰⁵. El Tribunal Constitucional pone el límite en la anulación de esa rentabilidad individual, es decir, en la pérdida total de ese rendimiento. En mi opinión, conviene equiparar a esa anulación aquellos supuestos que tengan una incidencia fundamental en el valor en uso y en venta del bien. Pero el problema surgirá, como es natural, en la identificación de cuándo se produce una afectación sustancial o fundamental de la propiedad privada. Y, para ello, la vía más sencilla resultará de comparar el valor del bien antes y después de la concreta medida.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no comparte esta perspectiva y ha interpretado muy generosamente el grado de intervención legislativa en la configuración del derecho de propiedad²⁰⁶. Con ese enfoque admite una delimitación consis-

²⁰⁵ Sugerencias de interés en SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 193 y ss.

²⁰⁶ Y, con ello, cierta doctrina considera constitucional la expropiación temporal del usufructo (MARÍN GARCÍA y MILÀ RAFEL, *InDret*, 2007, pp. 15 y ss.), aunque reconoce que no supera el test de proporcionalidad (téngase en cuenta que, en la valoración de esas medidas, el Tribunal Constitucional prefiere actualmente el test de razonabilidad al de proporcionalidad, sin justificar adecuadamente la singularidad de esa decisión). Pero esa misma doctrina cuestiona la eficacia de esas medidas: MARÍN GARCÍA y MILÀ RAFEL, *InDret*, 2007, pp. 24 y ss.

tente en la privación temporal del uso, a cambio de una retribución establecida administrativamente (esto es, un arrendamiento forzoso, con precio tasado). La justificación del Tribunal Constitucional estriba en que, a pesar de esa intervención, el propietario del bien afectado sigue disfrutando de cierta utilidad. Y, en mi opinión, ese enfoque no puede ser compartido. La utilidad individual que resulta consustancial al derecho de propiedad o, si se quiere, la utilidad individual que supone contenido esencial, no puede ser una utilidad residual, equivalente, prácticamente, a la mera titularidad. Para el Tribunal Constitucional, en el fondo, mientras se siga siendo propietario, no hay incidencia en el contenido esencial²⁰⁷. Pero, claro está, si se deja de ser propietario, ya nos encontramos en el ámbito de la expropiación.

Y, entonces, asistimos a un curioso fenómeno. Si hay privación total o ablación completa del derecho, hay expropiación; pero, mientras no se llegue a ese extremo, la intervención delimitadora (que puede suponer una intensa privación de facultades) se encuentra amparada por la función social.

De este modo, la función social se convierte cabalmente en un elemento que adquiere un peso que, probablemente, fuera ajeno al constituyente: se convierte en una suerte de carta blanca para cualquier delimitación legislativa de la propiedad, siempre que no llegue al extremo de suponer una privación de la titularidad que daría lugar a la expropiación.

El resultado es fácil de intuir: cuanto más espacio se otorgue a la delimitación legislativa derivada de la función social (art. 33.2 CE), menos supuestos se considerarán como expropiación (art. 33.3 CE). Y a la inversa, cuanto mayor sea el peso de la necesaria utilidad individual del propietario (art. 33.1 CE), más casos deberán caer en el ámbito de la expropiación (art. 33.3 CE)²⁰⁸.

¿Cuál es la consecuencia del peso que se le asigna por el Tribunal Constitucional a la función social? El planteamiento del Tribunal Constitucional tiende a consagrar una noción residual de la propiedad privada. La propiedad privada es el resto de utilidad privada que le queda al titular, tras haber sido delimitado su contenido por la función social²⁰⁹. Como con precisión ha señalado cierta doctri-

²⁰⁷ También SIMÓN MORENO (*DPyC*, 2023, p. 150) subraya que la jurisprudencia constitucional implica «una relativización del concepto esencial, siempre que se garantice una vaporosa utilidad individual o económica suficiente para el titular del derecho»

²⁰⁸ Así, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1148.

²⁰⁹ Para BARNÉS VÁZQUEZ (*RAP*, 1989, p. 285), «[e]l contenido esencial [de la propiedad privada] parece comprender dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica, que trae su origen de la explotación de los bienes, alcanzada de tal modo que haga accesible a todos el disfrute y participación en los bienes económicos; aprovechamiento del titular que permita la difusión de los bienes y sus utilidades; rentabilidad económica y

na²¹⁰, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho de propiedad privada (frente a otros derechos constitucionales) se detecta que su contenido se determina finalmente en cada caso después de una ponderación interna o intrínseca entre la utilidad individual del titular del derecho y la utilidad social del bien objeto de regulación, con lo que «el derecho de propiedad no parece tener un contenido previo a dicha ponderación, sino que es siempre tan solo lo que *resta* después de ella. Ponderación, por lo demás, que siempre se ha decantado hacia el interés social tal y como ha sido apreciado por la autoridad pública»²¹¹.

Todo ello impone una reflexión adicional acerca de la relación entre contenido esencial y expropiación. A pesar de las ambiguas declaraciones del Tribunal Constitucional, entiendo que la función social no forma parte del contenido esencial. El derecho que reconoce constitucionalmente el art. 33 CE es el derecho a la propiedad privada. Y es de ese derecho del que debe predicarse la existencia de un contenido esencial, y no de los elementos que contribuyen a delimitar su contenido (ya no esencial), como es la función social.

El contenido esencial es, como se ha dicho reiteradamente²¹², un límite a la delimitación que puede suponer la función social de la propiedad privada. Sin embargo, como consecuencia de lo previsto en el apartado tercero del art. 33 CE, admitimos con naturalidad que sea posible constitucionalmente una privación de bienes y derechos, que supone una evidente incidencia en el contenido esencial de la propiedad privada, siempre que se respeten los presupuestos y requisitos de dicho apartado²¹³. La pregunta no se hace esperar: hasta qué punto ese planteamiento es coherente con la exigencia del art. 53.1 CE en la medida que este establece que el contenido esencial deberá ser, en todo caso, respetado por la ley que regule el ejercicio de los derechos y libertades. Dicho de otra forma, el art. 33.3 CE pone de manifiesto que puede no respetarse el contenido esencial de la propiedad privada, como exige el art.

rendimiento social; fin individual y utilidad social; es decir, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva». Pero también indica (BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, p. 55) que «por virtud de la función social, la utilización del bien, su explotación económica, no constituye el objetivo final de la propiedad privada. El rendimiento económico que pueda derivarse del bien ha de contribuir –con una cuota de participación que determinará el legislador– al beneficio social, verdadero fin de la institución».

²¹⁰ REY MARTÍNEZ, 2005, p. 202; y *PyD*, 2006, pp. 972-973.

²¹¹ Un enfoque distinto en BARNÉS VÁZQUEZ (*RAP*, 1989, p. 277): «la propiedad privada –dimensionada desde su interior por la función o utilidad social– está, subordinada al interés general –art. 128.1 CE–; el ejercicio dominical, una vez delimitado por el legislador y la Administración, comporta inexcusablemente un beneficio social, pero persigue intereses diferenciados de los intereses generales, confiados a los poderes públicos».

²¹² Por todos, BARNÉS VÁZQUEZ, *RAP*, 1989, p. 282; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1149.

²¹³ En sentido similar, AGUDO GONZÁLEZ, *RAP*, 2011, p. 18.

53.1 CE, siempre que se cumplan las exigencias previstas en el art. 33.3 CE. Con ello, resulta que el contenido esencial de la propiedad privada se limita a la obtención de una indemnización para los casos en que el titular sea privado del mismo. Frente a la administración y concurriendo los presupuestos de la expropiación, la posición del propietario se tutela a través de una regla de responsabilidad. En otros casos, su protección se articula a través de una regla de propiedad²¹⁴.

Esta constatación entraña otros peligros. Si se considera que la expropiación significa una vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad privada, puede caerse en la tentación de restringir su ámbito de aplicación. Es decir, ante la posible confrontación de dos preceptos constitucionales, reduzcamos el alcance de uno de ellos (en este caso, el art. 33.3 CE). Pero, si bien se observa, la restricción del sentido del art. 33.3 CE puede llevarse a cabo de dos modos. Por un lado, propiciando una interpretación más amplia del art. 33.2 CE y de la noción de delimitación (no indemnizable), aunque para ello deban reducirse los perfiles del contenido esencial. Y, por otro, negando que determinadas situaciones sean consideradas como expropiación, pero negando también que sean delimitación: si afectan al contenido esencial, serán, sin más, inconstitucionales. A mi juicio, es esta segunda línea la que protege más adecuadamente la propiedad privada.

²¹⁴ A partir de un trabajo de CALABRESI y MELAMED (*ADC*, 1997, pp. 187 y ss.), se distingue entre reglas de propiedad (*Property Rules*), reglas de responsabilidad (*Liability Rules*) y reglas de disponibilidad (*Alienability Rules*). Tengamos en cuenta que se trata de una formulación sumamente abstracta, útil en su potencia analítica, pero que tiene que ser matizada en su concreta aplicación práctica.

Se dice, en primer lugar, que un derecho está protegido por una regla de propiedad cuando solo a través de un acuerdo con su titular se le puede desalojar de la posición de tal; es decir, el que quiera ocupar la posición de titular deberá convencer al que actualmente la ocupa para que se la ceda por un precio. En segundo lugar, un derecho está protegido por una regla de responsabilidad, cuando cualquiera puede privar del mismo a su titular si está dispuesto a pagar por ello una cantidad establecida objetivamente. Y, por último, un derecho es inalienable cuando no está permitido un intercambio voluntario de su titularidad. No se podrá, pues, transmitir uno de estos derechos por mucho que exista un acuerdo en tal sentido entre el titular actual del mismo y un tercero interesado en su adquisición.

La mayor parte de los derechos que conocemos en la práctica serían de carácter mixto (CALABRESI y MELAMED, *ADC*, 1997, p. 192); es decir, no responderían exclusivamente a uno de los tipos de reglas que acabamos de exponer. Y consideran que «[e]n nuestro marco conceptual, lo que se denomina propiedad privada está usualmente protegida por una regla de propiedad, ya que nadie puede ocupar la posición de titular a menos que el titular actual acceda a venderla y se pague el precio en que él valora subjetivamente su derecho. Habrá otras ocasiones en las que el interés social o la utilidad pública justifiquen la expropiación de ese derecho, por lo que diremos que entonces sólo estará protegido según una regla de responsabilidad, en la medida en que se utiliza un criterio objetivo para determinar un valor (precio) que facilite la transmisión del derecho desde el titular actual al beneficiario de la expropiación. Finalmente, habrá otros casos en los que no se permita enajenar la propiedad, es decir, que protegeremos el derecho con una regla de inalienabilidad» (CALABRESI y MELAMED, *ADC*, 1997, p. 207).

V. DELIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN

1. EL DESLINDE ENTRE DELIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN

Del propio art. 33 CE se desprende, sin asomo de duda, la importancia de diferenciar entre una intervención delimitadora y una actuación expropiatoria. En nuestra literatura jurídica se considera unánimemente que la delimitación excluye que se deba compensar económicamente a los afectados²¹⁵. Su derecho, simplemente, se delimita, esto es, se precisa su contenido. Por el contrario, si se trata de expropiación, además de la concurrencia de una causa de utilidad pública o interés social y del respeto al procedimiento legal, se requiere la correspondiente indemnización. La privación reclama indemnización. Por lo tanto, desde la perspectiva de los poderes públicos, la calificación como delimitación o como expropiación es, cuanto menos, un problema de costes.

Sin embargo, pese a la importancia de la distinción, los criterios normativos, jurisprudenciales y doctrinales que pueden permitir fundamentar el ámbito de cada categoría no se formulan con la suficiente nitidez y transmiten una clara sensación de inseguridad.

La dificultad del deslinde entre la delimitación y la expropiación ha sido constatada también por el Tribunal Constitucional. Baste, a estos efectos, con recordar las indicaciones de la STC 170/1989, de 19 de octubre, relativa a la Ley madrileña 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares:

«[T]al y como este Tribunal ha indicado en varias ocasiones, el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 CE) no es siempre fácil de determinar. En este sentido, y a partir de la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, se ha señalado respecto del derecho de propiedad que “la fijación de su contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo” (STC 37/1987). Partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (arts. 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben “delimitar el contenido del derecho de

²¹⁵ Si bien se mira, una cosa es que si se expropia se deba indemnizar, y otra distinta es que delimitar el contenido del derecho no deba producir ninguna consecuencia jurídica. Pero se ha tendido a ver la expropiación como la única situación que incidiendo en el derecho de propiedad da a lugar a indemnización al propietario.

propiedad en relación con cada tipo de bienes". Esto no supone, claro está, una absoluta libertad del poder público que llegue "a anular la utilidad meramente individual del derecho", o, lo que es lo mismo, el límite se encontrara, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho».

La doctrina parece impecable, pero luego su aplicación resulta un tanto superficial. El Tribunal Constitucional considera en este caso que:

«Las limitaciones del derecho de propiedad que introduce la Ley madrileña con carácter no indemnizable no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados, al tratarse de medidas tendentes a proteger el espacio natural, según la distinta calificación del terreno y en cumplimiento del mandato que impone el art. 45 CE.

Los apartados 3 y 4 del art. 3 de la Ley impugnada ponen de manifiesto que el legislador ha establecido un límite a partir del cual entiende que sí existe privación de derechos. En efecto se establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan "no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios". Se ha acudido, pues, a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado. Esta técnica, utilizada también en el art. 87 de la Ley del Suelo respecto del suelo no urbanizable, tiende precisamente a permitir la identificación del contenido esencial de los derechos; el mismo principio se ha utilizado en la Ley de Aguas, estimándose por este Tribunal que no suponía vulneración alguna de la garantía indemnizatoria del art. 33.3 CE, sino delimitación del contenido de los derechos patrimoniales (STC 227/1988)».

De seguirse el planteamiento de esta resolución, cabría pensar que cualquier limitación en los usos no es indemnizable (por ser meramente delimitación y no expropiación) en tanto se haga en cumplimiento (más o menos intenso: eso no se cuestiona) de un principio constitucional y no afecte a los usos tradicionales y consolidados. Y, es más: se afirma que así se identifica el contenido esencial de los derechos.

La doctrina en la que se basa este planteamiento es identificable. La STC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley estatal 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y su desarrollo, declaró, en relación con la expropiación forzosa, que:

«[D]ebe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justifica-

da de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos.

Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración “ex novo” modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues por imperativo constitucional, la ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 CE). Y lo mismo puede decirse de los derechos individuales de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, ya que su regulación general no sólo puede tener en cuenta el interés individual de los usuarios o titulares de aquellos derechos, sino que debe también tomar en consideración el interés general inherente al carácter público del bien sobre el que recaen.

Es obvio, por otra parte, que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente. Pero no puede olvidarse que, de manera semejante a lo que ya dijéramos en la STC 37/1987 sobre el derecho de propiedad, la fijación del contenido esencial “no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales” que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo».

2. ACTUACIONES DISTINTAS A LA DELIMITACIÓN Y A LA EXPROPIACIÓN

Con carácter previo a la formulación de posibles criterios de distinción entre delimitación y expropiación, hemos de verificar cuáles son las fronteras entre ambas categorías. Más concretamen-

te, lo que interesa analizar es si las intervenciones en la propiedad privada solo pueden ser delimitadoras o expropiatorias.

En principio, si la actuación, al amparo de la función social, supone delimitación del derecho de propiedad privada, no puede calificarse de expropiatoria y, por lo tanto, no genera compensación alguna. Si, por el contrario, la actuación excede de la delimitación e implica privación del derecho, debe considerarse expropiatoria y, en consecuencia, debe dar lugar a indemnización. De ello, podría aparentemente deducirse la clara separación entre una y otra categoría. La actuación será reputada o como delimitadora o como expropiatoria²¹⁶.

Este planteamiento ha sido cuestionado por influencia de la doctrina alemana, apelando a la existencia de una tercera categoría de supuestos: la delimitación que sí genera indemnización (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*)²¹⁷. Pero este *tertium genus* ha sido, a su vez, criticado, al señalar que complica innecesariamente el análisis sin resolver el problema, porque, de admitirse esa categoría, la dificultad se traslada a la distinción entre delimitaciones necesitadas de compensación y delimitaciones no indemnizables²¹⁸. Es obviamente cierto que la introducción de una tercera categoría acentúa los problemas de fijar su respectivo ámbito de aplicación, pero ello no excluye que una categoría con esos perfiles puede dar respuesta más adecuada a algunas de las dudas que se suscitan. En el fondo, se trata de valorar si la dicotomía delimitación (no indemnizable)-expropiación (indemnizable) se adecua correctamente a la variedad de supuestos que pueden derivarse de la adopción legítima de medidas.

Aun descartando esa tercera categoría, conviene señalar que no todos los supuestos se verán abocados a ser calificados como delimitación o como expropiación. Si se observa con una mínima atención, se comprobará que la inclusión en una u otra categoría no se somete a los mismos requisitos. En efecto, una hipotética delimitación que afecte al contenido esencial de la propiedad no puede ser calificada como tal: la función social no justifica esa incidencia. Pero negar que se trate de delimitación no significa que ineludiblemente sea expropiación: para que pueda ser considerada como expropiación es necesario que se den los tres elementos que prevé el art. 33.3 CE (*causa expropriandi*, procedimiento legal e indemnización). En particular, la

²¹⁶ Así, MENÉNDEZ SEBASTIÁN (*JARDA*, 2008, p. 43), tras reconocer la dificultad de diferenciar delimitación y expropiación, indica que «se trata de un *continuum*, donde acaba una comienza la otra», aunque matiza que, en el segundo caso, si no se cumplen los requisitos de la expropiación, la regulación se convierte en inconstitucional.

²¹⁷ MIR PUIGPELAT, 2002, pp. 80 y 114 y ss. Una sintética exposición en MUÑOZ GUIJOSA, *RAP*, 2015b, pp. 191 y ss.

²¹⁸ En este sentido, DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 5.

ausencia de *causa expropriandi* impide que se pueda tildar, en rigor, de expropiación y, por lo tanto, al tratarse de una intervención que afecta al contenido esencial de la propiedad privada, debe sencillamente considerarse inconstitucional.

Obviamente, la relevancia de este planteamiento se ve disminuida por un factor distinto: una generosa valoración de la concurrencia de la *causa expropriandi* determinará que sean más frecuentes los casos que, no pudiendo ser calificados como delimitadores, sean considerados como expropiatorios. Y, en concreto, es fácil la tentación de entender que la justificación de una medida, con base en la función social de la propiedad privada, ya colma la exigencia de *causa expropriandi*²¹⁹.

3. ¿CÓMO DIFERENCIAR ENTRE DELIMITAR Y EXPROPIAR?

El intento de formular elementos para construir la distinción entre delimitación y expropiación ha preocupado, por su gran transcendencia, al legislador, a la judicatura y a la doctrina. Resulta, por ello, difícil ofrecer algo más que un *status quaestionis*, poniendo de relieve la separación que media entre su teorización general y abstracta y su concreta aplicación para la resolución de supuestos determinados. En última instancia, y más allá de formulaciones teóricas, ante cada caso concreto habrá que responder sucesivamente a dos preguntas:

- a) ¿Se trata de una mera delimitación y, por tanto, no indemnizable?;
- b) Si excede de la delimitación, ¿se han cumplido las exigencias del art. 33.3 CE?

Si la respuesta al primer interrogante es afirmativa, no es necesario formularse la segunda pregunta: hay simple delimitación.

Si la respuesta al primer interrogante es negativa, y la respuesta al segundo interrogante es afirmativa, nos encontramos ante una expropiación²²⁰.

²¹⁹ Apunta MUÑOZ GUIJOSA (2009, p. 245) que, mientras la función social de la propiedad privada resulta ser un elemento integrante de la propia estructura del derecho de propiedad en cuanto a derecho subjetivo, la utilidad pública y el interés social resultan ser circunstancias ajenas al derecho, que avienen al mismo *ad extra* y que, en caso de concurrir en un concreto supuesto, determinan la subordinación del interés del propietario al interés de la colectividad.

²²⁰ Tiene razón PONS CÁNOVAS (2004, pp. 87 y ss.) al señalar que, en ese planteamiento, subyace una interpretación amplia del concepto de expropiación forzosa, conforme a la cual la imposición de una obligación o de una restricción general o singular del ejercicio de los derechos y facultades de uso y disposición de un bien que sea desproporcionada, que haga irreconocible e impracticable el tipo concreto de derecho dominical es

Y si tanto la respuesta al primer interrogante como al segundo es negativa, la actuación legislativa es inconstitucional por vulnerar lo dispuesto en el art. 33 CE²²¹.

¿Cuáles son los criterios más habituales para determinar si nos encontramos ante una mera delimitación o ante una expropiación? Distinguiré entre argumentos o criterios puramente jurídicos y la más reciente perspectiva económica²²².

A. Los criterios exclusivamente jurídicos.

1) La naturaleza singular de la privación. La expropiación tiene un carácter singular y afecta a una o varias personas determinadas²²³. En cambio, la delimitación consiste en una regulación de índole general, que se dirige a una pluralidad indeterminada de sujetos.

Pero este criterio no permite explicar por qué hay regulaciones generales consideradas expropiatorias (como ocurrió con la incorporación al dominio público marítimo-terrestre de terrenos enclavados en playas que antes eran propiedad privada: STC 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley estatal 22/1988, de 28 de julio, de Costas) o por qué hay privaciones singulares no expropiatorias (como el decomiso y otras medidas previstas en los arts. 127 y ss. CP)²²⁴.

considerada como expropiación. A su juicio, la cuestión podría resolverse de forma más adecuada a través de una revisión del alcance de la responsabilidad patrimonial de la administración.

²²¹ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, *CDL*, 2022, pp. 26-27.

²²² Sigo en este punto y resumo las muy interesantes consideraciones y críticas de DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 8 y ss.

²²³ Destaca MIR PUIGPELAT (2002, p. 96) que cuando este criterio se adoptó en la Ley española de Expropiación Forzosa de 1954, ya había sido abandonado por la doctrina alemana.

²²⁴ Como plantea Díez-Picazo Giménez (2013), la cuestión estriba en determinar si ante una privación (total o parcial) de alcance general, rigen solo los límites a la regulación de los bienes (art. 33.2 CE) o rige, además, la garantía expropiatoria (art. 33.3 CE). De aceptarse el primer planteamiento, los cambios de régimen jurídico de toda una clase de bienes, incluso en el supuesto extremo de nacionalización pura y simple, no darían nunca derecho a indemnización. La única defensa frente a una privación de alcance general sería, así, la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal que la aprueba (aunque minoritariamente también se haya defendido que las privaciones de bienes de alcance general no son jamás constitucionalmente admisibles). En cambio, si se adopta la segunda postura, los cambios de régimen jurídico de toda una clase de bienes pueden engendrar derecho a indemnización. Obviamente, ello supone que cualquier reforma legislativa de una cierta envergadura sería inviable en la práctica, por excesivamente costosa; y ello chocaría con el mandato constitucional de sometimiento de toda la riqueza del país al interés general (art. 128 CE). En su opinión, la solución más prudente consiste en matizar la aplicabilidad de la garantía expropiatoria a las privaciones (totales o parciales) de bienes de alcance general: mientras que la garantía expropiatoria opera siempre para las privaciones singulares, solo es exigible para aquellas privaciones generales que alcanzan un nivel de intensidad fuera de lo común. En otras palabras, cuando una reforma legislativa, por supuesto justificada por el interés general, comporta el empobrecimiento sustancial de los antiguos propietarios de una clase de bienes, habrá que indemnizar; y ello porque, de lo contrario, el coste de la realización del interés general pesaría especialmente sobre un determinado grupo de ciudadanos.

La STEDH de 30 de junio de 2005 (Jahn y otros c. Alemania) se ocupó directamente de la cuestión (*vid.* también Díez-Picazo Giménez, 2005, pp. 119 y ss.; y BARCELONA LLOP, 2013, pp. 81 y ss., y 191 y ss.), al analizar una ley de la Alemania reunificada que

2) La intensidad del sacrificio. Si el sacrificio de derechos que supone la intervención supera cierto umbral de intensidad (por su profundidad, gravedad o alcance objetivo), la medida es expropiatoria; si no lo supera, es simplemente delimitación.

Pero este criterio no permite predecir cuándo una restricción será expropiatoria o delimitadora: ¿dónde se fija la frontera de sacrificio tolerable sin indemnización?

Este criterio se relaciona con el que se basa en la lesión del contenido esencial (STC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la estatal Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y otras disposiciones): será expropiatoria la restricción que, aun teniendo carácter generalizado, incida en el contenido esencial del derecho. Ello significa que se admite la afección en el contenido esencial, siempre que sea compensada por la correspondiente indemnización.

Pero ello significa aceptar que son posibles normas que vulneran el contenido esencial de un derecho, siempre que den lugar a indemnización, lo que, para cierta doctrina²²⁵, es erróneo: la norma que ataca ese contenido esencial es inconstitucional; y se concluye poniendo de manifiesto que «[e]l contenido esencial, en definitiva, sirve de parámetro de constitucionalidad de las Leyes, no de criterio de la expropiación».

3) El carácter especial del sacrificio. Aunque no es fácil distinguirlo de la privación singular, se considera que hay expropiación cuando la medida causa una pérdida patrimonial de especial intensidad a ciertos propietarios. Más sencillamente: cuando un grupo relativamente reducido de personas sufre una restricción demasiado intensa.

Pero este criterio se enfrenta a la dificultad de fijación de los umbrales entre la mera delimitación y la expropiación: ¿cuándo el número de afectados resulta relevante? ¿cuándo es el sacrificio suficientemente intenso?

4) La ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. La expropiación supone una ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante los beneficios y las cargas públicas (arts. 14 y 31 CE), en la medida que solo afecta a determinados ciudadanos. La indemnización derivada de la expropiación permite que la carga, en su caso, se reparta entre toda la colectividad.

revisaba la atribución de propiedad agraria hecha por una ley de la extinta República Democrática Alemana. En primera instancia (STEDH de 22 enero 2004), se entendió que el legislador no podía establecer una nueva regulación notablemente restrictiva de toda una clase de bienes sin indemnizar. Pero la Gran Sala acabó afirmando lo contrario, es decir, la validez de la reforma legislativa sin indemnización. En un sentido similar se pronunciaron también las STEDH de 8 de diciembre de 2011 (Althoff y otros c. Alemania; y Göbel c. Alemania: *vid.* BARCELONA LLOP, 2013, pp. 203 y ss.).

²²⁵ MIR PUIGPELAT, 2002, pp. 110-111.

Pero este criterio no aporta tampoco suficiente precisión, porque no suministra elementos para determinar cuándo se produce esa ruptura de la igualdad entre los ciudadanos, habida cuenta de que son perfectamente admisibles las desigualdades que obedecen a justificaciones objetivas y razonables.

5) La distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas (no indemnizables). La jurisprudencia constitucional ha recurrido en ocasiones²²⁶ a esta distinción para perfilar el carácter delimitador o expropiatorio de una medida. Si la privación afecta a derechos adquiridos o intereses patrimoniales legítimos, tiene carácter expropiatorio; en cambio, si recae sobre simples expectativas, se excluye esa naturaleza²²⁷.

Pero este criterio implica, como se ha criticado²²⁸ con razón, un razonamiento circular: se debe indemnizar la privación de derechos adquiridos, y los derechos adquiridos son aquellos que generan derecho a la indemnización. No se proporciona, sin embargo, ninguna pauta razonable para determinar cuándo una posición deja de ser una simple expectativa y pasa a ser un derecho adquirido.

6) La existencia de un beneficiario. Una perspectiva distinta supone ponderar si la intervención comporta la atribución de un beneficio para unos grupos de personas. De este modo, si esa intervención supone un enriquecimiento para unos grupos de beneficia-

²²⁶ Aunque también la ha criticado. La STC 27/1981, de 20 de julio, dijo, en punto al alcance retroactivo de ciertas disposiciones, que:

«Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión “derechos adquiridos” y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo primero de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración y a los tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución».

²²⁷ Por ejemplo, STC 144/2015, de 22 de junio, respecto a la no actualización de las pensiones, recuerda esa doctrina:

«Reiterando lo declarado en la STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 20, “sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros”. De ello se deduce que la norma cuestionada “resulta acorde con el art. 33 CE en la medida en que su aplicación no ha supuesto la expropiación de derechos patrimoniales consolidados”, pues “de lo que se ha privado a los pensionistas es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, por lo que esa privación no es expropiatoria”.

²²⁸ DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 15.

rios, la medida es expropiatoria; por el contrario, si no hay beneficiario concreto, no hay deber de indemnizar.

Pero el criterio resulta poco preciso por varios motivos. No explica, por ejemplo, por qué tiene carácter expropiatorio una medida que tiene como finalidad la protección del medio ambiente, del paisaje o del patrimonio histórico-artístico, cuando no existen concretos beneficiarios. Además, todos los actos administrativos (art. 103.1 CE) y legislativos deben encaminarse al interés general²²⁹.

7) La vulneración del principio de protección de la confianza. El Tribunal Supremo ha acudido en ocasiones²³⁰ a valorar la previsibilidad de la medida adoptada como parámetro para calificar la medida como expropiatoria. Si la medida afecta a la confianza que podían razonablemente ostentar los titulares en el mantenimiento de una determinada situación, o si la medida, sorpresiva e imprevisible, frustra inversiones efectuadas presuponiendo el mantenimiento de cierta situación jurídica, surge el deber de indemnizar, dado su calificación como expropiatoria²³¹.

Pero, una vez más, el criterio evidencia un alto grado de imprecisión. ¿Qué grado de confianza merece ser protegido? ¿Cuál es el nivel de sorpresa e imprevisibilidad de una medida que desencadena la indemnización?

8) El carácter nocivo de la actividad cuyo ejercicio se limita. No supone expropiación y, por tanto, no cabe indemnización, la medida que limita o restringe una actividad que se considera nociva de conformidad con los valores sociales imperantes. Piénsese, por ejemplo, en las prohibiciones de venta de productos que son perjudiciales para la salud.

Pero este criterio resulta demasiado estrecho y no proporciona una pauta para la mayoría de casos: hay muchas medidas que se adoptan sin que repercutan en actividades manifiestamente perjudiciales para la comunidad. Solo puede tener alcance general si se efectúa una lectura muy amplia del carácter nocivo de la actividad, pero, de procederse de ese modo, pierde buena parte de su utilidad.

9) Recapitulación.

La conclusión que se desprende de la exposición de los distintos criterios tendentes a diferenciar la delimitación y la expropiación es la imposibilidad de atender a uno solo de ellos como elemento fundamental. Esta constatación explica que la doctrina y la

²²⁹ DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 17.

²³⁰ Aunque no siempre mantiene un criterio coherente: ejemplos en DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 18-20.

²³¹ El alcance de este criterio se mitiga con la inclusión de medidas transitorias y compensatorias.

jurisprudencia recurran con frecuencia, y siempre en función de las concretas circunstancias del caso, a una combinación de criterios que les permitan confirmar su planteamiento o reforzar su decisión²³². El peligro, naturalmente, estriba en que de este modo se validen soluciones intuitivas, invirtiendo el proceso razonable de argumentación jurídica.

Es, por lo demás, evidente que ni siquiera hay acuerdo en torno a los ingredientes de la combinación. No se puede anticipar cuáles, y por qué, serán los factores a los que se dará relevancia ante una determinada situación. Y todo ello genera una considerable inseguridad²³³.

Acaso de forma intuitiva, la jurisprudencia recurre para diferenciar entre expropiación y delimitación a un elemento que es absolutamente impropio de esa polémica²³⁴. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece en su art. 32.1 el derecho de los particulares «a ser indemnizados [...] de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». De este modo, se enumeran los requisitos de la responsabilidad patrimonial administrativa y, entre ellos, destaca el, no siempre bien comprendido, «deber jurídico de soportar el daño». Da la sensación de que, de manera subyacente, los tribunales valoran si determinada intervención en un derecho de propiedad tiene o no que ser soportada por el titular. Si se considera que la intervención excede de lo que razonablemente debe soportar el titular del derecho, será expropiación, y habrá lugar a la indemnización. Si se considera que esa intervención no excede de lo que razonablemente debe soportar el titular del derecho, será delimitación, y no será compensado²³⁵.

²³² El problema también se constataba en el Derecho alemán (PAREJO ALFONSO, 1978a, pp. 260 y ss.; y 1978b, pp. 541 y ss.). Como decía NIETO (*RAP*, 1962, pp. 85-86) «[e]l verdadero método ha de consistir, pues, en ofrecer un repertorio de puntos de vista, lo más precisos posibles, que ha de tenerse en cuenta en el momento de analizar cada caso concreto, y aceptar resignadamente la imprecisión última que de este método ha de derivarse». Por ello, los criterios expuestos son de aplicación, «si bien no como criterios esenciales, y por tanto únicos, sino como simples puntos de vista que pueden tenerse en cuenta en cada caso concreto». La conclusión de GUILLOFF TITUN (*EC*, 2019, p. 289) es más rotunda: no cabe identificar un test o un algoritmo que permita saber cuándo una intervención afecta de tal modo al derecho de propiedad privada que requiere una compensación económica; solo cabe una solución casuista que pondere los intereses en juego.

²³³ En este sentido, DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 21.

²³⁴ Sobre la relación entre delimitación, expropiación y responsabilidad patrimonial, MIR PUIGPELAT, 2002, pp. 72 y ss.

²³⁵ Esta intuición se confirma si se tiene en cuenta la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que ha considerado que las declaraciones

B. El criterio económico.

Se ha propuesto²³⁶ una nueva perspectiva para tratar de deslindar expropiación y delimitación. Y se hace recurriendo a un enfoque económico: hay expropiación cuando los beneficios sociales de indemnizar la restricción de un derecho superan a sus costes sociales, es decir, cuando los costes que a la comunidad le supone no pagar el justiprecio exceden los beneficios que obtendría si se lo ahorrara; de lo contrario, se tratará de una delimitación de la propiedad no indemnizable.

En todo caso, la decisión de intervenir siempre se debe basar en que los beneficios sociales superan los costes sociales. Por ello, para un legislador que quiera actuar con racionalidad económica, tanto en el caso de delimitación como en el de expropiación, los beneficios sociales exceden a los costes sociales. Una vez tomada la decisión de intervenir, la consideración de la actuación como delimitación o como expropiación dependerá de los costes y beneficios sociales asociados, en su caso, a la indemnización.

Lógicamente, este criterio exige identificar cuáles pueden ser esos beneficios y costes sociales²³⁷. Entre los beneficios sociales de indemnizar, se encuentran a) el aseguramiento del riesgo de sufrir privaciones por causas de interés público; b) el estímulo a la realización de actividades socialmente valiosas; c) la reducción del riesgo de que los ciudadanos desarrollen actividades socialmente perjudiciales con el fin de evitar el sacrificio de sus derechos; d) la mitigación del riesgo de que las autoridades públicas coaccionen a ciertos propietarios con la amenaza de la confiscación; y e) la enervación del riesgo de que los poderes públicos adopten medidas ablatorias ineficientes, que sean perjudiciales para los intereses generales. Entre los costes sociales de indemnizar, se identifican los siguientes: a) los costes derivados del aumento de la presión fiscal; b) los costes derivados de la calificación de una medida como expropiatoria o delimitadora; c) los costes derivados de la determinación del justiprecio; d) el peligro de sobreinversión; e) el riesgo de estimular actividades anormalmente peligrosas; f) el riesgo de inhibir actuaciones estatales de interés público; y g) con más

legislativas de espacios naturales protegidos son supuestos de delimitación (y, por tanto, no indemnizables), pero a la vez apuntaban la posible responsabilidad patrimonial. En principio, esa responsabilidad debería excluirse por concurrir un deber jurídico de soportar el daño, pero lo cierto es que en algunas ocasiones sí se ha admitido por esta vía la indemnizabilidad del perjuicio: MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *JARDA*, 2008, pp. 47-48; y DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 17-20.

²³⁶ DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 22 y ss.

²³⁷ Para una exposición más detallada, es imprescindible DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 23 y ss.; y, más sintéticamente, *RAAP*, 2012b, pp. 280 y ss.

dudas, el incremento del riesgo de aprobación de proyectos socialmente beneficiosos²³⁸.

La primera cuestión que se plantea ante el análisis de este interesante enfoque es el de su aplicación práctica. Más allá de su formulación literaria, su eficacia como criterio decisor depende de la ponderación de una serie de factores de concreción cuantitativa extremadamente difícil. Y, si no se pueden cuantificar correctamente los costes y los beneficios sociales, la efectividad de este criterio se reduce. El recurso a un criterio que pone el acento de modo casi exclusivo en una valoración social resulta muy poco operativo y esa dificultad puede conducir a su inutilidad.

Además, otro de los problemas de la adopción de un criterio basado en los costes y los beneficios sociales de una determinada medida estriba en que implica un sensible cambio en la trascendencia de la decisión: no se trata de cómo afecta esa medida al titular del derecho, sino de cómo afecta a la colectividad. Pero el derecho de propiedad privada tiene un componente individual que no se puede desconocer. Lo relevante es la pérdida de utilidad privada que cierta medida supone para el titular.

Conviene también tener en cuenta la necesaria diferencia que media entre la existencia de una medida expropiatoria y la determinación de la cuantía de la indemnización. Son dos problemas que teóricamente pueden distinguirse, pero que, a veces, se presentan de forma combinada. Primeramente, hay que verificar si la medida es expropiatoria o delimitadora, aplicando el criterio que se considere más adecuado; y si se ha calificado como expropiatoria, a continuación se debe cuantificar el importe de la indemnización. Hay criterios que son útiles para valorar si se trata de una expropiación o una delimitación, pero otros tienen su principal proyección en la cuantificación de la compensación.

La relación entre delimitación del contenido y expropiación de un derecho debe partir de una diferencia transcendental. La delimitación puede tener un alcance muy diverso, mientras que, en nuestro sistema, la expropiación se conecta con la existencia de una privación de bienes y derechos (art. 33.3 CE). Delimitar puede significar, fundamentalmente, una reducción o una ampliación del contenido del derecho, o una fijación de condiciones para su ejercicio. Delimitar supone precisar los límites del derecho²³⁹. Expropiar

²³⁸ Aunque la discusión acerca de la delimitación o de la expropiación se plantee en términos jurídicos, esta perspectiva económica puede ser especialmente adecuada para reforzar una línea argumentativa.

²³⁹ Como señala MUÑOZ MACHADO (2015, p. 192), «[l]as operaciones de delimitación, esto es, de fijación del contenido ordinario de cada derecho, no concluyen, sin embargo, en la regulación legal, sino que se completan a través de actuaciones de la propia

implica, en lo sustancial, una privación de lo que hasta ese momento ostentaba una persona. Como dice la doctrina más autorizada²⁴⁰,

«[p]rivación supone un ataque [...] y una sustracción positiva [...] de un contenido patrimonial de cuya integridad previa se parte. La “privación”, por eso, adviene ad extra, es, en el genuino sentido de la expresión, un despojo»²⁴¹.

Por ello, es evidente que cuando la delimitación significa ampliación de las facultades o derechos que hasta ese momento ostentaba el titular no puede hablarse en modo alguno de expropiación. Y, por el contrario, cuando la delimitación supone privación de parte del contenido de un derecho que se ostentaba, la delimitación equivale a expropiación. La duda puede surgir cuando la medida consiste, básicamente, en la previsión de condiciones que hasta ese momento no existían: en tales casos, habrá que decir que la medida tiene carácter expropiatorio si supone en lo sustancial una privación de facultades hasta entonces existentes.

Consecuentemente, la diferencia entre delimitación y expropiación opera de modo completamente distinto en función del derecho al que se refiere. Si la medida crea un nuevo derecho (atribución de derechos *ex novo*), hasta entonces inexistente, la delimitación de ese derecho, sea cual sea, no tiene nunca carácter expropiatorio (delimitación originaria²⁴²). En cambio, si la medida se predica de un derecho ya existente, es imprescindible valorar el concreto contenido de la medida y su incidencia en el conjunto de facultades previamente reconocido al titular. La diferencia radica, por tanto, en si la medida afecta a una situación jurídica previa²⁴³.

Administración que usa, a tal efecto, las potestades de que ordinariamente dispone, principalmente de carácter normativo o ejecutivo, es decir, a través de reglamentos y actos».

²⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017.

²⁴¹ Subrayaba Díez-PICAZO (*RDU*, 1971, p. 19) que «los “límites” son más bien las líneas o las coordenadas con las cuales la ley define el “contenido normal de la propiedad”. En el fondo, es una cuestión de perspectiva y de relativismo histórico. Una propiedad resulta “limitada” por comparación o en relación con otra históricamente anterior o contemporánea, pero considerada como ideal o paradigmática [...] Partiendo de un derecho absoluto, del más absoluto de todos, solo pueden existir limitaciones. Partiendo de infinito sólo existen sustracciones. Partiendo en cambio de cero, el problema cambia por completo de sentido».

²⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017.

²⁴³ Pero CARRASCO PERERA (1986, pp. 422-423) considera que la legislación del suelo no puede abordarse como una relación entre preexistencia y limitación del derecho: «[e]stamos ante la atribución de contenidos positivos de aprovechamiento, no ante restricciones de facultades previamente existentes en el dominio».

4. PREFERENCIA ENTRE DELIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN

Los ecos del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto) pueden llevarnos a pensar que entre una medida delimitadora y una medida expropiatoria siempre deba ser preferida la delimitación. Se puede pensar, desde esta perspectiva, que el propietario sufrirá menor afección en sus intereses si su propiedad se delimita, en lugar de ser expropiada.

En mi opinión, pueden compartirse las dudas de cierta doctrina²⁴⁴ en el sentido de que, tomando en consideración la posición del propietario afectado en sus intereses económicos, no siempre será menos limitativa la imposición de cargas u obligaciones derivadas de la función social que la simple expropiación:

«Una propiedad muy gravada puede ser, en ocasiones, económicamente peor que una propiedad expropiada, si se permite el juego de palabras».

La eventual preferencia de las medidas delimitadoras frente a las expropiatorias podía tener (aparentemente) sentido cuando aquellas consistían fundamentalmente en prohibiciones o límites al propietario: acaso podía pensarse que era preferible una propiedad limitada que una no propiedad (en realidad, el equivalente económico de la propiedad). Pero cuando se trata de la imposición de deberes al propietario, nos encontramos además ante una cuestión de posibles costes impuestos al propietario, y en tal caso la comparación se establece (aparentemente, de nuevo) de otro modo: entre una propiedad menos el coste de las medidas delimitadoras, y una propiedad sin esas medidas.

Hay, además, como ya se ha apuntado, otro problema. Si el propietario pudiera tener la seguridad de que, tras una concreta delimitación, su derecho ya no se vería alterado, podría comparar el valor (presente y futuro) de su propiedad antes y después de esa primera delimitación. Pero si el propietario teme que el contenido de su propiedad puede verse progresivamente delimitado hasta llegar a quedar reducido a una titularidad residual, los incentivos para no ser expropiado cuanto antes disminuyen: de hecho, lo que sucede es que al propietario le interesa una expropiación cuando su pro-

²⁴⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, pp. 1162-1163.

propiedad tiene mayor valor, esto es, antes de que haya delimitado al amparo de la función social²⁴⁵.

Con agudeza, la doctrina administrativista ya abordaba de forma similar el problema hace más de treinta años²⁴⁶:

«[D]e no establecerse algún límite a estas configuraciones legales, poco a poco, la propiedad puede aparecer como la margarita que el legislador deshoja, dejando en las manos del titular sólo el tallo de la flor y la espina del pago de los impuestos que toda titularidad en mayor o menor medida comporta.

En cualquier caso, no es posible aceptar que la propiedad, en su manifestación más típica, como es la propiedad sobre bienes inmuebles, pueda ser saqueada una y otra vez, indefinidamente por uno u otro concepto, privándose ayer del subsuelo minero, otro día del derecho a edificar, después de la posibilidad de cultivar determinados productos, más adelante de las aguas subterráneas, a lo que habría que sumar la imposición de deberes positivos de hacer bajo amenaza de expropiación, soportar impuestos directos y toda clase de servidumbre y limitaciones no indemnizables. Siendo, en principio, todas esas actuaciones aisladamente legítimas habrá que pensar que existe un tope cuantitativo, de forma que pese a la suma de todas estas configuraciones, limitaciones y gravámenes exista siempre respecto de cada concreta propiedad un último aprovechamiento inatacable o indemnizable que justifique en términos económicos el interés del titular por el bien en cuestión de forma que alejen la propiedad de la imagen del animal disecado, que tiene la apariencia de los vivos, pero al que se ha privado de todas sus vísceras y facultades».

VI. UNA CONCLUSIÓN MELANCÓLICA

A pesar de su reconocimiento constitucional, el derecho a la propiedad privada ha experimentado un evidente vaciamiento, a través de su función social. El límite que puede suponer el contenido esencial presenta tal grado de imprecisión que, en la abstracta valoración de su constitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, cualquier delimitación que no sea la absoluta priva-

²⁴⁵ Hay un ejemplo que resulta en este punto especialmente gráfico: el caso de la rana y el caldero (también descrito como el síndrome de la rana hervida). La historia, que fue apuntada en un reciente libro de un escritor franco-suizo (Olivier Clerc: *La rana que no sabía que estaba hervida... y otras lecciones de vida*, Maeva, Madrid, 2008) y que se reputa científicamente falsa, compara dos situaciones. Si introducimos de repente una rana en una cazuela con agua hirviendo, la rana saltará alejándose del agua. Pero si introducimos una rana en una cazuela con agua fría, que progresiva y lentamente llevamos a ebullición, la rana no se dará cuenta del peligro y se mantendrá en el agua hasta su cocción y muerte.

²⁴⁶ PARADA, DA, 1990, pp. 48-49.

ción del derecho se considera admisible. La propiedad privada puede acabar identificada con una mera titularidad, que no necesariamente proporcione utilidad individual al propietario.

En el Voto Particular²⁴⁷ a la STC 6/1991, de 15 de enero, se recuerda que la propiedad privada «ocupa un lugar central en el orden económico-social español, idéntico en esto al de los demás Estados de la Comunidad Económica Europea»²⁴⁸. En ocasiones, parece que esta constatación, pese a su obviedad, se olvida.

Los juristas no podemos cerrar los ojos a las consecuencias de las decisiones legislativas. Por ello, no está de más recordar que, como apunta la doctrina económica²⁴⁹:

«El derecho de propiedad sufre [en España] una desprotección creciente derivada de cambios legales y regulatorios que exceden los criterios de razonabilidad imperantes tanto en la Unión Europea como en el ámbito de las inversiones transnacionales; o que subvierten la propiedad privada para suplir, sin coste para el erario, las carencias de las políticas públicas [...] Confirma esta evolución negativa el informe anual del Instituto de Estudios Económicos que, sobre la base del Índice Internacional de Derechos de Propiedad elaborado por la Property Rights Alliance (IIDP), afirma que: «La puntuación obtenida por España en la clasificación del IIDP resulta decepcionante, puesto que figuramos en la zona baja del ranking (posición 26 sobre 37) y nos situamos lejos de los países de referencia en materia de protección de los derechos de propiedad. [...] España recibe apenas 91,7 puntos sobre 100 en el IIDP 2020, 8,3 puntos porcentuales (p.p.) por debajo del promedio observado en la OCDE y 6,8 p.p. por debajo de la nota media que reciben los países de la UE pertenecientes a la OCDE...».

Nuestros legisladores no parecen conscientes de la necesidad de que las instituciones faciliten los procesos productivos y desincentiven los procesos puramente extractivos. Y para conseguir ese resultado las instituciones deben proteger los derechos de propiedad y reducir los costes de transacción para facilitar el intercambio, lo que también se logra mediante una mejor definición de los derechos de propiedad. Con frecuencia se olvida, cuando los países alcanzan cierto grado de desarrollo, que la seguridad del derecho de propiedad es condición necesaria para la prosperidad económica.

Éste es el escenario ante el que nos encontramos. La propiedad privada constituye una pieza fundamental de nuestro sistema jurídico y económico, y debemos ser absolutamente conscientes de esa

²⁴⁷ Formulado por los Magistrados don Francisco Rubio Llorente y don José Gabaldón López.

²⁴⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ (*TyD*, 2020, p. 118; y *CDL*, 2022, pp. 19-20) pone de manifiesto, sin embargo, cómo ese papel se ha visto reducido en beneficio de la empresa. *Vid.* también RODOTÀ, 1986, pp. 141 y ss.

²⁴⁹ ARRUÑADA, 2021, pp. 54-55.

relevancia antes de plantearnos cualquier tipo de intervención en su diseño. Esas medidas no son un juego de suma cero. Sus repercusiones van mucho más allá de las concretas pérdidas que puede sufrir un concreto propietario. Sus externalidades son manifiestas, en especial en el plano de la seguridad jurídica. La mejor función social que se le puede asignar a la propiedad es la protección de la propiedad.

VII. ANEXO: FRAGMENTOS DE UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Puede compartirse la opinión que destaca que el núcleo de la doctrina constitucional sobre el art. 33 CE se ha generado a partir de una temprana jurisprudencia (elaborada en el caso de la Ley andaluza de reforma agraria y los asuntos Rumasa)²⁵⁰ y que se ha vivido de esa jurisprudencia sin dar posteriormente demasiados pasos relevantes²⁵¹. Hay que añadir que esa formulación se planteó en unos términos tan generales y abstractos que ha servido para justificar posteriores decisiones del Tribunal Constitucional de alcance no siempre concordante.

No son pocas las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la propiedad privada, su función social y la garantía expropiatoria²⁵², pero su doctrina acaba siempre refiriéndose al *leading case*²⁵³. Tanto respecto a la función social como al contenido esencial del derecho de propiedad privada, hay un exceso de literatura y deliberada falta de precisión en la jurisprudencia constitucional. Es probable que ello se deba al nivel de abstracción que se plantea en los recursos de inconstitucionalidad frente a los recursos de amparo. Aunque se trate de un análisis necesariamente casuístico, lo que importa es determinar si una medida es adecuada desde la función social de la propiedad y si afecta o no al contenido

²⁵⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1149.

²⁵¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1150. BARCELONA LLOP (2013, p. 11) subraya, en cambio, que «la jurisprudencia de Estrasburgo ha llevado a cabo una auténtica “relectura” del art. 1 del Protocolo Adicional, hasta el punto de conferirle un significado distante de su formulación textual».

²⁵² Una clasificación en REY MARTÍNEZ, *DPyC*, 1994b, pp. 173-174; y 2005, pp. 198-199.

²⁵³ Una adecuada síntesis de la evolución de la jurisprudencia constitucional en SIMÓN MORENO, *DPyC*, 2023, pp. 150 y ss.

esencial del derecho. Y para ello, posiblemente la mejor fórmula hubiera sido recurrir al juicio de proporcionalidad frente al criterio de razonabilidad, abrazado en este punto injustificadamente por el Tribunal Constitucional²⁵⁴.

2. UNA VALORACIÓN GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD

La lectura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 33 CE conduce a una conclusión bastante evidente²⁵⁵: en los casos en que el Tribunal Constitucional ha entrado en el fondo del asunto, ha mantenido, por lo general, una interpretación extraordinariamente favorable a la delimitación legislativa del derecho de propiedad a través de la función social²⁵⁶. Ha avalado, pues, las decisiones legislativas tendentes a la limitación de las facultades de los propietarios y lo ha hecho, además, potenciando su consideración como delimitación antes que como expropiación²⁵⁷.

²⁵⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018b) sugiere que «hubiera sido preferible el mantenimiento del más elaborado examen de la proporcionalidad, aunque se aceptara que en materia de regulaciones de contenido patrimonial el control de la medida legislativa por parte del Tribunal Constitucional en el segundo y tercer escalón del examen tuviera una intensidad limitada, menos estricta y más deferente con el legislador, que para otros derechos fundamentales. Esa menor intensidad del control podría ser fácilmente justificable (entre otras razones relativas a la neutralidad constitucional sobre las políticas económicas) con el argumento de que el Tribunal Constitucional no se encuentra en una adecuada posición institucional para realizar los juicios comparativos sobre los efectos fácticos previsibles de medidas político-económicas que requieren el análisis de la necesidad (hay una medida menos limitativa con la misma eficacia) y el de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto (los efectos sobre el interés general compensan los de la limitación en el derecho)».

²⁵⁵ No deja de llamar la atención que una época que se caracteriza por una insólita ampliación de derechos de la persona sea la época en que las restricciones al derecho de la propiedad privada alcancen mayor intensidad y extensión.

²⁵⁶ BAÑO LEÓN (2008, p. 1794) considera, acertadamente, que «[c]omo la función social del derecho de propiedad justifica a priori cualquier limitación y como resulta prácticamente imposible establecer en un juicio abstracto de inconstitucionalidad la desproporción de una obligación o de una limitación, el resultado es que la garantía constitucional de la propiedad –excluida la garantía expropiatoria– se reduce prácticamente a cero». Y, por ello, cabe plantearse, como hace MESSÍA DE LA CERDA (*RCDI*, 2020, p. 3446), si la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional se corresponde con la intención del constituyente o si se puede deducir del texto constitucional.

²⁵⁷ Como decía REY MARTÍNEZ (2005, p. 196; ampliamente sobre la configuración de la propiedad privada como derecho fundamental, REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 141 y ss.; y 196 y ss.), a «consecuencia de una comprensión tal vez excesivamente poderosa de la idea de función social, el derecho de propiedad del art. 33 CE no sería, en rigor, un derecho fundamental, sino, a lo sumo, una simple especificación en el ámbito del derecho patrimonial del principio de legalidad de la actividad administrativa, pues su reconocimiento constitucional no tendría más efecto que el de una remisión al legislador ordinario para que éste determine por entero el estatuto jurídico correspondiente a cada tipo de bien con atención

¿Cuáles son las razones que explican esta tendencia del Tribunal Constitucional? La doctrina²⁵⁸ ha apuntado dos causas principales, una concreta y otra general. La causa concreta se encuentra en el precedente determinado por las resoluciones relativas al asunto de la expropiación del grupo de empresas Rumasa²⁵⁹. Al sostener el Tribunal Constitucional la adecuación a la Constitución de tan rigurosa medida, hipotecó, en gran medida, su línea jurisprudencial posterior. La causa general se localiza en

«el arraigo que en la cultura jurídica española posee la concepción de la propiedad, típicamente la urbana como un derecho de exclusiva configuración legislativa, ante el que la Constitución poco o nada tendría que decir, salvo, claro está, por lo que se refiere a la última (y casi única) barrera de protección, la garantía expropiatoria, por cierto, también muy debilitada a su vez».

También se ha destacado²⁶⁰, como ya se ha apuntado, que la exclusión del recurso de amparo ha supuesto que el Tribunal Constitucional se haya limitado a un control puramente abstracto de la constitucionalidad de las normas, en el que resulta extraordinariamente difícil, por no decir prácticamente imposible, considerar inconstitucional una regulación; y que además dificulta la evolución jurisprudencial.

Hay, además, una causa adicional, cercana a lo que se denomina «efecto trinquete»²⁶¹. El progresivo debilitamiento de la propiedad privada es un camino de sentido único. No hay por ahora vuelta atrás en la delimitación de facultades del propietario²⁶². Una vez

preferente a su utilidad social [...], y, desde luego, no tendría apenas contenido *ex Constitutione* oponible frente a los poderes públicos. De hecho, en ninguno de los recursos que ha resuelto sobre esta materia, el Tribunal Constitucional ha estimado hasta ahora que se haya violado el derecho de propiedad». Téngase en cuenta la fecha de esa opinión, porque la STC 48/2005, de 3 de marzo que resolvía una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la Ley canaria 2/1992, de 26 de junio, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de varios edificios, apuntaba (aunque para un supuesto muy particular) a un cierto cambio de criterio: *vid.* REY MARTÍNEZ, *PyD*, 2006, p. 965; y *TyRC*, 2007, pp. 398 y ss., aunque la considere más «anecdótica» que «epocal» (REY MARTÍNEZ, *TyRC*, 2007, p. 401). *vid.* también BAÑO LEÓN, 2008, p. 1781.

²⁵⁸ REY MARTÍNEZ, 2005, p. 196; *PyD*, 2006, pp. 961-962; y *TyRC*, 2007, pp. 400-401.

²⁵⁹ También alude REY MARTÍNEZ (1994a, p. xxxv; y *DPyC*, 1994b, p. 172) al «síndrome Rumasa» que incide en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

²⁶⁰ BAÑO LEÓN, 2008, pp. 1781 y ss. También subraya BAÑO LEÓN (2008, p. 1784) que «la perspectiva del caso concreto que es prototípica del recurso de amparo mejora notablemente la interpretación constitucional, mientras que la perspectiva de un recurso abstracto de inconstitucionalidad o de una cuestión de inconstitucionalidad es mucho más pobre porque solo permite el contraste entre la norma y la Constitución, pero no autoriza, en absoluto, la recreación de la norma constitucional a través del análisis de los hechos del caso en concreto, que son siempre el nervio de la interpretación jurídica».

²⁶¹ Un trinquete es un «[g]arfo que resbala sobre los dientes de una rueda, para impedir que esta se vuelva hacia atrás». Disponible en: <https://dle.rae.es/trinquete>

²⁶² El único ámbito donde se han constatado ciertas idas y venidas es la legislación arrendaticia.

se ha admitido como constitucionalmente adecuada cierta delimitación, no se plantea la posibilidad de que el propietario recupere esas facultades, sino que, en su caso, lo que se atisbará es una nueva delimitación de sus menguantes facultades. La función social opera en cada ocasión sobre el contenido actual del derecho de propiedad privada: si, aceptada constitucionalmente una delimitación, se produce con posterioridad una ulterior delimitación, esta ya no toma como referencia el contenido inicial, sino el contenido previamente delimitado, y así sucesivamente. El único límite a este procedimiento se localiza en el (impreciso) contenido esencial del derecho de propiedad.

3. EL *LEADING CASE*: IMPOSICIÓN DE DEBERES POSITIVOS A LOS PROPIETARIOS DE TIERRAS RÚSTICAS Y EXPROPIACIÓN DE LAS FACULTADES DE USO Y DISFRUTE

Como es sabido, la resolución fundamental en esta materia es la STC 37/1987, de 26 de marzo, relativa a la constitucionalidad de la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria. No deja de ser significativo que, pese a la frecuencia con la que se apela a la función social, el *leading case* continúe siendo una sentencia con más de treinta y cinco años de antigüedad. Lo anterior puede ser interpretado de múltiples formas: por ejemplo, cabe entender que esa pervivencia es lógica en la medida que la función social de la propiedad no ha experimentado cambios de nota²⁶³; pero también cabe pensar en que sí se han introducido matices a esa doctrina, pero de modo soterrado y sin manifestar su alejamiento de los criterios sentados en 1987.

¿Qué es lo que dice la STC 37/1987, de 26 de marzo, en cuanto a la función social de la propiedad? El recurso de inconstitucionalidad subrayaba que la regulación andaluza afectaba al contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1 CE), por lo que el Tribunal Constitucional tuvo que entrar a determinar qué debía entenderse por ese contenido esencial²⁶⁴.

²⁶³ En la valoración de su doctrina no puede ignorarse que el Tribunal Constitucional español no había asumido plenamente la transcendencia del juicio de proporcionalidad: *vid.* BARNÉS VÁZQUEZ, *RAP*, 1994, pp. 531-534.

²⁶⁴ Según GARCÍA DE ENTERRÍA (*RAP*, 1996, p. 134), «[e]n términos generales, nada tenemos que objetar a estos conceptos en sí mismos, salvo quizá su tendencia implícita a intentar desvalorizar lo que el derecho de propiedad como derecho fundamental es en su misma esencia, una titularidad subjetiva plena y no una concesión, como han tendido a verlo ciertas posiciones socialistas genuinas, presentes en nuestro Derecho, por cierto, durante toda la época franquista, como contrapeso teórico de sus contenidos autocráticos más visibles».

El Tribunal Constitucional recurre a sus propios precedentes y reproduce la doctrina establecida en la STC 11/1981, de 8 de abril, a propósito del Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo. En aquella Sentencia, el Tribunal Constitucional acudió a un doble criterio que el mismo Tribunal Constitucional se apresuraba a considerar no contradictorio ni incompatible.

Por un lado, la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo –y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas– viene marcada en cada caso por el elenco de

«facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».

Y, por otro lado, el contenido esencial se identifica con

«aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

Aunque la STC 37/1987, de 26 de marzo, no lo recuerde, la STC 11/1981, de 8 de abril, era más explícita y señalaba que:

a) El primer criterio se conectaba con

«la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo²⁶⁵ son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar

²⁶⁵ No deja de ser paradójico que, como es bien sabido, la propia teoría del derecho subjetivo haya sido elaborada tomando como paradigma la concepción clásica de la propiedad privada: por todos, COLINA GAREA, 1997, pp. 175 y ss. Por ello, MONTÉS (1980, p. 37) o LÓPEZ Y LÓPEZ (1988, p. 60; y ADC, 1998, p. 1640) la califican como «el derecho subjetivo por excelencia».

de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo».

b) El segundo criterio, por el contrario, consistía en

«tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos».

Y añadía la STC 11/1981, de 8 de abril, que:

«Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

Trasladando ese planteamiento al derecho de propiedad, la determinación de su contenido esencial ha de decidir la medida en que cierta normativa permite que

«[...] las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga [propiedad] en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga [propiedad] se trata de satisfacer»²⁶⁶.

En la STC 37/1987, de 26 de marzo, el enfoque es algo distinto. El Tribunal Constitucional valora conjuntamente los tres apartados del art. 33 CE, puesto que «no pueden ser artificiosamente separados». Para el Tribunal Constitucional, esos tres apartados

«[...] revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8.º) [Caso Rumasa], desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de

²⁶⁶ Para LÓPEZ Y LÓPEZ (1988, p. 44; y ADC, 1998, p. 1641), «más que una definición de lo que sea “contenido esencial”, lo que indica el Tribunal Constitucional es una serie de indicativos metodológicos para apreciar la esencialidad, “caso por caso”. Son criterios para la determinación de la “esencialidad” del “contenido”, según el supuesto [...] La doctrina del “contenido esencial” [...] no es apta para definir el derecho de propiedad (ni ningún otro); es más, presupone un concepto tipo, que “no” suministra, “sino requiere”».

vista, un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación»²⁶⁷.

Y, entonces, entra, aparentemente, en materia el Tribunal Constitucional:

«[...] [L]a referencia a la “función social” como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la

²⁶⁷ La STC 111/1983, de 2 de diciembre, decía, en concreto, que el art. 33 CE «contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación». Obsérvese cómo el Tribunal Constitucional ha suprimido esa referencia al debilitamiento del derecho de propiedad.

imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula. En este orden de cosas, hay que recordar: que el art. 128.1 CE subordina toda la riqueza del país, “en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad”, al interés general; que el art. 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover “las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa”, así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el art. 45 ordena a los poderes públicos para que velen “por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”; o que, finalmente, el art. 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la “modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería...”. Es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes.

Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable.

Como corolario de estas reflexiones iniciales, que juzgamos imprescindibles para situar la impugnación planteada en su verdadera perspectiva constitucional, no es ocioso añadir ahora que la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 CC[...]

Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.

En lo que concierne a la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular, la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas».

Y, con específica referencia a la propiedad agraria, y a la legislación andaluza, señala el Tribunal Constitucional:

«[...] [N]o hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos, imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria. Y por la misma razón no puede compartirse la tesis de que una regulación de la propiedad rústica que, atendiendo a estos principios, no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio delimitado por su función social sea en sí misma contraria al derecho reconocido en el art. 33 CE, pues tal intervención normativa no entraña una desnaturalización de aquel derecho constitucional que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica».

Esta es la doctrina que, con claras pretensiones de generalización, sienta el Tribunal Constitucional. Su aplicación concreta, sin embargo, reduce su impacto.

En lo que se refiere a la imposición de deberes positivos a los propietarios de tierras rústicas, dice el Tribunal Constitucional que:

«Resulta, sin embargo, evidente que el art. 33.2 de la propia Constitución flexibiliza la reserva de ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración “de acuerdo con las Leyes” cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla. Prohíbe esta concreta reserva de ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse».

Y, por lo que respecta a la expropiación de las facultades de uso y disfrute, reconoce el Tribunal Constitucional que

«[c]iertamente no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho, que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas, en razón de las exigencias de la función social de la propiedad. Si así fuera, la tesis de los recurrentes sería también irreprochablemente correcta, pues es claro que la regulación constitucional de la expropiación no supone una negación del derecho de propiedad privada, sino sólo su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o sociales superiores, con respeto del contenido económico del derecho sacrificado, que se transforma en el derecho a obtener una indemnización por el valor del bien o derecho del que el titular ha sido forzosamente privado.

Ahora bien, los recurrentes yerran cuando afirman que a priori toda expropiación de las meras facultades de uso y disfrute implica de hecho una expropiación total del dominio, y no resulta convincente tampoco la argumentación aportada para intentar demostrar que es esta expropiación total o plena, sin adecuada indemnización, la que se contiene en la regulación de la expropiación del uso y disfrute establecida por la Ley andaluza recurrida, regulación que, por añadidura, es sustancialmente igual a la prevista en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, que sirve de modelo y a la que reenvía en aspectos esenciales el art. 20 de aquélla.

Que la privación de las facultades de uso y disfrute no supone por sí misma una ablación plena de la propiedad, lo demuestra simplemente el hecho de que tales facultades son *domino volente* perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables a un tercero, sin que por ello pierda aquél su señorío sobre el bien. Por lo demás este tipo de expropiación no plena está reconocido y regulado en nuestro ordenamiento por la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, aparte de por otras Leyes especiales, sin que la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia dejen de reconocer y calificar como derecho de propiedad la relación que sigue mediando entre el titular y el objeto, una vez que haya sido privado singularmente aquél de las facultades jurídicas de uso y disfrute.

Por otra parte, este Tribunal no puede compartir la afirmación de que la expropiación del uso regulada en la Ley de Reforma Agraria viene a despojar al propietario de la totalidad de su derecho, en el sentido material de pérdida de toda utilidad económica. El tenor literal del art. 20 desmiente esta tesis. En primer lugar, el arrendamiento forzoso o convenio forestal forzoso con el IARA en que, conforme al art. 20.2 c), consiste este tipo de expropiación, tiene un plazo de duración de doce años transcurrido el cual no se prevé en la Ley, en contra de lo que los recurrentes sostienen, una prórroga indefinida de dicho plazo. Cosa distinta es que eventualmente se pueda producir una nueva expropiación temporal porque el titular reincida en el incumplimiento de la función social de su propiedad. En segundo lugar, el arrendamiento o convenio forzoso genera una contraprestación económica en favor del propietario conforme a unos valores expropiatorios establecidos no en la Ley de Reforma Agraria, sino en la legislación estatal a la que ésta se remite, y que en sí mismos no han sido cuestionados por los recurrentes. En tercer lugar, si bien es cierto que el art. 20.2 c) de la Ley andaluza permite a la Administración autonómica, en ciertos casos, acordar la expropiación plena del dominio durante el período de vigencia del arrendamiento o convenio forzoso, para ello es necesario no sólo que concurra una nueva y excepcional *causa expropriandi*, determinada por la existencia de “graves motivos de orden económico y social”, sino que además esta nueva intervención expropiatoria habrá de comportar la correspondiente indemnización, por lo que no puede afirmarse que las fincas objeto de arrendamiento o convenio forzoso estén sometidas a unas expectativas de expropiación total más intensas que las demás. Cabe añadir, por último, que si al finalizar el período de arrendamiento o convenio forzoso la finca no ha experimentado mejora alguna, que es precisamente la finalidad que la Ley persigue, sino que incluso se han producido daños o lesiones que menoscaben su valor económico, el propietario podrá exigir, en su caso, las oportunas responsabilidades patrimoniales conforme a la legislación general, como se subraya en el escrito del Parlamento de Andalucía. No puede sostenerse, por tanto, que el propietario, sancionado por el incumplimiento de la función social legalmente exigible, se vea privado de

toda utilidad económica durante el tiempo que dure la expropiación del uso y disfrute de sus tierras».

Por consiguiente, en el planteamiento del Tribunal Constitucional la duración temporal del arrendamiento forzoso (doce años), la existencia de contraprestación económica fijada con arreglo a la legislación estatal, la necesidad de que concurra una nueva y excepcional *causa expropriandi* para que se proceda a la expropiación total y la posibilidad de que, bajo determinadas circunstancias, el propietario pueda exigir responsabilidad patrimonial, demuestra que no se priva de toda utilidad económica al titular mientras dura la expropiación del uso y disfrute.

La relevancia de la función social de la propiedad aparece en dos aspectos más, en la medida que se cuestiona la constitucionalidad de la Ley andaluza por vulneración de la competencia estatal exclusiva en materia de legislación civil (art. 149.1.8.^a CE) y para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a CE).

En cuanto a su relación con la legislación civil, el Tribunal Constitucional rechaza la argumentación de los recurrentes:

«En el fondo del mismo [del argumento] subyace una vez más una concepción de la propiedad privada como institución unitaria, regulada en el Código Civil, que sólo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de Leyes especiales. Por el contrario, como se ha expuesto, el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone, como ya sabemos, la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido. Como es lógico, esta delimitación no se opera ya sólo en la legislación civil, sino también en aquellas otras Leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada. Así ocurre en el caso de la propiedad urbana, cuyas Leyes de ordenación están muy lejos de establecer sólo, como los recurrentes pretenden, “medidas de policía concretas”, respetando, como regulación ajena, “la imposición de obligaciones y limitaciones al ejercicio de los derechos dominicales”, sino que, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo, desde el punto de vista de la ordenación del territorio. Y así ha sucedido y sucede también en el caso de la legislación agraria, cuyos objetivos conducen a una regulación de la propiedad de la tierra destinada a usos agrícolas, que se superpone a la legislación

civil propiamente dicha. Así las cosas, resulta también evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de “reforma y desarrollo del sector agrario”, como efectivamente así es según dispone el art. 18.1.4.^a de su Estatuto de Autonomía, dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía. De todo lo cual se desprende que la Ley de Reforma Agraria impugnada no ha invadido las competencias exclusivas que al Estado reserva el art. 149.1.8.^a de la Constitución».

Y, en cuanto a la posible vulneración del art. 149.1.1.^a CE, se alegaba que «no puede haber funciones sociales distintas en distintas áreas del territorio nacional». Pero el Tribunal Constitucional contesta que

«[l]a función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las Leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto de dominio privado. Por lo que concierne singularmente a la propiedad inmobiliaria, es evidente que esos fines de interés general pueden justificar el empleo de distintos instrumentos jurídicos en atención a la propia localización de los bienes o en razón de las cambiantes condiciones económicas, sociales e, incluso, de orden cultural en cada parte del territorio. Por otra parte, la definición de la función social de la propiedad no es algo que derive sustancialmente de una regulación unitaria del derecho de propiedad ni es tampoco aceptable que, al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad privada, puedan anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial, tesis ésta que subyace a buena parte de las alegaciones de los recurrentes y que vuelve a aflorar en relación con el art. 149.1.1.^a de la Constitución, hasta el punto de que la pretendida infracción de este precepto se considera por aquéllos unida a la del art. 149.1.8.^a

A este propósito, ya hemos dicho, y conviene repetirlo ahora, que precisamente la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni puede ser igual en relación con todo tipo de bienes. Carece por lo mismo de sentido la exigencia de una regulación, necesariamente abstracta, de la función social –las funciones sociales, mejor– del dominio, realizada con carácter general y uniforme, pues sin duda resultaría altamente artificiosa. Por el contrario, esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses –o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad establecer, en el marco de la

Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad. Así hay que entenderlo en relación con la propiedad agrícola, cuya regulación no puede ser arbitrariamente separada, como ya queda dicho, de la correspondiente a la materia de reforma y desarrollo agrario desde la óptica de los intereses generales, que, en el caso que nos ocupa, compete a la Comunidad Autónoma de Andalucía en virtud de lo dispuesto en el art. 18.1.4.^a de su Estatuto».

4. PRÓRROGA FORZOSA EN LOS ARRENDAMIENTOS

La STC 89/1994, de 17 de marzo, analiza, fundamentalmente, la constitucionalidad de la prórroga forzosa prevista en la legislación arrendaticia de 1964, y planteada a través de unas cuestiones de constitucionalidad. Un elemento que se apuntaba en esas cuestiones era que la modificación introducida por el Real Decreto-ley 2/1985 demostraba que las limitaciones del derecho de propiedad previstas en el art. 57 LAU'1964 ya no derivaban de una función social de la propiedad, en la medida que el mismo legislador había reconocido que esa función social, traducida en la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos, ya no existía.

Tras una brevísima síntesis de la doctrina constitucional (esto es, de la STC 37/1987, de 26 de marzo) y de afirmar que corresponde al legislador la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, competencia que también se extiende a la materia de arrendamientos urbanos, el Tribunal Constitucional rechaza que la prórroga forzosa vulnere el art. 33 CE: los preceptos cuestionados

«[...] ni suponen la desaparición o negación del contenido esencial del derecho allí reconocido, ni, por otro lado, la delimitación que de ese derecho realizan carece de fundamento o justificación constitucional».

El Tribunal Constitucional centra su análisis en la utilidad económica que, pese a la prórroga forzosa, reporta el arrendamiento al arrendador:

«En primer lugar, no puede estimarse que los artículos cuestionados eliminen o supriman el contenido esencial del derecho de propiedad. Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas hacen residir tal eliminación o supresión en la pérdida o vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado. Pero a este respecto es necesario concluir que ni la prórroga forzosa, ni la severidad de los requisitos exigidos para que proceda la excepción a la prórroga por causa de necesidad, en los casos de los arts. 70 y

71 LAU ocasionan por sí mismas la pérdida de la utilidad económica de los arrendamientos concertados.

La utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución. Ahora bien, la determinación de la cuantía y actualización de la merced arrendaticia no es consecuencia de lo previsto en los artículos que se cuestionan, sino, fundamentalmente, de otros elementos del complejo normativo que regula los arrendamientos urbanos. No cabe olvidar que en los supuestos que han dado lugar a las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, los mecanismos de actualización de las correspondientes rentas arrendaticias son los instituidos por los arts. 95 y ss. LAU. Serán las normas allí contenidas, en particular la efectiva aplicación, por parte del Gobierno, del mandato de actualización previsto en el art. 100, apartados 1 y 4, LAU las determinantes de la mayor o menor pérdida de la utilidad económica derivada del arrendamiento de inmuebles urbanos. Pero [...] no son esas normas, ni su aplicación, los elementos a tener en cuenta en los procesos que han dado lugar a las cuestiones de inconstitucionalidad que ahora se examinan, ni se ha planteado en ningún momento su eventual inconstitucionalidad, quedando, por tanto, fuera del presente análisis.

De lo expuesto resulta que no es la prórroga forzosa *per se* el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado. Naturalmente, si la prórroga fuera potestativa para el arrendador, la recuperación del inmueble para su propietario a la finalización del contrato podría entrañar eventualmente una mayor utilidad para aquél, en un mercado en que se incrementan los precios de los alquileres urbanos: en este sentido, los preceptos cuestionados pueden implicar una limitación del derecho de propiedad en cuanto a su utilidad económica. Pero ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esa limitación derivada de la prórroga forzosa queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución.

La historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado

inmobiliario; ello se verifica incluso en las mismas Exposiciones de Motivos de las leyes reguladoras de este tipo de arrendamientos (así, en la de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1959). En el contexto de la vigente Constitución, esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del art. 47 del Texto fundamental, que recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias. Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado. Y debe señalarse que un razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de locales de negocio, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los arts. 35, 38 y 40 de la Constitución».

Un interesante Voto Particular²⁶⁸, por el contrario, sí entendía que esas previsiones normativas eran inconstitucionales:

«El contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 C.E.), y en este caso del derecho de propiedad del art. 33, se erige así en el límite infranqueable a la intervención delimitadora del Legislador ordinario, creando un núcleo indisponible (el “núcleo duro”, que dicen los alemanes) a su libertad de configuración. Constituye, como se ha repetido en la doctrina²⁶⁹, el límite de los límites de aquellos derechos y libertades. Corresponde, pues, al Tribunal Constitucional, y no únicamente al propio Legislador, la determinación última de los valores y atributos que subyacen en el contenido esencial de un derecho constitucionalmente garantizado [...]

Aunque es cierto, como antes se ha apuntado, que la fijación del contenido esencial del derecho a la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales subyacentes, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida como parte integrante del derecho mismo. Y por ello, es constitucionalmente legítimo que el Legislador limite o restrinja las facultades

²⁶⁸ Formulado por el Magistrado don Álvaro Rodríguez Bereijo, y al que se adhieren los Magistrados don Pedro Cruz Villalón y don José Gabaldón López.

²⁶⁹ *Vid.*, por ejemplo, BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 234 y ss.

dominicales, comprimiendo el derecho de propiedad para garantizar otros principios, bienes y derechos constitucionalmente protegidos dentro de los fines de la política social y económica que tiene encomendados [...], sin que, sólo por ello, eso signifique que “hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito” (STC 37/1987, fundamento jurídico 2.9).

Pero, claro está, ello no exime, por innecesaria, de toda ulterior tarea por parte de este Tribunal, antes bien, la requiere de modo inexcusable pues la utilidad individual del propietario define también, junto con la función social, el contenido esencial de la propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes; y habrá que decir cuál es el núcleo de utilidad meramente individual del derecho de propiedad –porque alguno tiene que haber– cuya pervivencia tras la acción del Legislador es indispensable para que la propiedad que ahora consideramos (la inmobiliaria) sea reconocible como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora en tanto institución jurídica.

Lo que llevaría, inevitablemente, a tratar de delimitar de alguna manera los rasgos del tipo de propiedad descrito en nuestra Constitución, por encima o más allá de la “pluralidad de propiedades” en que se diversifica la institución dominical (propiedad urbanística, propiedad agraria o forestal, propiedad inmobiliaria, propiedad horizontal, propiedad industrial, etc...), a fin de que sirviese de canon en el control jurisdiccional que corresponde a este Tribunal. Y en segundo término, habría de determinarse cuál es el contenido esencial de la categoría de propiedad aquí contemplada, la propiedad inmobiliaria urbana.

Esta labor, ciertamente nada fácil, de interpretación constitucional, partiendo de la doctrina general sobre el derecho de propiedad contenida en la STC 37/1987, constituye, a mi modo de ver, el problema central que suscita el presente proceso constitucional pero que en la Sentencia, sin embargo, se evita afrontar en todas sus consecuencias y, en la medida que lo hace, con una respuesta poco satisfactoria, en una aplicación mecánica de la doctrina de la mencionada Sentencia, dictada a propósito de la propiedad agraria o rústica en relación con una Ley de Reforma Agraria.

En la Sentencia de la que disiento viene a dejarse en manos del Legislador ordinario, en aras de la función social de la propiedad, la definición del contenido esencial de las “propiedades” a distintos tipos o categorías de propiedad, al establecer para cada una de ellas su propio y específico régimen jurídico, reconociéndole además una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial del derecho de propiedad, según el tipo o categoría, será lo que el propio Legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico.

Así, huérfano de todo referente *ex Constitutione*, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de “contenido esencial” (art. 53.1 CE) se desvanece y volatiliza.

No creo, pues, por todo lo dicho, que pueda compartirse, la afirmación que sostiene el Abogado del Estado en sus alegaciones y que parece inspirar también el enfoque dogmático de la Sentencia, de que “la consideración de la función social como conformadora del contenido mismo del derecho, nos exime de una indagación exhaustiva de la proporcionalidad o razonabilidad de la norma o de la prueba de sus presupuestos fácticos; bastará que la finalidad de la norma examinada se inserte con naturalidad en la función social para determinar la constitucionalidad de la misma”».

El Voto Particular reprocha a la Sentencia que se limite a valorar la transcendencia de la prórroga forzosa y no tenga en cuenta la normativa arrendaticia en su conjunto y, en particular, la falta de actualización de la renta (art. 96 LEC’1964):

«No se trata de si el Legislador, en aras de la función social de la propiedad y de la protección de otros derechos constitucionales (singularmente los reconocidos en los arts. 39.1 y 47 CE), puede limitar el poder que normalmente el dueño tiene sobre la cosa y, en consecuencia, restringir o anular las facultades de disposición, de uso o de disfrute de los bienes inmobiliarios, sino de otra bien distinta: si al constreñir el derecho de propiedad lo hace de tal manera y con tal intensidad que, el contenido esencial del derecho, reducido en último término a la utilidad individual o a su conversión en un equivalente económico, quede amputado y la propiedad inmobiliaria de bienes urbanos se transforme en una peculiar institución jurídica cuya reconocibilidad como propiedad privada, según los rasgos de la institución perfilados por el Derecho Civil, resulte imposible.

Y la respuesta, en el presente caso, ha de ser afirmativa, lo que lleva necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Y ello es así no, claro está, porque en sí mismo y aisladamente considerado, la limitación que constituye el derecho de prórroga forzosa del contrato de arrendamiento del art. 57 LAU vacíe de contenido el derecho de propiedad que lo haga irreconocible como tal. Y lo mismo cabría decir de otras restricciones de las facultades dominicales como el derecho de subrogación (AATC 671/1985 y 540/1987 y STC 222/1992) o la imposición de deberes positivos al propietario (STC 301/1993). Es precisamente el carácter trabado del régimen jurídico de los arrendamientos urbanos, que forma un todo único, un *continuum*, y esa consecuencia, cierre de todo el sistema, que es la no actualización de la renta arrendaticia (con el efecto consiguiente de desvalorización debido a la inflación de los precios) lo que determina, en numerosos casos, el vaciamiento total del derecho de propiedad, incluso de ese núcleo mínimo que es su utilidad económica individual, y lo hace

por ello constitucionalmente inaceptable. Y sin que los jueces que han de aplicar el Derecho puedan, por sí mismos, reparar la integridad del derecho de propiedad lesionado.

Se vulnera, así, el art. 33 CE por cuanto se priva de su derecho al titular sin que el Legislador haya establecido ningún género de compensación económica que restablezca, a modo de conversión en un equivalente económico (art. 33.3 CE y STC 37/1987, fundamento jurídico 2.º), la integridad del contenido esencial de la propiedad.

Este resultado no pasa inadvertido para el parecer mayoritario del Pleno, cuando en el fundamento jurídico 5.º de la Sentencia se afirma que “la utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 CE”, aunque luego no se extraiga de tan importante aserto consecuencia alguna».

5. PRESUNCIÓN LEGAL DE ABANDONO DE LOS SALDOS DE CUENTAS CORRIENTES SIN MOVIMIENTO DURANTE VEINTE AÑOS, Y ATRIBUCIÓN AL ESTADO

La STC 204/2004, de 18 de noviembre, resolvió unas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el art. 29.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria; en concreto, el precepto decía que

«[...] [s]on bienes abandonados por su titular y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de sociedades de crédito o entidades financieras, respecto de las cuales y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o entidades».

Y se planteaba la constitucionalidad de la norma por vulneración del derecho a la propiedad privada del art. 33.1 CE. La STC 204/2004, de 18 de noviembre, ofrece, para ese análisis, una síntesis

sis de la doctrina constitucional²⁷⁰, reiterando una vez más los criterios de las STC 11/1981, de 8 de abril, y 37/1987, de 26 de marzo, complementándola con una referencia más detallada a la expropiación forzosa:

«El derecho a la propiedad privada, que mediante el Protocolo adicional primero de 20 de marzo de 1952 se incorporó al catálogo del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, está reconocido en el art. 33 de nuestra Constitución. Este derecho, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado una extraordinaria y profundo transformación en el último siglo que, como este Tribunal ya puso de manifiesto, “impide considerarlo hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 del Código civil”, habiéndose producido, por el contrario, “una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2). En efecto, el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad, y por lo que aquí interesa, como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos, en este caso los del titular de la cuenta corriente sobre su saldo. Al derecho a la propiedad privada le es aplicable la garantía del necesario respeto a su contenido esencial, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. A este propósito es oportuno recordar sucintamente que sobre el concepto del contenido esencial de los derechos, a que se refiere el mencionado art. 53.1 CE, este Tribunal tiene declarado que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo –y, por tanto, también de los derechos fundamentales de la persona– viene marcada en cada caso por el elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales”. Determinación que, desde otro ángulo metodológico, no contradictorio ni incompatible con aquél, ha sido expresada también por este Tribunal como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho

²⁷⁰ Que es mencionada, por ejemplo, en la STC 112/2006, de 5 de abril, relativa a diversos preceptos de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos.

queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10)” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2). A partir de esta doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, proyectándola sobre el derecho a la propiedad privada, este Tribunal tiene declarado, poniendo en estrecha conexión los tres apartados del art. 33 CE, que revelan la naturaleza del derecho en su formulación constitucional, “que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8.b; 89/1994, de 17 de marzo, FJ 4; ATC 134/1995, de 9 de mayo). Corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8.b; 89/1994, de 17 de marzo, FJ 4; ATC 134/1995, de 9 de mayo). Incumbe, pues, al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, lo que no supone, claro está, una absoluta libertad en dicha delimitación que le permita “anular la utilidad meramente individual del derecho” o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, esto es, en no sobrepasar “las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho” [STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8 b)]. En este sentido ha de recordarse también que este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 CE, declarando en esencia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del

art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11)».

Después de analizar los antecedentes de la norma y descomponer su estructura (presunción de abandono y atribución al Estado), el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que, en relación con la presunción de abandono,

«desde la perspectiva de control que en este caso corresponde a este Tribunal ante la delimitación y regulación por el legislador del derecho de propiedad en relación con ese concreto y determinado tipo de bienes, ha de señalarse que la declaración de abandono por su titular de los saldos de las cuentas corrientes que se efectúa en el inciso final del art. 29.2 LGP respeta en este caso el contenido esencial del derecho de propiedad, pues ni modifica la imagen reconocible del derecho en relación con el mencionado tipo de bienes, tal y como ha sido históricamente configurado (ATC 134/1995, de 9 de mayo), ni hace impracticable o imposibilita más allá de lo razonable el ejercicio por el titular del derecho propiedad sus facultades de dominio ni, en fin, le despoja de la necesaria tutela, resultando privado de una real, concreta y efectiva protección. En este sentido la carga que del precepto se deriva para el titular de la cuenta, esto es, la realización en el plazo de veinte años de cualquier acto de gestión que implique el ejercicio de su derecho no puede calificarse de irrazonable o desproporcionada o, más aún, no puede afirmarse que imposibilite, haga impracticable o dificulte más allá de lo razonable el ejercicio por su titular de las facultades dominicales sobre el bien ni, en fin, que despoje el derecho de una efectiva y real protección. Así pues, con independencia del juicio que pueda merecer desde el punto de vista de la oportunidad, conveniencia o pertinencia la previsión legal cuestionada, ha de concluirse, desde la perspectiva de control que compete a este Tribunal, que la declaración de abandono en relación con los saldos de las cuentas corrientes que el legislador efectúa en el inciso final del art. 29.2 LGP no es contraria al derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 33.1 CE».

Y, en lo que se refiere a la atribución al Estado, se señala que

«[e]sta regla atributiva en favor del Estado es la consecuencia jurídica del abandono de los bienes, que extingue el derecho de su titular sobre los mismos y los convierte, por consiguiente, en bienes *nullius*, susceptibles, por tanto, de apropiación [...] [E]sta regla atributiva, expresamente establecida por el legislador, constituye una excepción al régimen general dispuesto en el Código Civil de adquirir la propiedad de los bienes muebles por ocupación (art. 610 CC). Ha de resaltarse, en este sentido, que la regla atributiva en favor del Estado que se recoge en el precepto cuestionado es la plasmación de una específica y determinada opción del legislador, quien pudo, por tanto, haber previsto otra consecuencia jurídica a la declaración de abandono por su titular de los bienes a los que se refiere el precepto. Pues bien, ninguna objeción cabe oponer desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares y, por tanto, bienes *nullius*, pues tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos intereses, lo que se conecta con el mandato del art. 128.1 CE de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad. Como señala el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, no puede dirigirse reproche alguno al legislador por haber preferido la aplicación de los saldos de cuentas corrientes abandonados a fines públicos, mediante su ingreso en el Tesoro para ser aplicados al pago de gastos públicos, en vez de preferir la apropiación de dichos saldos por la entidad de crédito».

6. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Una diferente incidencia en el derecho de propiedad privada es la analizada por la STC 154/2015, de 9 de julio. El recurso se dirigía contra algunos preceptos de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y suelo. En lo que ahora interesa, se preveían derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración en caso de segundas o posteriores transmisiones *inter vivos* de la titularidad del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho real de uso y disfrute sobre viviendas protegidas y se cuestionaba su constitucionalidad al proyectarse sobre viviendas que fueron adquiridas bajo regímenes de protección que no atribuían a la Administración esos derechos.

El Tribunal Constitucional rechaza que se vulnere el derecho de propiedad:

«[E]mpezaremos por constatar lo evidente: los preceptos señalados limitan derechos, que en Andalucía atribuía el ordenamiento jurídico a los titulares de vivienda protegida para transmitir estas sin que la Administración pudiera adquirirlas forzosamente con preferencia sobre otros. La nueva regulación ha delimitado de este modo, restringiéndola, la libertad con que contaban estos titulares de viviendas protegidas para elegir comprador o adquirente, gravándoles, además, con nuevas obligaciones de comunicación destinadas a asegurar que la Junta de Andalucía pueda ejercer sus derechos de adquisición preferente. Dicho de otro modo, el legislador andaluz ha cambiado la posición jurídica de una serie de titulares de vivienda protegida al variar el contenido estatutario de su derecho de propiedad.

El derecho restringido en este caso es el que había previamente atribuido la propia Administración en el marco de una política social que aseguró a su titular un régimen privilegiado de acceso a una vivienda. No por ello este derecho queda desprovisto de las garantías reconocidas en el art. 33 CE, sin perjuicio de lo que después se dirá. Conforme a las STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2, y 65/1987, de 21 de febrero, FFJJ 12 y 15, la garantía constitucional del derecho de propiedad cubre también los derechos reconocidos a través de acciones de protección social [...]

Sentado lo anterior, es también claro que en el marco del Estado social (art. 1.1 CE), el legislador está autorizado a negar pura y simplemente el derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés general –con los límites que impone el art. 33.3 CE– o, sin llegar hasta este extremo, a restringirlo para ajustar su contenido a los más variados objetivos colectivos (arts. 33.2 y 128.1 CE) con la consiguiente generación de “diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, y 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5); la Constitución reconoce el derecho a la propiedad como un “haz de facultades individuales”, pero también como “un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad” (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5). El legislador puede de este modo articular la función social de la propiedad imponiendo cargas o extrayendo facultades del haz que él mismo ha asegurado previamente a través, por ejemplo, de prohibiciones de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar (art. 25 de la Ley de costas; STC 149/1991, de 4 de julio, FFJ 2 y 8), extinguir [*sic*] el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5) o destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8).

En este caso, el sometimiento del titular de viviendas protegidas a derechos de adquisición preferente responde claramente a

una finalidad de interés general: el acceso a una vivienda digna por parte de personas necesitadas. La limitación coadyuva a este objetivo porque sirve a la evitación del fraude en las transacciones (el cobro de sobreprecios en “negro”) y a la generación de bolsas de vivienda protegida de titularidad pública. La limitación señalada se ampara de este modo en razones que, por lo demás, son particularmente poderosas al entroncar con un pilar constitucional: el compromiso de los poderes públicos por la promoción de las condiciones que aseguren la efectividad de la integración en la vida social (art. 9.2 CE), en general, y el acceso a una vivienda digna (art. 47 CE), en particular. Conecta igualmente con el mandato constitucional de protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE).

La restricción indicada tiene un limitado alcance. El sometimiento al ejercicio del derecho de tanteo y retracto no afecta a la facultad en sí de transmitir; incide solo sobre la de elegir adquirente. A su vez, tal limitación afecta solo a las transmisiones inter vivos, no a las mortis causa. Además, las transmisiones inter vivos a las que se refiere son las segundas y sucesivas y únicamente durante el periodo de vigencia del régimen legal de protección. Por otra parte, estos derechos de adquisición preferente, cuando se ejercen para evitar conductas fraudulentas, funcionan como mecanismo de control de la regularidad de las transmisiones por lo que el titular incumplidor está obligado a soportar los perjuicios consecuentes; perjuicios que en modo alguno pueden reputarse sacrificios a los efectos de la indemnización prevista en el art. 33.3 CE. En tal caso, la limitación funciona como instrumental de otras que ya estaban previstas y, en particular, de la consubstancial a todo régimen de transmisión de vivienda con precio administrativo: la prohibición de cobrar cantidades adicionales a los precios o rentas fijados como máximos por la Administración.

En todo caso, el ejercicio de estos derechos, aunque responda a fines distintos, no asociados a comportamientos antijurídicos de los beneficiarios de viviendas protegidas, no produce en abstracto perjuicios de relevancia desde la perspectiva del control constitucional de las exigencias derivadas del art. 33 CE: es habitual que al vendedor le sea indiferente quien sea el comprador. En consecuencia, únicamente podría resultar perjudicado el propietario que tenga interés en que el adquirente sea una persona determinada y solo si la Administración opta por ejercer efectivamente sus derechos de tanteo y retracto. Ahora bien, incluso en este caso, al menos desde la perspectiva de control abstracto que aquí corresponde, ese perjuicio carece de significación porque no puede reputarse sorpresivo ni inesperado en el marco de un sector del ordenamiento necesariamente expuesto a una fuerte intervención pública y a cambios normativos; ese sector es el que permitió en su momento al transmisor acceder a una vivienda en condiciones privilegiadas (mejores de las que ofrece el mercado) a cambio de un régimen de uso y

disposición (más restringido que el ordinario del Derecho privado) que ya entonces era especial y estaba fuertemente intervenido.

Consecuentemente, la sujeción del titular de viviendas protegidas al ejercicio de derechos de tanteo y retracto por parte de la Administración de la Junta de Andalucía se ajusta al régimen constitucional del derecho de propiedad (art. 33 CE)».

Son numerosas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha valorado la incidencia de derechos de adquisición preferente en el derecho de propiedad y su constitucionalidad, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza jurídica de la institución y la distribución competencial en materia civil²⁷¹. Por ello, la STC 28/2012, de 1 de marzo, relativa a la Ley canaria 5/1999, de 15 de marzo, que modificaba la legislación turística, consideró inconstitucional la constitución de un derecho de retracto en favor de particulares, aunque se basó en un problema de distribución competencial, pues al considerarse materia civil, Canarias carecía de competencia:

«[N]o [se] constituye el derecho de retracto a favor de una Administración pública sino que el mismo se ha establecido en beneficio de una persona física o jurídica de carácter privado [...] [Se] ha dispuesto un nuevo supuesto de constitución del retracto en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares para la consecución de una finalidad establecida legislativamente en el seno de una determinada política sectorial, en este caso la turística, de competencia autonómica.

Teniendo presente lo anterior, hemos de diferenciar cuidadosamente entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones *inter privados* y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales, pues las primeras constituirán reglas de derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil. En este caso, la naturaleza de la norma impugnada nos revela que está destinada a regular relaciones *inter privados* [...] [I]ncide en un ámbito propio del Derecho privado, en particular civil, como es el de las relaciones contractuales establecidas en enajenaciones de inmuebles entre particulares, privilegiando a unos potenciales adquirentes frente a otros y limitando la libre disposición de su titular que viene obligado a vender a las personas privadas designadas por la disposición cuestionada. Este efecto se produce porque el retracto supone el otorgamiento de una preferencia adquisitiva que otorga a su titular, en este caso el propietario de otro inmueble en el mismo complejo de que se trate o, en su defecto, la empresa turística dedicada a la explotación de los mismos, el poder de desviar, por su sola voluntad, el impulso trans-

²⁷¹ Por ejemplo, STC 149/1991, de 4 de julio; 102/1995, de 26 de junio; 156/1995, de 26 de octubre; o 207/1999, de 11 de noviembre.

misivo subyacente al negocio jurídico celebrado entre el propietario del inmueble y un tercero, subrogándose en los derechos y acciones del comprador y asumiendo, por su parte, las condiciones estipuladas en el negocio jurídico celebrado. De esta forma la norma cuestionada está atribuyendo a determinadas personas privadas, a las que reconoce el derecho de adquisición preferente previsto por la misma, el poder de modificar, extinguir o constituir una determinada relación jurídica por su sola voluntad, interfiriendo de ese modo en el contrato celebrado por otros sujetos, siempre que se den las circunstancias y presupuestos previstos por el apartado cuatro de la disp. trans. única de la Ley 5/1999 [...]

[L]a regulación controvertida es enteramente civil sin que exista ningún elemento o parte en la relación jurídica que pudiera confundir su regulación con Derecho administrativo que permitiera incardinarla en el ámbito de la legislación turística de competencia de la Comunidad Autónoma».

7. CRITERIOS QUE DEFINEN EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD E IMPONEN A LOS PROPIETARIOS DE VIVIENDAS EL DESTINO EFECTIVO A USO HABITACIONAL

Una resolución especialmente relevante es la STC 93/2015, de 14 de mayo, relativa al Decreto-ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda²⁷².

En lo que ahora interesa, el Tribunal Constitucional analiza la constitucionalidad del art. 1.3 de la Ley andaluza 1/2010, en la redacción que le da el art. 1 del Decreto-ley impugnado. Conforme a ese precepto,

«Forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística».

El Tribunal Constitucional solo aborda la constitucionalidad de la primera parte de la norma, en su relación con el derecho a la

²⁷² El recurso se dirigía contra el art. 1, por el que se da nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1 a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y a la disp. adic. 2.ª del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

propiedad privada reconocido en el art. 33 CE. Considera el Tribunal Constitucional que

«[...] [l]a previsión contenida en el precepto impugnado, más que delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función social del mismo, que son [...] los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad. En cuanto a lo primero, el art. 1.3, en lugar de ceñirse a precisar los usos posibles de las edificaciones según el lugar en que se ubiquen dentro de la ciudad o a disciplinar el sector de la vivienda, se encierra a establecer que el único uso posible de un determinado tipo de bienes debe realizarse de un modo efectivo, con la influencia consecutiva que esa imposición tiene también sobre el poder de disposición, dado que se reducirá notablemente el mercado de compradores y cambiarán las condiciones en que éstos estarán dispuestos a adquirir el bien. Respecto a lo segundo, al deber impuesto en el art. 1.3 subyace una cierta definición de la función social de la propiedad de esta clase de bienes, como se desprende de la exposición de motivos donde se lee que “siendo ... finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo ... su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y por tanto de su función social”.

Se trata, en conclusión, y a diferencia de las STC 111/1983 y 329/2005, de una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, como por otra parte se deriva de la propia dicción de la norma andaluza al señalar que el deber de uso efectivo del bien “forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda”, expresión que no alude al concepto homónimo del art. 53.1 CE, pues es obvio que esa noción no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula, así como que “no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, [de modo que] las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2) conforme a los criterios enunciados en su jurisprudencia (por todas, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8; y 112/2006, de 5 de abril, FJ 10). Debe entenderse, por el contrario, que viene a reconocer que el deber que impone es una regulación directa del derecho de propiedad de un tipo de bienes y que tiene por objeto aspectos esenciales del mismo.

Por todo lo razonado, debemos concluir que el art. 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar “afectación” del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad

de disposición con fuerza de ley. Esta conclusión no significa que la configuración constitucional del derecho de propiedad impida al legislador restringir de ese modo la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, análisis que no procede desarrollar en este momento, sino que el precepto impugnado disciplina un espacio normativo vedado al decreto-ley y reservado a la ley formal, por lo que es inconstitucional y nulo por contravenir uno de los límites materiales del decreto-ley, que deriva del principio democrático que el apartado 1 del art. 1 CE impone a todas las instituciones del Estado en su conjunto y se refleja en el art. 86.1 CE como requerimiento mínimo, por lo que el precepto autonómico establece un contenido del derecho de propiedad de la vivienda que lo afecta, en el sentido del art. 86.1 CE, y por tanto entra a regular un ámbito excluido del decreto-ley y pretende delimitar un contenido esencial para lo que ningún legislador es competente».

Por conexión con esta declaración, también se considera inconstitucional la tipificación, en el art. 53.1 a), como infracción muy grave de la circunstancia de «no dar efectiva habitación a la vivienda», porque solo adquiere sentido a partir del deber del propietario de la vivienda de destinarla de un modo efectivo a habitación

En cambio, no prospera la inconstitucionalidad del art. 25, relativo al concepto de vivienda deshabitada, puesto que al entenderse que el cumplimiento efectivo del uso habitacional de la vivienda no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, esa definición de vivienda deshabitada

«es instrumental de esa actividad de fomento en materia de vivienda y, por tanto, en lugar de contener una regulación directa y con vocación de generalidad del derecho de propiedad proyectado sobre viviendas, se incardina claramente en la conformación de una política de vivienda».

Y tampoco es inconstitucional la presunción de que «la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico» (art. 25.2), porque esa previsión

«no puede entenderse como el corolario de un deber de destinar efectivamente la vivienda a un uso habitacional, sino como la mera constatación fáctica de que la vivienda no está habitada efectivamente» 273.

²⁷³ Sí se declaran inconstitucionales los apartados 5 y 6 del art. 25, porque complementan lo dispuesto en el art. 53.1.a).

La STC 93/2015, de 14 de mayo, se mueve en la indefinición de otras resoluciones²⁷⁴. La declaración de inconstitucionalidad se sustenta en la vulneración de los límites materiales del Decreto-Ley. Y aunque dice que la restricción de la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda afecta al contenido esencial de su derecho, también salva la capacidad del legislador para restringir la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda. Esa ambivalencia es llamativa, porque en la misma STC 93/2015, de 14 de mayo, se recuerda que la noción de contenido esencial «no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula».

En una línea similar, la STC 16/2021, de 28 de enero, analiza diversos Decretos-Leyes catalanes sobre acceso a la vivienda que inciden en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. La cuestión se suscitaba, además, por el precedente que había supuesto justamente esa STC 93/2015, de 14 de mayo.

Los recurrentes alegaban que ciertos preceptos regulaban el «régimen general» del derecho de propiedad, incidiendo de manera «clara y directa» en su «contenido esencial»; en concreto, la definición de «vivienda vacía» «imposibilita el normal ejercicio de la potestad reivindicatoria» que corresponde a todo propietario (y ello afectaba a todos aquellos preceptos que regulaban las consecuencias derivadas del incumplimiento de la función social); y el contrato forzoso de alquiler social «limita» la facultad de disposición que igualmente corresponde a todo propietario.

Según el Tribunal Constitucional,

«[...] [I]a mayoría de los artículos contra los que se dirige este primer motivo regulan medidas coactivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad. Limitaciones de la máxima intensidad, además, puesto que no suponen la delimitación externa del ejercicio del derecho en régimen de libertad por puras consideraciones abstractas de interés u orden público, sino que constriñen estrechamente al propietario mediante órdenes o deberes normativos –obligaciones concretas de hacer, como ocupar la vivienda u ofrecer un alquiler social– que se ponen bajo la inspección y vigi-

²⁷⁴ Pero ello no ha impedido que haya sido considerada un referente en cuanto a las medidas de expropiación del uso: por ejemplo, STC 16/2018, de 22 de febrero, sobre la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; STC 32/2018, de 12 de abril, sobre la Ley andaluza 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; STC 43/2018, de 26 de abril, sobre la Ley canaria 2/2003, de 30 de enero, de vivienda y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda; STC 80/2018, de 5 de julio, sobre la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana; STC 97/2018, de 19 de septiembre, sobre la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda; o STC 106/2018, de 4 de octubre, sobre la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura.

lancia de la administración y cuyo incumplimiento habilita a esta para imponer esa conducta forzosamente mediante requerimientos y multas coercitivas, para imponer sanciones y para expropiar la vivienda».

Sin necesidad de detallar todos los preceptos analizados conviene subrayar que el Tribunal Constitucional indica que la obligación de los propietarios de destinar su vivienda al uso habitacional efectivo es inconstitucional, por establecer «un régimen general de este derecho, algo vedado a los decretos-leyes de conformidad con nuestra doctrina». Y añade:

«Y no puede considerarse, como en el caso de la STC 93/2015, que esas normas son simplemente instrumentales para la política de vivienda de la comunidad autónoma, porque ese incumplimiento, apreciado por la administración, da lugar a las reacciones exorbitantes de esta que ya hemos señalado: requerimientos para su cumplimiento, ejecución de esos requerimientos mediante multas coercitivas, sanciones y expropiación del bien, de acuerdo con lo establecido en los demás artículos citados de este primer grupo».

Y la misma argumentación, sin excesivo razonamiento, se proyecta a la inconstitucionalidad de las normas que imponen a los propietarios de viviendas su alquiler forzoso.

8. RESTRICCIONES A LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA DEL SUELO

Gran interés ofrece la STC 112/2021, de 13 de mayo, que analiza la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor. Se argumentaba que ciertas medidas y restricciones previstas en esa Ley²⁷⁵ suponían injerencias en los derechos de propiedad (art. 33 CE) y libre empresa (art. 38 CE), tenían reducida o incluso nula eficacia para evitar el arrastre de nutrientes hacia el Mar Menor y perjudicaban seria e intensamente a la actividad agrícola produciendo graves quebrantos sociales y económicos.

Los recurrentes pretendían que a esas restricciones se les aplicara el test o juicio de proporcionalidad (aplicado por primera vez en la STC 66/1995, de 8 de mayo), es decir, la comprobación suce-

²⁷⁵ Como la obligación de pasar de usos agrícolas a otros de carácter sostenible, la prohibición de usar fertilizantes, la limitación de los ciclos de cultivo, la obligación de reservar terreno para estructuras vegetales de conservación o para superficies de retención de nutrientes, la obligación de seguir las curvas de nivel, o la obligación de restituir el terreno a un estado natural en caso de abandono de cultivo.

siva de un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Pero el Tribunal Constitucional restringe el alcance de ese test, «normalmente y de forma muy particular», a los derechos fundamentales; y, por el contrario:

«[...] cuando de [*sic*] se trata de acomodar la explotación económica de bienes o empresas a intereses colectivos, este tribunal ha reconocido al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los objetivos y las consecuencias de sus disposiciones».

Y se basa en la STC 16/2018, de 22 de febrero²⁷⁶, sobre la Ley foral de vivienda, donde también se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la delimitación de la función social de la vivienda efectuada por el legislador autonómico en aplicación del principio de proporcionalidad, para acudir al criterio de razonabilidad. También entiende el Tribunal Constitucional que, desde la perspectiva de la libertad de empresa, el criterio empleado para controlar la constitucionalidad de las leyes ha sido el canon de la «razonabilidad», y no el de la proporcionalidad en sentido estricto.

La conclusión no se hace esperar y es que, al delimitar la función social de la propiedad, el legislador no está sometido al test de proporcionalidad, sino a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE). No hay especiales justificaciones de esa singularidad de la valoración de las intervenciones en la propiedad privada o en la libertad de empresa: el Tribunal Constitucional diseña un régimen específico para esas situaciones sin ofrecer razones de ese proceder.

Para rematar la argumentación, se recurre una vez más a la STC 37/1987, de 26 de marzo, en punto al contenido esencial del derecho de propiedad y se recuerda, entre otros aspectos, que:

«[...] la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario no desnaturaliza el derecho de propiedad, y que “debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario” vulneren el contenido esencial de la propiedad, teniendo en cuenta además que “la incorporación de tales exigencias [destinadas a satisfacer necesidades colectivas] a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución” [...] [E] límite para el legislador en esa función de delimitación a que está llamado en el art. 33.2 es que “la traducción institucional de tales exigen-

²⁷⁶ Y también en la STC 32/2018, de 12 de abril, sobre la Ley de vivienda de Andalucía.

cias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho”».

9. LÍMITES A LAS RENTAS ARRENDATICIAS

Hay muchas Sentencias del Tribunal Constitucional que abordan normativa autonómica sobre medidas de protección del derecho a la vivienda²⁷⁷ que se plasman en limitaciones a las rentas arrendaticias, pero no se plantean su constitucionalidad desde la perspectiva del derecho de propiedad privada, sino que resuelven en función de criterios de distribución competencial. Este planteamiento evita que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca de su incidencia en el art. 33 CE. Sirva como ejemplo la STC 37/2022, de 10 de marzo, sobre diversos preceptos de la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda²⁷⁸. El Tribunal Constitucional declara inconstitucional la regulación autonómica de la limitación en las rentas del contrato de arrendamiento, por considerarla como una de las bases de las obligaciones contractuales, pero anticipa cuál hubiera sido su criterio si se hubiera tratado de una norma estatal:

«El Código Civil, entendido como ordenamiento estatal regulador de las relaciones contractuales entre privados, contempla como regla básica la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos (art. 1255 CC), en garantía de la libertad individual (art. 10.1 CE) y de empresa (art. 38 CE) en las que la institución del contrato encuentra su fundamento, pues, salvo excepciones justificadas,

²⁷⁷ Un buen panorama en NASARRE AZNAR, 2020, pp. 469-474. También MESSÍA DE LA CERDA, *RCDI*, 2020, pp. 3420 y ss.; AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, *RCDI*, 2021, pp. 2875 y ss.; y GUILABERT VIDAL, *DPyC*, 2023, pp. 179 y ss.

²⁷⁸ Sobre la vivienda, declara el Tribunal Constitucional:

«[L]a vivienda «no constituye un título competencial autónomo» (por todas, STC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3), sino que puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles los instrumentos regulatorios utilizados en cada caso por el legislador. Dicha complejidad competencial es consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda («económica» y «social», STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2), de entre las que destacan, en el contexto de la presente controversia, las dos siguientes.

Por una parte, la vivienda, cuya protección se configura como un principio rector de la política social y económica en el art. 47 CE, constituye, especialmente en el caso de la vivienda habitacional, el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) [...]

De otro lado, la vivienda constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado –el mercado inmobiliario–, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado...».

estamos en presencia de un sistema jurídico eminentemente dispositivo [...]

En el caso concreto del arrendamiento de vivienda, y más específicamente en cuanto a la renta en este tipo de contratos, este reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad que deriva del art. 1255 CC encuentra concreción específica en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, cuyo art. 17.1 («[I]a renta será la que libremente estipulen las partes») sienta el principio de libre estipulación de la renta inicial del alquiler, sin perjuicio de las reglas de actualización o modulación que incluyen los arts. 18 a 20. Regulación de la utilidad económica derivada del arrendamiento de vivienda fundada en el principio de libertad de pactos que, con un mayor o menor ámbito temporal de aplicación y sometida a ciertas modulaciones allá donde el legislador estatal las ha considerado necesarias para proteger al arrendatario ante la situación del mercado inmobiliario (así, por ejemplo, los arts. 57 y 95 y ss. del ya derogado texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964), ha sido una constante en la legislación estatal de arrendamientos urbanos, al menos, desde la aprobación de la Ley de 7 de mayo de 1942, por la que se regulan las rentas o alquileres de arrendamientos de casas, con excepción de las dedicadas a la explotación de industrias o establecimientos mercantiles.

Por tanto, este principio de libre estipulación de la renta en los arrendamientos urbanos ha de considerarse una base de las obligaciones contractuales, inferida de la legislación actualmente vigente, en cuanto define uno de los elementos estructurales de este tipo de contrato, el cual, salvo algunos aspectos determinados imperativamente por el legislador (ámbito de aplicación del contrato, fianza y formalización) se rige por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes. Pero no solamente por ser una plasmación o concreción de la regla general de primacía de la autonomía de la voluntad, sino además porque la regulación de la renta y de los criterios para su determinación tiene también una incidencia relevante en la actividad económica por cuanto afecta al sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal en garantía del principio de unidad de mercado.

El Estado resulta así ser el competente para fijar legalmente el principio de libertad de pactos en el establecimiento de la renta del contrato de alquiler de vivienda, así como para, en su caso, determinar sus eventuales modificaciones o modulaciones en atención al designio del legislador estatal respecto a la necesidad de ajustar o no el funcionamiento del mercado inmobiliario en atención a lo dispuesto en el art. 47 CE o en otros preceptos constitucionales. Cabe recordar al respecto que, como dijimos en la STC 89/1994, de 17 de marzo, FFJJ 5 y 8, la paridad contractual entre arrendadores y arrendatarios puede ser sometida a modulaciones fundadas en una finalidad tuitiva de intereses que se consideren necesitados de una especial protección –concretamente, los de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario–, como muestra la his-

toria de la regulación de los arrendamientos urbanos en nuestro país.

La reserva al legislador estatal de la competencia para la regulación tanto de la regla general como de sus posibles excepciones o modulaciones excluye, por tanto, que cualquier legislador autonómico pueda condicionar o limitar la libertad de las partes para determinar la renta inicial del alquiler de viviendas. El establecimiento de dicha libertad o, en su caso, su modulación y, en general, la regulación de las reglas para la determinación de la renta, son aspectos esenciales del régimen obligacional de los contratos de arrendamiento de viviendas que, en su condición de bases de las obligaciones contractuales, deben ser comunes y, por tanto, establecidas por el Estado. Consecuentemente, la determinación y, en su caso, la modificación de las bases de las obligaciones contractuales corresponde en exclusiva al Estado *ex art. 149.1.8 CE*, tanto al definir el régimen de la relación arrendaticia urbana, pues se refiere a un derecho del propietario y a una obligación del arrendatario [en similares términos *STC 61/1997*, de 20 de marzo, FJ 26 b)] como al actuar como garante de la unidad de mercado y del orden público económico por el interés público subyacente en la determinación de la renta.

Al legislador estatal, en uso del amplio margen de apreciación del que dispone para adoptar disposiciones en materia social y económica (*STC 32/2019*, de 28 de febrero, FJ 6), le corresponde pronunciarse sobre la adecuación de las bases del derecho contractual a los principios rectores de la política económica y social y, en particular, al derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada consagrado por el art. 47 CE, en conexión con la función social de la propiedad privada reconocida por el art. 33.2 CE, introduciendo, en su caso, las modificaciones oportunas. Todo ello, sin perjuicio de las competencias autonómicas en la materia para desarrollar políticas de protección del derecho a la vivienda»²⁷⁹.

²⁷⁹ También la *STC 57/2022*, de 7 de abril, se refiere a la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre. El Tribunal Constitucional, que se remite a la *STC 37/2022*, de 10 de marzo, señala que:

«[C]areciendo el legislador autonómico de competencia material para implantar ese régimen de contención y moderación de rentas, tampoco la tiene para controlar su cumplimiento o las consecuencias de su infracción, por lo que la regla del art. 14 [sobre control y régimen sancionador] incurre en idéntica vulneración competencial y debe ser declarado inconstitucional».

Se considera asimismo inconstitucional la consideración como infracción leve de la no constancia del índice de referencia de precios del alquiler de viviendas, o, si procede, del importe de la renta del contrato de arrendamiento anterior (art. 16.1).

10. SUSPENSIÓN DE LANZAMIENTOS

Las STC 9/2023, de 22 de febrero, y 15/2023, de 7 de marzo, se refieren al Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y sus previsiones acerca de la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual habitada sin título para ello y planteada en un proceso penal.

En la STC 9/2023, de 22 de febrero, el Tribunal Constitucional rechaza que se trate de una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, lo que hubiera sido relevante al tratarse de un Decreto-ley. Indica que

«[...] [l]os incisos cuestionados lo que hacen es extender a los procesos penales la suspensión de lanzamientos ya introducida en su momento, para determinados juicios verbales en el ámbito civil, por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre [...]

La extensión de la suspensión a los lanzamientos que se sustancien en procesos penales se hace sobre la premisa, como ya hemos puesto de manifiesto, del alcance limitado de la medida: (i) no afecta a todos los propietarios (solamente a los titulares de más de diez viviendas); (ii) no ampara todas las circunstancias de entrada o permanencia de la vivienda sin título habilitador, es más, la medida no se aplica a las viviendas que son domicilio habitual o segunda residencia; (iii) la medida no es general y automática, sino que será adoptada por el juez previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran (extrema necesidad, existencia o no alternativa habitacional...) y (iv) la medida tiene un carácter temporal.

Estamos pues, ante una medida limitada en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y temporal, que no tiene por objeto una regulación directa y general del derecho de propiedad de la vivienda, ni afecta a su contenido esencial. Una medida que responde a una finalidad de interés social –la protección de las personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis generada por el Covid-19–, que incide mínimamente y de forma temporal sobre la posesión o capacidad de disposición, incidencia que además podrá ser objeto de compensación económica, como se desprende de las disposiciones adicionales segunda y tercera del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre».

Hay un contundente Voto Particular²⁸⁰ que cuestiona esa interpretación respecto a la incidencia en el derecho de propiedad privada. Considera que, aunque los incisos impugnados

«no contienen una regulación general del derecho de propiedad. Sin embargo, en cuanto condicionan necesariamente el poder de disposición sobre determinadas viviendas de sus legítimos propietarios para satisfacer una finalidad de interés social como es la protección de personas consideradas en situación de vulnerabilidad, sí que alteran de manera intensa las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad respecto al concreto conjunto de propietarios a los que va dirigida la medida [...]

[L]a medida [...] supone, para el propietario de una vivienda que se encuentre en la situación descrita en la norma, la imposibilidad temporal de recuperar la disposición sobre la vivienda, siendo el poder de disposición facultad inherente al derecho de propiedad. Dicha privación temporal de ese poder de disposición, por cierto, se ha ido prolongando en el tiempo, como consecuencia de las sucesivas prórrogas de la medida que se han ido aprobando: la última, por el momento, hasta el 30 de junio de 2023. Y eso pese a que la vivienda ha sido ilegalmente ocupada [...] continuación de la perpetración del delito imputado.

Para estos propietarios se trata de una regulación general y es claro que sufren una afectación significativa en su derecho de propiedad en la medida en que, por la decisión del legislador de urgencia (sucesivamente prorrogada, se insiste), se ven privados temporalmente (y de forma extendida en el tiempo, hasta ya tres años) de la disponibilidad del bien y de su posible utilidad económica, pero a la vez siguen obligados a soportar las cargas fiscales, (el impuesto sobre bienes inmuebles y la imputación en el impuesto sobre la renta de las personas físicas o en el impuesto de sociedades, cuando menos) así como las derivadas de la legislación de propiedad horizontal (cuotas de la comunidad ordinarias y extraordinarias) y demás que la titularidad del inmueble comporta. El fundamento de la restricción del derecho que así se padece parece hallarse en un criterio genérico de ordenación de determinadas propiedades y propietarios que hace de la transferencia forzosa y supuestamente temporal del uso de las viviendas, en casos que han dado lugar a la incoación de procedimientos penales, una técnica de intervención impuesta para que determinadas personas se vean obligadas a la cobertura con sus propios bienes de problemas, como el de la dificultad de acceso a una vivienda digna, que deberían ser capaces de resolver los poderes públicos [...]

[M]ediante el recurso a la potestad legislativa de urgencia, el Gobierno hace recaer la realización efectiva de un principio rector

²⁸⁰ Formulado por el Magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, y que es asumido por la Magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

de carácter social sobre las espaldas de determinados propietarios [...]

Que [...] nos encontramos ante una regulación directa del derecho de propiedad se comprueba también si se toma en consideración que lo que la norma está diciendo es que el único uso posible de un determinado tipo de bienes, cuando estén en manos de determinadas personas, ha de realizarse de un modo efectivo, con la influencia consecutiva que esa imposición tiene también sobre el poder de disposición de las viviendas por sus legítimos propietarios. Y, además, añade que, para que eso se produzca, no será óbice el hecho de que se trate de casos en los que está abierto un procedimiento penal por habitar la vivienda careciendo de título habilitante para ello. La norma controvertida, y la sentencia que viene a darla por válida, parecen presuponer que el hecho de que el propietario no requiera de la vivienda para satisfacer sus propias necesidades en la materia es motivo suficiente para excluir la afectación a su derecho de propiedad y para justificar la ocupación de la vivienda por un tercero (usurpación), lo que me parece un entendimiento erróneo de la noción de “afectación” que contiene el art. 86.1 CE como límite material a la regulación mediante decreto-ley.

Y, desde la perspectiva de la vertiente objetiva del derecho de propiedad, la norma controvertida hace ceder el derecho de disposición de los propietarios en atención a una pretendida función social, cuando, de haber sido probada la situación de vulnerabilidad económica y social, su atención corresponde, como ya he señalado, a los poderes públicos con cargo a los recursos de los que disponen, y no a determinados particulares a los que, por decisión del Gobierno, se les impone, como ya he señalado antes, la carga de que sus bienes sean utilizados para atender tales situaciones. No me parece ocioso recordar que la función social delimita el contenido del derecho de propiedad, pero no su contenido esencial (art. 53.1 CE), que debe ser respetado siempre (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5). Una privación completa, aunque sea temporal, de la disponibilidad del bien inmueble y de su utilidad económica convierte la propiedad en una carga que se impone exclusivamente a los propietarios afectados para la utilidad de todos [...]

[E]s asimismo, cuestionable que vaya acompañada de la compensación económica que sería exigible, pues, [...] esa supuesta compensación dista mucho de ser automática [...]

Se trata de una compensación peculiar, en la medida en que se hace con cargo a los recursos del plan estatal de vivienda 2018-2021 y, muy especialmente, porque solo cabe pedirla en un caso muy particular, en que la administración pública incurre un funcionamiento gravemente anormal: cuando, emitido informe por los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, estas medidas no se adoptaran en un plazo de tres meses. Paradójicamente, si los servicios sociales no emiten su informe no comienza a correr ese plazo, por

lo que el propietario perjudicado se verá privado en ese supuesto de solicitar la compensación económica por la privación temporal de su bien inmueble. Y, adicionalmente, para solicitar esa compensación se exige que los propietarios perjudicados acrediten que la suspensión del lanzamiento les haya ocasionado perjuicio económico, al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble. Fácilmente se comprueba que la posibilidad de conseguir la compensación económica a la que se refiere la sentencia está sometida a tales restricciones en la normativa que la regula que cabe dudar seriamente de que pueda ser considerada una compensación efectiva.

Creo, por tanto, que la regulación examinada no tiene el limitado alcance que la sentencia le atribuye, pues, atendiendo a su ámbito de aplicación, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada, limitando las posibilidades de disposición de sus titulares y, al propio tiempo, definiendo la función social del mismo, que son, como hemos visto, los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad. Se trata de una transferencia coactiva no voluntaria, puesto que se obliga al propietario a tolerar el uso sin título de su vivienda, e implica una intensa afectación del derecho de propiedad, claramente gravosa, establecida por razones de interés público relacionadas con la atención de determinadas situaciones de vulnerabilidad social o económica [...]

[L]a medida discutida supone, a mi entender, que el propietario perjudicado se ve privado, durante un prolongado periodo de tiempo, y sin compensación económica efectiva, de la utilidad de su derecho de propiedad sobre el bien inmueble, con el deber de soportar las cargas que del mismo se derivan, lo que determina que la norma impugnada haya superado uno de los límites materiales que el art. 86.1 CE impone a los decretos-leyes».

La STC 15/2023, de 7 de marzo, también desestima el recurso de inconstitucionalidad, remitiéndose a la doctrina de la STC 9/2023, de 22 de febrero, indicando que

«[...] no se acomete una regulación directa del derecho de propiedad de la vivienda, ni se afecta al contenido esencial de tal derecho, sino que se incide en las facultades protegidas de manera temporal y solo en supuestos en que concurren exigentes requisitos establecidos con carácter cumulativo, y previa valoración ponderada de las circunstancias de cada caso concreto por parte del órgano judicial. Más precisamente, lo que hacen dichos incisos es extender a los procesos penales la suspensión de lanzamientos ya introducida en su momento, para determinados juicios verbales en el ámbito civil, por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre. Medida de suspensión que, por otra parte, no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico...».

Como era de esperar, se repite en lo sustancial el Voto Particular disidente²⁸¹:

«Para el propietario de una vivienda que se encuentre en la situación descrita en la norma supone la imposibilidad temporal de recuperar la disposición sobre ella, incluso cuando se trate de un procedimiento penal por ser su ocupación (usurpación) constitutiva de delito, lo que también comporta, de hecho, legitimar dicha ocupación y la continuación de la perpetración del delito imputado. La medida discutida, incluida en los incisos impugnados, implica que el propietario perjudicado se ve privado, durante un prolongado periodo de tiempo (que ya llega a los tres años), sin compensación económica efectiva, de la utilidad de su derecho de propiedad sobre el bien inmueble, subsistiendo, por el contrario, el deber de soportar las cargas que del mismo se derivan, incluso en casos que han dado lugar a la incoación de procedimientos penales por habitar la vivienda careciendo de título habilitante para ello».

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada», *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011, pp. 9-47.
- AGUILERA VAQUÉS, Mar: «Propuestas para definir los límites constitucionales a la propiedad privada (*regulatory takings* vs regulaciones inconstitucionales de la propiedad)», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, vol. II, pp. 939-964.

²⁸¹ Formulado por el Magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla. La Magistrada doña Concepción Espejel Jorquera añade

«[L]a regulación ahora impugnada priva a los propietarios del uso y disfrute de la vivienda y limita su facultad de disposición, dada la evidente dificultad de vender un inmueble ocupado sin título y mediante la comisión de un delito y respecto del cual no existe constancia del momento en el que podrá ser recuperada la posesión, situación que, frente a la premisa de limitación temporal de la suspensión del lanzamiento argumentada en la sentencia, se viene ya prolongando mediante sucesivos decretos-leyes desde hace varios años.

Dicha afectación de las facultades esenciales inherentes a la propiedad, uso y disfrute y disposición, en beneficio de los condenados en causa penal, en detrimento del derecho de los propietarios perjudicados, no puede estimarse justificada mediante la alusión a la función social de la propiedad que han de garantizar los poderes públicos, lo que no puede efectuarse en detrimento de los particulares afectados por la norma, que se ven privados de sus bienes y simultáneamente deben seguir sufragando las cargas fiscales correspondientes, los gastos inherentes a la propiedad y los consumos disfrutados por terceros; soportando así una ilegítima privación de sus derechos para hacer frente a una situación que, en su caso, debería abordarse con cargo a fondos públicos».

Hay también otro Voto Particular disidente del Magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, que no entra en cuestiones relativas al derecho de propiedad.

- ANDERSON, Miriam: «La doble dimensión del derecho a la vivienda en el ámbito privado: objeto especialmente protegido y límite del derecho de propiedad», *Derecho Privado y Constitución*, 2021, n.º 38, pp. 81-117.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- ARRUÑADA, Benito: «La crisis del derecho de propiedad», en AA.VV., *La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda. Índice de Derecho de Propiedad 2020*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2021, pp. 54-74. Disponible en: <https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/IEE-Informe-Marzo-2021.La-propiedad-privada-en-Espana.IIDP-2020-1.pdf> (última consulta: 23 de febrero de 2023).
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, Irene: «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, n.º 787, pp. 2875-2927.
- BAÑO LEÓN, José M^a.: «El contenido esencial de la propiedad en el contexto del derecho europeo», en AA.VV., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, vol. II, Universidad de Zaragoza-IberCaja-Caja Inmaculada-El Justicia de Aragón-Cortes de Aragón-Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 1781-1796.
- BARCELONA LLOP, Javier: «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011, pp. 49-87.
- BARCELONA LLOP, Javier: *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: «La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza», *Revista de Administración Pública*, 1989, n.º 119, pp. 269-311.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 1994, n.º 135, pp. 495-535.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La propiedad», *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, 1993, n.º 8, pp. 203-228.
- CALABRESI, Guido; y MELAMED, A. Douglas: «Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral», *Anuario de Derecho Civil*, 1997, vol. 50, pp. 187-235.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, n.º 11, pp. 39-106.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «*Ius aedificandi*» y *accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- COLINA GAREA, Rafael: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, J.M.Bosch, Barcelona, 1997.
- COOTER, Robert; y ULEN, Thomas: *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, 3.ª ed.
- DE LOS MOZOS, José Luis: *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

- DELAVEAU SWETT, Rodrigo: «La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana», *Revista Chilena de Derecho*, 2006, vol. 33, n.º 3, pp. 411-438.
- DEMSETZ, Harold: «Toward a Theory of Property Rights», *The American Economic Review*, 1967, vol. 57, n.º 2, pp. 347-359.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico*, 1971, n.º 23, pp. 13-33.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1257-1270.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Propiedad y Constitución», en AA.VV., *Propiedad y Derecho Civil*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 13-22.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: «¿Hay que indemnizar las privaciones generales de propiedad? (En torno a la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* de 22 de enero de 2004)», en AA.VV., *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios, Madrid, 2005, pp. 119-133.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 4.ª ed. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com> (última consulta: 26 de abril de 2023).
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *Indret*, 2012a, n.º 1, pp. 1-60.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Prohibido regar: ¿Expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable?», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2012b, n.º 39-40, pp. 269-291.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: «Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, 2006, n.º 225, pp. 119-158.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *Revista de Administración Pública*, 1996, n.º 141, pp. 131-154.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2022, 17.ª ed. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/> (última consulta: 23 de febrero de 2023).
- GARRIDO FALLA, Fernando: «El régimen administrativo de la propiedad», *Revista de Derecho Privado*, 1959, pp. 457-475.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?», *Anuario de Derecho Civil*, 1998, vol. 51, pp. 1035-1070.
- GUILABERT VIDAL, María Remedios: «La inconstitucionalidad de la normativa catalana sobre el control de precios en el arrendamiento: SSTC 37/2022, 57/2022, 118/2022 y 150/2022», *Derecho Privado y Constitución*, 2023, n.º 42, pp. 179-215.
- GUILOFF TITIUN, Matías: «En defensa del casuismo: reflexiones acerca del control de constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad privada», *Estudios Constitucionales*, 2019, n.º 2, pp. 265-300.
- HARDIN, Garrett: «The Tragedy of Commons», *Science*, 1968, vol. 162, pp. 1243-1248.

- HELLER, Michael A.: «The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets», *Harvard Law Review*, 1998, vol. 111, pp. 621-688.
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita: «La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex Rey de Grecia y otros c. Grecia)», *Derecho Privado y Constitución*, 2001, n.º 15, pp. 239-264.
- LASARTE, Carlos: «Propiedad privada e intervencionismo administrativo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975, n.º 239, pp. 135-165.
- LOBATO GÓMEZ, J. Miguel: *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Montecorvo, Madrid, 1989.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M^a.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M^a.: «El derecho de propiedad. Una relectio», *Anuario de Derecho Civil*, 1998, vol. 51, pp. 1637-1692.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M^a.: «¿Un nuevo paradigma jurídico del mercado tras la crisis?», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 2020, n.º 28, pp. 112-141.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M^a.: «Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda», *Cuadernos de Derecho Local*, 2022, n.º 59, pp. 14-34.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo», *La Ley*, 2023, n.º 10295, 26 de mayo de 2023. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es> (última consulta: el 26 de mayo de 2023).
- MARÍN GARCÍA, Ignacio; y MILÀ RAFEL, Rosa: «El alquiler forzoso de la vivienda desocupada. La expropiación temporal del usufructo del art. 42 del Proyecto de Llei de Dret a l'Habitatge de Catalunya, de 12 de diciembre de 2006», *InDret*, 2007, n.º 2, pp. 1-33.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *La propiedad en las Leyes del Suelo*, Civitas, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz: «Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria», *InDret*, 2008, n.º 4, pp. 1-22.
- MECO TÉBAR, Fabiola: «La función social de la propiedad: reconocimiento, alcance y criterios. Especial referencia a la vivienda», en AA.VV., *Derechos reales (Tratado práctico interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 433-448.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «La propiedad en la nueva Ley del Suelo», *Derecho Privado y Constitución*, 1994, n.º 3, pp. 63-130.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María: «La función social de la propiedad y su repercusión en los supuestos indemnizatorios de la Ley 8/2007 de Suelo y los espacios naturales protegidos», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, 2008, n.º 38, pp. 35-62.
- MESSÍA DE LA CERDA, Jesús Alberto: «La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, n.º 783, pp. 3417-3465.
- MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

- MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: «Concepto constitucional de la propiedad: especial referencia a la propiedad urbana», en AA.VV., *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios, Madrid, 2005, pp. 153-172.
- MONTÉS, Vicente L.: *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.
- MUÑOZ GUIJOSA, M^a. Astrid: *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas, Madrid, 2009.
- MUÑOZ GUIJOSA, M^a. Astrid: *La vinculación singular en la normativa sobre suelo y urbanismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015a. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/> (última consulta: 8 de marzo de 2023).
- MUÑOZ GUIJOSA, M^a. Astrid: «La problemática conceptualización jurídica de la vinculación singular y su trascendencia aplicativa», *Revista de Administración Pública*, 2015b, n.º 196, pp. 171-207.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. XIV, *La actividad regulatoria de la Administración*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2017, n.º 35, pp. 43-69.
- NASARRE AZNAR, Sergio: *Los años de la crisis de la vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «El Proyecto de Ley de vivienda 2022», *Apuntes. Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19*, 2022, pp. 1-25. Disponible en: <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf> (última consulta: 4 de marzo de 2023).
- NASARRE AZNAR, Sergio; y MOLINA ROIG, Elga: «La política de vivienda y el Derecho civil», en AA.VV., *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 185-241.
- NIETO, Alejandro: «Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa», *Revista de Administración Pública*, 1962, n.º 38, pp. 67-124.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert: «Regular los alquileres en un entorno hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España», en AA.VV., *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 15-55.
- OSTROM, Elinor: *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, UNAM, México, 2000.
- PARADA, Ramón: «Evolución y crisis del instituto expropiatorio», *Documentación Administrativa*, 1990, n.º 222, pp. 41-78.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (I)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1978a, n.º 17, pp. 245-272.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1978b, n.º 19, pp. 541-570.
- PAZ-ARES, Cándido: «Principio de eficiencia y derecho privado», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900.
- PIPES, Richard: *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Turner-Fondo de Cultura Económica, Madrid-México, 2002.
- PONS CÀNOVAS, Ferran: *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- PONT CASTEJÓN, Isabel: «La técnica expropiatoria en Derecho anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña», *Documentación Administrativa*, 1990, n.º 222, pp. 223-251.
- POSNER, Richard A.: *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica. México, 2007, 2.ª ed.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «El derecho a la propiedad privada en la Constitución Española 1978», *Revista Jurídica del Notariado*, 2018, n.º extraordinario, pp. 321-367.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada y derecho a la propiedad de vivienda (A propósito del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda)», *Revista Jurídica del Notariado*, 2022, n.º 115, pp. 131-174.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: *La propiedad privada en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994a.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, 1994b, n.º 3, pp. 169-202.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «El devaluado derecho fundamental de propiedad privada», en AA.VV., *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios, Madrid, 2005, pp. 195-228.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «El devaluado derecho de propiedad privada», *Persona y Derecho*, 2006, n.º 55, pp. 959-995.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «El nuevo criterio de «la tutela materialmente equivalente» en relación con las expropiaciones legislativas (La STC 48/2005)», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2007, n.º 19, pp. 397-412.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «La garantía constitucional del dret a la propietat privada», *Derecho Privado y Constitución*, 1994, n.º 3, pp. 203-234.
- RICCIO, Angelo: *La propiedad en el marco del convenio europeo de derechos humanos*, Reus, Madrid, 2018.
- ROCA TRÍAS, Encarnación; y AHUMADA RUIZ, Mª. Ángeles: «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», en AA.VV., *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. xv Conferencia Trilateral. 24-27 de octubre 2013. Roma*, pp. 1-37. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf> (última consulta: 22 de febrero de 2023).
- RODOTÀ, Stefano: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «Artículo 33», en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. xl Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer-Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018a, pp. 1147-1175.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «Una revolución silenciosa (I): la propiedad privada», «post» de 15 de junio de 2018, Almacén de Derecho, 2018b. Disponible en: <https://almacenederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada> (última consulta: 30 de junio de 2023).
- ROGEL VIDE, Carlos: *El derecho a la herencia en la constitución*, Reus, Madrid, 2017.
- SÁNCHEZ BALLESTEROS, Vanesa: «Los límites de la función social de la propiedad en la modelización de las facultades del propietario como garantía de acceso a la vivienda digna para todos y la libertad de empresa», *Revista de Derecho Civil*, 2023, n.º 1, pp. 141-174.

- SANTAELLA QUINTERO, Héctor: *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- SERNA VALLEJO, Margarita: «Apuntes para la revisión del concepto de *propiedad liberal* en España doscientos años después de Cádiz», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2011, pp. 469-491.
- SHAVELL, Steven: *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2017.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «Naturaleza jurídica, contenido y efectos de la regulación de un derecho fundamental a la vivienda en la Constitución Española», en AA.VV., *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 53-88.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, 2023, n.º 42, pp. 139-177.
- SIMOU, Sofía: «La configuración filoclimática del derecho de propiedad», *InDret*, 2017, n.º 3, pp. 1-65.
- SMITH, Adam: *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- TORNOS MAS, Joaquín: «El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, n.º 99-100, pp. 2853-2871

LISTADO JURISPRUDENCIAL

RESOLUCIÓN	PONENTE	REFERENCIA
STEDH (Sección 3.ª) de 22 de enero de 2004 (Jahn y otros c. Alemania)	No consta	TEDH 2004\5
STEDH (Gran Sala) de 30 de junio de 2005 (Jahn y otros c. Alemania)	No consta	JUR 2005\174053
STEDH (Sección 5.ª) de 8 de diciembre de 2011 (Althoff y otros c. Alemania)	No consta	TEDH 2011\105
STEDH (Sección 5.ª) de 8 de diciembre de 2011 (Göbel y otros c. Alemania)	No consta	JUR 2011\416838
STC 11/1981, de 8 de abril	Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León	BOE, n.º 99, de 25 de abril de 1981, pp. 1-13
STC 27/1981, de 20 de julio	Don Plácido Fernández Viagas	BOE, n.º 193, de 13 de agosto de 1981, pp. 12-18
STC 111/1983, de 2 de diciembre	Don Jerónimo Arozamena Sierra	BOE, n.º 298, de 14 de diciembre de 1983, pp. 36-49
STC 108/1986, de 29 de julio	Don Ángel Latorre Segura	BOE, n.º 193, de 13 de agosto de 1986, pp. 14-26
STC 166/1986, de 19 de diciembre	Don Eugenio Díaz Eimil	BOE, n.º 3, de 3 de enero de 1987, pp. 10-21
STC 37/1987, de 26 de marzo	Don Jesús Leguina Villa	BOE, n.º 89, de 14 de abril de 1987, pp. 6-22
STC 67/1988, de 18 de abril	Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	BOE, n.º 108, de 5 de mayo de 1988, pp. 2-9
STC 227/1988, de 29 de noviembre	Don Jesús Leguina Villa	BOE, n.º 307, de 23 de diciembre de 1988, pp. 2-37
STC 170/1989, de 19 de octubre	Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	BOE, n.º 267, de 7 de noviembre de 1989, pp. 49-56
STC 6/1991, de 15 de enero	Don Carlos de la Vega Benayas	BOE, n.º 38, de 13 de febrero de 1991, pp. 13-21
STC 149/1991, de 4 de julio	Don Francisco Rubio Llorente	BOE, n.º 180, de 29 de julio de 1991, pp. 14-53
STC 89/1994, de 17 de marzo	Don Luis López Guerra	BOE, n.º 89, de 14 de abril de 1994, pp. 56-70
STC 102/1995, de 26 de junio	Don Rafael de Mendizábal Allende	BOE, n.º 181, de 31 de julio de 1995, pp. 3-44

RESOLUCIÓN	PONENTE	REFERENCIA
STC 156/1995, de 26 de octubre	Don Julio Diego González Campos	BOE, n.º 284, de 28 de noviembre de 1995, pp. 18 a 26
STC 207/1999, de 11 de noviembre	Don Pablo García Manzano	BOE, n.º 300, de 16 de diciembre de 1999, pp. 41 a 46
STC 204/2004, de 18 de noviembre	Don Vicente Conde Martín de Hijas	BOE, n.º 306, de 21 de diciembre de 2004, pp. 63-76
STC 48/2005, de 3 de marzo	Doña María Emilia Casas Baamonde	BOE, n.º 81, de 5 de abril de 2005, pp. 62-74
STC 112/2006, de 5 de abril	Don Pablo Pérez Tremps	BOE, n.º 110, de 9 de mayo de 2006, pp. 58-72
STC 28/2012, de 1 de marzo	Don Pablo Pérez Tremps	BOE, n.º 75, de 28 de marzo de 2012, pp. 74 a 83
STC 93/2015, de 14 de mayo	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 146, de 19 de junio de 2015, pp. 51425-51464
STC 144/2015, de 22 de junio	Don Andrés Ollero Tassara	BOE, n.º 182, de 31 de julio de 2015, pp. 66645-66653
STC 154/2015, de 9 de julio	Don Andrés Ollero Tassara	BOE, n.º 194, de 14 de agosto de 2015, pp. 74295-74322
STC 95/2017, de 6 de julio	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 191, de 11 de agosto de 2017, pp. 81254-81275
STC 16/2018, de 22 de febrero	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 72, de 23 de marzo de 2018, pp. 32703-32726
STC 32/2018, de 12 de abril	Don Alfredo Montoya Melgar	BOE, n.º 124, de 22 de mayo de 2018, pp. 53639-53660
STC 43/2018, de 26 de abril	Doña Encarnación Roca Trías	BOE, n.º 130, de 29 de mayo de 2018, pp. 55949-55964
STC 80/2018, de 5 de julio	Don Antonio Narváez Rodríguez	BOE, n.º 189, de 6 de agosto de 2018, pp. 79415-79445
STC 97/2018, de 19 de septiembre	Doña Encarnación Roca Trías	BOE, n.º 247, de 12 de octubre de 2018, pp. 99873-99898

RESOLUCIÓN	PONENTE	REFERENCIA
STC 106/2018, de 4 de octubre	Don Fernando Valdés Dal-Ré	BOE, n.º 264, de 1 de noviembre de 2018, pp. 107100-107108
STC 116/2019, de 16 de octubre	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 279, de 20 de noviembre de 2019, pp. 128088-128100
STC 16/2021, de 28 de enero	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 46, de 23 de febrero de 2021, pp. 22004-22045
STC 112/2021, de 13 de mayo	Don Ricardo Enríquez Sancho	BOE, n.º 142, de 15 de junio de 2021, pp. 73275-73305
STC 148/2021, de 14 de julio	Don Pedro José González-Trevijano Sánchez	BOE, n.º 182, de 31 de julio de 2021, pp. 93561-93655
STC 183/2021, de 27 de octubre	Don Antonio Narváez Rodríguez	BOE, n.º 282, de 25 de noviembre de 2021, pp. 145259-145376
STC 37/2022, de 10 de marzo	Don Pedro José González-Trevijano Sánchez	BOE, n.º 84, de 8 de abril de 2022, pp. 48495-48531
STC 57/2022, de 7 de abril	Doña María Luisa Balaguer Callejón	BOE, n.º 113, de 12 de mayo de 2022, pp. 66483 a 66508
STC 8/2023, de 22 de febrero	Doña María Luisa Balaguer Callejón	BOE, n.º 77, de 31 de marzo de 2023, pp. 47742-47776
STC 9/2023, de 22 de febrero	Don Cándido Conde-Pumpido Tourón	BOE, n.º 77, de 31 de marzo de 2023, pp. 47777-47797
STC 15/2023, de 7 de marzo	Don Ramón Sáez Valcárcel	BOE, n.º 89, de 14 de abril de 2023, pp. 53416-53444
STS (cont.) de 27 de octubre de 1979	Don Isidro Pérez Frade	ECLI:ES:TS:1979:2206
STS (cont.) de 21 de febrero de 1981	Don Ángel Martín del Burgo y Marchán	ECLI:ES:TS:1981:573
STS (cont.) de 5 de mayo de 1981	Don Ángel Martín del Burgo y Marchán	ECLI:ES:TS:1981:410

El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación¹

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

*Ten hijos trece,
y ninguno se parece.*
Refrán popular

RESUMEN

Frente a las dificultades que supone la desheredación testamentaria –aun siendo por causa justa y a pesar de su ampliación por la jurisprudencia a los supuestos de maltrato psíquico–, y partiendo de la libertad de cualquiera de disponer inter vivos de todos sus bienes, se propone al Notariado el contrato de vitalicio o de alimentos como alternativa apropiada para privar a los legitimarios indeseables de su legítima. Este contrato de alimentos, al ser, esencialmente, oneroso y bilateral –y no una donación–, evitará que los bienes dispuestos en vida por el causante formen parte de la masa hereditaria, de manera que no habrá que traerlos a la cuenta de la herencia, ni para el cálculo de la legítima (ex art. 818 CC), ni para la colación entre los herederos forzosos (ex art. 1035 CC).

PALABRAS CLAVE

Funciones notariales, Legítima, Herederos forzosos, Desheredación, Contrato de vitalicio o de alimentos.

¹ La versión original de este trabajo fue galardonada, por unanimidad y por tercer año a favor del autor, con el *Premio Ilustre Colegio Notarial de Andalucía* de la Convocatoria 2021, otorgado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada en la sesión del Pleno de Académicos Numerarios celebrada el día 30 de junio de 2022, y que fue entregado en la bella ciudad de la Alhambra en solemne acto público celebrado el día 28 de noviembre de 2022.

About the lifetime alimony contract as an appropriate alternative to disinheritance

ABSTRACT

Facing the difficulties of testamentary disinheritance –even if for just cause and despite its extension by jurisprudence to cases of psychological abuse–, and starting from freedom of any person to dispose of all his property inter vivos, is proposed to the notarial profession the lifetime alimony contract as an adequate alternative to deprive of unwanted forced heirs of their legal inheritance rights. This lifetime alimony contract, being essentially for pecuniary interest and bilateral –and not a donation–, will prevent the assets disposed of in life by the deceased are part of the hereditary mass, so that they will not have to be brought to the inheritance account, neither for the calculation of legal inheritance rights (ex art. 818 Spanish civil Code), nor for collation among the forced heirs (ex art. 1035 Spanish civil Code).

KEY WORDS

Notarial functions, Legal inheritance rights, Forced heirs, Disinheritance, Lifetime alimony contract.

SUMARIO: I. *Introducción:* 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La permisible intervención del Notariado en esta materia: 2.1 Breve referencia a los deberes esenciales del Notariado. 2.2 La efectiva colaboración del Notariado en esta posible elección de los interesados.–II. *Los inconvenientes jurídicos de la desheredación aun considerándose justa:* 1. Ideas previas: 1.1 Restricciones derivadas de la institución jurídica de la legítima: cuestionamiento de su vigencia actual. 1.2 Delimitación, forma y expresión de la desheredación. 2. La exigencia probatoria de la causa de la desheredación a los favorecidos por ella: 2.1 Criterios generales. 2.2 La ampliación de las causas de desheredación por el Tribunal Supremo: A) El originario principio de interpretación restrictiva de la institución de la desheredación; B) La consagración jurisprudencial del maltrato psicológico como causa de desheredación y su impreciso alcance; C) La necesidad y dificultad de justificar el motivo de la desheredación a pesar de la expansión jurisprudencial.–III. *El contrato de vitalicio como opción legítima del causante para disponer en vida de sus bienes:* 1. Consideraciones preliminares: 1.1 Aproximación a su concepto. 1.2 Su carácter más allá de lo puramente económico. 2. La libertad dispositiva *inter vivos* del causante como fundamento cardinal de esta permitida alternativa a la desheredación. 3. Los requisitos esenciales para la virtualidad de este convenio de vitalicio: 3.1 La onerosidad. 3.2 La bilateralidad. 3.3 La aleatoriedad.–IV. *Conclusiones.*–V. *Bibliografía.*–VI. *Sentencias citadas:* 1. Sentencia del Tribunal Constitucional. 2. Sentencias del Tribunal Supremo. 3. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas. 4. Sentencias de las Audiencias Provinciales.–

VII. *Resoluciones de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado.*—VIII. *Resoluciones de la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.*

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Los testadores, en muchas ocasiones y atendidas las circunstancias y vivencias concretas de relación con sus hijos legitimarios, sus afectos o sus dificultades, se sienten muy presionados por la rigidez del sistema legitimario establecido en el Código Civil, por lo que buscan diversas alternativas que no siempre parecen ajustadas estrictamente a Derecho. Así, unas veces, en testamento, se hacen legados inoficiosos a algunos legitimarios o a terceros, aunque instituyendo herederos a todos los hijos, con lo que se pretende aparentar el respeto a la legítima pero, en realidad, no existen bienes suficientes para pagarla produciéndose una verdadera desheredación de hecho sin tener que acudir a la institución regulada en los artículos 848 y siguientes del Código Civil. En otros supuestos el causante realiza una partición *inter vivos* de sus bienes que pretende ser vinculante (*ex art. 1056.1.º CC*), perjudicando claramente las legítimas o, en su caso, se hacen donaciones en vida que, al ser manifiestamente inoficiosas (*ex art. 636 CC*), quebrantan igualmente el derecho de los legitimarios. Incluso, con cierta frecuencia, se utilizan sistemas muy expeditivos, como las donaciones encubiertas a través de escrituras públicas de compraventa de inmuebles —a favor de algunos hijos o de terceros—, que plantean problemas de simulación y de posible nulidad por defraudar los derechos de los herederos forzosos¹.

Ciertamente, el testador puede lograr una innegable libertad frente a los legitimarios en las disposiciones *inter vivos* y *mortis causa* a través de la institución jurídica de la desheredación. No obstante, este instituto jurídico está legalmente regulado dentro de unos contornos y con unos presupuestos muy estrictos que, si bien

¹ REBOLLEDO VARELA, *RAC-M*, 2011, p. 98, advertía que dado «que las transmisiones a título oneroso no repercuten en las legítimas ni son traídas a computación, no son infrecuentes las donaciones simuladas bajo forma de compraventa realizadas en fraude de las legítimas de otros hijos o descendientes»; y DÍAZ ALABART, *RDP*, 1980, pp. 1101 y ss., estudiaba ya la posible nulidad de estas donaciones simuladas. Respecto de la imputación de las donaciones inoficiosas en el patrimonio hereditario, *Vid.* VELA SÁNCHEZ, *RDC*, 2018, pp. 337 y ss.

han sido ampliados por la jurisprudencia como se verá, hacen muy difícil su estimación en la práctica. Además, sus efectos jurídicos no siempre son los buscados por el testador, pues, aunque concurra la oportuna y justificada causa de desheredación, no existirá plena libertad en la disposición de los bienes si el desheredado justamente tiene hijos o descendientes, puesto que, según el artículo 857 CC, estos «ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima», accediendo a la herencia por vía de representación (*ex art. 929 CC*) en cuanto a aquella porción legitimaria². Por todo ello, alguna doctrina entiende que sería muy conveniente que el propio Notario recomendara al testador que, en testamento, legase al hijo indeseable su legítima estricta, instituyendo herederos universales a los demás hijos, pues, aunque este mecanismo no respondería totalmente a la voluntad del testador –que es la de despojar al hijo indigno de cualquier atribución patrimonial en la herencia–, sí que evitaría, en realidad, a los demás herederos forzosos una reclamación judicial al fallecimiento del causante³.

A mi juicio, el tradicionalmente llamado contrato de vitalicio⁴ –hoy, legalmente, contrato de alimentos–, surge en este punto como una posible solución al tratarse de un contrato oneroso y bilateral, de manera que, como ha establecido la jurisprudencia, si se cumplen todos sus presupuestos legales tendrá plena virtualidad jurídica y no encubrirá una donación. Por tanto, partiendo de esta base cardinal, puede afirmarse que la relación de los negocios onerosos válidos hechos en vida por el causante y el cálculo de las legítimas

² Vid. REBOLLEDO VARELA, *RAC-M*, 1995, pp. 125, 130 y 132, y GARRIDO DE PALMA, 2019, p. 139. ROMERO COLOMA, *RDF*, 2018, p. 52, resume en este punto que: «Desheredar a un hijo, o a otro descendiente, es una decisión difícil, dura, compleja, delicada». La RDGSJFP 21 marzo 2022 (seguida por la RDGSJFP 20 julio 2022) explica que es «necesario que se acredite -mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitido en derecho- quiénes son esos hijos o descendientes, manifestando expresamente que son los únicos; siendo necesaria su intervención en las operaciones de adjudicación de la herencia. Y, si el desheredado carece de descendientes, es necesario que se manifieste así expresamente por los otorgantes».

³ MALDONADO RUBIO, *RJN*, 2017, p. 623. También GONZÁLEZ CARRASCO, *CCJC*, 2015, p. 282, considera que el «Notario autorizante únicamente puede aconsejar al otorgante dejar al legitimario lo que por legítima estricta le corresponda, mejorando al resto. Nótese que, de hecho, es la misma solución que si introduce una cláusula de dudosa eficacia que desemboca finalmente en una declaración judicial de desheredación injusta (art. 851 CC)».

⁴ Como explica la Notaria CALAZA LÓPEZ, *RDU*, 2016, pp. 252 y 254, en «los formularios notariales es frecuente encontrar la denominación de *pensión alimentaria, alimentos vitalicios, cesión de bienes a cambio de alimentos o cesión de bienes a cambio de asistencia* que, en nuestra opinión, es la que mejor responde a la practicidad del contrato; asimismo también hemos visto, aunque en menor medida, la denominación de contrato de *manutención plena*... (No obstante) la costumbre se impone con tenacidad a formulismos y fórmulas ajenas, de modo que la realidad social... invoca la inveterada denominación de vitalicio, tan arraigada en doctrina, práctica jurisprudencial y notarial, que ha mantenido su uso frente al bautizado por el poder legislativo como contrato de alimentos».

es incontestable, esto es, los bienes dispuestos debidamente no formarán parte del *relictum* hereditario, aunque su destinatario fuere un descendiente legitimario, ya que tales bienes se integrarían en su propio patrimonio por título oneroso y no habría que traerlos a la cuenta de la herencia, ni para el cálculo de la legítima (*ex art.* 818 CC), ni para la colación entre los herederos forzosos (*ex art.* 1035 CC). En este sentido, por poner un ejemplo, la relevante STS (1.^a Civil) 19 diciembre 1990, en relación con la impugnación por algunos legitimarios de una compraventa realizada entre la causante y otro heredero forzoso, declaró que, probándose la concurrencia de una compraventa real y existente, esto es, de un verdadero negocio jurídico oneroso *inter vivos*, no puede mantenerse la presencia de una donación encubierta colacionable, de ahí que su valor económico no «haya de añadirse al del caudal relicto» [STSJ Cataluña (1.^a) 21 marzo 1991].

Voy a proceder a desarrollar ahora, detenidamente, todas las cuestiones cardinales que se plantean en esta materia, empezando por su importantísima trascendencia notarial.

2. LA PERMISIBLE INTERVENCIÓN DEL NOTARIADO EN ESTA MATERIA

2.1. Breve referencia a los deberes esenciales del Notariado

Conforme al fundamental artículo 1.1.º de la Ley del Notariado (LN) –Ley de 28 de mayo de 1862–, el «Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales»; pero, además, como jurista o profesional del Derecho, el Notariado debe aconsejar y asesorar con imparcialidad a los otorgantes, y adecuar su voluntad al ordenamiento jurídico vigente, indagando, interpretando e, incluso, completando, si necesario fuere, tal voluntad inicial, informando a las partes intervinientes del valor y alcance de la redacción contenida en el correspondiente instrumento público otorgado (*ex art.* 147 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN) –Decreto de 2 de junio de 1944–)⁵.

⁵ Este doble carácter –funcionario/profesional del Derecho– del Notariado se recoge, p.e., por GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, *RJN*, 2018, p. 231, quien explica que el «notario, como profesional tiene a su cargo asesorar a las partes y aconsejarles los medios jurídicos más apropiados para el logro de sus fines. Pero el notario es, efectivamente, del mismo modo, autoridad o funcionario público... y crea un producto documental, el instrumento público, mediante la redacción y configuración formal del mismo, mediante el control de la legalidad del *negotium* documentado en él y mediante la autenticación de su

En primer lugar, hay que partir de que una de las funciones básicas del Notariado es el juicio o control de legalidad, tanto de la forma como respecto del fondo de la materia que es objeto del instrumento público que se otorga –desempeño crucial que ha asumido con rotundidad nuestro Tribunal Constitucional⁶–, de manera que esta actividad notarial esencial –en la que está, ciertamente, el origen de la propia fe pública–, se encuentra íntimamente ligada a la de asesoramiento jurídico de los ciudadanos, lo que supone un verdadero compromiso notarial⁷. En consecuencia, debe procurarse que el acto o negocio jurídico otorgado sea idóneo, legalmente, para alcanzar los propósitos prácticos que los sujetos intervinientes persiguen, por lo que el Notariado tiene también por misión el cuidado y consecución de los legítimos intereses privados en juego.

Por otro lado, el fedatario público, en aras del cardinal postulado de la seguridad jurídica, debe, al tiempo de indagar cuál sea el pretendido propósito de la parte –o partes intervinientes–, informar sobre todas las posibles normas aplicables al caso –incluyendo las de Derecho dispositivo–, e, incluso, prever, razonablemente, los hechos que posiblemente pueden producirse en el futuro y que afecten, jurídicamente, a la declarada voluntad actual de los intervinientes en el correspondiente instrumento público otorgado por el Notariado⁸.

propia actuación y de la de sus otorgantes, también en cuanto al fondo». *Vid.* VELA SÁNCHEZ, *ADC*, 2022, pp. 425-430.

⁶ La relevante STC 207/1999, de 11 de noviembre, afirma que a «los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado..., dispone que *El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*, función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento..., en su art. 145, párrafo 2, al imponer a los Notarios no solo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización notarial cuando ... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos»; sosteniendo a continuación que la «función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público».

⁷ «Una tarea labrada durante siglos, consiguiente a su fidelidad y compromiso para recoger en el documento público la voluntad de los otorgantes, rectamente formada, gracias a la información y asesoramiento notariales, y en la que cabe encontrar el origen de la fe pública, en tanto que bien jurídico. Fe pública que, de un lado, presupone el compromiso del notario con... la legalidad, y que es consecuencia de la credibilidad que, tradicionalmente, le han dispensado los ciudadanos, que, en definitiva, es causa eficiente de la autoridad que recibimos por parte del ordenamiento jurídico», MARTÍNEZ SANCHIZ, *RJN*, 2018, p. 11.

⁸ FERNÁNDEZ EGEA, 2016, pp. 113 y ss. *Vid.*, también, RODRÍGUEZ ADRADOS, *RJN*, 2004, pp. 196-197; y *RJN*, 2018, pp. 88-89, quien explica acertadamente que el Notariado «habrá de indagar la voluntad empírica de las partes, que con frecuencia es una voluntad no informada, una decisión tomada sin la información legal indispensable...; una voluntad incompleta, que solo regula los aspectos fundamentales e inmediatos; una voluntad impre-

Pues bien, esas sustanciales funciones notariales de asesoramiento jurídico y logro de la necesaria seguridad jurídica⁹ –consagrada expresamente, no se olvide, en el art. 9.3.º CE: «*La Constitución garantiza... la seguridad jurídica*»–, van intrínsecamente ligadas a prevenir, en la medida de lo posible, el surgimiento de conflictos jurídicos futuros entre los distintos intervinientes o respecto de terceros, de manera que debe intentarse que la potencial intervención judicial se produzca, únicamente, en contadas ocasiones. De esta manera, resulta que una adecuada actividad notarial contribuye a la consecución del fin último del Derecho, a saber, la convivencia pacífica de los ciudadanos¹⁰.

Por todo lo indicado, para prevenir litigios o disputas judiciales, el Notariado, además de asesorar jurídicamente a las partes intervinientes, debe orientarlas hacia los medios o instrumentos legales más apropiados para impedir o evitar –siempre que ello pueda hacerse–, los riesgos de previsible conflictos jurídicos, teniendo muy en cuenta que el certero asesoramiento notarial no solo puede impedir futuras contiendas judiciales a los otorgantes, sino que puede llegar también a solucionarlas o deshacerlas en esta fase extrajudicial previa a la contenciosa en la que aún permanecen latentes u ocultas¹¹.

Ahora bien, conforme a todo lo anteriormente expuesto, debe tenerse también muy presente, en esta concreta sede de deberes esenciales, que el preciso control notarial del que estoy hablando tiene unos límites inexcusables, que el Notariado no puede trans-

visora, que no ha tenido en cuenta los efectos a largo plazo y menos aún los acaecimientos que pueden sobrevenir o interferirse...».

⁹ «[...] la máxima seguridad para el particular y para el propio Estado, no radica en leyes minuciosas, sino en juristas –notarios en este caso– que sepan hacerlas cumplir conforme a su espíritu», SIMÓ SANTONJA, *RJN*, 1998, p. 97. Por su parte, BOLÁS ALFONSO, *RJN*, 2018, p. 112, concluye que a «la vista del texto constitucional, en particular de los artículos 9.2 y 3, 33, 38, 49 y 149 1.8 puede afirmarse que en nuestro Estado de Derecho el Notariado colabora a la mejor y más efectiva realización de los derechos fundamentales, a la seguridad jurídica pero también a la libertad, la justicia y la dignidad e intimidad de las personas».

¹⁰ MARTÍNEZ SANCHIZ, *RJN*, 2018, p. 11. En igual sentido, p.e., MEZQUITA DEL CACHO, 1989, p. 353, advierte expresamente que en «las sociedades evolucionadas es necesario que los Ordenamientos provean al tratamiento preventivo de la seguridad jurídica en las relaciones privadas no sólo sin recurrir para ello al Proceso (judicial),... sino procurando además que el entramado normativo e institucional que despliegan a tal fin sirva además por su propia eficacia para ahorrar conflictividad procesal, cuya inflación es socialmente muy inconveniente».

¹¹ FERNÁNDEZ EGEA, 2016, p. 111. *Vd.*, también, entre otros autores, RODRÍGUEZ ADRADOS, 1986, pp. 41 y ss., en especial, p. 69; quien explica, adecuadamente, que supuesta «la certeza del Derecho objetivo, la función notarial tiende a conseguir la certeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda... al igual que la Medicina, el Derecho tiene que ser cada día más preventivo, procurando que la incertidumbre no se introduzca solapadamente en las relaciones entre los particulares».

gredir. Veamos si ello sucede en estos supuestos de posible sustitución de una declaración testamentaria de desheredación por la realización *inter vivos* de un contrato de vitalicio.

2.2. La efectiva colaboración del Notariado en esta posible elección de los interesados

De acuerdo con los esenciales deberes notariales expuestos en el epígrafe anterior, cabe preguntarse si excedería un límite inexcusable en la fidedigna labor notarial el hecho de que el Notariado pueda aceptar o, incluso, más aun, pueda proponer, al otorgante del instrumento público correspondiente, esta posibilidad de la realización *inter vivos* de un contrato de vitalicio como alternativa eficaz a la desheredación de los legitimarios.

En primer término, entiendo que la intervención del Notariado en estos supuestos no sería contraria al deber notarial de control de legalidad, porque el contrato de vitalicio es un negocio jurídico perfectamente válido y su empleo en estas hipótesis no vulneraría las leyes, la moral, las buenas costumbres o el orden público, ya que se pretende un fin permitido por el ordenamiento jurídico al causante, esto es, la libre disposición de sus bienes *inter vivos*. Esta libertad dispositiva permite la realización de negocios jurídicos contemplados en nuestra legislación y, no se olvide, perfectamente exigibles durante su vigencia, como este contrato de vitalicio. Además, en este contrato, el causante cedente puede reclamar siempre su cumplimiento respecto de los cesionarios de los bienes, por lo que, en definitiva, no se falta a la realidad negocial si el Notariado se asegura de la concurrencia de todos sus presupuestos legales, incluida la causa que se identifica aquí con «la prestación o promesa de una cosa o servicio» (*ex art. 1274 CC*). Téngase en cuenta que, como reiteradamente mantienen los Tribunales, en sede de contratación están «consagrados por nuestra legislación civil los principios de libertad contractual y presunción de causa lícita en los contratos (*ex arts. 1254, 1255, 1271 y 1277 del Código Civil*)» [por ejemplo, SAP Santa Cruz de Tenerife (3.ª Civil) 15 abril 2011].

En conclusión, si el causante puede, legítimamente, gastar en vida todos sus bienes y dejar su herencia vacía, ¿por qué no va a poder hacer los negocios jurídicos onerosos y válidos que el Derecho contempla, en particular, el de vitalicio o de cesión de bienes a cambio de asistencia, que le va a asegurar una adecuada atención durante toda su existencia? No se olvide que el que puede lo más –disponer onerosamente de todo su patrimonio en vida–, puede lo

menos –celebrar contratos onerosos válidos que le aseguren un cuidado vitalicio–.

Por otra parte, no se trataría de un supuesto de fraude de ley (*ex art. 6.4.º CC*) que contradiga el control notarial de legalidad, puesto que si, repito, se cumplen todas las exigencias esenciales del Código Civil, no se persigue un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, sino que se emplea un instrumento jurídico eficaz para facilitar el logro de un fin lícito como es el de procurar la asistencia vitalicia del causante. Obsérvese, de otro lado, que ello también supone el cumplimiento del indicado deber notarial de protección del interés privado del otorgante¹², que se reforzaría a través de una condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad (RDGRN 8 noviembre 2018). Además, como reconoce algún Notario¹³, el empleo de este contrato de vitalicio evitaría el indeseable recurso a la donación encubierta por escritura pública de compraventa de bienes inmuebles –realizada en muchos casos para remunerar a quien proporciona atenciones y servicios al donante frente al legionario que lo abandona–, y, al tratarse de un efectivo contrato bilateral y oneroso, estaría a salvo de impugnaciones por parte de los legitimarios. Por último, no puede olvidarse en esta sede que, como entiende la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, no existirá ilicitud civil si en el «contrato no concurrió circunstancia alguna que llevara a calificarle de celebrado en el fraude de ley» [por ejemplo, citada STS (1.ª Civil) 19 diciembre 1990].

Finalmente, respecto de los deberes notariales del logro de la seguridad jurídica y de la prevención de conflictos judiciales, parece evidente que la sustitución de la posible desheredación establecida en cláusula testamentaria expresa por la realización de un contrato de vitalicio es muy favorable para el causante, no solo porque va a ser beneficiario de una atención personalizada durante toda su vida, lo cual es esencial, sino porque, en efecto, se van a evitar los conflictos judiciales de verificación de la causa para desheredar, prueba que correspondería a los beneficiados por el testador y que, en muchas ocasiones, sería muy gravosa para ellos, tanto jurídica como senti-

¹² Eso sí, como apunta acertadamente la Notaria CALAZA LÓPEZ, AC, 2016, p. 7, «cuando la persona no alcanza a conocer las consecuencias jurídicas del contrato..., tal circunstancia puede soslayarse con la intervención del notario, al que incumbe la defensa y protección de la parte más débil,... en los contratos celebrados por alimentistas de edad avanzada se impone un particular detenimiento, a fin de explicarle las consecuencias jurídicas del acto que pretende realizar, la pérdida patrimonial que implica, las obligaciones que asume el alimentista, las garantías legales y aquellas otras convencionales que puede fijar para hacer valer sus derechos». En este punto, GARCÍA RUBIO, 2014, p. 496 advierte que en esta sede existe «el riesgo de que quien atiende al causante, en ocasiones en el período inmediatamente anterior a su muerte, trate de conseguir una parte sustancial de su patrimonio influyendo en su voluntad...».

¹³ GARRIDO DE PALMA, 2019, p. 139.

mentalmente. En efecto, y como se verá más adelante, la falta de una precisa delimitación en la jurisprudencia sobre qué debe entenderse objetivamente por maltrato psicológico, a efectos de la aplicación del artículo 853.2.º CC, ha generado un incremento de la litigiosidad y, por consiguiente, parece haberse instaurado un criticable terreno de inseguridad jurídica¹⁴. Hasta tal punto esto es así, que cada vez más en los Tribunales se considera «necesario o aconsejable que los fedatarios públicos, al otorgar testamento, invocando esta causa de desheredamiento, no se limitaran a citar literalmente la causa, sino que solicitaran al testador una mayor explicación o razonamiento a fin de evitar situaciones injustas, y facilitar la labor de convencimiento de la realidad de la ausencia imputable al legitimario» [SAP Barcelona (14.ª Civil) 13 febrero 2014]; por ejemplo, que en el testamento se describa detalladamente el «mal comportamiento y crueldad» que el causante imputa al legitimario que se deshereda [SAP Murcia (5.ª Civil) 27 octubre 2020].

II. LOS INCONVENIENTES JURÍDICOS DE LA DESHEREDACIÓN AUN CONSIDERÁNDOSE JUSTA

1. IDEAS PREVIAS

1.1. Restricciones derivadas de la institución jurídica de la legítima: cuestionamiento de su vigencia actual

El sistema sucesorio español parte del principio de la legítima como *pars bonorum* (ex art. 806 CC), de manera que legalmente todos los bienes de la herencia quedarían afectos a la efectividad de esta sucesión forzosa correspondiente a los legitimarios. Pues bien, en virtud de este presupuesto cardinal, el legitimario puede hacer constar la mención de su derecho legitimario en la inscripción de los bienes hereditarios (ex art. 15 LH) o, alternativamente, la anotación preventiva de su derecho sucesorio (ex art. 48 LH), por lo que dicho gravamen registral dificultará la partición hereditaria y la libre dispo-

¹⁴ GAGO SIMARRO y ANTUÑA GARCÍA, *RCDI*, 2021, pp. 1213-1214, quienes concluyen que como la jurisprudencia «no alcanza a definir objetivamente en qué consiste dicho maltrato psicológico... Esta vaguedad podría incrementar la subjetivación en la interpretación de las causas de desheredación, dejando al arbitrio del testador o, más problemático todavía, del juez o tribunal que resuelva sobre la causa de desheredación, la concurrencia de esa percepción en la persona del testador». Igualmente, CARRASCO PERERA, *AJA*, 2014, p. 3, advertía que el problema deriva de «la imprecisa frontera de un concepto inaprensible como el de maltrato psicológico, que servirá en el futuro de alimento de litigios antes evitados».

sición del patrimonio hereditario por parte de los herederos. Además, y esto es también muy importante, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la herencia (*ex art. 1057.1.º CC*), sería necesaria la intervención de los legitimarios en la partición, aun cuando se les haya legado la legítima estricta y ordenado el testador que la misma se satisfaga en metálico, como confirman, entre otras, las RRDGRN 18 abril 2000, 23 febrero 2007 y 17 octubre 2008. Es más, esta ineludible asistencia igualmente procede cuando, según el ya mencionado artículo 857 CC, los legitimarios definitivos concurrentes en la herencia sean los descendientes que adquieren el derecho a la legítima del hijo justamente desheredado (RDGRN 15 septiembre 2014). Pues bien, todos estos inconvenientes y restricciones, junto a los derivados de la lentitud judicial, se utilizan frecuentemente para lograr un acuerdo transaccional por el que el desheredado, a la postre, acabará recibiendo de los herederos mucho más de lo que le hubiera correspondido de haber visto reconocido en el proceso judicial su derecho legitimario en virtud de la desheredación injusta.

Por todo lo anterior, lo que se plantea la doctrina en realidad no es que la jurisprudencia ahora —o el legislador después— modifique o amplíe las causas de desheredación¹⁵, sino que el Código Civil elimine la propia institución jurídica de la legítima y consagre, por fin, la plena libertad de testar. En efecto, un importante sector de la doctrina civilista aboga por el establecimiento definitivo en nuestro ordenamiento jurídico de la libertad de testar del causante, suprimiendo la figura de la legítima. Esta desaparición del instituto de la herencia forzosa estaría aconsejada, básicamente, por los trascendentes cambios producidos en la actualidad en la situación de las familias, por el gran aumento de la esperanza de vida de las personas —de modo que el causante ya cumplió con creces sus obligaciones asistenciales respecto de sus legitimarios—, y por la evitación

¹⁵ No obstante, p.e., GONZÁLEZ CARRASCO, *CCJC*, 2015, pp. 282-283, sostiene que la actualización del régimen legitimario «quizá no haya de ser tan profunda como claman las voces que abogan por una liberalización de la sucesión testada. La realidad de la práctica notarial demuestra que el sistema legitimario es, no sólo respetado, sino ampliamente superado en la cuantía de las atribuciones por la práctica totalidad de los testadores, que dejan mayoritariamente los bienes a sus hijos por partes iguales. En la pequeña proporción de casos en que el testador quiere desheredar, una actualización normativa de las causas de desheredación acompañada de la aplicación de la doctrina *cercanía (sic)* de los medios de prueba hoy prevista expresamente en el art. 217 LEC, podría contribuir a paliar parte del problema en un momento de acusada debilitación de los vínculos afectivos familiares»; también GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, *RCDI*, 2016, p. 1619, se cuestiona «si es necesario una reforma en profundidad del Código Civil, que permita suprimir o atenuar la sucesión forzosa o si bastaría con ampliar las causas de desheredación que afecta a las legítimas».

del obstáculo que las legítimas suponen para la libre circulación de los bienes¹⁶.

Por su parte, en la trascendente STS (1.^a Civil) 3 junio 2014 –que se analizará detenidamente más adelante–, ya se dice que la «inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013...) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de *favor testamenti*...». Obsérvese, por tanto, que, en esta concreta sede de la libertad de testar, la sentencia mantiene que el *favor testamenti* supone el reconocimiento de la voluntad del testador como ley fundamental de la sucesión, incluso en la graduación de la gravedad de la conducta reprehensible que dará lugar a la desheredación. Significativamente, en el único ámbito en el que existe un estricto límite legal a la libertad dispositiva *mortis causa* del causante, ello significaría admitir que, en realidad, no es la causa de desheredación, sino el derecho a la legítima lo que debería interpretarse de forma restrictiva, por su carácter limitativo de la voluntad del testador¹⁷.

¹⁶ Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *La Ley*, 2015, p. 5, quien también matiza que hoy «se impone la libertad de testar siempre respetando el derecho de alimentos de los hijos o descendientes e incluso de los padres o ascendientes y derechos patrimoniales al cónyuge viudo, ambos extremos dentro del derecho de familia», 2020, p. 202). Ya VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1966, p. 38, decía que lo «fundamental en el régimen sucesorio... es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por esto, en nuestro tema (el dilema de la libertad de testar o de las legítimas) hay que valorar el clima moral social de la época y lugar, las costumbres y los usos válidos, e incluso el mismo objeto o contenido de la herencia en cuestión, netamente influido cuando se traduce en bienes raíces por la geografía física y económica en que se hallan ubicados». RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La Ley*, 2016, p. 4, añade que «en general se considera que el sistema legitimario no es una exigencia constitucional y que, por tanto, no sería inconstitucional una nueva regulación del Derecho de sucesiones que consagrara la libertad de disposición del causante y suprimiera las legítimas, aunque debieran existir otras instituciones o mecanismos de protección de la familia». Por su parte, DELGADO ECHEVERRÍA, 2012, p. 525, considera necesaria una mayor libertad de testar en nuestro ordenamiento jurídico puesto que, en la actualidad, el testador, más que autonomía material, tiene «autonomía moral» para disponer de sus bienes; criterio que comparten, entre otros, MAGARIÑOS BLANCO, 2012, pp. 641 y ss., ROMERO COLOMA, *RDF*, 2018, p. 62, SILLERO CROVETTO, *RCDI*, 2021, p. 1808, TORRES GARCÍA, 2015, pp. 865 y ss.; etc.

¹⁷ En este mismo sentido apuntado, GOMÁ LANZÓN, 2019, p. 75, concluye que carece totalmente «hoy de sentido... el mantenimiento de unas legítimas tan fuertes que no corresponden a la realidad de la familia actual. Es más, están en contra de uno de los valores hoy predominantes en la sociedad, como es el de libertad. No corresponde a este valor una institución que limita tanto la capacidad de disponer de aquello que pertenece legítimamente al ciudadano; contraría la tendencia a la individualización y al desarrollo personal, sin que los intereses que presuntamente protegen tengan hoy la importancia de antaño».

Finalmente, como destaca la STSJ Cataluña (1.^a) 2 febrero 2017, «no puede olvidarse que el derecho a la legítima se basa en las relaciones familiares que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad. La legítima supone una limitación en el derecho a la libertad de testar para resguardar a las familias de los abusos de las actuaciones discriminatorias que fomenten desavenencias y pleitos entre los familiares. Sin embargo, cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales» [criterio acogido por la SAP Tarragona (1.^a Civil) 12 junio 2018]¹⁸.

1.2. Delimitación, forma y expresión de la desheredación

La desheredación es la privación al legitimario –ya sea o no heredero– de su derecho sucesorio a la legítima por disposición expresa del testador realizada en testamento –en cualquiera de sus formas legales–, en virtud de cualquiera de las causas establecidas taxativamente el Código Civil (*ex art. 848 CC*) [STS (1.^a Civil) 23 enero 1959]¹⁹, y que sean anteriores al otorgamiento de la disposición testamentaria correspondiente. De este modo, debe partirse de la idea cardinal de que la desheredación se refiere al derecho legal a la legítima, de suerte que únicamente pueden ser desheredados los que fueren sucesores forzosos del causante (conforme al art.

¹⁸ Por todo ello, también en el Notariado, CALAZA LÓPEZ, AC, 2016, p. 264, n. 47, echa en falta, «en nuestro sistema legislativo, alguna disposición que, condescendiendo a romper la rigidez del sistema, regule alguna figura contractual *inter vivos* o de última voluntad para que, con su libre albedrío, pueda recompensar a quien, fehacientemente, le asista, o haya dedicado, generosamente su esfuerzo y tiempo por razones puramente humanitarias».

¹⁹ Esta STS (1.^a Civil) 23 enero 1959 tras definir la desheredación «como aquella disposición testamentaria por la que se priva a un heredero forzoso de su derecho a legítima, en virtud de una justa causa determinada por la ley», destaca «una esencial diferencia» entre la preterición, en la que «no hay una voluntad declarada del testador», y la desheredación, en la que «esta voluntad está declarada y sabido es cómo el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la ley o al derecho necesario que sobre ella debe imperar». ALBALADEJO GARCÍA, 2015, p. 388, advertía que son «causas de desheredación ciertos actos considerados por la ley especialmente dignos de castigo. Actos que no son siempre iguales para todos los legitimarios... Pero actos que muestran en todo caso el demérito de su autor, justificando así que se autorice a excluirlo de la herencia». MARTÍNEZ VELENCOSO, *La Ley*, 2015, p. 5, expone en esta materia que en «el caso de la desheredación la ley dispensa al testador de seguir vinculado por los deberes de asistencia y afecto hacia el legitimario en los que se funda la legítima una vez demostrada la existencia de una causa grave y legalmente reconocida».

807 CC), que sean legitimarios inmediatos, y por las circunstancias legalmente establecidas (*ex arts. 852 a 855 del CC*). En definitiva, hay que destacar que la desheredación se circunscribe, en nuestro ordenamiento jurídico, de un lado, a la existencia de testamento, acto jurídico eminentemente formal (*ex arts. 667 y 687 del CC*), lo que supone una actuación positiva del causante, y, de otro, a la figura de la legítima, institución de derecho necesario que supone un límite importante a la libertad testamentaria del causante²⁰.

Respecto de su forma, conforme al artículo 849 CC, para evitar que pueda presumirse o deducirse de otro tipo de negocios jurídicos realizados por el testador, la desheredación únicamente puede «hacerse en testamento» y no en otro documento distinto, de manera que, para su validez, dicho testamento ha de reunir todos los presupuestos legalmente establecidos de acuerdo con la forma elegida por el testador. En consecuencia, no es posible desheredar empleando las llamadas memorias testamentarias, que solo valdrían si concurrían los requisitos fijados para el testamento ológrafo (*ex arts. 672 y 688 y siguientes del CC*) [STS (1.ª Civil) 20 noviembre 2007]. Tampoco tendría virtualidad una desheredación formalizada en un testamento que después fuera revocado (*ex art. 738 CC*), o declarado radicalmente nulo (*ex art. 673 CC*).

En cuanto a la expresión de la desheredación, también según el indicado artículo 849 CC, el testador debe enunciar su causa y ésta ha de ser, necesariamente en principio, una de las tipificadas específicamente por la ley (*ex art. 852 y siguientes del CC*). En consecuencia, el supuesto desheredatorio constará de manera clara y terminante por suponer la exclusión en la sucesión de un legitimario o heredero forzoso, pues, se advierte, si pudiera hacerse de un modo indeterminado «se eliminaría el sistema legitimario establecido» legalmente [STS (1.ª Civil) 11 febrero 1988]. Por ende, la obligatoriedad del testador de la indicación explícita de la causa en que se funda la desheredación no es más que una consecuencia directa de la sanción de nulidad que conllevará su incorrecta expresión²¹. Asimismo, como destaca la RDGSJFP 5 noviembre 2020 –siguiendo a las RRDGRN 25 mayo 2017 y 3 octubre 2019, y confirmada por la RDGSJFP 10 febrero 2021–, la desheredación «también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento..., en términos que no dejen duda de quién incurrió en la causa, o cometió

²⁰ *Vid.*, p.e., en este punto, JORDANO FRAGA, 2004, pp. 5 y ss., RIVERA FERNÁNDEZ, 1990, p. 23; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, pp. 1-2; etc.

²¹ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 2.

el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad».

2. LA EXIGENCIA PROBATORIA DE LA CAUSA DE LA DESHEREDACIÓN A LOS FAVORECIDOS POR ELLA

2.1. Criterios generales

Conforme al artículo 850 CC, la «prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare». Por tanto, la desheredación, aunque haya sido realizada en testamento y con expresión de la justa causa legalmente fijada, puede devenir ineficaz si no se prueba la certeza de los hechos en que se funda cuando aquélla sea contradicha por el legitimario desheredado²². En principio, parece que el artículo 850 CC funda una presunción de certeza de la causa de desheredación que juega, exclusivamente, a favor del cumplimiento de la disposición testamentaria –razón por la que la comprobación solo es precisa cuando la causa sea refutada por el legitimario perjudicado [SSTS (1.ª Civil) 6 diciembre 1963 y 8 noviembre 1967]–, pero sin eficacia alguna en el juicio en que se ventile, pues el heredero no tiene a su favor presunción de certeza alguna, ni siquiera con el valor de las presunciones *iuris tantum* [SAP Valencia (9.ª Civil) 1 marzo 1996]. Por tanto, en caso de ser negada la certeza de los hechos en que se basa la causa de desheredación y aunque el desheredado sea el propio demandante, la verificación de los motivos desheredatorios corresponde a los herederos [SSTS (1.ª Civil) 27 junio 2018²³ y 25 septiembre 2019; SAP Lérida (2.ª Civil) 22 abril

²² «Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado, la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial... tras un procedimiento contencioso instado por quien esté perjudicado o interesado en su caso» (RRDGSJFP 11 junio 2020 y 8 enero 2021); de manera que la prueba «sólo se impone, a cargo del favorecido por la desheredación, cuando el privado de la legítima impugnase la disposición testamentaria (RDGSJFP 5 noviembre 2020), esto es, el «desheredado tiene acción para alegar que no es cierta la causa de su desheredación, y la prueba de lo contrario corresponde a los herederos del testador...» (RRDGSJFP 10 febrero 2021 y 20 septiembre 2021). Por su parte, la paradigmática STS (1.ª Civil) 25 septiembre 2019 ha consagrado «como doctrina jurisprudencial que la acción para impugnar la desheredación que se considera injusta está sujeta en su ejercicio al plazo de cuatro años desde que se abre la sucesión y puede ser conocido el contenido del testamento», *Vid.* ECHEVARRÍA DE RADA, 2020, pp. 371 y ss.

²³ Indica la importante STS (1.ª Civil) 27 junio 2018 que el «testador debe expresar la causa (de la desheredación), y al legitimario le basta negar su veracidad para que se desplace la carga de la prueba al heredero (art. 851 CC)». La RDGRN 6 marzo 2012 confirma que hay «que entender eficaz la desheredación ordenada por el testador cuando se funda en justa causa expresada en el testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por los desheredados...».

2016 y SAP Valencia (8.^a Civil) 2 febrero 2021]. Además, debe resaltarse que esta expresión legal de «herederos» ha sido interpretada en sentido amplio por la jurisprudencia, como comprensiva de cualquier interesado que pretenda obtener una consecuencia de la eficacia jurídica de la desheredación [SSTS (1.^a Civil) 30 septiembre 1975, ya citada 11 febrero 1988 y 31 octubre 1995²⁴].

Pues bien, esta imputación de la carga de la prueba a los beneficiarios de la desheredación no es sino una aplicación del principio de que la prueba de un hecho corresponde, *ex* artículo 217.2.º LEC, a quien afirma su certeza, no a quien la niega [de nuevo STS (1.^a Civil) 30 septiembre 1975]. Asimismo, debe destacarse, primero, que las pruebas aportadas por los interesados habrán de ser apreciadas de acuerdo con las normas reguladoras de su validez y eficacia [SSTS (1.^a Civil) 16 julio 1990 y 13 mayo 2019 (admitiéndose «testificales y documentales»)]; segundo, que el objeto de la prueba es solo el verdadero acaecimiento de los hechos que justifiquen la desheredación establecida en testamento [STS (1.^a Civil) 15 junio 1990], y, tercero, que la «exteriorización de las razones en las que se basa la decisión judicial, además de coherente, ha de ser adecuada y suficiente a la naturaleza del caso y circunstancias concurrentes» [STS (1.^a Civil) 8 abril 2016], esto es, que en esta sede los Tribunales deben basarse, «atendido el espíritu abierto de la causa, en pruebas cuanto menos suficientes y con indicios de razonabilidad y ponderación» [SAP Valencia (9.^a Civil) 1 marzo 1996].

Ahora bien, el heredero o beneficiario de la herencia estará exonerado de la justificación cuando la certeza de la causa de la desheredación resulte acreditada de antemano por existir una sentencia condenatoria firme en atención a los eventos que constituyan la causa de la desheredación –y en la que se declare la culpabilidad y la ilicitud del hecho del desheredado– [SAP Vizcaya (4.^a Civil) 9 enero 2020²⁵], o por haber formalizado debidamente la prueba el propio testador²⁶ [STS (1.^a Civil) 4 noviembre 1904]. Finalmente, y por supuesto, si el desheredado no niega la causa de deshereda-

²⁴ Esta relevante y socorrida STS (1.^a Civil) 31 octubre 1995 establece que: «... el desheredado tiene acción para probar que no es cierta la causa de su desheredación,... la prueba de lo contrario corresponde a los herederos del testador (art. 850 CC), pero esta ventaja es de índole procesal, y más concretamente de naturaleza probatoria».

²⁵ Dice esta SAP Vizcaya (4.^a Civil) 9 enero 2020 que: «El maltrato físico y psíquico de (la desheredada)... hacia su madre es incuestionable pues fue condenada... como autora de un delito de maltrato en el ámbito familiar y de un delito de amenazas... (No obstante) la causa de desheredación contemplada en el artículo 853. 2.º no solo no requiere la condena a pena grave por los hechos cometidos contra el ascendiente,... sino que ni siquiera requiere condena penal siendo suficiente la acreditación de la comisión de hechos que merezcan la consideración de maltrato de obra respecto al causante...».

²⁶ *Vid.*, en este punto, BUSTO LAGO, «Comentario al artículo 850 CC» y «Comentario al artículo 853 CC», 2009, pp. 1 y 2, respectivamente; DEL CAMPO ÁLVAREZ, 2019, pp. 370 y ss. y TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 2.

ción establecida por el causante en el testamento, todos los sujetos involucrados –incluido el contador-partidor– deberán pasar por ella (RDGRN 31 marzo 2005²⁷).

2.2. La ampliación de las causas de desheredación por el Tribunal Supremo

La jurisprudencia, como complemento que es del ordenamiento jurídico español (*ex art. 1.6.º CC*), debe interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (*ex art. 3.1.º CC*) y así lo ha hecho nuestro Tribunal Supremo respecto de la causa de desheredación de hijos o descendientes contenida en el artículo 853.2.º CC²⁸ –el maltrato de obra–, y ello en varias sentencias que han ampliado el concepto de «maltrato» no solo alcanzando al físico, sino también al moral, psíquico o psicológico.

a) EL ORIGINARIO PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA INSTITUCIÓN DE LA DESHEREDACIÓN

En principio, hay que partir de la idea esencial de que nuestro Código Civil establece una enumeración taxativa de las causas de desheredación, por lo que, de acuerdo con el principio general del Derecho *odiosa sunt restringenda*, debía «imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no solo proclama el art. 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada a la defensa de la sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la

²⁷ Conforme a esta Resolución, el contador-partidor no puede «atribuirse funciones decisorias que son privativas del testador como la de desheredar o revocar disposiciones testamentarias ni, en general, declarar por sí mismo su ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de justicia a solicitud de los herederos –o legitimarios– que procedan a su impugnación (cfr. la Resolución de 1 de diciembre de 1984)».

²⁸ El artículo 853.2.º CC dispone que: «Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:... 2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra». Ahora bien, como destaca la relevante STS (1.ª Civil) 2 julio 2019, lo mantenido por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo «para el maltrato de obra como causa de desheredación, integrando en él el maltrato psicológico y emocional, no puede trasladarse a la causa de incapacidad para suceder por indignidad» del artículo 756.7.ª CC («Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil»), pues «ese maltrato psicológico o emocional no puede considerarse como una negación de alimentos, que es en lo que se concreta las atenciones debidas»; criterio que sigue, en la llamada jurisprudencia menor, p.e., la SAP Álava (1.ª Civil) 2 septiembre 2021.

argumentación de *minoris ad maiorem*» [SSTS (1.ª Civil) 28 junio 1993, 14 marzo 1994 y 4 noviembre 1997]²⁹.

Como consecuencia de lo anterior, se entendía por la jurisprudencia que el desamparo moral o afectivo no suponía causa de desheredación: «... la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc..., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al Tribunal de la conciencia» [mencionada ya y relevante STS (1.ª Civil) 28 junio 1993]. En este mismo sentido, por ejemplo, en la llamada jurisprudencia menor, se negó la virtualidad de causa efectiva de desheredación «a la actitud de despreocupación de la actora en relación con su padre» testador [SAP Madrid (12.ª Civil) 17 enero 2014]; «un mero desamparo moral, falta de relación afectiva o de comunicación, o un abandono sentimental o de ausencia de interés por el causante» por sus legitimarios [SAP Alicante (6.ª Civil) 28 enero 2014 y SAP Asturias (6.ª Civil) 25 octubre 2021]; «una situación de conflicto familiar entre madre e hijo, derivada del deterioro de la convivencia familiar», esto es, «un mero desencuentro familiar que ha determinado en el tiempo una falta de relación afectiva o de comunicación» [SAP Alicante (6.ª Civil) 1 octubre 2014]; «el abandono sentimental sufrido por éste (el causante) respecto de su hija» o «la ausencia de interés demostrada por la hija en relación con los problemas del padre» [SAP Málaga (5.ª Civil) 14 octubre 2014]; o «el mero sentimiento, por muy fuerte que sea o por muchas razones que crea que le asistan» al causante [SAP Murcia (1.ª Civil) 27 mayo 2019]. Todo ello, como indica esta misma SAP Murcia (1.ª Civil) 27 mayo 2019, deriva de «la limitación de causas establecida en el Código Civil que vienen a suponer una restricción al derecho del testador a disponer de sus propios bienes», o como recuerda la SAP Madrid (20.ª Civil) 3 septiembre 2019, de que «la institución de la desheredación y sus causas han de ser interpretadas de forma restrictiva para propiciar la sucesión legítima...».

²⁹ Conforme a la indicada STS (1.ª Civil) 14 marzo 1994, «sólo una interpretación subjetiva y parcial puede permitir entrar a valorar una situación contrariando además el carácter absolutamente restrictivo con que deben aplicarse las causas de desheredación» contenidas en el Código Civil; y según la mencionada también STS (1.ª Civil) 4 noviembre 1997 el hecho probado de que los hijos desheredados «no convivieron con el padre, no mantuvieron relación con él, le privaron al testador de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales y ni siquiera acudieron al entierro... no son subsumibles en el artículo citado (art. 853.2.º CC)... (La) jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley..., y no demostrada la causa de la desheredación (artículo 850) por la parte a quien le incumbe, la desestimación es la única decisión posible».

b) LA CONSAGRACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN Y SU IMPRECISO ALCANCE

La relevante STS (1.^a Civil) 3 junio 2014³⁰ contemplaba un supuesto en que la causa de desheredación se basaba en el indicado número 2 del artículo 853 CC y los legitimarios desheredados –dos hijos del causante– formularon demanda interesando la nulidad de tal cláusula testamentaria. En principio, tanto la Sentencia de Primera Instancia, como la SAP Málaga (5.^a Civil) 30 marzo 2011, desestimaron la demanda por no ser el maltrato psicológico una causa de desheredación taxativamente establecida por el Código Civil, por lo que los demandantes presentaron recurso de casación. Este fue resuelto por la mencionada STS (1.^a Civil) 3 junio 2014 que parte de que las causas de desheredación fijadas legalmente son, en principio, de enumeración taxativa y de interpretación restrictiva, pero «no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo», y que, especialmente, el caso del maltrato, «debe ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen». Mantiene nuestro Alto Tribunal, como razonamiento básico, que en «la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto,

³⁰ Ya anteriormente, p.e., la STS (1.^a Civil) 26 junio 1995 admitió el maltrato psicológico, entendido como abandono del causante, como causa de desheredación basada en el artículo 853.2.º CC. Se trataba de un supuesto en el que la testadora fue expulsada de la casa en la que convivía con su hijo y con la esposa de este, de manera que tuvo que ocupar otra vivienda cercana en estado ruinoso y sin más atenciones que las de una sobrina, conducta que se prolongó hasta el fallecimiento de la madre. Por tanto, a juicio del Tribunal, esta actuación merece una «descalificación moral y física», de modo que «no es necesario que la expulsión del domicilio por el hijo o por su esposa pero aceptada por él, sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de éste deba reputarse existente el maltrato de obra que la norma del artículo 853.2 del Código recoge como causa de desheredación, máxime cuando el estado de cosas que sigue a la salida de la casa de la madre, continúa durante años en los que ésta, vive precariamente sin ser mínimamente atendida en modo alguno por el descendiente cuya desheredación, por maltrato según el testamento de la víctima ha de reputarse legalmente correcta... (siendo) innecesario el empleo de violencia directa para configurar el resultado de obra...». Asimismo, la SAP Palencia (1.^a Civil) 20 abril 2001, en un caso en el que el hijo había accionado varias veces contra su madre por un piso, entendió que esta conducta originó «un evidente quebranto psicológico... que encaja por tanto en la definición de maltrato de obra». BARCELÓ DOMÉNECH, *RCDI*, 2004, p. 488, ya mantenía que el «desafecto o la desatención son causas de desheredación, en tanto constituyen una causa directa de angustia y sufrimiento para el padre o ascendiente».

caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993... En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004».

En definitiva, para configurar el maltrato psicológico como causa de desheredación se concluye que: «... fuera de un pretendido *abandono emocional*, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios»³¹.

Por su parte, la STS (1.ª Civil) 30 enero 2015 reitera explícitamente la doctrina anterior –por lo que ya existía jurisprudencia en la cuestión (*ex art. 1.6.º CC*)–, en estos términos: «Resuelto el contexto interpretativo y, por tanto, descartada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia, nada empece para la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices. En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal».

³¹ De otro lado, RAMÓN FERNÁNDEZ, *RDC*, 2021, p. 159, considera que otras «formas relacionadas con esa actuación psicológica consisten en la falta de contacto con los nietos por parte de los abuelos, como derivado de esa ausencia de atención por parte de los hijos, e incluso el desentendimiento de los padres mediante su internamiento en una residencia o centro de la tercera edad, no como medida de atención, sino precisamente de lo contrario, de no proporcionarles ningún contacto, y como forma de abandono a través del ingreso en los mismos»; criterio este último que ya mantenían BERROCAL LANZAROT, *RCDI*, 2015, p. 942 y LASARTE ÁLVAREZ, 2007, pp. 365 y 382.

Posteriormente, la STS (1.ª Civil) 13 mayo 2019 argumentó que en las anteriores sentencias de nuestro Alto Tribunal «el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2 CC», lo que procede en el caso de autos, pues queda «acreditado que ambos hermanos incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, sin justificación alguna y sólo imputable a los mismos»³².

Este criterio interpretativo amplio de las causas de desheredación del artículo 853.2.º CC ha sido acogido también por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña (1.ª) 28 mayo 2015, concluyó que: «... estamos de acuerdo con el TS, por un lado, en que los malos tratos o injurias graves de palabra, como causas justificadas de desheredación y de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una *interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen*, y, por otro lado, en que en la actualidad, el maltrato psicológico, como *acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima*, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra como causa de desheredación...». En igual sentido, la también STSJ Cataluña (1.ª) 2 febrero 2017 que considera que la «incuria asistencial y emocional a los abuelos, en sus últimos años de vida, en los que precisamente más se necesita la comprensión, auxilio y ayuda de los familiares directos..., es susceptible de causar el menoscabo psicológico que

³² MUÑOZ CATALÁN, *RCDI*, 2022, p. 500, considera que esta Sentencia comentada «viene a reafirmar como legítima dicha *ex iusta causa* de desheredación (el maltrato psicológico con los presupuestos indicados) a los descendientes». Para MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *AC*, 2014, p. 5, esta doctrina jurisprudencial se «compadece con la necesidad de evitar la aplicación automática de la normativa de las legítimas, que permite a los hijos cuyos comportamientos y relaciones con los padres son inapropiados heredar sin necesidad de realizar mayor esfuerzo que la existencia del mencionado parentesco. No es admisible en la actualidad que el susodicho automatismo convierta en insalvable una transmisión hereditaria a todas luces injusta»; confirmando ATIENZA LÓPEZ, *CEFLegal*, 2016, p. 215, que aunque «las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (art. 848 del CC) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva, no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo» —criterio que acoge también PÉREZ CONESA, *RAC-M*, 2015, p. 117—; y concluyendo IRIARTE ÁNGEL, *AC*, 2018, p. 8, que tal doctrina «merece ser calificada positivamente, en tanto atiende a nuestra realidad social, en la que no sólo las relaciones familiares son más laxas, sino que el aspecto emocional de las personas —especialmente los mayores— es cada vez más tenido en cuenta».

el heredero relaciona en sus escritos y que motivaron la desheredación...»³³.

Igualmente, la llamada jurisprudencia menor admite el maltrato psicológico como causa de desheredación, de manera que «la negativa de la hija, con la sucesiva puesta de condiciones al padre para abandonar la casa a la que sabía que no tenía más derecho de ocupación que el que derivara de la libre voluntad de su padre, que la había manifestado en el sentido de querer disponer para sí de la vivienda, debe considerarse como un maltrato psicológico que ampara la causa de desheredación dispuesta en el testamento...» [SAP Santa Cruz de Tenerife (3.^a Civil) 10 marzo 2015]; que un «hijo no puede desconocer la gravedad de la enfermedad de un padre a lo largo de espacios de tiempo tan prolongados como el que ahora nos ocupa. Más de un año. El sufrimiento añadido que padece el padre como consecuencia del olvido al que le somete su hija rompiendo normales y exigibles normas de comportamiento ha de tener sus consecuencias... No se trata solo de un distanciamiento anímico, ni de un hecho esporádico, sino de una ruptura total de un hijo con su padre gravemente enfermo, llegando incluso a hacer caso omiso de la muerte del padre no asistiendo ni a su entierro, lo que denota la total ruptura precedente» [SAP Badajoz (2.^a Civil) 16 julio 2015]; por lo que debe incluirse aquí «todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador, debiendo incluirse a modo de ejemplo, la falta de cariño, el menosprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados... ya que lo contrario, supone una conducta que en los estándares actuales, se ha de calificar como de mezquina y que, por lo tanto, puede y debe ser sancionada y, sin duda, ser considerada como motivo suficiente de desheredación...» [SAP Vizcaya (3.^a Civil) 5 noviembre 2015]; o «los demandantes en su libertad de escoger, en su relación familiar, se inclinaron por el absoluto desinterés, displiencia, desconsideración e indiferencia hacia sus abuelos, con la consiguiente afectación que estos sufrieron, al sentirse abandonados por sus nietos, en su estabilidad emocional y sentimental lo que, al parecer, a aquellos les importaba poco, y los abuelos en su

³³ Esta Sentencia entendió que el «maltrato emocional o psicológico se da en aquellas situaciones en las que una persona vinculada a otra, la hace sufrir con descalificaciones, humillaciones, discriminación, ignorando o menoscabando sus sentimientos siendo ejemplos de ese tipo de maltrato, el abandono emocional, la descalificación, la violencia verbal, las amenazas, el control excesivo, el chantaje afectivo o la presión moral, el desprestigio o las descalificaciones ante personas del entorno familiar, laboral, etc. del afectado, las burlas y cualquier tipo de castigo que no sea físico, siempre que estos actos tengan la suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que los padece».

libertad de testar, consciente y voluntariamente, lo hicieron en justa y recíproca correspondencia, desheredándolos, privándoles de unos derechos sucesorios de los que aquellos no eran acreedores por concurrir justa causa de desheredación, la del maltrato psíquico o psicológico...» [SAP Málaga (5.^a Civil) 8 enero 2016]; o bien la desheredada «incurrió en un maltrato psíquico y reiterado contra su madre, a la que insultaba reiteradas veces, y le decía que no era su madre..., y nunca visitó cuando estuvo en la residencia de ancianos, conducta del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, mediante una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos años de vida de la causante, sin que dicha hija se interesara por ella o tuviera contacto alguno...» [SAP Salamanca (1.^a Civil) 21 febrero 2017]; o que el hijo nunca «vino a verlo en su larga enfermedad... ni se hizo cargo o ayudó con los gastos de enfermedad o sepelio. En suma,... el hijo desconocía todo lo relativo a su padre, le era ajeno. Y para un padre, ésta es una forma de maltrato psicológico» [SAP Badajoz (3.^a Civil) 20 abril 2020]; etc.

Ahora bien, respecto del alcance de este maltrato psicológico como causa de desheredación se ha discutido si basta un abandono emocional del causante, una ausencia de relación familiar, o se requiere, además, un comportamiento activo por parte del desheredado. Para la doctrina mayoritaria, parece evidente que, en la actualidad, únicamente se puede aseverar que la inclusión del llamado maltrato psicológico en la conducta vejatoria y de maltrato de obra en la causa de desheredación prevista en el artículo 853.2.º CC, requiere una conducta activa que tiene que suponer mucho más que un mero abandono emocional y la pérdida de contacto familiar entre causante y legitimarios, eso sí, dicha conducta activa puede consistir tanto en un maltrato físico como psicológico³⁴.

En la jurisprudencia menor, la didáctica SAP Asturias (5.^a Civil) 20 diciembre 2018 resume, muy acertadamente, los criterios esen-

³⁴ ECHEVARRÍA DE RADA, *La Ley-Derecho de Familia*, 2019, p. 7, GONZÁLEZ CARRASCO, *CCJC*, 2015, p. 278; GAGO SIMARRO y ANTUÑA GARCÍA, *RCDI*, 2021, p. 1224, que concluyen que la «admisión de la falta de relación familiar imputable al legitimario como causa legal de desheredación corresponde exclusivamente al legislador»; PARRA LUCÁN, *La Ley-Derecho de Familia*, 2019, pp. 6-7; etc. En cambio, p.e., DE LA IGLESIA MONJE, *RCDI*, 2020, p. 2293, habla de inexistencia «de muestra de atención o cariño para con el progenitor»; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *RCDI*, 2019, p. 2614, explica que en «la medida que la ausencia de relación familiar es contraria a la solidaridad intergeneracional –fundamento de la legítima–, tiene entidad suficiente para ser contemplada como causa autónoma de desheredación e independiente del maltrato psicológico...»; y PÉREZ ESCOLAR, 2014, p. 1142, critica que «las causas para desheredar recogidas en el Código Civil... no contemplan la ausencia de trato familiar entre descendientes y ascendientes como causa de desheredación sino que, por el contrario, se exige que el legitimario incurra en conductas muy concretas, muy graves y de ardua prueba para que proceda su desheredación».

ciales en esta cuestión. Así, se parte de que frente a algunas resoluciones que entienden «bastante la circunstancia de la falta de comunicación y desafección como razón para integrar la causa de desheredación del maltrato» psicológico [por ejemplo, SAP Madrid (13.^a Civil) 19 septiembre 2013 (que habla de «situación de abandono y falta de afecto»), SAP Badajoz (2.^a Civil) 16 julio 2015, SAP Vizcaya (3.^a Civil) 5 noviembre 2015 y SAP Málaga (5.^a Civil) 8 enero 2016], «la mayoría de nuestros Tribunales entienden necesario ir más allá», fijando unas premisas fundamentales «para su reconocimiento como causa de desheredación». En primer lugar se requiere que «el desapego y la ruptura de la relación sea imputable al heredero legitimario y no al propio causante, ni que éste la haya propiciado o sostenido, apreciándose recíproca la voluntad de ruptura de la relación y del distanciamiento» [ATS (1.^a Civil) 2 marzo 2016, STS (1.^a Civil) 27 junio 2018³⁵, STSJ Cataluña (1.^a) 8 enero 2018³⁶, STSJ Galicia (1.^a) 23 junio 2020³⁷, SAP Madrid (12.^a Civil) 17 enero 2014, SAP Badajoz (3.^a Civil) 11 septiembre 2014, SAP Tarragona (1.^a Civil) 28 enero 2014, SAP Asturias (7.^a Civil) 29 septiembre 2016, SAP Islas Baleares (5.^a Civil) 20 diciembre 2016, SAP Barcelona (14.^a Civil) 18 febrero 2020 (no procede la desheredación cuando «la ausencia manifiesta y reiterada temporalmente desde que se produjo el evento determinante es imputable a la conducta de la madre, pero no al comportamiento de los nietos» que la representan en la legítima); etc.].

En segundo término, «la conducta del legitimario ha de merecer un reproche social cualificado por las características que la desafección imputable a él pueda revestir» [SAP Alicante (6.^a Civil) 1 octubre 2014 y SAP Lérida (2.^a Civil) 21 mayo 2015], llegándose en muchas resoluciones a sostener la necesidad de que el legitimario no se limite a un distanciamiento físico, sino exigiéndose un plus con-

³⁵ Nuestro Alto Tribunal mantiene en esta Sentencia que solo una «falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos» merecedores de sanción jurídica. En igual sentido, respecto de la extinción de la pensión alimenticia correspondiente a los hijos, la STS (1.^a Civil) 19 febrero 2019 concluyó que procedería si aparece «probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos»; y todo ello por la «interpretación flexible de la causa de desheredación del art. 853.2.º Código Civil», SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *RJN*, 2019 p. 519. En todo caso, FARNÓS AMORÓS, 2014, p. 467, advierte en este punto que las «dificultades probatorias» y el amplio margen de arbitrio judicial pueden «conducir a un aumento de la litigiosidad».

³⁶ Conforme a esta sentencia, se «considera causa justificada de pérdida de la legítima la ruptura afectiva entre el causante y el legitimario manifestada simplemente a través de la *ausencia manifiesta y continuada de relación familiar* entre ellos, pero siempre que dicha ausencia sea exclusivamente imputable al legitimario».

³⁷ Esta sentencia negó la concurrencia de este motivo desheredatorio de los tres hijos del testador pues el distanciamiento con ellos –fundamento del posible maltrato psicológico–, respondía «al carácter agresivo, incluso violento (del causante)... y a la natural defensa de su madre, que fue víctima de malos tratos durante la convivencia...».

sistente en una conducta activa. En este punto obsérvese que ya la relevante STS (1.ª Civil) 3 junio 2014 entendía que el maltrato psicológico es más que «un pretendido *abandono emocional*, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental», criterio acogido, entre muchas otras, por la SAP Alicante (6.ª Civil) 1 octubre 2014, la SAP Santa Cruz de Tenerife (4.ª Civil) 14 diciembre 2015, la SAP Asturias (6.ª Civil) 13 junio 2016, la SAP Córdoba (1.ª Civil) 16 octubre 2017 —que concluye que el «*abandono emocional* no puede ser considerado como causa de desheredación... exigiéndose un *plus de acometimiento físico* para apreciar la concurrencia de esta causa de desheredación... nos encontramos ante una situación de ausencia y falta de roce familiar, sin que pueda apreciarse una conducta activa (más allá del mero distanciamiento) que pueda justificar que nos encontramos ante una situación de maltrato psicológico, equiparable al maltrato físico contemplado en el artículo 853 del Código Civil para erigirse en causa de desheredación. Debemos tener presente que los derechos legitimarios aparecen ligados en nuestro ordenamiento jurídico a los lazos de parentesco y no de afectividad»—; la SAP Asturias (5.ª Civil) 20 diciembre 2018, la SAP Asturias (7.ª Civil) 11 abril 2019, la SAP Zamora (1.ª Civil) 23 julio 2019 —que confirma que: «Es cierto que la jurisprudencia considera no exigible el dictado de sentencia penal de condena que reconozca la conducta de maltrato por parte del desheredado para la apreciación de la discutida causa; si bien no por ello se puede dejar de apreciar como requisito al efecto la concurrencia de una conducta activa, derivada de un episodio que, aunque producido de forma continuada, sea susceptible de ocasionar un concreto y objetivo menoscabo psíquico para quien lo sufre, revestido, además, de conciencia y voluntad de causarlo por parte de quien lo perpetra»—, la SAP Madrid (20.ª Civil) 3 septiembre 2019; o la SAP Jaén (1.ª Civil) 25 septiembre 2019, que ratifica en este punto que se «debe de rechazar que la mera desafección pueda considerarse causa de desheredación, por sí misma y desprovista de conducta activa de menoscabo moral para el causante, por carecer de potencialidad suficiente para su consideración como maltrato psicológico».

c) LA NECESIDAD Y DIFICULTAD DE JUSTIFICAR EL MOTIVO DE LA DESHEREDACIÓN A PESAR DE LA EXPANSIÓN JURISPRUDENCIAL

Como advierte la doctrina, aunque el Tribunal Supremo haya girado en esta sede y amplíe las causas de desheredación, no se allana en la mayoría de los casos la complejidad que sigue suponiendo desheredar, pues continúa la necesidad de justificación del

motivo, de manera que también el llamado maltrato psicológico deberá probarse, lo cual, en muchas ocasiones, no será fácil ni mucho menos³⁸. En efecto, la acreditación del maltrato psicológico no puede depender exclusivamente de la voluntad de desheredar del testador ni de la simple apreciación subjetiva del trato recibido por sus legitimarios, sino que debe existir un maltrato psicológico acreditado objetivamente, lo cual es complicado pues falta su precisa delimitación por la jurisprudencia, incrementándose la litigiosidad y la inseguridad jurídica³⁹.

Ante estas dificultades jurídicas no faltan autores que consideren muy conveniente que el testador, al tiempo de otorgar testamento, pidiera al Notario el levantamiento de acta de notoriedad que debería recoger los elementos probatorios concurrentes, acreditando, por ejemplo, que la relación con el desheredado es inexistente y que este le abandonó o maltrató psicológicamente, e incluso, a este acta de notoriedad podrían añadirse manifestaciones del resto de familiares y cualesquiera otras pruebas que el testador estime convenientes como fundamento a sus herederos para escudarse de la futura impugnación de la desheredación, e incluir, del mismo modo, un Informe psicológico de un perito en la materia, que acredite dicho maltrato por ausencia de relación familiar. Igualmente podrían aportarse testigos presenciales de dichos comportamientos vejatorios, agresiones, amenazas verbales, insultos, etc., incluyéndose su declaración, así como cualesquiera otras manifestaciones

³⁸ BALLESTER AZPITARTE, *La Ley*, 2015, p. 4, quien añade que son «frecuentes las resoluciones que estiman la nulidad de la cláusula testamentaria en cuestión, aclarando que la simple falta de interés en mantener la relación familiar con el padre o madre o la mera falta de afecto no supone maltrato psicológico»; criterio que confirma, p.e., SILVESTRE ESCUDERO, *RAD*, 2022, pp. 1 y ss. CARRAU CARBONELL, *RDC*, 2015, p. 256, advierte también que si bien la dirección jurisprudencial «es óptima, las consecuencias en la aplicación práctica originan problemas de prueba, y ello desemboca en una inseguridad jurídica temporal en las particiones hereditarias realizadas en base a un testamento que contenga desheredación de hijos por maltrato psicológico...»; y ROMERO COLOMA, *RDF*, 2018, p. 63, confirma que de «acuerdo con el artículo 850 de nuestro Código Civil, la carga probatoria corresponde a los herederos, en el supuesto de que el desheredado la niegue e impugne. Ello, como es fácilmente comprensible, conlleva e implica, en la práctica, una gran dificultad, ya que el maltrato psicológico se suele circunscribir al ámbito y reducto más íntimo de la persona». Por ello, MAGRO SERVET, *La Ley*, 2019, p. 6, defiende que sería «preciso en consecuencia, una mínima probanza que podría consistir, por ejemplo, en testigos que hayan presenciado determinados actos, o en informes de psicólogos que puedan llevar a cabo un análisis de que la situación psicológica de los progenitores está relacionada con un estado de abandono, desatención, o maltrato de sus hijos hacia ellos».

³⁹ La SAP Málaga (5.ª Civil) 21 abril 2015 consideró en este punto que lo determinante es poder demostrar que existió «un maltrato real y objetivo, no que el testador subjetivamente se considere maltratado y dé por cierta la causa de desheredación, o considerar como maltrato hechos o circunstancias que objetivamente no tengan tal consideración. En consecuencia, la apreciación de la concurrencia de esta causa de desheredación supone una cierta discrecionalidad del juez que, en todo caso, ha de operar restrictivamente porque, de otro modo, se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos».

exponiendo cuanto consideren oportuno para su posterior ratificación ante la autoridad judicial competente⁴⁰.

En cuanto a la jurisprudencia, por ejemplo, el citado ATS (1.ª Civil) 2 marzo 2016 declaró la nulidad de la cláusula de desheredación «porque de la valoración de la prueba no resultan acreditados hechos que puedan subsumirse en el maltrato psicológico... (pues se trató de) un distanciamiento entre el padre y las hijas con motivo de la ruptura de la convivencia del matrimonio, una tensa y conflictiva situación familiar, en la que todos, incluyendo el testador se condujeron y actuaron de manera no precisamente prudente y pacífica en sus manifestaciones respecto a los demás...». De igual modo, la aludida STS (1.ª Civil) 27 junio 2018 determinó que, «en atención a las circunstancias concurrentes, ninguno de los hechos referidos por la recurrente son susceptibles de ser valorados como maltrato psicológico. En particular, por lo que se refiere a la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas en las redes sociales..., se trata de un hecho puntual que no integra un maltrato reiterado...». Y más recientemente, la STS (1.ª Civil) 24 mayo 2022 concluye que en «el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del *maltrato de obra* prevista en el art. 853.2.ª CC... En la instancia no ha quedado acreditado el maltrato de obra invocado por la testadora ni tampoco un menoscabo psicológico derivado del comportamiento de las nietas (desheredadas). Sí ha quedado acreditada la falta de relación familiar y afecto que... se produce tras una historia previa de desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este. En esa historia es destacable que fuera la misma abuela (testadora) quien... desahuciara judicialmente a la madre y las nietas de la vivienda... que habían venido ocupando desde su nacimiento...»⁴¹.

⁴⁰ Vid., p.e, CARRAU CARBONELL, *RDC*, 2015, p. 265, y, siguiéndolo literalmente, BARCELÓ DOMÉNECH, *AJI*, 2016, p. 298, quien parte de que al «testador, en previsión de futuras dificultades probatorias de sus herederos, le interesa ir más allá de la expresión de la causa legal de la desheredación y preconstituir la prueba»; ROMERO COLOMA, *RDF*, 2018, p. 64, y GARCÍA GOLDAR, *RCDI*, 2021, p. 2488.

⁴¹ En definitiva, sigue diciendo esta Sentencia, «... la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación con independencia del origen y los motivos de

Respecto de la llamada jurisprudencia menor, especialmente didáctica en esta sede es la SAP Vizcaya (3.^a Civil) 5 noviembre 2015, cuando concluye que el maltrato psicológico debe ser motivo de desheredación para evitar que los legitimarios involucrados en tales conductas mezquinas «se vean favorecidos en detrimento de otras personas, sean o no familiares, que los han sustituido en la obligación moral y legal de subvenir a esas necesidades, y todo ello, por supuesto, sin detrimento alguno de las garantías procesales y de valoración probatoria que son básicas en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, siempre que los favorecidos por la desheredación de los legitimarios acrediten la existencia de razones objetivas y de suficiente entidad como para justificar una decisión tan drástica, y siempre que no se aprecie la existencia de una voluntad malévola o interesada por parte de esos mismos favorecidos...». De ahí que no existe maltrato psicológico si se manifiesta por el interesado que se dieron «hechos evidentes y ciertos, sin decir cómo se probaron... (o) no mencionando en qué se basan esas evidencias...» [SAP Madrid (8.^a Civil) 7 abril 2016 y SAP Valencia (8.^a Civil) 19 octubre 2017]; cuando «con la prueba practicada en las actuaciones no se consigue acreditar más allá de una relación poco fluida y escasa entre abuela y nieto derivada muy probablemente del carácter fuerte de ambos, lo que por sí solo no es suficiente como para sostener una causa de desheredación. Estamos ante un mero desencuentro familiar que ha determinado, en el tiempo una relación afectiva o de comunicación escasa; circunstancias éstas que no pueden ser objeto de valoración jurídica» [SAP Lérida (2.^a Civil) 22 abril 2016; SAP Tarragona (1.^a Civil) 12 junio 2018; SAP Asturias (5.^a Civil) 20 diciembre 2018 y SAP Murcia (5.^a Civil) 27 octubre 2020⁴²]; si «de ningún medio de prueba se desprende que la causante fuera objeto de ningún tipo de maltrato o abandono» [SAP Valencia (8.^a Civil) 2 febrero 2021]; o, conforme a la doctrina mayoritaria en esta sede, si estamos «ante un mero desamparo moral, falta de relación afectiva o de comunicación, o un abandono sentimental o de ausencia de interés por el causante, que solo están sometidas, como decía la STS de 28 de junio de 1993, al tribunal de la conciencia» [SAP Asturias (6.^a Civil) 13 junio 2016; SAP Asturias (5.^a Civil) 20 diciembre 2018; SAP Astu-

esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante».

⁴² Señala esta Sentencia que aun cuando queda acreditada una mala relación entre padre e hijo, no se aprecia un «maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración, por lo que no puede estimarse justa la causa de desheredación por maltrato psicológico».

rias (7.^a Civil) 11 abril 2019 y SAP Madrid (20.^a Civil) 3 septiembre 2019].

III. EL CONTRATO DE VITALICIO COMO OPCIÓN LEGÍTIMA DEL CAUSANTE PARA DISPONER EN VIDA DE SUS BIENES

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1. Aproximación a su concepto

A raíz de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se modificaron los artículos 1791 a 1797 del Código Civil, regulándose el tradicionalmente llamado contrato de vitalicio o de alimentos, que hasta entonces había sido muy usado en la práctica jurídica pero como contrato innominado. Se trataba de paliar legalmente la dependencia personal de los mayores, entendida como aquel estado derivado de la mengua o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, que conducía a la necesidad de aportarles una importante asistencia para la realización de su vida cotidiana, y que se prestaba en la mayor parte de los casos por el entorno familiar más cercano a tales mayores⁴³. Antes de la reforma del Código Civil, las SSTs (1.^a Civil) 9 julio 2002 y 1 julio 2003 denominaban al contrato de vitalicio como «contrato de cesión de bienes a cambio de asistencia y alimentos», y, tras dicha innovación normativa civil, la relevante STS (1.^a Civil) 29 septiembre 2014, explicaba que mediante el ahora llamado legalmente contrato de alimentos «se hace una cesión de bienes a cambio del compromiso, por el que los recibe, de dar al cedente alimentos y asistencia durante su vida». En la jurisprudencia menor, por ejemplo, entre otras muchas, la SAP Islas Baleares (3.^a Civil) 17 octubre 2014 define este analizado contrato de vitalicio como aquel por el cual «una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de

⁴³ *Vid.*, en este punto, entre otros autores, CALAZA LÓPEZ, *RDU*, 2016, p. 249, quien manifiesta que el contrato de vitalicio «evidencia el severo problema asistencial que afecta a los mayores»; HERAS HERNÁNDEZ, 2005, pp. 1 y ss.; PADIAL ALBÁS, *RDP*, 2004, p. 616, quien destaca el «marcado carácter asegurador y proteccionista» del vitalicio; etc.

un capital en cualquier clase de bienes y derechos (artículo 1.791 Código Civil)»⁴⁴.

1.2. Su carácter más allá de lo puramente económico

Del clarificador artículo 1793 CC («La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe»), resulta, como exponen algunos Notarios⁴⁵, que este contrato de vitalicio supera los límites económicos normales y procura lograr algo mucho más personal que el dinero, esto es, se pretenden el afecto, el consuelo y la compañía que suelen darse en un entorno familiar, lo que explica que, con frecuencia, lo formalicen personas con importantes recursos económicos que no quieren asalariados para su cuidado y prefieren la atención, normalmente, de algún pariente al que quieren recompensar.

En efecto, esta «obligación se configura, esencialmente, con carácter personal, a pesar de que el cedente pueda tener bienes suficientes para su alimentación y subsistencia, ya que el deber que contrae la parte cesionaria se refiere, sobre todo, a una atención y cuidado personal...» [SAP Madrid (13.^a Civil) 30 septiembre 2013]; confirmando la SAP Islas Baleares (3.^a Civil) 16 noviembre 2010, que la «finalidad del contrato de vitalicio, es procurarse cuidados pero con aportación de un cierto grado de afectividad, mitigándose así los efectos de la soledad, uno de los más relevantes males que aquejan a las personas de avanzada edad. Por ello, la prestación alimenticia abarcará el sustento, la habitación, la vestimenta y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y los cuidados, incluso los afectivos, acomodados a las circunstancias de las partes»; y destacando la ya citada SAP Santa Cruz de Tenerife (3.^a Civil) 15 abril 2011 que no puede admitirse en absoluto que la «necesidad del alimentista constituye un presupuesto de este tipo

⁴⁴ Cfr. en la doctrina, CHILLÓN PEÑALVER, 2000, pp. 24-25. PASQUAU LIAÑO, 2011, p. 548, explica que se «cede un capital para conseguir la seguridad de una atención digna hasta el momento de la muerte». CALLEJO RODRÍGUEZ, AC, 2015, p. 14, advierte que la enumeración efectuada por el precepto «de las prestaciones del alimentante no es taxativa y tampoco es necesario que concurren necesariamente todas ellas...».

⁴⁵ CALAZA LÓPEZ, RDU, 2016, p. 249, habla de que el «alimentista demanda una persona o familia que reúna un estándar básico o mínimo de cualidades que puedan procurarle lo necesario para satisfacer sus necesidades materiales, personales e incluso morales»; y RIVAS ANDRÉS, *Carta Tributaria*, 2021, pp. 3 y 7, añade que el «art. 1791 define este contrato advirtiendo desde el primer momento que la asistencia que se persigue (*de todo tipo*) no sólo es económica». Comparte este criterio en la doctrina civilista, p.e., BERENGUER ALBALADEJO, 2013, p. 518, y VELA SÁNCHEZ, RDC, 2022, pp. 236 y ss.

negocial, toda vez que la extensión y contenido de la obligación de alimentos, trae causa del contrato, y no de la ordenación legal».

En definitiva, el vitalicio «convive pacíficamente con el resultado de... que la prestación alimentaria no se hallase vinculada a la necesidad de la alimentista» [STS (1.ª Civil) 12 junio 2008], de manera que la «causa (del vitalicio, hoy contrato de alimentos), como contrapunto de la entrega de unos bienes... transmitidos en propiedad (al cesionario)..., es decir, aquello en consideración a lo que se hace la entrega a los efectos del artículo 1274 (CC), es la prestación de los servicios, cuidados y atenciones, durante todo el tiempo de la vida contemplada (en el negocio jurídico)...» [STS (1.ª Civil) 25 mayo 2009]. Más recientemente, la STS (1.ª Civil) 15 febrero 2022 confirma que: «... dada la función típica asistencial del contrato, debe atenderse no solo a la situación de necesidad económica o la insuficiencia de recursos para subsistir, características de las obligaciones legales de alimentos, sino de una manera más amplia a la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales)», aunque advierte que este «posible contenido personal y asistencial del contrato de alimentos debe ser tenido en cuenta a la hora de ponderar en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, la existencia de una razonable proporción entre las prestaciones asistenciales asumidas por el alimentante y el valor de los bienes cedidos por el alimentista».

2. LA LIBERTAD DISPOSITIVA INTER VIVOS DEL CAUSANTE COMO FUNDAMENTO CARDINAL DE ESTA PERMITIDA ALTERNATIVA A LA DESHEREDACIÓN

Según el fundamental y ya citado artículo 806 CC, la legítima es una porción de bienes *–pars bonorum–* de la que el testador no puede disponer en perjuicio de los legitimarios o herederos forzosos⁴⁶. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico la cuota legitimaria no

⁴⁶ BUSTO LAGO, «Comentario al artículo 806 CC», 2009, pp. 1 y 3, explica que el «precepto constituye una especie de garantía general de los derechos de los legitimarios, que son determinados parientes del causante que tienen derecho a una parte de los bienes de este, si es que no los han recibido en virtud de un negocio jurídico gratuito... Las normas reguladoras de la legítima son de *ius cogens* –no disponibles por la voluntad del causante–... y de orden público... Por ello, todos los bienes hereditarios están afectos al pago de la legítima...». Para VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1972, pp. 8-10, «la legítima resulta de una determinación que hace la norma positiva, no sólo referente a su cuantía, sino también a su contenido. En este sentido dimana de ella, y no de la voluntad del causante, cualquiera que sea el sistema legitimario de que se trate... (En definitiva), la legítima atribuye directamente a los legitimarios un *haz de derechos* de distinta naturaleza, contenido y actuación (*legítima en sentido puramente jurídico*), para salvaguardar y asegurarles la obtención del contenido material que les reserva (*legítima en sentido material*) y que puede llegarles por diversas vías...». *Vid.* en este punto VELA SÁNCHEZ, *RDC*, 2022, pp. 227 y ss.

supone una *pars reservata bonorum*, dado que el testador puede disponer de todos sus bienes *inter vivos*, tanto a título oneroso como a título gratuito, si bien con una eficacia jurídica condicionada a la protección legal de la intangibilidad cuantitativa del derecho hereditario del propio legitimario (*ex art. 815 CC*). De este modo, como expuso ya la relevante STS (1.ª Civil) 28 septiembre 2005, nuestro sistema normativo legitimario «se califica como de reglamentación negativa, dado que la Ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de atribución» de la porción legitimaria correspondiente a cada heredero forzoso (*ex art. 763.2.º CC*)⁴⁷.

Por consiguiente, dada la efectiva libertad del causante de disponer de sus bienes *inter vivos*, tanto a título oneroso como gratuito, los posibles legitimarios no tienen acción para impugnar estos actos dispositivos en vida de aquel. Así, como ha venido manteniendo nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo en la importante Sentencia (1.ª Civil) 30 marzo 1993, «los hijos no tienen interés en vida de sus padres para accionar solicitando declaraciones judiciales acerca de la naturaleza de los negocios jurídicos que concluyen, a fin de proteger sus expectativas sucesorias. Solo cuando efectivamente sean legitimarios (lo que supone la muerte del progenitor, y capacidad para sucederle) pueden (accionar)... Pero en vida de los padres carecen de todo interés protegible mediante el acceso a la jurisdicción para controlar el uso y disposición del patrimonio de éstos a tales efectos». Del mismo modo, la notable STS (1.ª Civil) 28 febrero 2004 parte de la falta de legitimación activa del legitimario en estos supuestos de disposiciones *inter vivos* del causante cuando resuelve que el «recurrente basa su legitimación en que la venta pública que impugna perjudica sus derechos legitimarios expectantes a la herencia de su madre, olvidando que la condición de heredero exige para su consolidación que se produzca el fallecimiento del causante (artículos 657 y 661 del Código Civil)⁴⁸, lo que da lugar a la apertura de la sucesión

⁴⁷ Como mantiene, p.e., ESPEJO LERDO DE TEJADA, *RADP*, 2006, p. 454, para «la Sentencia, a pesar de los términos del artículo 806 CC, la legítima no supone una reserva legal en beneficio de los herederos forzosos, puesto que, a despecho de esa pretendida reserva, en nuestro sistema el testador puede disponer de sus bienes, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, si bien al hacerlo debe respetar la intangibilidad cuantitativa del legitimario».

⁴⁸ En la doctrina, p.e., BUSTO LAGO, «Comentario al artículo 806 CC», 2009, pp. 1 y 5, resalta que el «derecho a la legítima nace con la apertura de la sucesión hereditaria», por lo que respecto de las «liberalidades realizadas en vida por el causante, estos negocios jurídicos no pueden ser impugnados por los legitimarios hasta el momento en que surja su derecho a la legítima... (Esto es, la) imposibilidad de disponer de los bienes que integran la legítima ha de ser entendida en sentido relativo y ello porque los actos dispositivos del causante... realizados *inter vivos* son perfectamente válidos y eficaces, sin perjuicio de que se puedan reducir si en el momento de su fallecimiento lesionasen la legítima». En efecto, ya DE FUENMAYOR CHAMPÍN, *ADC*, 1948, p. 47, advertía que había que «conciliar el principio de inviolabilidad de los derechos de los herederos forzosos con el respeto debido a la

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

En idéntico sentido, en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, por ejemplo la SAP Alicante (9.^a Civil) 6 febrero 2018 recoge literalmente las consideraciones realizadas por la anteriormente citada STS (1.^a Civil) 28 febrero 2004; y la SAP Málaga (5.^a Civil) 31 marzo 2016 explica que debe «recordarse que, en vida, el futuro causante es libre, en términos generales, de disponer de sus bienes a título oneroso o gratuito como estime conveniente. Es cierto que conforme al artículo 636 del Código Civil nadie puede dar o recibir por donación más de lo que puede dar o recibir por testamento, reduciéndose en otro caso por inoficiosa, pero ello solo podrá saberse y determinarse en el momento del fallecimiento del causante al que hay que remitirse para la estimación del caudal hereditario careciendo, entre tanto, los futuros legitimarios de cualquier acción para impugnar la validez de las transmisiones que el futuro causante pueda realizar, incluso de acciones meramente declarativas, de que las donaciones son inoficiosas». Por último, como coloquialmente expresa la más reciente SAP Valencia (11.^a Civil) 11 diciembre 2019, «en vida de la causante ésta pudo disponer libremente de sus bienes como le viniera en gana;... ya que nuestro ordenamiento jurídico no exige mal vivir para dejar herencia a los descendientes, ya que ésta solo comprende los bienes y

facultad de disponer *inter vivos* y a título gratuito del causante en tanto no lesione los antedichos derechos».

derechos de una persona que subsistan a su fallecimiento, no los que hubiera consumido en vida...»⁴⁹.

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

3. LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA LA VIRTUALIDAD DE ESTE CONVENIO DE VITALICIO

3.1. La onerosidad

El que vengo llamando contrato de vitalicio se regula en nuestro ordenamiento jurídico como un contrato oneroso⁵⁰, ya que hay contraprestaciones entre las partes, de manera que una de ellas se obliga a cambio de la transmisión patrimonial de la otra, por lo que en ningún caso se podrá considerar como una donación. En efecto, se le considera oneroso porque aunque pueda existir un ánimo de

⁴⁹ Recuerda en este punto VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1971, p. 5, que las «legítimas, tanto cuando jurídicamente se traducen en una delación legal (atribución positiva) como cuando se circunscriben a una serie de normas protectoras del legitimario para asegurarle que no será privado de un mínimo determinado (protección negativa o de freno) y cualquiera que sea objetivamente su contenido cualitativo (*quale*), siempre se refieren, de un modo u otro, a una masa de bienes contemplada cuantitativamente (*quantum*)».

⁵⁰ En relación con la STS (1.ª Civil) 29 noviembre 2018, VELA SÁNCHEZ, *La Ley*, 2019, p. 6, indica que: «(El) convenio jurídico celebrado por la madre y las hijas, por el que se cedía la nuda propiedad de un inmueble a cambio de unas prestaciones asistenciales, fue considerado tanto por el Juzgado de primera instancia como por la Audiencia Provincial de índole gratuita. En cambio, el Alto Tribunal, en la Sentencia que es objeto de este estudio, entendié firmemente que la causa de dicho contrato «no es la mera liberalidad del transmitente, sino la contraprestación que espera recibir de la otra parte. La asunción de obligaciones por parte de las hijas demandadas comporta que nos encontremos ante un contrato oneroso y no ante un contrato gratuito...». *Vid.*, también, CALAZA LÓPEZ, *RDU*, 2016, pp. 262 y ss., ECHEVARRÍA DE RADA, *BMJ*, 2006, pp. 3471 y ss., GÓMEZ LAPLAZA, *RDP*, 2004, p. 157, quien añade que precisamente «este carácter oneroso es el que excluirá, en principio, la vulneración de las legítimas»; LLAMAS POMBO, 2004, pp. 193 y ss., MESA MARRERO, 2006, pp. 24 y ss., PADIAL ALBÁS, *RDP*, 2004, pp. 617-618, PASQUAU LIAÑO, 2011, p. 548, QUESADA PÁEZ, *RAC-M*, 2014, p. 107, etc.

favorecer a una persona mediante la cesión de un determinado capital, ello se hace en consideración a una contraprestación a cargo del cesionario de los bienes consistente en una atención digna hasta el momento de la muerte. En este sentido, por ejemplo, ya la trascendente STS (1.ª Civil) 18 enero 2001, anterior a la nueva regulación del Código Civil, consideró «claro que (el contrato de vitalicio) no puede calificarse como contrato gratuito; es oneroso y al no poder predecirse la duración de la vida de los cedentes, es aleatorio» [criterio que comparten, entre otras muchas, las SSTS (1.ª Civil) 1 septiembre 2006 y citada 12 junio 2008].

Como consecuencia de este carácter oneroso, y esto es esencial, el contrato de vitalicio no puede impugnarse por perjudicar la legítima, aunque hay que tener muy en cuenta, como se analizará más adelante, la presencia de un *aleas* o riesgo para ambas partes contratantes, de manera que, cumplidos estos presupuestos cardinales, el convenio será plenamente eficaz, aun originando una minoración o supresión de la legítima de los herederos forzosos. En este sentido, ya la SAP Pontevedra (2.ª Civil) 1 junio 2001 consideró que: «... tratándose de un contrato oneroso la existencia de legítimas carece de relevancia, pues la disposición patrimonial que a través del mismo se efectúa no vulnera lo dispuesto en el art. 636 C. Civil, ni concurre la obligación de colacionar, ni puede reputarse inoficiosa, cualquiera que sea la cuantía de los bienes cedidos al no tratarse de un acto de disposición a título gratuito»; confirmando la más reciente STS (1.ª Civil) 15 febrero 2022 que el «carácter oneroso del contrato de alimentos, que lo distingue de la donación, requiere que la contraprestación a la que se obliga el cesionario se conciba por las partes como contraprestación o correspondiente de la cesión de bienes, e impide a los herederos forzosos del cedente invocar la vulneración o el fraude de sus derechos».

Por otra parte, como destaca la STS (1.ª Civil) 18 enero 2001, no hace falta que las prestaciones de los otorgantes sean totalmente iguales, «pues ello sería convertir el contrato (aleatorio) en conmutativo e incluso ir más allá, pues en estos (contratos) no se exige que, siendo bilaterales, las prestaciones de cada parte sean equivalentes». En definitiva, la equivalencia intrínseca en los contratos de vitalicio se ciñe a la relación subjetiva entre las diversas prestaciones, y no debe interpretarse en el sentido de pretender que sean totalmente equivalentes en términos economicistas, porque la necesaria onerosidad no supone *per se* una equivalencia económica⁵¹. Ahora bien, la absoluta falta de onerosidad del convenio de

⁵¹ En este mismo sentido, p.e., la SAP Santa Cruz de Tenerife (3.ª Civil) 15 junio 2012 explicó que: «Todas estas figuras que cabe encuadrar bajo la denominación de con-

vitalicio podría suponer simulación relativa de causa si realmente encubría, por ejemplo, una válida donación remuneratoria, esto es, si la voluntad real del cedente fue recompensar al cesionario por los servicios prestados. En estos casos, el vitalicio se convertiría – de entenderse cumplidos todos los requisitos de forma exigidos por la normativa civil–, en una donación, que cuanto menos sería colacionable, y sujeta a las reglas de la reducción por inoficiosidad⁵². Obviamente, como señala la SAP La Coruña (5.ª Civil) 16 febrero 2018, si la cesionaria no tiene «intención de cuidar y atender (sino)... conseguir la propiedad» de unos bienes no habría contrato de vitalicio «con causa verdadera y lícita».

3.2. La bilateralidad

El contrato de vitalicio es también esencialmente bilateral⁵³, ya que una de las partes se obliga a transmitir un capital en cualquier clase de bienes y derechos, y la otra a proporcionar asistencia de todo tipo al cedente (*ex art. 1791 CC*). Este sustancial carácter bilateral deriva también claramente del artículo 1795.1.º CC («El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista... para optar entre exigir el cumplimiento... o la resolución del contrato...»), pues en caso de incumplimiento de la obligación contraída se remite a la facultad resolutoria implícita prevista en el artículo 1124 CC⁵⁴, relativo a las obligaciones recíprocas. Ahora

trato de vitalicio, están presididas por el carácter de onerosidad, debiendo tener en cuenta, por otro lado, que la particularidad y seña de identidad que los caracteriza es que, a cambio de la cesión del bien de que se trata, se recibe asistencia y cuidados, buscándose con ello por parte del cedente el cariño y el ambiente familiar que contrarreste la temible soledad que suele aquejar a las personas de edad avanzada. De este modo, la onerosidad y el carácter sinalagmático del contrato de vitalicio no puede calcularse por magnitudes meramente materiales o contables, existiendo siempre un elemento afectivo muy característico, que, junto con el interés, también innegable, caracteriza al contrato».

⁵² CALAZA LÓPEZ, *RDU*, 2016, p. 264, CALLEJO RODRÍGUEZ, *AC*, 2015, p. 16, etc. VELA SÁNCHEZ, *La Ley*, 2021, p. 6, de acuerdo con la STS (1.ª Civil) 29 septiembre 2014, explica que si «*el cedente* retribuye el afecto, el cariño y la dedicación de una persona cercana... favorece a una persona cercana que daba a la cedente afecto, seguridad y protección... (ello) implica un *animus donandi* que disimula la donación de los bienes» cedidos... (debiendo) entenderse válida como donación remuneratoria, de manera que existe causa lícita y una simulación solo relativa que no afecta a la virtualidad jurídica de la liberalidad realizada».

⁵³ *Vid.* CALAZA LÓPEZ, *RDU*, 2016, p. 261, ECHEVARRÍA DE RADA, *BMJ*, 2006, p. 3470, GONZÁLEZ PORRAS, 2004, p. 651, LLAMAS POMBO, 2004, p. 208, MESA MARRERO, 2006, p. 23, PADIAL ALBÁS, 2004, pp. 621 y 634, QUESADA PÁEZ, *RAC-M*, 2014, p. 107, etc.

⁵⁴ CALAZA LÓPEZ, *RDU*, 2016, p. 261, indica que a «resultas de la indicada bilateralidad, tanto el alimentante, como el alimentista se exponen a la tesitura de ver insatisfecha su pretensión, consecuencia del incumplimiento de su obligación por la otra parte, en cuyo caso corresponderá, igualmente a ambos, la facultad de resolver el contrato»; añadiendo ESPEJO RUIZ, *RCDI*, 2019, p. 699, que normalmente «la vía utilizada por el alimentista en el contrato de alimentos será la acción resolutoria del artículo 1124.1.º del Código Civil y

bien, como resalta la SAP Asturias (7.^a Civil) 28 abril 2022, no cabe alegar «la mejora de fortuna de la actora o el empeoramiento de las condiciones económicas de la obligada para exonerarse de tal obligación, incompatible con la onerosidad del contrato, tal y como expresamente tipifica hoy el art. 1794 del CC..., es decir que sólo se exceptúa del deber de cumplir su obligación por la muerte del alimentista y no por el resto de las causas que se contemplan en el mentado precepto para la obligación legal de prestar alimentos...».

Esta índole sinalagmática del contrato de vitalicio se recogía ya en las citadas SSTs (1.^a Civil) 9 julio 2002 y 1 julio 2003, indicando la anterior STSJ Galicia (1.^a) 2 diciembre 1997 que ni «la jurisprudencia, ni la doctrina científica, hablando ya genéricamente del vitalicio, establecen en ningún caso la unilateralidad como característica del mismo. Bien al contrario, unánimemente es considerado como bilateral o sinalagmático, pues supone inexcusablemente obligaciones mutuas, entrega de bienes a cambio de alimentos y cuidados» [criterio confirmado, por ejemplo, por la STSJ Galicia (1.^a) 5 noviembre 1998, que entendió que al antiguo vitalicio, como contrato bilateral que es esencialmente, «le es innata la facultad resolutoria establecida en el artículo 1124 del Código Civil para el caso de incumplimiento...»]. Por tanto, como manifestó la SAP Madrid (13.^a Civil) 30 septiembre 2013, «el incumplimiento por el cesionario de la obligación de asistencia dará lugar a la resolución de pleno derecho de la transmisión operada..., recuperando el cedente la plena propiedad de los bienes cedidos y sin derecho por (la cesionaria)... a indemnización alguna, a pesar del tiempo que pudiera haber transcurrido. El incumplimiento podrá acreditarse por cualquier medio admitido en derecho...»; confirmando la SAP Orense (1.^a Civil) 12 febrero 2016 que resultando «imposible el cumplimiento del contrato y frustrándose su fin natural y consustancial por causa no imputable al actor, se estima acertada la resolución contractual». En cambio, como concluyó la SAP Valencia (7.^a Civil) 8 abril 2005, no cabe la resolución si «la demandada no ha incumplido el contrato de cesión de bienes por alimentos, asistencia personal y cuidados suscrito».

3.3. La aleatoriedad

El contrato de vitalicio debe ser aleatorio, porque los contratantes, al tiempo de celebrarlo, han de desconocer el término final del

no la exigencia del cumplimiento, debido a la dificultad que entraña el cumplimiento forzoso en este tipo de contratos».

vínculo, que dependerá de la duración de la vida del alimentista. Por tanto, en este contrato aleatorio, la prestación del cedente es cierta, está determinada desde el inicio del convenio y debe ser en todo caso ejecutada a dicho comienzo, mientras que es incierta la prestación patrimonial del cesionario en cuanto a su duración y entidad, de manera que el *alea* –que será siempre bilateral–, determinará que el acuerdo resulte más o menos ventajoso para cada una de las partes contratantes en función de las circunstancias posteriores⁵⁵. Como destaca la relevante SAP Las Palmas (5.ª Civil) 31 marzo 2014, el carácter aleatorio básico de este contrato de vitalicio supone que la «prestación de la parte cesionaria no está determinada *ab initio*, porque depende de un acontecimiento incierto que es la vida del cedente», aleatoriedad, de otro lado, que distingue este convenio específico de la donación, incluso de la remuneratoria [criterio ya acogido, por ejemplo, por la STS (1.ª Civil) 27 noviembre 2001].

Ahora bien, de no existir la incertidumbre propia de este contrato de vitalicio el convenio podría ser nulo –por falta de causa–, pues se considera que dicha incertidumbre o riesgo es elemento esencial, convirtiéndose en su causa. Así, no habrá *aleas* ni causa contractual en aquellos supuestos en los que existía seguridad e inminencia de la muerte del alimentista en el momento de celebración del contrato, porque esa proximidad, bien impide la contraprestación real del cesionario, bien la reduce de tal forma que se revela como manifiestamente desproporcionada en relación con los bienes cedidos [STSJ Galicia (1.ª) 15 diciembre 2000]. En tal sentido, por ejemplo, ya la STS (1.ª Civil) 26 mayo 1997 negó la aleatoriedad en un supuesto en el que había escasas probabilidades de prolongación de la vida del alimentista –quien de hecho falleció a los tres meses y medio de la fecha de otorgamiento del contrato–, por su avanzada edad (91 años) y por ser un enfermo senil; criterio que confirmó la STS (1.ª Civil) 28 julio 1998, que mantuvo que el conocimiento por parte de los cesionarios «de la seguridad e inminencia de la muerte de la cesionaria, determinaba la desaparición de la aleatoriedad, elemento esencial del contrato»⁵⁶. También en

⁵⁵ CALAZA LÓPEZ, *RDU*, 2016, p. 265, ECHEVARRÍA DE RADA, *BMJ*, 2006, p. 3463; GÓMEZ LAPLAZA, *RDP*, 2004, p. 157, quien añade que a ello «se une la consideración de que... la prestación alimenticia depende del elemento fortuito e incierto de la salud y consiguientes necesidades y atenciones, esencialmente variables, del alimentista»; etc. En cambio, no faltan autores que afirman que la aleatoriedad carece de trascendencia en este contrato, ya que mediante su celebración no se busca ganancia o pérdida, sino dar solución a un problema familiar. Por lo demás, se agrega, se supone que siempre va a existir pérdida para los cedentes. En este sentido, p.e., GOMÁ SALCEDO, 2010, p. 810.

⁵⁶ Mucho más rigurosa en este punto es la reciente STS (1.ª Civil) 15 febrero 2022: «... en atención a la edad del cedente (que otorgó el contrato en la etapa final de su vida, superada la estadística de esperanza de vida), a la ausencia de necesidades asistenciales

esta línea, la indicada STSJ Galicia (1.^a) 15 diciembre 2000, en un caso en el que, en la propia escritura pública en la que se instrumentalizó el contrato de alimentos, el Notario autorizante hizo constar expresamente que existían razones de extrema urgencia o necesidad que la parte requirente le había manifestado, falleciendo el cedente trece días después de dicho otorgamiento. En consecuencia, el Tribunal afirma que la causa de urgencia, que el Notario «no expresó con la exigible concreción, no era otra que el esperado fallecimiento en fechas próximas del alimentista», de manera que ello impide «apreciar causa onerosa y aleatoriedad». También la citada SAP Las Palmas (5.^a Civil) 31 marzo 2014 concluyó que las «escasas probabilidades de prolongación de vida de(l cedente)... al tiempo de su otorgamiento impiden apreciar causa onerosa o aleatoriedad en el contrato de cesión de bienes».

No obstante, hay que advertir que estos contratos de vitalicio pueden ser celebrados por personas de avanzada edad, o incluso enfermas, que buscan ser atendidas en esas situaciones, por lo que serán los Tribunales los que, *supercasum*, deban determinar la existencia o inexistencia de *aleas* y de causa contractual⁵⁷. De ahí que existan numerosas resoluciones judiciales que modulan manifiestamente la aleatoriedad, como, entre otras, la STSJ Baleares (1.^a) 3 noviembre 2000 que estableció que el fallecimiento de la cedente casi inmediato a la celebración del contrato no excluye la aleatoriedad, puesto que aquel «es un acontecimiento incierto en cuanto al tiempo en el que ha de acaecer y ello es signo de aleatoriedad» – criterio que ya mantuvo la SAP Valladolid (1.^a Civil) 27 marzo 1998, indicando que si «la persona fallece pronto no puede decirse que esa circunstancia suponga un enriquecimiento injusto para el deudor de los servicios»–; la SAP Badajoz (1.^a Civil) 17 enero 2002 que confirmó el *aleas* «al no haberse aportado ninguna prueba que permitiera concluir que el cedente se encontraba gravemente enfermo al tiempo de la celebración del contrato, que tal circunstancia era conocida por los demandados y que, además, su pronóstico de vida era de unos cinco meses escasos, alegaciones

(pues contaba con una pensión, vivía solo en su propia casa y no precisaba especiales cuidados), a la importancia económica de los bienes cedidos y a la escasa exigencia de las obligaciones asumidas por el cesionario, debemos concluir que no se dan los presupuestos para entender que el contrato celebrado fuera de alimentos sino que, como entendió el juzgado, la voluntad de los otorgantes era que el hijo recibiera los bienes del padre sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios».

⁵⁷ Por ello, en el Notariado, CALAZA LÓPEZ, *RDU*, 2016, p. 268, considera que la «falta de aleatoriedad en el contrato acarrea irremediabilmente su nulidad y, habida cuenta de la certeza del hecho de la muerte, y el desconocimiento de su momento exacto, tal vez el *quíz* (*sic*) de la cuestión radique en si se tenía noticia previamente de la enfermedad del alimentista y su gravedad».

éstas que hubieran necesitado de una cumplida prueba» para su virtualidad jurídica; la STSJ Baleares (1.^a) 16 junio 2005, que admitió la aleatoriedad en un supuesto en el que el cedente tenía setenta y nueve años al otorgar el convenio y estaba gravemente enfermo, pero «vivió más de lo esperado y esa duración vital más allá de lo esperado es precisamente el alea que caracterizó al contrato objeto de litigio»; la SAP León (1.^a Civil) 24 abril 2009, que también parte de la aleatoriedad a pesar de que el cedente tenía noventa y dos años al tiempo del otorgamiento del documento público, pues «no ha quedado probado que padeciese algún tipo de enfermedad que pudiera determinar un próximo fallecimiento, el cual se produjo, en efecto, dos meses después de la firma del contrato»; la SAP Santa Cruz de Tenerife (3.^a Civil) 15 junio 2012, que destacó que se debe «tener en cuenta que en este contrato, dentro de la nota de aleatoriedad que lo caracteriza,... si bien la causa económica primordial es la de prestar asistencia al cedente de los bienes, bien puede ser que en el ánimo y voluntad de éste para decidirse a contratar pese más asegurar su asistencia en la vejez que el equilibrio patrimonial de las prestaciones a que se compromete el cesionario»; o la SAP Huelva (2.^a Civil) 9 octubre 2015, que concluye que el «elemento aleatorio consiste, como repite el Tribunal Supremo, en desconocerse la duración del vínculo contractual, que es el de la vida humana».

IV. CONCLUSIONES

1.^a. Los esenciales deberes notariales no solo no impiden sino que, más bien, permiten al Notariado intervenir, dentro de su función de asesoramiento jurídico, en el otorgamiento de un contrato de vitalicio como alternativa eficaz a una desheredación justa de los legitimarios. Y ello porque el vitalicio:

- Es una manifestación más de la libertad dispositiva *inter vivos* del causante, sin olvidar de quien puede lo más –gastar en vida todo su patrimonio–, puede lo menos –celebrar contratos onerosos que le aseguren un cuidado vitalicio–.
- Legalmente arropado no supone fraude de ley, sino que constituye un instrumento jurídico legítimo y adecuado para procurar la asistencia vitalicia al cedente de los bienes.
- Evitará conflictos judiciales de verificación de la causa para desheredar.

2.^a. La legítima, basada en las relaciones familiares –que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad–, y

cuya vigencia actual está en entredicho, supone una importante limitación a la libertad de testar, por ello, si el legitimario incurre en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita su privación.

3.^a. Como reiteradamente mantienen nuestros Tribunales, la desheredación deviene ineficaz si, contradicha su causa por el legitimario desheredado, no se prueba la certeza de los hechos en que se funda, correspondiendo la verificación a cualquier interesado que pretenda obtener una consecuencia de la eficacia jurídica de tal desheredación.

4.^a. Respecto de la causa de desheredación de hijos o descendientes del artículo 853.2.º CC –el maltrato de obra–, nuestro Tribunal Supremo ha ampliado el concepto de «maltrato» no solo alcanzando al físico, sino también al moral, psíquico o psicológico. No obstante, respecto de esta interpretación extensiva, hay que hacer las siguientes precisiones:

- Supone, en realidad, un quebrantamiento del principio general del Derecho *odiosa sunt restringenda*.
- Su alcance es muy impreciso y equívoco, pues se discute jurisprudencialmente si basta un abandono emocional del causante o se requiere, además, un comportamiento activo y exclusivo por parte del desheredado, existiendo numerosas resoluciones judiciales defensoras de cada criterio.
- Como advierte la doctrina, a pesar de esta ampliación interpretativa por la jurisprudencia, continúa la necesidad de justificar el motivo, lo cual, dada su indeterminación, es una tarea muy gravosa, incrementándose la litigiosidad y la inseguridad jurídica.

5.^a. Partiendo de que el consejo de su celebración estaría dentro del lícito campo de actuación del Notariado, el contrato de vitalicio consiste en una cesión de bienes a cambio del compromiso del que los recibe de dar al cedente, no tanto alimentos, sino asistencia y cuidado personal durante toda su vida, de ahí que, al no estar vinculado a la necesidad del alimentista, pueda formalizarse por personas con importantes recursos económicos.

6.^a. Al ser el vitalicio un contrato oneroso y no conmutativo, la existencia de legitimarios carece de relevancia, pues la disposición patrimonial efectuada por el cedente no vulnera la limitación dispositiva protectora de la legítima, ni conlleva la obligación de colacionar, ni puede reputarse inoficiosa, cualquiera que sea su cuantía, pues no supone donación aunque las prestaciones de las partes sean, a la postre, muy dispares.

7.^a. El vitalicio, como contrato bilateral que es, engendra obligaciones para ambas partes y comporta la facultad resolutoria del artículo 1124 CC en caso de incumplimiento que, siendo imputable al cesionario, permitirá al cedente recuperar la plena propiedad de los bienes cedidos, lo que refuerza para este el interés de tal convenio.

8.^a. La aleatoriedad del vitalicio radica en éste desconocimiento de la duración del vínculo contractual, que es el de la vida humana, de ahí que únicamente desaparecerá el *aleas* si existían seguridad e inminencia de la muerte del cedente en el momento de celebración del contrato, de manera que, en cualquier otro supuesto, puede tener virtualidad jurídica plena aun siendo realizado por personas de avanzada edad o incluso enfermas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho Civil*, T. V, «Derecho de sucesiones», 2015, Madrid.
- ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio: «El maltrato psicológico como supuesto del maltrato de obra es causa de desheredación», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 186, 2016, pp. 215 y ss.
- BALLESTER AZPITARTE, Leticia: «La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?», *La Ley*, n.º 8534, 2015, pp. 1 y ss.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier,
 — «Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 4, 2016, pp. 289 y ss.
 — «La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 682, 2004, pp. 473 y ss.
- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina: *El contrato de alimentos*, Madrid, 2013.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 748, 2015, pp. 928 y ss.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: «El Notariado y la Constitución Española», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 97 y ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Cizur Menor (Navarra), 2009,
 — «Comentario al artículo 806 CC», Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7761, pp. 1 y ss. [Última consulta: 17 octubre 2022].
 — «Comentario al artículo 850 CC», Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7784, pp. 1 y ss. [Última consulta: 24 octubre 2022].
 — «Comentario al artículo 853 CC», Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7787, pp. 1 y ss. [Última consulta: 24 octubre 2022].

- CALAZA LÓPEZ, Carmen Alicia,
— «Elementos distintivos del contrato de alimentos: el peculiar *alea* y su acusado carácter *intuitu personae*», *Revista de Derecho de la UNED*, n.º 19, 2016, pp. 245 y ss.
— «El contrato de alimentos. Revisión a la luz de la experiencia notarial: la selección del alimentista, la forma del acuerdo y su fiscalidad: propuestas de *lege ferenda*», *Actualidad Civil*, n.º 7-8, julio-agosto, 2016, pp. 1 y ss.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «Nulidad del testamento por falta de capacidad para testar. Contrato de alimentos *versus* donación remuneratoria. Comentario a la Sentencia Audiencia Provincial de Las Palmas, Secc. 5.ª, de 31 de marzo de 2014», *Actualidad Civil*, n.º 5, mayo, 2015, pp. 1 y ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «¿Te ningunean tus hijos? ¡Desherédalos!», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 896, 2014, pp. 3 y ss.
- CARRAU CARBONELL, José María: «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, n.º 2, 2015, pp. 364 y ss.
- CHILLÓN PEÑALVER, Susana: *El contrato de vitalicio: Caracteres y contenido*, Madrid, 2000.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Autonomía privada y Derecho de sucesiones», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, L. Prats Alentosa (Coord.), Vol. 1, «Derecho de la persona, familia y sucesiones», Madrid, 2012, pp. 513 y ss.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja: «El maltrato psicológico como causa de desheredación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, M. Espejo Lerdo de Tejada (Dir.), J. P. Murga Fernández (Coord.), Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 361 y ss.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Imposibilidad de los abuelos de ver y mantener relaciones con sus nietos: supuesto de maltrato psicológico y causa de desheredación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 780, 2020, pp. 2283 y ss.
- DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: «Intangibilidad de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1948, n.º 1.º, pp. 46 y ss.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado», *Revista de Derecho Privado*, n.º 64, 1980, pp. 1101 y ss.
- PONCE DE LEÓN, Luis: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. II, «Derecho de Sucesiones», Madrid, 2012.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa:
— «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2019 (492/2019): la acción de impugnación de la desheredación injusta: plazo de ejercicio», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), Vol. 11, Madrid, 2020, pp. 371 y ss.
— «La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes», *La Ley-Derecho de Familia*, n.º 22, 2019, pp. 1 y ss.
— «El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, n.º 2019-2020, 2006, pp. 3461 y ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Institución de heredero en el remanente, imputación de prelegados y mejora de los nietos no legitimarios. Comentario a la Sentencia del TS de 28 septiembre de 2005 (RJ 2005, 7154)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 17, 2006, pp. 447 y ss.

- ESPEJO RUIZ, Manuel: «Extinción, incumplimiento y forma de garantías del contrato de alimentos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 772, 2019, pp. 689 y ss.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?», en *Estudios de Derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, A. Domínguez Luelmo y M^a. P. García Rubio (Dirs.), M. Herrero Oviedo (Coord.), Madrid, 2014, pp. 451 y ss.
- FERNÁNDEZ EGEA, María Ángeles: *La jurisdicción voluntaria notarial en el ámbito sucesorio*, Madrid, 2016.
- GAGO SIMARRO, Clara y ANTUÑA GARCÍA, Pablo: «La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 784, 2021, pp. 1208 y ss.
- GARCÍA GOLDAR, Mónica: «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación: ¿aplicable también en los derechos civiles autonómicos?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 786, 2021, pp. 2482 y ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes», en *Estudios de Derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, A. Domínguez Luelmo y M^a. P. García Rubio (Dirs.), M. Herrero Oviedo (Coord.), Madrid, 2014, pp. 479 y ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «Soluciones prácticas en materia de legítimas», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, M. Espejo Lerdo de Tejada (Dir.), J. P. Murga Fernández (Coord.), Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 123 y ss.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, M. Espejo Lerdo de Tejada (Dir.), J. P. Murga Fernández (Coord.), Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 61 y ss.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, T. II, «Obligaciones y Contratos», Barcelona, 2010.
- GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen: «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», *Revista de Derecho Privado*, n.º 3-4, marzo, 2004, pp. 153 y ss.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNEIRO DE PAZ, José María: «El instrumento público como garantía institucional y el Notario como autoridad y como órgano de jurisdicción voluntaria: Constitución española y Derecho de la Unión europea», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 223 y ss.
- GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, Lourdes: «El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 755, 2016, pp. 1609 y ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio del 2014. Desheredación por maltrato psicológico. Concepto incluido en el término maltrato. Relevancia de la ausencia de relación afectiva como causa legal», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 97, 2015, pp. 277 y ss.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut: «La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, 2019, pp. 2603 y ss.

- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: *Curso de Derecho Civil*, T. II, «Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos», F. J. Sánchez Calero (Coord.), Valencia, 2004, pp. 649 y ss.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: *Principales aspectos del nuevo contrato de alimentos como mecanismo de protección de las personas mayores*, Madrid, 2005.
- IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja: «Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?», *Actualidad Civil*, n.º 11, 2018, pp. 1 y ss.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *Indignidad sucesoria y desheredación. Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación*, Granada, 2004.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, T. V, «Sucesiones», Madrid, 2009.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea», en *La protección de las personas mayores*, C. Lasarte Álvarez (Dir.), Madrid, 2007, pp. 363 y ss.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «La tipificación del contrato de alimentos», en *Protección jurídica de los mayores*, Alonso Pérez, Martínez Gallego y Reguero Celada (Coords.), Madrid, 2004, pp. 193 y ss.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «La libertad de testar: Una reforma necesaria», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, L. Prats Albentosa (Coord.), Vol. 1, «Derecho de la persona, familia y sucesiones», Madrid, 2012, pp. 641 y ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato», *La Ley*, n.º 9466, 2019, pp. 1 y ss.
- MALDONADO RUBIO, Socorro: «Nuevas causas de desheredación en el Código Civil español. Especial referencia al maltrato psicológico como causa de desheredación», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 102-103, 2017, pp. 611 y ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Introducción», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 9 y ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «El maltrato psicológico como causa de revocación de la donación», *La Ley*, n.º 8647, 2015, pp. 1 y ss.
- MESA MARRERO, Carolina: *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Madrid, 2006.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A.: «El maltrato psicológico como causa de desheredación: el menosprecio y abandono familiar», *Actualidad Civil*, n.º 11, 2014, pp. 1 y ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada. 1. Teoría de la seguridad jurídica*, Barcelona, 1989.
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa: «Fundamentos jurídicos del maltrato psicológico *ex iusta causa* para desheredar en la reciente doctrina jurisprudencial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 789, 2022, pp. 491 y ss.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:
— *Compendio de Derecho Civil*, T. V, «Derecho de Sucesiones», Madrid, 2020.
— «A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima», *La Ley*, n.º 8592, 2015, pp. 1 y ss.

- PADIAL ALBÁS, Adoración: «La regulación del contrato de alimentos en el Código civil», *Revista de Derecho Privado*, n.º 9-10, septiembre-octubre, 2004, pp. 611 y ss.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La actualización del Derecho de Sucesiones en la Jurisprudencia de la Sala 1.ª Tribunal Supremo», *La Ley-Derecho de Familia*, n.º 22, 2019, pp. 1 y ss.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: «El contrato de alimentos: valoración jurisprudencial», en *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, M.ª del C. García Garnica (Dir.), Pamplona, 2011, pp. 545 y ss.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. Interpretación del art. 853.2 CC por la doctrina jurisprudencial reciente», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, n.º 3, 2015, pp. 117 y ss.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Causas de desheredación y flexibilización de la legítima», en *Estudios de Derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, A. Domínguez Luelmo y M.ª P. García Rubio (Dirs.), M. Herrero Oviedo (Coord.), Madrid, 2014, pp. 1131 y ss.
- QUESADA PÁEZ, Abigail: «El contrato de alimentos», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 1, n.º 10, 2014, pp. 99 y ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La necesaria actualización de las causas de desheredación en el Derecho español», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VIII, n.º 3, julio-septiembre, 2021, pp. 131 y ss.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis:
- «Problemas prácticos en la transmisión de bienes a título gratuito de padres a hijos», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 2, 2011, pp. 71 y ss.
 - «El legitimario ante la desheredación de hecho», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 3, 1995, pp. 125 y ss.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «Últimas novedades en la tributación del contrato de alimentos», *Carta Tributaria. Revista de opinión*, n.º 76, 2021, pp. 1 y ss.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La desheredación: ¿puede el testador privar a sus parientes más próximos de su parte en la herencia?*, Madrid, 1990.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio,
- «La función notarial y los principios y valores constitucionales», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 87 y ss.
 - «Jurisdicción civil y Notariado», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 51, julio-septiembre, 2004, pp. 191 y ss.
 - «El documento notarial y la seguridad jurídica», en *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, 1986, pp. 41 y ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia: «Legítimas y libertad de disposición del causante (1)», *La Ley*, n.º 8865, 2016, pp. 1 y ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Desheredación de hijos por maltrato psicológico y controversia sobre la legítima», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 79, 2018, pp. 51 y ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Un paso más hacia la flexibilización de las causas de desheredación del Código Civil (Comentario a la STS 104/2019, de 2 (sic) de febrero)», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 108-109, 2019, pp. 517 y ss.
- SILLERO CROVETTO, Blanca: «Desheredados en tiempos de pandemia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 785, 2021, pp. 1781 y ss.

- SILVESTRE ESCUDERO, Sara: «La indiferencia y la falta de relación familiar no pueden ser causa autónoma de desheredación por no considerarse maltrato psicológico: Sentencia del TS n.º 419/2022 de 24 mayo (RJ 2022, 2747)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2022, pp. 1 y ss.
- SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis: «El Notario y los Derechos Fundamentales», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 28, octubre-diciembre, 1998, pp. 87 y ss.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa: «Legítima versus libertad de testar», en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, M^a. del M. Heras Hernández (Coord.); M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 865 y ss.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Código Civil y normativa civil autonómica*, T. II, Gete-Alonso Calera, M^a. del C. (Dir.) y Solé Resina, J. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1841 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans:
- «Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 25, n.º 1, 1972, pp. 3 y ss.
 - «Aspecto cuantitativo de las legítimas», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 24, n.º 1, 1971, pp. 3 y ss.
 - «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 19, n.º 1, 1966, pp. 3 y ss.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José:
- «La fijación de la donación como no colacionable y la cláusula testamentaria del pago de legítima en vida del causante: dos declaraciones de parte que el Notariado, en lo posible, debería evitar», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II, abril-junio, 2022, pp. 423 y ss.
 - «La libertad del causante de disponer *inter vivos* de todos sus bienes», *Revista de Derecho Civil*, n.º 2, abril-junio, 2022, pp. 227 y ss.
 - «La donación remuneratoria disimulada mediante la simulación de otros contratos», *La Ley*, n.º 9891, 2021, pp. 1 y ss.
 - «Cesión de bien ganancial por un solo cónyuge a cambio de alimentos y principio de fe pública registral: A propósito de la STS, Sala 1.ª, de 29 de noviembre de 2018», *La Ley*, n.º 9364, 2019, pp. 1 y ss.
 - «Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario», *Revista de Derecho Civil*, n.º 4, octubre-diciembre, 2018, pp. 333 y ss.

VI. SENTENCIAS CITADAS

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 207/1999, de 11 de noviembre, Ponente D. Pablo García Manzano. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-23949>

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (1.ª Civil) 24 mayo 2022, Ponente Dña. M^a. Ángeles Parra Lucán (RJ 2022/2747)
- STS (1.ª Civil) 15 febrero 2022, Ponente Dña. M^a. Ángeles Parra Lucán (RJ 2022/947)
- STS (1.ª Civil) 25 septiembre 2019, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2019/3677)
- STS (1.ª Civil) 2 julio 2019, Ponente D. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2019/3141)
- STS (1.ª Civil) 13 mayo 2019, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2019/2212)
- STS (1.ª Civil) 19 febrero 2019, Ponente D. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2019/497)
- STS (1.ª Civil) 29 noviembre 2018, Ponente Dña. M^a. Ángeles Parra Lucán (RJ 2018/5395)
- STS (1.ª Civil) 27 junio 2018, Ponente Dña. M^a. Ángeles Parra Lucán (RJ 2018/3100)
- STS (1.ª Civil) 8 abril 2016, Ponente D. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2016/1330)
- ATS (1.ª Civil) 2 marzo 2016, Ponente D. Ángel Fernando Panta-león Prieto (JUR 2016/52288)
- STS (1.ª Civil) 30 enero 2015, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2015/639)
- STS (1.ª Civil) 29 septiembre 2014, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2014/4966)
- STS (1.ª Civil) 3 junio 2014, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2014/3900)
- STS (1.ª Civil) 25 mayo 2009, Ponente Dña. Encarnación Roca Trías (JUR 2009/2417)
- STS (1.ª Civil) 12 junio 2008, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (JUR 2008/3220)
- STS (1.ª Civil) 20 noviembre 2007, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2007/8850)
- STS (1.ª Civil) 1 septiembre 2006, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2006/8549)
- STS (1.ª Civil) 28 septiembre 2005, Ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2005/7154)
- STS (1.ª Civil) 12 mayo 2005, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005/3994)
- STS (1.ª Civil) 28 febrero 2004, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2004/1447)

- STS (1.ª Civil) 1 julio 2003, Ponente D. Román García Varela (RJ 2003/4321)
- STS (1.ª Civil) 9 julio 2002, Ponente D. Román García Varela (RJ 2002/5904)
- STS (1.ª Civil) 27 noviembre 2001, Ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2001/9529)
- STS (1.ª Civil) 18 enero 2001, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2001/1319)
- STS (1.ª Civil) 28 julio 1998, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1998/6449)
- STS (1.ª Civil) 4 de noviembre de 1997, Ponente D. Jesús Marina Martínez-Pardo (RJ 1997/7930)
- STS (1.ª Civil) 26 mayo 1997, Ponente D. Román García Varela (RJ 1997/4234)
- STS (1.ª Civil) 31 octubre 1995, Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1995/7784)
- STS (1.ª Civil) 26 junio 1995, Ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1995/5117)
- STS (1.ª Civil) 14 marzo 1994, Ponente D. Jesús Marina Martínez-Pardo (RJ 1994/1777)
- STS (1.ª Civil) 28 junio 1993, Ponente D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (RJ 1993/4792)
- STS (1.ª Civil) 30 marzo 1993, Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1993/2541)
- STS (1.ª Civil) 19 diciembre 1990, Ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1990/10312)
- STS (1.ª Civil) 16 julio 1990, Ponente D. Manuel González Alegre y Bernardo (RJ 1990/5886)
- STS (1.ª Civil) 15 junio 1990, Ponente D. Jesús Marina Martínez-Pardo (RJ 1990/4760)
- STS (1.ª Civil) 11 febrero 1988, Ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1988/939)
- STS (1.ª Civil) 30 septiembre 1975 Ponente Desconocido (RJ 1975/3408)
- STS (1.ª Civil) 8 noviembre 1967 Ponente Desconocido (RJ 1967/4114)
- STS (1.ª Civil) 6 diciembre 1963 Ponente Desconocido (RJ 1963/5207)
- STS (1.ª Civil) 23 enero 1959 Ponente D. Francisco Eyré Varela (RJ 1959/125)
- STS (1.ª Civil) 4 noviembre 1904 Ponente Desconocido (CJ, t. 99, §43)

3. SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

STSJ Galicia (1.^a) 23 junio 2020 (JUR 2020/247707)
STSJ Cataluña (1.^a) 8 enero 2018 (RJ 2018/1503)
STSJ Cataluña (1.^a) 2 febrero 2017 (RJ 2017/1596)
STSJ Cataluña (1.^a) 28 mayo 2015 (RJ 2015/3761)
STSJ Baleares (1.^a) 16 junio 2005 (RJ 2005/4953)
STSJ Galicia (1.^a) 15 diciembre 2000 (RJ 2001/4332)
STSJ Baleares (1.^a) 3 noviembre 2000 (RJ 2001/1079)
STSJ Galicia (1.^a) 5 noviembre 1998 (RJ 1999/1247)
STSJ Galicia (1.^a) 2 diciembre 1997 (RJ 1998/8251)
STSJ Cataluña (1.^a) 21 marzo 1991 (AC 1991/3902)

4. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Asturias (7.^a Civil) 28 abril 2022 (JUR 2022/231470)
SAP Asturias (6.^a Civil) 25 octubre 2021 (JUR 2022/31684)
SAP Álava (1.^a Civil) 2 septiembre 2021 (JUR 2022/45527)
SAP Valencia (8.^a Civil) 2 febrero 2021 (JUR 2021/62540)
SAP Murcia (5.^a Civil) 27 octubre 2020 (JUR 2020/341203)
SAP Badajoz (3.^a Civil) 20 abril 2020 (AC 2020/1022)
SAP Barcelona (14.^a Civil) 18 febrero 2020 (JUR 2020/80647)
SAP Vizcaya (4.^a Civil) 9 enero 2020 (AC 2020/1201)
SAP Valencia (11.^a Civil) 11 diciembre 2019 (JUR 2020/87355)
SAP Jaén (1.^a Civil) 25 septiembre 2019 (JUR 2020/24343)
SAP Madrid (20.^a Civil) 3 septiembre 2019 (AC 2019/1504)
SAP Zamora (1.^a Civil) 23 julio 2019 (AC 2019/1204)
SAP Murcia (1.^a Civil) 27 mayo 2019 (AC 2019/932)
SAP Asturias (7.^a Civil) 11 abril 2019 (JUR 2019/184491)
SAP Asturias (5.^a Civil) 20 diciembre 2018 (JUR 2019/38663)
SAP Tarragona (1.^a Civil) 12 junio 2018 (AC 2018/1322)
SAP La Coruña (5.^a Civil) 16 febrero 2018 (AC 2018/470)
SAP Alicante (9.^a Civil) 6 febrero 2018 (JUR 2018/162536)
SAP Valencia (8.^a Civil) 19 octubre 2017 (JUR 2018/114258)
SAP Córdoba (1.^a Civil) 16 octubre 2017 (JUR 2017/300272)
SAP Salamanca (1.^a Civil) 21 febrero 2017 (AC 2017/1861)
SAP Islas Baleares (5.^a Civil) 20 diciembre 2016 (AC 2016/2147)
SAP Asturias (7.^a Civil) 29 septiembre 2016 (JUR 2016/234352)
SAP Asturias (6.^a Civil) 13 junio 2016 (JUR 2016/173005)
SAP Lérida (2.^a Civil) 22 abril 2016 (AC 2016/946)
SAP Madrid (8.^a Civil) 7 abril 2016 (JUR 2016/114084)

- SAP Málaga (5.^a Civil) 31 marzo 2016 (JUR 2016/178285)
SAP Orense (1.^a Civil) 12 febrero 2016 (JUR 2016/56729)
SAP Málaga (5.^a Civil) 8 enero 2016 (AC 2016/572)
SAP Santa Cruz de Tenerife (4.^a Civil) 14 diciembre 2015 (AC 2016/383)
SAP Vizcaya (3.^a Civil) 5 noviembre 2015 (AC 2016/292)
SAP Huelva (2.^a Civil) 9 octubre 2015 (JUR 2016/106072)
SAP Badajoz (2.^a Civil) 16 julio 2015 (JUR 2015/193926)
SAP Lérida (2.^a Civil) 21 mayo 2015 (JUR 2015/166049)
SAP Málaga (5.^a Civil) 21 abril 2015 (JUR 2015/170767)
SAP Santa Cruz de Tenerife (3.^a Civil) 10 marzo 2015 (AC 2015/554)
SAP Islas Baleares (3.^a Civil) 17 octubre 2014 (AC 2014/2001)
SAP Málaga (5.^a Civil) 14 octubre 2014 (AC 2014/2380)
SAP Alicante (6.^a Civil) 1 octubre 2014 (JUR 2015/53900)
SAP Badajoz (3.^a Civil) 11 septiembre 2014 (JUR 2014/257300)
SAP Las Palmas (5.^a Civil) 31 marzo 2014 (JUR 2014/147032)
SAP Barcelona (14.^a Civil) 13 febrero 2014 (JUR 2014/85318)
SAP Alicante (6.^a Civil) 28 enero 2014 (AC 2014/567)
SAP Tarragona (1.^a Civil) 28 enero 2014 (JUR 2014/46676)
SAP Madrid (12.^a Civil) 17 enero 2014 (AC 2014/118)
SAP Madrid (13.^a Civil) 30 septiembre 2013 (AC 2014/3235)
SAP Madrid (13.^a Civil) 19 septiembre 2013 (JUR 2014/3342)
SAP Santa Cruz de Tenerife (3.^a Civil) 15 junio 2012 (AC 2012/1829)
SAP Santa Cruz de Tenerife (3.^a Civil) 15 abril 2011 (JUR 2011/282375)
SAP Málaga (5.^a Civil) 30 marzo 2011 (JUR 2012/340751)
SAP Islas Baleares (3.^a Civil) 16 noviembre 2010 (AC 2010/2152)
SAP León (1.^a Civil) 24 abril 2009 (JUR 2009/257413)
SAP Valencia (7.^a Civil) 8 abril 2005 (AC 2005/858)
SAP Badajoz (1.^a Civil) 17 enero 2002 (AC 2002/1128)
SAP Pontevedra (2.^a Civil) 1 junio 2001 (JUR 2001/258985)
SAP Palencia (1.^a Civil) 20 abril 2001 (AC 2001/932)
SAP Valladolid (1.^a Civil) 27 marzo 1998 (AC 1998/6008)
SAP Valencia (9.^a Civil) 1 marzo 1996 (AC 1996/615)

VII. RESOLUCIONES DE LA ANTIGUA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución 3 octubre 2019 (RJ 2019/4420)
Resolución 8 noviembre 2018 (RJ 2018/4860)
Resolución 25 mayo 2017 (RJ 2017/2650)

Resolución 12 diciembre 2016 (RJ 2016/6569)
Resolución 15 septiembre 2014 (RJ 2014/4742)
Resolución 6 marzo 2012 (RJ 2012/6149)
Resolución 17 octubre 2008 (RJ 2009/637)
Resolución 23 febrero 2007 (RJ 2007/1572)
Resolución 31 marzo 2005 (RJ 2005/3483)
Resolución 18 abril 2000 (RJ 2000/5818)

VIII. RESOLUCIONES DE LA ACTUAL DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Resolución 20 julio 2022 (JUR 2022/267935)
Resolución 21 marzo 2022 (RJ 2022/2443)
Resolución 20 septiembre 2021 (RJ 2021/5532)
Resolución 10 febrero 2021 (RJ 2021/986)
Resolución 8 enero 2021 (RJ 2021/225)
Resolución 5 noviembre 2020 (RJ 2020/5473)
Resolución 11 junio 2020 (RJ 2020/3366)

La reforma del Derecho de contratos: el cambio de circunstancias en los Derechos francés, belga y español

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA*

Profesora titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Hasta hace unos años, los Códigos civiles francés, belga y español no ofrecían una reglamentación para los supuestos de cambio sobrevenido de las circunstancias del contrato. Mientras que en Francia y Bélgica se elaboró la «teoría de la imprevisión» y los tribunales civiles rechazaron su aplicación en la contratación privada, en España, la jurisprudencia acudió a la «doctrina de la cláusula rebus sic stantibus» y la ha venido aplicando de manera restrictiva hasta la actualidad. Esta situación ha cambiado desde la reforma en 2016 del Código civil francés y del Código civil belga en 2022, pues ambos textos han pasado a regular expresamente el «cambio de circunstancias». En este trabajo se realiza un estudio de las nuevas regulaciones francesa y belga, de los presupuestos exigidos para tener en cuenta el cambio de circunstancias y de sus efectos sobre el contrato. Ambos textos se comparan con la regulación de la alteración sobrevenida de las circunstancias recogida en la Propuesta para la Modernización del Código civil español de la Comisión General de Codificación de 2009 y con la Propuesta revisada en 2023.

PALABRAS CLAVE

Reforma del derecho de contratos, Cambio de circunstancias, teoría de la imprevisión, cláusula rebus sic stantibus, hardship, excesiva onerosidad, renegociación del contrato, adaptación del contrato, revisión del contrato, resolución del contrato.

* Correo electrónico: lispaula@uam.es. Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación (AEI) «La protección del consumidor en la era digital» (PID2021-122985NB-I00) y tiene su origen en la ponencia sobre «Le changement des circonstances» realizada en la *Journée: La réforme belge du Droit des obligations*, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela el 18 de noviembre de 2022.

Contract law reform: the change of circumstances in French, Belgian and Spanish law

ABSTRACT

Until a few years ago, the French, Belgian and Spanish Civil Codes did not offer a regulation for the cases of the supervening change of the circumstances of the contract. While in France and Belgium the «theory of imprévision» was developed and the civil courts rejected its application, in Spain, case law resorted to the «doctrine of the rebus sic stantibus clause» and has applied it restrictively until today. This situation has changed since the reform of the French Civil Code in 2016 and of the Belgian Civil Code in 2022, as both texts now expressly regulate the «change of circumstances». In this paper, a study is carried out about the new French and Belgian regulations, the conditions required to take into account the change of circumstances and its effects on the contract. Both texts are compared with the regulation of the supervening alteration of circumstances contained in the 2009 Proposal for Modernisation of the Spanish Civil Code in Obligations and Contracts of the General Codification Commission and with the Revised Proposal in 2023.

KEYWORDS

Contract law reform, Change of circumstances, unforeseeability, rebus sic stantibus, hardship, renegotiation of the contract, adaptation of the contract, termination of the contract.

SUMARIO:—I. Introducción.—II. El punto de partida. 1. La teoría de la imprevisión en los Derechos francés y belga. 2. La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en el Derecho español.—III. El reconocimiento legal del cambio de circunstancias en la reforma de los Códigos civiles francés y belga y en la Propuesta para la modernización del Código civil español. 1. El artículo 1195 del Código civil francés. 2. El artículo 5.74 del Código civil belga. 3. El artículo 1213 de la Propuesta para la modernización del Código civil español elaborada por la Comisión General de Codificación (2009) y el artículo 1238 de la Propuesta revisada para la modernización del Código civil (2023).—IV. Los requisitos que debe reunir el cambio de circunstancias. 1. El cambio de circunstancias provoca que la ejecución del contrato resulte excesivamente onerosa. 2. El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato e imprevisible. 3. El riesgo del cambio de circunstancias no ha sido asumido por la parte afectada.—V. Los efectos del cambio de circunstancias. 1. La renegociación del contrato por las partes. 2. La intervención del juez si las partes no alcanzan un acuerdo. 2.1. La revisión judicial del contrato. 2.2. La resolución judicial del contrato.—VI. Las cláusulas sobre el cambio de circunstancias.—VII. Reflexiones finales.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace poco tiempo, los Derechos francés y belga compartían una misma regulación del Derecho de obligaciones y contratos, pues ambos se regían por lo establecido en el Código civil de Napoleón¹. Esta situación, que se ha mantenido durante casi dos siglos, cambió cuando, en 2016, Francia reformó su Código civil mediante la *Ordonnance* n.º 2016-131, de 10 de febrero, *portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, ratificada por la Ley n.º 2018-287, de 20 de abril de 2018. A ello hay que añadir lo sucedido recientemente en Bélgica, con la reforma del Código civil belga aprobada por la *Loi* de 28 de abril de 2022, *portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil*².

Estos dos últimos acontecimientos permiten afirmar que la reforma del Derecho de obligaciones y contratos en los códigos latinos está viviendo un momento de particular importancia. Tradicionalmente, el Código civil español ha sido adscrito a esta familia de códigos y, de forma generalizada, se ha reconocido la influencia del Código civil de Napoleón en nuestro texto³. En el caso español, existe un clamor prácticamente unánime a favor de una reforma del Código civil en materia de obligaciones y contratos. La Comisión General de Codificación emprendió la tarea y, en 2009, se publicó la Propuesta para la Modernización del Código civil en materia de Derecho de obligaciones y contratos (en adelante, la Propuesta y PM 2009)⁴. Esta tarea se ha visto continuada en 2023⁵, con la publicación de la Propuesta Revisada para la Modernización del Código civil en materia de Derecho de obli-

¹ Bajo la denominación «Código civil Napoleón», en este trabajo, se contempla tanto el Código civil francés como el Código civil belga anteriores a las reformas. Cuando en 1830, se produjo la independencia de Bélgica, en el territorio estaba vigente el Código civil de Napoleón y aunque estaba prevista su sustitución por un Código civil propio, esto nunca llegó a suceder (*Vid.* ZWEIGERT Y KÖTZ, 1998, p. 101).

² Publicada en el *Moniteur Belge* el 1 de julio de 2022. Para una presentación de los nuevos Libros 1º «Disposiciones generales» y 5º «Las obligaciones» del Código civil belga, *vid.* WÉRY, (2022, pp. 12 a 39), encargado junto con el profesor Eric Drix de la coordinación de la reforma del Código civil belga, copresidente de la *Commission de réforme du droit des obligations*.

³ ZWEIGERT y KÖTZ, 1998, p. 107. Al respecto, recientemente, FENOY PICÓN, ADC, 2020, p. 1338.

⁴ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta para la modernización del Código civil en materia de Derecho de obligaciones y contratos*, 2009.

⁵ El Ministerio de Justicia encomendó a la Sección Primera de la Comisión General de Codificación la revisión de la Propuesta de 2009 teniendo en cuenta la evolución de la materia en los ordenamientos europeos y en otros de tradición codificadora, y, muy especialmente, las reformas llevadas a cabo en Alemania en el año 2000, en Francia, en 2016, y en Bélgica, en 2022 (*vid.* PAU PEDRÓN, 2023, p. 15).

gaciones y contratos (en adelante, Propuesta revisada y PRM)⁶; pero lo cierto es que la deseada reforma no ha sido todavía completada. Esto hace que la situación del Ordenamiento español resulte cada vez más anacrónica.

Este trabajo tiene como objeto una cuestión cuya importancia ha quedado puesta de manifiesto con motivo de la COVID-19 y, más recientemente, con la guerra de Ucrania. Se trata de los efectos que puede tener sobre el contrato la alteración sobrevenida de las circunstancias o, como se denomina en los nuevos textos francés y belga, el «cambio de circunstancias». Los tres Ordenamientos mencionados y sus textos codificados han compartido el punto de partida: la consagración del principio de fuerza obligatoria del contrato y la ausencia de una regulación expresa de las consecuencias que puede tener sobre el contrato un cambio sobrevenido de las circunstancias. Sin embargo, cada uno ha afrontado la cuestión de forma diferente.

Hasta las recientes reformas de sus Códigos civiles, los Derechos francés y belga proclamaban la intangibilidad del contrato y rechazaban la aplicación de la denominada teoría de la imprevisión, elaborada para describir la situación de ruptura del equilibrio de las prestaciones como consecuencia de un cambio de las circunstancias. En Derecho español, para estos casos, la jurisprudencia ha desarrollado la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y ha admitido su aplicación, aunque de forma restringida. De esta manera, se podía afirmar que, como decía el eslogan acuñado hace más de cincuenta años para promocionar el turismo en nuestro país, *Spain ist different*. Tras las reformas operadas en Francia y Bélgica, parafraseando el famoso eslogan, podemos afirmar que *Spain ist still different*. Mientras que los Códigos civiles francés y belga optan por dar un giro a las soluciones defendidas hasta el momento y, tras su reforma, ofrecen un reconocimiento legal expreso a la figura del cambio de circunstancias, en nuestro país, seguimos en la situación en la que estábamos.

Este trabajo analiza los requisitos del cambio de circunstancias y sus efectos en los nuevos preceptos francés y belga y los com-

⁶ Publicada por el Ministerio de Justicia en 2023 con el título *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*. Esta Propuesta revisada ha sido elaborada por los vocales de la Comisión General de Codificación: Antonio Manuel MORALES MORENO (presidente), Teodora TORRES GARCÍA, María Paz GARCÍA RUBIO, Nieves FENOY PICÓN y Francisco OLIVA BLÁZQUEZ y fue presentada en las *I Jornadas de la Comisión General de Codificación* organizadas por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, celebradas los días 13 y 14 de julio de 2023, en la mesa redonda, «Sección de Derecho civil. La necesaria modernización del Código civil en obligaciones y contratos», donde fueron ponentes los profesores Antonio Manuel MORALES MORENO, María Paz GARCÍA RUBIO y Nieves FENOY PICÓN.

para con la Propuesta española y con la reciente Propuesta revisada que plantean un reconocimiento legal de la figura. El tiempo transcurrido desde la publicación de la Propuesta de Modernización, casi quince años, ha hecho muy conveniente realizar una revisión y actualización de la Propuesta, teniendo en cuenta la experiencia acumulada estos últimos tiempos. En esta tarea de revisión, una mirada a las regulaciones nacionales más recientes ha resultado, sin duda, una herramienta muy útil. Por lo que al objeto de este estudio respecta, además, se ha tenido en cuenta la experiencia acumulada con la pandemia provocada por la COVID-19⁷.

II EL PUNTO DE PARTIDA

Tanto el Código Napoleón como el Código civil español consagran expresamente el principio de fuerza obligatoria del contrato y lo hacen de forma casi idéntica:

Artículo 1134 CC Napoleón:

*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*⁸.

Artículo 1091 CC español:

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Tras consagrar el principio *pacta sunt servanda*, ninguno de los Códigos civiles analizados contempla expresamente la posibilidad de que un cambio sobrevenido de las circunstancias, que modifique el equilibrio de las prestaciones pactado por las partes, pueda tener efecto sobre el contrato. Con un mismo punto de partida, es interesante comprobar la respuesta que los Ordenamientos francés, belga y español han dado a la cuestión. Mientras que en el caso francés y belga hay que mencionar la denominada «teoría de la imprevisión» y el rechazo a su aplicación en el ámbito civil, en

⁷ *Exposición de motivos de la Propuesta revisada*, p. 35.

⁸ Este precepto se considera inspirado en el Derecho romano a través de DOMAT que, en su obra *Las leyes civiles en su orden natural* (Libro I, título I, sec. II, VII), afirma: «Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun» (CABRILLAC, 2016, p. 114). En derecho belga se recurre al principio de la *convention-loi* como una fórmula para expresar la fuerza obligatoria del contrato (WÉRY, 2021, p. 400).

el caso español, la respuesta está en la «doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*» y su aplicación judicial.

1. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS DERECHOS FRANCÉS Y BELGA

En Derecho francés, la doctrina consideró que existe imprevisión cuando circunstancias económicas imprevistas, posteriores a la conclusión del contrato, hacen que su ejecución resulte extremadamente difícil o mucho más onerosa. La imprevisión consiste en un desequilibrio entre las prestaciones contractuales considerado en el momento de la ejecución del contrato⁹. En estos casos, se planteó la cuestión de si el contrato debía ejecutarse en los términos pactados o se podía proceder a su revisión o ponerle fin a través de la denominada teoría de la imprevisión.

Desde muy antiguo, quedó claro que la Corte de casación francesa no quería que, en el ámbito de la contratación privada, en los casos de imprevisión, el juez entrara a revisar o resolver el contrato¹⁰. Así, en un célebre *arrêt* de 6 de marzo de 1876 (*Canal de Craponne*)¹¹, la Corte de casación francesa rechazó la aplicación de la teoría de la imprevisión, tomando como fundamento el artículo 1134 CC Napoleón que recoge el principio *pacta sunt servanda*:

Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants.

La razón principal de esta doctrina jurisprudencial para rechazar la revisión del contrato se encuentra en la idea de la seguridad de las relaciones jurídicas y las reticencias a reconocer al juez un poder de revisión¹². Aunque esta solución se ha mantenido hasta la reforma del Código civil francés en 2016, lo cierto es que comenzó a

⁹ GHESTIN, JAMIN y BILLIAU, 1994, pp. 310 y 311 (n. 263).

¹⁰ GHESTIN, JAMIN y BILLIAU, 1994, pp. 323 a 326 (n. 279).

¹¹ *Cass. fr. civ.*, 6 de marzo de 1876, D. 1876, I, p.193; *Grands arrêts*, n° 165.

¹² Se considera que el juez no es necesariamente competente para rediseñar el contrato. CABRILLAC, 2016, p. 117.

Sin embargo, en el ámbito de la contratación administrativa, desde 1916, el *Conseil d'État* francés tiene desarrollada una teoría de la imprevisión, de tal forma que, cuando concurren los presupuestos necesarios (un evento excepcional e imprevisible, ajeno a las partes, que sucede tras la celebración del contrato y provoca la ruptura del equilibrio contractual), es posible modificar las cláusulas de un contrato administrativo a favor del contratante (por ejemplo, concesionario). Para justificar una solución de este tipo, se acude al principio de la continuidad de los servicios públicos (GHESTIN, JAMIN y BILLIAU, 1994, p. 331 y 311, n. 283).

recibir críticas cuando se multiplicaron los contratos de larga duración y las circunstancias económicas devinieron más inestables¹³. De hecho, es posible afirmar que en algunas sentencias recientes se aprecia cierto debilitamiento de la doctrina. Así, la Corte de casación comercial francesa, en su sentencia de 3 de noviembre de 1992¹⁴, condenó a un contratante a abonar daños y perjuicios a la otra parte con la que se negó a revisar un contrato que había sufrido un profundo desequilibrio económico como consecuencia de un cambio imprevisible de las circunstancias. Esta decisión y otras posteriores¹⁵, si bien no acogen la teoría de la imprevisión y no reconocen al juez un poder de revisión del contrato, admiten la responsabilidad de la parte que, en la situación provocada por el cambio de circunstancias, no renegoció el contrato y lo hacen sobre la base del principio de ejecución del contrato de buena fe (art. 1134 CC Napoleón)¹⁶. Con motivo de la sentencia de 16 de marzo de 2004¹⁷, un sector doctrinal llega a concluir que la Corte de casación francesa aprecia que la obligación de lealtad y de ejecución de buena fe entraña un deber de renegociar el contrato que ha quedado desequilibrado por el cambio de circunstancias¹⁸. Si bien esta interpretación generó una discusión doctrinal¹⁹, lo cierto es que estas decisiones aisladas no llegaron a suponer un cambio de jurisprudencia, pues la doctrina derivada de la sentencia de *Canal de Crappone* ha continuado aplicándose por los tribunales franceses bajo la vigencia del Código Napoleón²⁰.

Por lo que respecta al Derecho belga, el Código civil, como no podía ser de otra manera, tampoco contemplaba la posibilidad de que un cambio sobrevenido de las circunstancias provocara una alteración en el equilibrio económico del contrato. Al igual que en Francia, en esos casos se planteó si el contrato debía cumplirse en los términos pactados o si podía aplicarse la teoría de la imprevisión.

La doctrina belga ha definido la teoría de la imprevisión como la posibilidad de que un contrato pueda ser resuelto o modificado en la medida en que circunstancias inexistentes en el momento de celebrar el contrato, y totalmente imprevisibles para las partes, sucedan durante su ejecución alterando la economía del contrato y provoquen un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, de tal manera que la

¹³ CABRILLAC, 2019, pp. 105 y 106.

¹⁴ *Cass. fr. com.*, 3 de noviembre de 1992, *arrêt Huard*, Bull. 1992, IV, n° 338, p. 241.

¹⁵ CABRILLAC (2014, p. 339) cita en el mismo sentido, *Cass. fr. com.* 26 de octubre de 1999 y, más recientemente, *Cass. fr. com.*, 29 junio 2010.

¹⁶ Como destaca CABRILLAC (2014, p. 339). Sobre esta sentencia y el alcance de las obligaciones derivadas de la buena fe, GHESTIN, JAMIN y BILLIAU, 1994, pp. 325 y 326 (n. 279).

¹⁷ *Cass. fr. civ.*, 1, de 16 de marzo de 2004, D. 2004.1754, nota D. Mazeaud.

¹⁸ FABRE-MAGNAN, 2008, pp. 472-474.

¹⁹ CABRILLAC, 2014, pp. 339 y 340.

²⁰ CABRILLAC, 2014, p. 340.

ejecución del contrato para una de ellas resulte excepcionalmente gravosa, fuera de todos los riesgos que los contratantes hubieran normalmente contemplado y en ausencia de culpa de las partes²¹.

La Corte de casación en su *arrêt* de 30 de octubre de 1924 recogía la teoría de la imprevisión en los siguientes términos:

*La théorie juridique dite de l'imprévision tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée à un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation des charges qui en résulte*²².

Durante muchos años, la jurisprudencia belga ha rehusado aplicar la teoría de la imprevisión en el ámbito civil²³, de tal forma que no ha admitido excepciones a lo previsto en el artículo 1134 párrafo primero CC Napoleón²⁴. Un buen ejemplo de ello lo constituye una célebre sentencia de 14 de abril de 1994, en la que la Corte de casación belga rechaza expresamente su aplicación²⁵.

La doctrina mayoritaria belga también se ha mostrado reacia a la admisión de la teoría de la imprevisión, aunque en las últimas décadas un sector se manifestaba favorable a defender que había razones para reconsiderar la respuesta dada hasta entonces²⁶ y tener en cuenta los efectos de un cambio de las circunstancias (no imputable a la parte que lo alega, imprevisible) que provoque lo que el profesor Philippe denominó *le bouleversement de l'économie contractuelle*²⁷. Se puso de manifiesto que la Corte de casación belga había abierto una

²¹ VAN OMMESLAGHE, 2013, pp. 812.

²² *Cass. bel.*, 30 de octubre de 1924, Pas., 1924, I, p. 565; Citada por WÉRY, 2021, p. 595.

²³ Si bien, en el ámbito de la contratación administrativa se ha llegado a soluciones similares a las que provoca la teoría de la imprevisión, a través de la aplicación de la normativa que regula el contenido de la contratación pública y las concesiones administrativas (VAN OMMESLAGHE, 2013, pp. 817 y 824-828).

²⁴ *Vid.* VAN OMMESLAGHE, 2013, pp. 817 a 820 y WÉRY, 2021, pp. 596 y 597.

²⁵ *Cass. bel.*, 14 de abril de 1994;

La règle de l'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance.

Citada por Van Ommerlaghe (2013, pp. 818 y 819), que añade sentencias posteriores que la confirman.

²⁶ WÉRY, 2021, p. 598.

²⁷ PHILIPPE, en su importante obra *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruselas, Bruylant, 1986, define la imprevisión como «un concept qui autorise la révision du contrat en cas de survenance, postérieurement à la conclusion du contrat, de circonstances présentant les caractéristiques suivantes: être non imputables à la partie qui s'en prévaut; être imprévisibles; avoir pour effet le bouleversement de l'économie contractuelle».

brecha en las soluciones tradicionales²⁸. Se citaba la sentencia de 19 de junio de 2009²⁹ que, en un caso de compraventa internacional en la que resultaba de aplicación la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG), reconocía la existencia de una obligación de renegociar el contrato³⁰. En sentido similar, se mencionaba la sentencia de 12 de abril de 2013 de la Corte de casación belga³¹ que se pronunciaba sobre el artículo 79 CISG y realizaba una interpretación extensiva de la noción de fuerza mayor³². También, a favor del reconocimiento de esta figura, se ha citado la sentencia de la Corte de casación belga de 14 de octubre de 2010³³, relativa a un caso de alimentos, en el que se aplicaba la doctrina del abuso de derecho ante un cambio sustancial de las circunstancias que creaba un desequilibrio entre las obligaciones de las partes³⁴. Sobre la base de esta jurisprudencia, este sector de la doctrina se mostraba esperanzado con la posibilidad de que la Corte de casación belga reconociera la doctrina del cambio de circunstancias de una forma más explícita³⁵. De hecho, años después, la Proposición de ley de 24 de febrero de 2021 sobre el Libro 5, cita estas decisiones de la Corte para afirmar que la jurisprudencia progresivamente tendía a aceptar esta figura³⁶.

2. LA DOCTRINA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTI-*

²⁸ PHILIPPE, 2015, pp. 101-108, e insiste sobre ello en 2022, pp. 227 y ss.

²⁹ *Cass. bel.*, 19 de junio de 2009, Pas., 2009, p. 1590. Citada por PHILIPPE (2015, pp. 102 y 103) y por CABRILLAC (2016, p. 119).

³⁰ El caso en cuestión se refiere a un contrato de suministro de acero entre un vendedor francés y un comprador alemán. Tras el incremento del precio del acero, el vendedor solicita al comprador una renegociación del precio como consecuencia de la existencia de *hardship*. La Corte de casación belga se basa en dos argumentos para tomar su decisión: (1) el artículo 79 CISG no solo se aplica en los casos de fuerza mayor, sino que también se aplica en los de *hardship*; (2) la CISG no regula la renegociación del contrato en caso de cambio de circunstancias y esta laguna se completa conforme a lo previsto en las normas de derecho internacional privado, lo cual lleva en el caso concreto al Derecho francés. Desestima el recurso presentado por el comprador y mantiene la sentencia que le condena a indemnizar al vendedor los daños ocasionados por su negativa a renegociar el contrato, puesto que, conforme al Derecho francés, en los casos de *hardship*, existe una obligación de renegociar.

³¹ *Cass. bel.*, 12 de abril de 2013, Pas., 2013, p. 863.

³² En el caso en cuestión existía una imposibilidad de cumplimiento y la Corte consideró que la solución era la misma se aplicara el artículo 79 CISG o el Derecho común de obligaciones. *Vid.* PHILIPPE, 2022, p. 228.

³³ *Cass. bel.*, 14 de octubre de 2010, Pas., 2010, p. 2643.

³⁴ PHILIPPE, 2015, p. 104.

³⁵ PHILIPPE, 2015, p. 105.

³⁶ *Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil, Doc. parl., Chambre des Représentants de Belgique*, sesión ordinaria, 2020-2021, n° 55-1806/0001, p. 85. Si bien, como reconoce PHILIPPE (2022, p. 220), no se puede afirmar que hubiera llegado ya a su reconocimiento.

BUS EN EL DERECHO ESPAÑOL

A pesar de compartir un mismo punto de partida con los Derechos francés y belga, en el Ordenamiento español las cosas se han desarrollado de otra manera. En este último, existe una abundante jurisprudencia y un interés doctrinal muy importante (con un incremento exponencial en los últimos años) sobre esta cuestión.

Mientras que, en los Derechos francés y belga, antes de la reforma se contemplan los casos de alteración sobrevenida de las circunstancias y sus efectos sobre el contrato desde la denominada teoría de la imprevisión, en Derecho español, los tribunales españoles recurren a la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* y, en ocasiones, a las figuras de la ruptura de la base del negocio, de la frustración del fin del contrato o de la imposibilidad sobrevenida fortuita³⁷.

La cláusula *rebus sic stantibus* tiene su origen en una antigua construcción doctrinal que entiende que existe una voluntad implícita de las partes que subordina la continuación del vínculo contractual al mantenimiento del *status quo* (*rebus sic stantibus*)³⁸. En una formulación moderna de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* se puede afirmar que:

«Supone que en todos los contratos se sobreentiende que existe una cláusula, de acuerdo con la cual la subsistencia de la relación contractual depende de la subsistencia de determinadas circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato, que están debidamente predisuestas por las partes y cuya variación no era previsible»³⁹.

En nuestro país, la jurisprudencia ha desempeñado un papel principal en la implantación y desarrollo de esta figura⁴⁰. En un estudio reciente sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, Parra Lucán identifica tres periodos⁴¹. El primero de ellos tiene sus inicios en la década de los años cuarenta del siglo XX. En una situación de inestabilidad económica, aunque reconoció la cláusula *rebus sic stantibus*, el Tribunal Supremo fue muy restrictivo en su interpretación, negando en numerosas ocasiones su aplica-

³⁷ PARRA LUCÁN, *AFDUAM*, 2021, pp. 26 y 27 y GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 485.

³⁸ Díez-PICAZO, 2008, p. 1057.

³⁹ Díez-PICAZO, 2008, pp. 1059 y 1060.

⁴⁰ SAN MIGUEL, *ADC*, 2002, p. 1119; SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, pp. 17 a 20.

⁴¹ PARRA LUCÁN, *AFDUAM*, 2021, pp. 26 a 37. Esta autora pone de manifiesto que el hecho de que no exista una regulación de la figura explica que los fundamentos de las decisiones de los tribunales hayan dependido de las pretensiones de las partes y de la fundamentación que hayan empleado para sustentarlas.

ción con el argumento de que los acontecimientos alegados para su aplicación no eran imprevisibles⁴². De esta etapa es la STS de 17 de mayo de 1957⁴³, que fue la primera en establecer los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula⁴⁴:

(1) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; 2) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que derrumba el contrato por «aniquilamiento» del equilibrio de las prestaciones; (3) la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles que son las que originan los dos presupuestos anteriores.

Posteriormente, la STS de 6 de junio de 1959⁴⁵ incorpora el requisito de que las partes no hayan concertado algún otro remedio para salvar o atenuar el perjuicio⁴⁶.

Este periodo de aplicación restrictiva y excepcional de la cláusula *rebus sic stantibus* -en la que el Tribunal Supremo la califica como una «cláusula peligrosa» que, en su caso, debe admitirse cautelosamente- se ha prolongado hasta mediados de la segunda década del siglo XXI.

En la segunda década del siglo XXI se ubica el que se ha denominado segundo periodo de la jurisprudencia, que se caracteriza porque el Tribunal Supremo da un giro de timón con el que pretende abandonar el carácter «peligroso» de la cláusula y abogar por la «normalización» de su aplicación. El propio Tribunal Supremo presenta como culminación de este movimiento las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014⁴⁷, dictadas en el marco de la crisis económica iniciada en 2008⁴⁸. Ambas sentencias consideran que la crisis económica de 2008 puede ser calificada como un fenómeno que provocó una grave mutación de las circunstancias sobre las que se habían establecido las relaciones contractuales (un contrato de publicidad en autobuses en el primer caso y un contrato de arrendamiento de hotel en el segundo). Según estas sentencias: «la excesiva one-

⁴² Díez-PICAZO, 1996, p. 678.

⁴³ RJ 1957/2164.

⁴⁴ Díez-PICAZO, 1996, p. 675.

⁴⁵ RJ 1959/3026.

⁴⁶ CARRASCO PERERA, 2021, p. 1108, PARRA, *AFDUAM*, 2021, p. 27.

⁴⁷ RJ 2014/3526 y RJ 2014/6129.

⁴⁸ La Sala Primera del Tribunal Supremo se apoya en las sentencias de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2013/2402) y de 17 de enero de 2013 (RJ 2013/1819) que, sin aplicar al caso concreto la cláusula *rebus*, plantean que la crisis económica constituya una alteración extraordinaria e imprevisible (a ellas se refieren GÓMEZ POMAR y ALTI, *Indret*, 2021, pp. 513-514); una visión crítica sobre su validez como antecedentes de la nueva línea jurisprudencial, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *CCJC*, 2015, pp. 360-363).

rosidad» es determinante «tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato)»⁴⁹. Aparentemente, ambas decisiones pretendían sentar las bases para una exposición teórica de la cláusula *rebus sic stantibus*; sin embargo, la doctrina se mostró muy crítica con sus soluciones⁵⁰. Finalmente, de estas dos sentencias no se ha derivado una línea jurisprudencial continuista⁵¹.

La tercera etapa, formada por un importante número de sentencias, se caracteriza por una vuelta a la aplicación restrictiva de la figura y se extiende desde el año 2015 hasta la actualidad⁵². Así, como señala Parra⁵³, tras las dos decisiones mencionadas en la etapa anterior, la siguiente sentencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, la STS de 24 de febrero de 2015⁵⁴, afirma que la crisis económica de 2008 no comporta que de ella se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus*, «sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate». En el mismo sentido se pronuncian las sentencias inmediatamente posteriores a ésta⁵⁵.

En conclusión, es posible afirmar que, en Derecho español, a pesar de no existir una norma que autorice al juez a modificar o resolver el contrato en caso de alteración extraordinaria de las circunstancias, lo cierto es que se ha elaborado una doctrina jurisprudencial en torno a la cláusula *rebus sic stantibus* (entre otros mecanismos habilitados para atender estos supuestos como son la desaparición de la base del negocio, la frustración del fin del contrato y la imposibilidad económica). Dicha doctrina establece como presupuestos necesarios: la existencia de un cambio de las circunstancias sobre las que el contrato se había establecido (o lo que se denomina alteración extraordinaria de las circunstancias); que dicho cambio sea sobrevenido (tras la celebración

⁴⁹ STS de 30 de junio de 2014 (RJ 2014/3526), FD 2.º y STS de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014/6129), FD 3.º.

⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *CCJC*, 97, 2015, pp. 345-367; CARRASCO PERERA, *CCJC*, 98, 2015, pp. 175 a 206; PARRA LUCÁN, *InDret*, 2015, pp. 43-45. Recientemente, GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, pp. 494 y 495.

⁵¹ PARRA LUCÁN, *AFDUAM*, 2021, p. 30.

⁵² PARRA LUCÁN, *AFDUAM*, 2021, p. 30 y ESTRUCH ESTRUCH, *RCDI*, 2020, p. 2066.

⁵³ PARRA LUCÁN, *AFDUAM*, 2021, pp. 30-31.

⁵⁴ RJ 2015/1409.

⁵⁵ Una exposición detallada de todas ellas en PARRA LUCÁN, *AFDUAM*, 2021, pp. 31-37.

del contrato); por circunstancias totalmente imprevisibles; y que este cambio provoque la ruptura del equilibrio contractual, (en palabras del Tribunal, el «aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones» por una «desproporción exorbitante de las prestaciones») sin que exista una distribución de ese riesgo en el contrato⁵⁶. En los últimos años, el Tribunal Supremo ha centrado su esfuerzo en precisar el alcance de estos presupuestos, abogando por una aplicación prudente y restrictiva de la cláusula, cuyos efectos son primordialmente la revisión del contrato y, si ésta no es posible, su resolución.

Con motivo de la COVID-19, ha resurgido la preocupación por esta figura de tal forma que los estudios doctrinales sobre ella se han multiplicado y han surgido voces a favor de su reconocimiento legal. En estos estudios se ha hecho hincapié en los efectos de la cláusula y en un aspecto no contemplado hasta el momento por la doctrina jurisprudencial: la renegociación del contrato por las partes⁵⁷. Además, el legislador de emergencia contempló aplicaciones más o menos explícitas de la cláusula *rebus sic stantibus* en normas dictadas para hacer frente a la situación surgida como consecuencia de la pandemia⁵⁸. En este contexto, es importante destacar que la Disposición adicional séptima de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁵⁹, instaba al Gobierno a que en un plazo no superior a tres meses presentara un estudio sobre las posibilidades y opciones legales «incluidas las existentes en derecho comparado» de incorporar al régimen jurídico del Derecho de contratos la regla *rebus sic stantibus*⁶⁰.

⁵⁶ En el ámbito de la contratación administrativa, actualmente, el artículo 205.2. b) de la Ley de Contratos del Sector Público contempla la posibilidad de que se modifique el contrato: «Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido».

Con anterioridad la jurisprudencia contencioso-administrativa había desarrollado la conocida como «doctrina del riesgo razonablemente imprevisible» (GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 490).

⁵⁷ SAN MIGUEL PRADERA, *AFDUAM*, 2021, p. 59.

⁵⁸ Sobre ellas, GARCÍA RUBIO, *Revista de Derecho Civil*, 2020, pp. 15-46; GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC*, 2020, pp. 470 a 483, pp. 488 y 489; OLIVA BLÁZQUEZ, *Teoría & Derecho*, 2020, 153 a 161; GÓMEZ POMAR y ALTI, *Indret*, 2021, pp. 565-570.

⁵⁹ BOE, núm. 250, de 19 de septiembre de 2020.

⁶⁰ Con motivo de la crisis provocada por la COVID-19 surgieron importantes iniciativas sobre el cambio de circunstancias y sus posibles efectos en el contrato tanto a

Queda por ver si, a raíz de la crisis de la COVID-19, asistiremos o no a una nueva etapa jurisprudencial, pues todavía no hay pronunciamientos del Tribunal Supremo⁶¹.

III EL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN LA REFORMA DE LOS CÓDIGOS CIVILES FRANCÉS Y BELGA Y EN LAS PROPUUESTAS DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

No es exagerado decir que el hecho de que, ya avanzado el siglo XXI, el Código civil de Napoleón y el Código civil español continuaran sin reconocer legalmente la figura del cambio de circunstancias suponía una situación aislada de los Derechos francés, belga y español. La gran mayoría de los Ordenamientos de nuestro entorno ya habían dado el paso⁶²; así, desde el Código civil italiano de 1942 (art. 1467 CC italiano y ss.) o el Código civil portugués de 1966 (art. 437 CC portugués) a textos más modernos como el Código civil de Países Bajos de 1992 (art. 6:258 CC neerlandés) o el BGB tras su reforma de 2001 (§ 313 *BGB*), todos ellos contienen una normativa expresa para el cambio de circunstancias. A ello hay que añadir que textos internacionales como los Principios UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales (art. 6.2.1 y ss. Principios UNIDROIT), los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 6:111 *PECL*) o el Marco Común de Referencia (III.1:110 *DCFR*) también ofrecen una regulación de los efectos sobre el contrato de la alteración sobrevenida de las circunstancias. En esta misma línea, la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea ofrecía una regulación del cambio de circunstancias (artículo 89 *CESL*).

nivel interno (así la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa realizó una Propuesta de regulación legal de la excesiva onerosidad y de la frustración del fin del contrato a la luz de la jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*; disponible en <https://thinkfide.com/wp-content/uploads/2021/02/Gabinete-de-crisis-Civil-Mercantil-Rebus-Fundacion-Fide-Propuesta-de-regulacion-legal-de-la-clausula-rebus-sic-stantibus.pdf>, consultado el 19.07.2013), como a nivel europeo (el *European Law Institute* elaboró los Principios para la crisis de la COVID-19 cuyo Principio 13 se destina a *Force majeure and Hardship*; disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf, consultado el 19.07.2013) y mundial (UNIDROIT publicó una nota del Secretariado sobre *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the CoVID-19 Health Crisis*; disponible en <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>, consultado el 19.07.2013). Todas ellas analizadas en SAN MIGUEL PRADERA, *AFDUAM*, 2021, pp. 39 a 61.

⁶¹ GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 496.

⁶² CABRILLAC, 2019, p. 106.

Sin embargo, esta situación ha cambiado respecto del Derecho francés en 2016 y, respecto del Derecho belga, en 2022. Ambos Ordenamientos se incorporan al grupo de los que ya disponen de un reconocimiento legal expreso del cambio de circunstancias. En el caso español, seguimos a la espera de una reforma de nuestro Derecho de obligaciones y contratos, pero todo parece indicar que, cuando ésta se lleve a cabo, se contemplará legalmente la figura del cambio de circunstancias. Así lo permite presagiar la Propuesta de 2009 y la Propuesta revisada de 2023.

Expongamos los preceptos legales en cada uno de los textos mencionados antes de entrar a analizar las condiciones de aplicación y los efectos.

1. EL ARTÍCULO 1195 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Tras la reforma del Derecho de obligaciones y contratos en 2016, el artículo 1103 CC francés consagra la fuerza obligatoria del contrato como lo hacía el Código civil de Napoleón, aunque se reubica el precepto en las disposiciones preliminares del contrato:

Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

A continuación, rompiendo con la tradición, se pone fin al silencio del Código civil y se incluye un precepto en el Código civil francés que contempla expresamente la posibilidad de que se revise el contrato cuyo contenido ha quedado desequilibrado como consecuencia de un cambio de circunstancias. Según el nuevo artículo 1195 CC francés:

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Sobre este precepto, la doctrina ha afirmado que se trata de uno de los aspectos clave de la reforma y una auténtica novedad⁶³.

2. EL ARTÍCULO 5.74 DEL CÓDIGO CIVIL BELGA

El 1 de enero de 2023 entró en vigor el Libro 5 del Código civil belga. Aunque, con carácter general, se afirma que el nuevo texto legal constituye una evolución no una revolución⁶⁴; en las líneas directrices de la reforma se contempla la necesidad de incorporar nuevos conceptos que permitan preservar el equilibrio contractual en la fase de ejecución del contrato, entre estas novedades se incluyen los supuestos de imprevisión⁶⁵ y para ello se toma como inspiración los códigos civiles vecinos y el *soft law*⁶⁶.

Se sigue manteniendo el denominado principio de la *convention-loi*, de tal forma que el nuevo artículo 5-69, ubicado en Capítulo primero, sobre el contrato, y en la sección 4ª sobre «Los efectos del contrato entre las partes», declara:

Le contrat valablement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait.

Junto a ello, por primera vez, se reconoce expresamente el cambio de circunstancias y se regulan sus presupuestos y sus efectos. Este reconocimiento legal constituye una de las reformas de fondo más importantes, pues supone un cambio radical respecto a la situación anterior a la reforma⁶⁷. El nuevo artículo 5.74 CC belga sobre el «cambio de circunstancias» declara:

Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

⁶³ DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, p. 436) afirman: «Disposition phare de la réforme, l'article marque une rupture véritable -du moins en droit privé- en introduisant la révision et la résolution par imprévision en droit commun des contrats».

⁶⁴ WÉRY, 2022, p. 24.

⁶⁵ En la presentación de la *Proposition de loi*, n° 55-1806/001 (p. 7) se afirma que se pretende realizar un nuevo equilibrio entre la autonomía de la voluntad de las partes y el papel del juez en cuanto guardián de los intereses de la parte más débil y del interés general. Como ejemplo de esto último, se cita el poder que se le otorga al juez para corregir las situaciones de desequilibrio contractual cuando la economía del contrato se ve alterada como consecuencia de circunstancias nuevas imprevisibles.

⁶⁶ STIJNS, 2016, pp. 305 y ss.

⁶⁷ PHILIPPE, 2022, pp. 218 y p. 231.

Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies:

1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger;

2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat;

3° ce changement n'est pas imputable au sens de l'article 5.225 au débiteur;

4° le débiteur n'a pas assumé ce risque; et

5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité.

Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des négociations.

En cas de refus ou d'échec des négociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge.

L'action est formée et instruite selon les formes du référé⁶⁸.

3. EL ARTÍCULO 1213 DE LA PROPUESTA PARA LA MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL ELABORADA POR LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2009) Y EL ARTÍCULO 1238 DE LA PROPUESTA REVISADA PARA LA MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL (2023)

En Derecho español, la Propuesta para la Modernización del Código civil en materia de Derecho de obligaciones y contratos, publicada en 2009, ofrecía un reconocimiento legal expreso a la alteración sobrevenida de las circunstancias y sus efectos sobre el contrato. Ya entonces existía cierto consenso en la doctrina sobre

⁶⁸ En la Propuesta de ley se afirma que esta disposición se inspira en el artículo 89 *CESL* y en el artículo 1195 *CC* francés.

la conveniencia de regular la figura que hasta entonces era objeto de reconocimiento jurisprudencial⁶⁹.

La Propuesta de Modernización contempla el principio general de fuerza obligatoria del contrato. Así, el artículo 1243 PM 2009 declara:

Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Sin embargo, en el capítulo que lleva por título «De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato», se admite la posibilidad de revisar o resolver el contrato en determinadas circunstancias. De tal manera que el artículo 1213 PM 2009 establece:

Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato⁷⁰.

⁶⁹ Así, por ejemplo, antes de la Propuesta de 2009, SAN MIGUEL PRADERA, ADC, 2002, pp. 1116 y 1132; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, pp. 322-326 y, con motivo de la publicación de la Propuesta de 2009, SALVADOR CODERCH, *InDret*, 4-2009, pp. 4 y 5.

⁷⁰ En el ámbito mercantil, el artículo 416-2 del Anteproyecto de Código mercantil elaborado por la Comisión General de Codificación, publicado en 2013, contenía una regulación de la «excesiva onerosidad del contrato»:

1. *En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde.*

Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.

2. *Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos.*

Sin embargo, en la Propuesta del anteproyecto de ley de Código mercantil, publicada en 2018, tras el dictamen del Consejo de Estado, desaparece la regulación de la excesiva onerosidad y la regulación sobre las obligaciones y contratos mercantiles se reduce a los criterios básicos aplicables a los contratos mercantiles en particular.

Se ha dicho que, con este precepto, la figura del cambio de circunstancias (con independencia de la denominación que se le dé) se normaliza y consolida al pasar de tener sólo un sustento doctrinal y jurisprudencial a encontrar un respaldo normativo explícito⁷¹. Sin duda, el § 313 BGB ha servido de inspiración en la redacción del precepto⁷². El artículo 1213 PM 2009 fue tenido en cuenta en la Propuesta de Código civil publicada en 2018 por la Asociación de profesores de Derecho civil cuyo artículo 526-5 se expresa en unos términos muy similares, si bien, acertadamente, reubica el precepto⁷³ y plantea expresamente la negociación del contrato a instancias de la parte perjudicada⁷⁴.

Casi quince años después, la Propuesta Revisada de Modernización del Código civil, publicada en 2023, ha realizado importantes actualizaciones en la regulación de la figura que, sin duda, aportan una mejor sistemática y cubre ciertas lagunas existentes en la versión de 2009. Bajo la denominación «Alteración extraordinaria de las circunstancias», el artículo 1238 PRM declara:

1. Cada parte contratante deberá cumplir sus obligaciones incluso cuando, por haberse alterado la equivalencia entre las prestaciones prevista en el contrato, el cumplimiento de ellas le resulte más oneroso, sea porque su coste haya aumentado, sea porque el valor de la contraprestación haya disminuido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria, de manera que su ejecución resulta excesivamente onerosa para una de las partes y no es razonable exigir a esta que permanezca vinculada en los términos inicialmente pactados,

⁷¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *CCJC*, 2015, p. 365. Este autor insiste en que su reconocimiento normativo «no implica necesariamente que su aplicación no siga sometida al mismo rigor en la exigencia de sus requisitos, que siguen siendo los mismos».

⁷² SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, p. 32 y, recientemente, GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 492.

⁷³ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, Exposición de motivos de la Propuesta de Código civil, p. 203.

⁷⁴ Artículo 526-5, «Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato»:

1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustré el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando:

a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato;

b) No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y

c) El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.

3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución.

dicha parte podrá pedir a la otra entrar en negociaciones con el fin de lograr un acuerdo de adaptación o de resolución del contrato.

Solicitadas las negociaciones, ambas partes quedan obligadas a desarrollarlas conforme a la buena fe.

3. Para que la parte afectada tenga el derecho previsto en el apartado anterior será necesario:

1.º Que el cambio de circunstancias sea posterior a la celebración del contrato.

2.º Que no hubiera sido ni podido ser tenido en cuenta de modo razonable en el momento de la celebración del contrato.

3.º Que el riesgo que el cambio de circunstancias implica no hubiera sido asignado por el contrato.

4. Si las partes no alcanzan un acuerdo en un período de tiempo razonable, la autoridad judicial, según lo que le sea pedido en cada caso, podrá adaptar el contrato o declararlo resuelto.

Adaptará el contrato si, a partir de la propuesta o propuestas de adaptación que le sean ofrecidas por las partes, es posible obtener una solución que distribuya entre ellas, de modo equitativo, las pérdidas y ganancias resultantes del cambio. De no ser posible la adaptación, declarará resuelto el contrato, estableciendo la fecha y las condiciones.

5. En todo caso, la parte que haya rehusado negociar o haya roto las negociaciones en contra de la buena fe, estará obligada a indemnizar a la otra el daño que por esta razón le hubiere causado.

Una vez expuestas las diferentes regulaciones del cambio de circunstancias, procede ahora analizar, en primer lugar, las condiciones que deben concurrir en el cambio de circunstancias para que pueda ser tenido en cuenta y, a continuación, los efectos que puede tener sobre el contrato.

IV LOS REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

Con carácter previo, es conveniente comenzar por señalar ciertas divergencias terminológicas en los textos analizados. Mientras que los Códigos civiles francés y belga se refieren a un «cambio de circunstancias», la Propuesta de Modernización y la Pro-

puesta revisada lo hacen a la «alteración (...) de las circunstancias»⁷⁵. Ello no tiene mayor trascendencia, por eso en este trabajo se emplearán indistintamente ambas denominaciones.

Del tenor literal de las normas analizadas, se llega a la conclusión de que tanto los textos codificados como las propuestas españolas han optado por reconocer el máximo ámbito de aplicación a la figura del cambio o alteración de las circunstancias dando cobertura a aquellos contratos en los que existe un lapso temporal entre el momento de celebración del contrato y el de su ejecución. Además, hay que entender que todos ellos incluyen tanto los contratos de tracto sucesivo como de tracto único cuando estén pendientes de ejecución.

A ello se añade que todos coinciden en exigir: en primer lugar, que el cambio de las circunstancias provoque una excesiva onerosidad de la ejecución; en segundo lugar, que el cambio sea posterior a la celebración del contrato e imprevisible; y, por último, que el riesgo del cambio de circunstancias no esté atribuido a la parte que lo sufre.

1. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS PROVOCA QUE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO RESULTE EXCESIVAMENTE ONEROSA

Para que el cambio de circunstancias pueda tener consecuencias en el contrato, todos los textos analizados exigen que dicho cambio provoque que la ejecución del contrato resulte «excesivamente onerosa». Esto significa que el cambio de circunstancias que simplemente implica una mayor onerosidad de la ejecución carece de relevancia. Así lo declaran expresamente el artículo 5.74 CC belga cuando establece que «cada parte debe cumplir sus obligaciones, aunque el cumplimiento se haya vuelto más oneroso» y el artículo 1238 PRM que afirma que «cada parte contratante deberá cumplir sus obligaciones incluso cuando, por haberse alterado la equivalencia entre las prestaciones previstas en el contrato, el cumplimiento de ellas resulte más oneroso». A pesar del silencio al respecto tanto en el Código civil francés como en la Propuesta de Modernización, en ambos casos hay que llegar a la misma conclusión y entender que la mayor onerosidad o dificultad para cumplir forma parte del alea normal del contrato de manera que al celebrar el contrato cada parte asume que las circunstancias puedan alterar-

⁷⁵ En el mismo sentido se expresa la Propuesta de Código civil de la Asociación de profesores de Derecho civil.

se y sigue obligada a cumplir en los términos pactados, aunque le resulte más difícil⁷⁶.

La cuestión esencial consiste en determinar cuándo se está en presencia de una «excesiva onerosidad» en la ejecución del contrato que permita a la parte perjudicada hacerla valer.

En primer lugar, hay que fijar qué supuestos quedan cubiertos. El artículo 1195 CC francés y el artículo 1213 PM 2009 únicamente hacen referencia al hecho de que la ejecución resulte excesivamente onerosa para una de las partes, lo que podría dar a pensar que solo cubren los casos en los que la prestación de la parte afectada resulta ser más onerosa, dejando fuera los supuestos en los que el valor de la contraprestación haya disminuido. Sin embargo, la doctrina francesa ha defendido que es posible interpretar el artículo 1195 CC francés de manera que cubra ambos casos. La expresión «ejecución del contrato excesivamente onerosa» también engloba el caso en el que el valor de la contraprestación ha disminuido puesto que el coste de una prestación no se mide en abstracto sino en relación con el valor de la contraprestación⁷⁷. A una solución similar se debe llegar en el caso de la Propuesta de Modernización española si se entiende que con el término excesiva onerosidad se hace referencia a lo que el Tribunal Supremo denominaba «desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que derrumba el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones», pues engloba sin problema ambos supuestos⁷⁸. Sobre este aspecto, el texto belga es más explícito y deja claro que la noción de excesiva onerosidad se entiende en sentido amplio, de tal forma que ésta puede consistir tanto en que el coste de la prestación que hay que realizar haya aumentado como en que el valor de la contraprestación que se va a recibir haya disminuido⁷⁹. En la misma línea, el apartado primero del artículo 1238 PRM establece que la onerosidad puede deberse bien a que el «coste (de la prestación) haya aumentado» o bien a que «el valor de la contraprestación haya disminuido».

En segundo lugar, falta determinar si bajo la denominación «excesiva onerosidad» queda cubierto el supuesto en el que el cambio de circunstancias no sólo provoca un desequilibrio de las pres-

⁷⁶ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, p. 443 y GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 501.

⁷⁷ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, pp. 445 y 449. A favor de esta interpretación alegan que la noción de excesiva onerosidad se ha tomado del Derecho italiano y la jurisprudencia italiana ha entendido el concepto de forma amplia, incluyendo ambos supuestos.

⁷⁸ LETE, 2016, p. 244.

⁷⁹ Así se deduce del primer párrafo del artículo 5.74 CC belga que casi reproduce el tenor literal de los artículos 6:111 (1) PECL y 89 (1) CESL.

taciones, sino que va más allá y da lugar a que una de las partes pierda todo el interés en la contraprestación. Mientras que en la Propuesta española, junto a la «excesiva onerosidad», se hace referencia a la «frustración del fin del contrato», como un supuesto diferente que se caracteriza porque el contrato ha perdido su base o fundamento y no puede alcanzar su fin⁸⁰, en los Códigos civiles francés y belga no se menciona expresamente este último supuesto. En el marco del Derecho belga, autorizada doctrina ha puesto de manifiesto que, aunque la frustración del fin del contrato no ha sido expresamente contemplada, cabe considerarla incluida en la noción amplia de «excesiva onerosidad», en el caso de disminución del valor de la contraprestación, como un supuesto en el que la contraprestación ha perdido todo el valor⁸¹. Precisamente para evitar los inconvenientes de interpretación que plantea el empleo de la noción de «excesiva onerosidad», se ha dicho que se podría haber acudido a la noción de «ruptura del equilibrio contractual» (*bouleversement de l'économie contractuelle*) que permite dar cobertura claramente a los dos los supuestos mencionados (excesiva onerosidad y frustración del fin del contrato)⁸². Sobre este aspecto, el artículo 1238 PRM, que se refiere a una «alteración de la equivalencia de las prestaciones», deja de mencionar como supuestos diferentes la «excesiva onerosidad» y la «frustración del fin del contrato» como hacía la Propuesta de 2009 y pasa a referirse únicamente a la primera, lo que permite entender que emplea el término en sentido amplio, cubriendo ambos supuestos.

En tercer lugar, identificados los supuestos, hay que acometer la tarea de definir cuándo se puede considerar que la ejecución resulta excesivamente onerosa. Lo cierto es que ninguno de los textos analizados ofrece criterios técnicos para ello. Ahora bien, el artículo 5.74 CC belga liga la excesiva onerosidad al hecho de que el cumplimiento del contrato «no pueda exigirse razonablemente» o, en palabras de algún autor, cuando se rompa totalmente el equilibrio contractual⁸³. En términos parecidos, la Propuesta española de 2009 se refiere a una situación en la que «no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato»⁸⁴. Con mayor precisión, el

⁸⁰ SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, p. 32.

⁸¹ PHILIPPE, 2022, pp. 248 y 249. En este sentido se pronuncian los comentarios al artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT (Artículo 6.2.2 Comentario 2 b).

⁸² PHILIPPE, 2022, pp. 224 y 245. A favor de suponer que la frustración del fin del contrato está incluida en el artículo 5.74 CC belga, cita los trabajos preparatorios (Proposición de ley n°55-1806/001, pp. 3 y 7) que se referían al *bouleversement de l'économie contractuelle* (p. 248).

⁸³ PHILIPPE, 2022, p. 220.

⁸⁴ El artículo 526-5 PCC lo cambia por «no es equitativo exigir al contratante perjudicado (...) que permanezca sujeto al contrato».

artículo 1238 PRM alude a una ejecución del contrato que «resulta excesivamente onerosa para una de las partes y no es razonable exigir a esta que permanezca vinculada en los términos inicialmente pactados». La exigencia de esta condición de inexigibilidad muestra que la figura del cambio de circunstancias debe considerarse una última *ratio* y exige un análisis del conjunto de las circunstancias del caso⁸⁵. Este requisito no está expresamente previsto en el Código civil francés, pero ya se encontraba en otros textos europeos. Así, el artículo 6:258 CC neerlandés somete la aplicación de la figura del cambio de circunstancias al test del carácter razonable y justo. En una expresión similar, el BGB exige que al perjudicado por el cambio de circunstancias «no le fuera exigible permanecer en el contrato» en los términos inicialmente pactados. No basta con que la prestación resulte mucho más gravosa, sino que es necesario que pueda calificarse de inexigible *unzumutbar*, lo que significa que, en equidad, el acreedor no puede exigir la prestación en los términos acordados⁸⁶. Ante el silencio del Código civil francés, un sector de la doctrina ha llegado a afirmar que sólo es posible aplicar el artículo 1195 CC francés cuando el contrato ha quedado «reducido al absurdo»⁸⁷.

2. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS ES POSTERIOR A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO E IMPREVISIBLE

Respecto al momento en el que tiene que producirse el cambio de circunstancias, el artículo 1238 PRM es el único precepto que expresamente exige que dicho cambio suceda con posterioridad a la celebración del contrato. A pesar de la omisión de este requisito en el resto de los preceptos analizados, es posible afirmar que todos ellos únicamente contemplan un cambio de circunstancias posterior a la celebración del contrato⁸⁸. Esto significa que queda fuera del supuesto de las normas analizadas, en primer lugar, el contrato que ya ha sido ejecutado en el momento en que se produce el cambio de circunstancias, puesto que la referencia a una ejecución que deviene excesivamente onerosa implica una ejecución que todavía está en curso⁸⁹. En segundo lugar, tampoco se contempla el caso en el que el

⁸⁵ PHILIPPE, 2022, p. 245.

⁸⁶ GÓMEZ POMAR y ALTI, *InDret*, 2021, p. 525.

⁸⁷ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, p. 451. Estos autores, muy desconfiados con la figura, llegan a afirmar que: «Seul le contrat déficitaire à l'absurde sera concerné».

⁸⁸ PHILIPPE, 2022, p. 232.

⁸⁹ Para el Derecho francés, DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, pp. 440 y 441; en Derecho español, así se entendía ya con la doctrina de la cláusula *rebus*. Por todos, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, pp. 256-257.

cambio de circunstancias ha tenido lugar antes de la celebración del contrato. Cuando el cambio de circunstancias ya existe en el momento de celebrar el contrato se trata de un problema de formación del contrato no de ejecución del contrato⁹⁰. Esta es la solución que también ofrecen los artículos 6111 (2) (a) *PECL* y 89 (3) (a) *CESL*; sin embargo, no sucede así ni en el BGB ni en los Principios UNIDROIT. El BGB abarca tanto los supuestos de cambio sobrevenido de las circunstancias como los casos en los que existía una falsa representación de la realidad en el momento de contratar y los Principios UNIDROIT contemplan en el supuesto de hecho de la *hardship* tanto el caso en el que los acontecimientos tiene lugar con posterioridad a la celebración del contrato como los anteriores que son conocidos con posterioridad a la celebración del contrato⁹¹.

En cuanto a las características que debe reunir el cambio de circunstancias, interesa mencionar dos aspectos: su carácter extraordinario o no y su imprevisibilidad.

Por lo que respecta al carácter extraordinario del cambio de circunstancias, tanto el Código civil francés como el belga se refieren simplemente a un cambio de circunstancias⁹². La doctrina francesa ha señalado que, puesto que el artículo 1195 CC francés no distingue, en la noción de «cambio de circunstancias» cabe todo tipo de acontecimientos -tanto excepcionales como corrientes-⁹³. En el caso del Derecho belga, la doctrina afirma que no se exige el requisito del carácter extraordinario puesto que el artículo 5.74 CC belga no lo menciona y tampoco se barajó en los trabajos preparatorios⁹⁴. Sin embargo, en el ámbito español, la Propuesta emplea la denominación: «la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato» y se refiere expresamente al hecho de que «las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria»⁹⁵. Este aspecto, que ya se contempla en el marco de la cláusula *rebus sic stantibus*, se ha mantenido intacto en el artículo 1238 PRM⁹⁶. La doctrina española viene interpretando el carácter

⁹⁰ Para el Derecho francés, CABRILLAC, 2019, p. 106. En Derecho español, respecto del 1213 PM 2009, planteó ciertas dudas SALVADOR CODERCH (*InDret*, pp. 25-26).

⁹¹ La Propuesta de Código de comercio español de 2013 iba en esta línea cuando se refería a sucesos que «ocurran o sean conocidos» con posterioridad a la celebración del contrato.

⁹² Al igual que sucede en los Principios UNIDROIT y en los Principios de Derecho contractual europeo.

⁹³ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, p. 443; cfr. PIMONT (2015, p. 71) que dice que con la exigencia de la imprevisibilidad va implícito que el acontecimiento debe ser extraordinario.

⁹⁴ Así lo afirma PHILIPPE, 2022, p. 237.

⁹⁵ En cambio, la Propuesta de Código mercantil no exigía que los sucesos fueran extraordinarios.

⁹⁶ En sentido similar, el artículo 89.1 *CESL* se refiere a un cambio excepcional de las circunstancias.

extraordinario en el sentido de que se debe tratar de alteraciones de gran entidad o realmente extraordinarias y deben apreciarse atendiendo a criterios objetivos⁹⁷. Los preceptos españoles también presentan la peculiaridad de referirse a las circunstancias «básicas» o que «sirvieron de base» lo que puede interpretarse como una referencia a la doctrina alemana de la base del contrato positivizada en el § 313.1 BGB, aunque luego no se incluye la referencia a un cambio esencial, como hace el precepto alemán, sino extraordinario⁹⁸.

En cuanto al requisito de la imprevisibilidad, en los textos objeto de análisis hay unanimidad en exigir que el cambio de circunstancias resulte imprevisible en el momento de celebrar el contrato⁹⁹. La razón de ser de este requisito de la imprevisibilidad se justifica en el hecho de que el contratante debe soportar las consecuencias derivadas de un cambio de circunstancias cuyo impacto podía evaluar en el momento de celebrar el contrato¹⁰⁰. Tanto el artículo 1195 CC francés como el artículo 5.74 CC belga se limitan a exigir que se trate de un cambio de circunstancias imprevisible en el momento de la celebración del contrato. Se considera que el carácter imprevisible debe entenderse referido a la imposibilidad de prever el cambio, no al hecho de no haberlo previsto; es decir, no basta con que no se haya previsto, sino que tampoco se debería haber previsto¹⁰¹. A ello se añade que hay que distinguir la imprevisibilidad del acontecimiento, por un lado, y la imprevisibilidad de sus efectos sobre el contrato, por otro. Si el acontecimiento era previsible, pero sus efectos sobre el contrato no lo eran, la parte perjudicada podrá valerse de la imprevisibilidad¹⁰². El evento resulta imprevisible en la medida en que una persona razonable, con una diligencia media, no lo hubiera previsto. Esta medida se determina teniendo en cuenta las circunstancias del caso pues se debe contextualizar según la naturaleza del contrato, la cualificación de las partes y el medio en el que operan¹⁰³.

⁹⁷ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003, pp. 259), bajo la vigencia de la doctrina de la cláusula *rebus*, se refiere a unos criterios objetivos valorados en relación con el hombre medio y a las condiciones de mercado, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y la posible existencia o no de un deber de previsión. En términos similares, respecto de la Propuesta de Modernización, LETE, 2016, p. 241.

⁹⁸ SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, p. 25.

⁹⁹ Se dice que la imprevisibilidad es la esencia de la teoría de la imprevisión y liga con la lógica de la cláusula *rebus sic stantibus*, «no habría consentido si lo hubiera sabido». DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, pp. 444-445.

¹⁰⁰ PHILIPPE, 2022, p. 237.

¹⁰¹ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, p. 445.

¹⁰² PHILIPPE, 2022, p. 38.

¹⁰³ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, p. 445. Para el Derecho belga, PHILIPPE (2022, p. 236) afirma que se ha de tomar como referencia una persona prudente y diligente situada en las mismas circunstancias, en el momento de conclusión del contrato.

Por lo que respecta al Derecho español, la Propuesta de 2009 se refiere a un cambio de circunstancias imprevisible. Aunque no lo especifica, puede entenderse que el carácter imprevisible del cambio de circunstancias debe valorarse en el momento de celebración del contrato. Igualmente, parece que la referencia debe ser a una persona razonable situada en la misma posición, teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso (naturaleza del contrato, el acontecimiento en sí, sus dimensiones y la cualificación de las partes)¹⁰⁴. En 2023, con mayor precisión, el artículo 1238 PRM exige expresamente que el cambio de circunstancias «no hubiera sido ni podido ser tenido en cuenta de modo razonable en el momento de la celebración del contrato». La redacción de este precepto presenta una gran similitud con el artículo 6:111 (2) (b) *PECL*, que se refiere a la imprevisibilidad del cambio señalando que la posibilidad del cambio de circunstancias no hubiera debido ser razonablemente tenida en cuenta en el momento de celebrar el contrato, y con el artículo 89.3 (b) *CESL*, que declara que la parte que invoca el cambio de circunstancias no tuviera en cuenta, en el momento de celebrar el contrato, la posibilidad de que se produjese ese cambio o sus consecuencias, y no puede esperarse que lo hubiera tenido en cuenta. En términos similares, los Principios UNIDROIT exigen que «los eventos no pudieron haber sido razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja»; es decir, que no hayan podido ser razonablemente conocidos en el momento de celebrar el contrato¹⁰⁵.

3. EL RIESGO DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS NO HA SIDO ASUMIDO POR LA PARTE AFECTADA

Por último, los textos legales analizados también coinciden en exigir que el cambio de circunstancias no deba ser asumido por la parte afectada.

El artículo 1195 CC francés se limita a solicitar que la parte afectada no haya aceptado asumir el riesgo del cambio de circunstancias. A partir de ahí, la doctrina lo plantea como una condición negativa en el sentido de exigir que no exista una cláusula contractual que haga recaer ese riesgo sobre la parte perjudicada¹⁰⁶. La

Además, no es necesario que sea absoluto, es suficiente con que el acaecimiento de un evento sea improbable.

¹⁰⁴ Así SALVADOR CODERCH (*InDret*, 2009, p. 27) y LETE (2016, p. 241) se refieren a criterios objetivos.

¹⁰⁵ Principios UNIDROIT, Artículo 6.2.2. Comentario 3.b.

¹⁰⁶ Respecto al riesgo implícitamente asumido, será el juez quien lleve a cabo la tarea de interpretación del contrato y habrá que tener en cuenta el tipo de contrato, su duración y modalidad. DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, pp. 454-558.

cláusula de aceptación de un riesgo solo sirve para el riesgo expresamente previsto y en la medida específicamente contemplada¹⁰⁷. Por último, queda mencionar que, en los casos en los que otras normas prevean soluciones específicas de determinados contratos, habrá que entender que la ley especial deroga la general¹⁰⁸.

Por lo que respecta al Derecho español, bajo la vigencia de la cláusula *rebus*, se considera un requisito necesario para su aplicación que el cambio de circunstancias no sea un riesgo que forme parte del alea normal del contrato, bien porque haya sido expresamente asumido, bien porque sea atribuido por la ley¹⁰⁹. Este requisito ha jugado un papel esencial en la jurisprudencia de los últimos años¹¹⁰. De hecho, muchas de las ocasiones en las que se ha rechazado la aplicación de la cláusula *rebus* lo ha sido por considerar que existía una asunción del riesgo o porque el cambio de circunstancias formaba parte del alea normal del contrato¹¹¹. Sobre esta base, el artículo 1213 PM 2009 declara que para poder valerse de la existencia de un cambio de circunstancias se ha de atender a «las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos». En cambio, el artículo 1238 PRM, únicamente se refiere a «que el riesgo que el cambio de circunstancias implica no hubiera sido asignado por el contrato»¹¹². A pesar de esta nueva redacción del requisito, se puede entender que quedan comprendidos tanto los casos en los que las partes atribuyen el riesgo como los casos en los que lo hace la ley y, siendo dispositiva, no se ha pactado otra cosa.

Ha quedado para el final el análisis del Derecho belga y el motivo es que el precepto belga explicita dos requisitos que debe reunir el cambio de circunstancias respecto al origen del evento y a la asunción del riesgo. En primer lugar, el artículo 5.74 CC belga exige expresamente que el cambio no sea imputable al deudor¹¹³.

¹⁰⁷ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, p. 453.

¹⁰⁸ Sobre diferentes supuestos que ya se plantean y las posibles soluciones a cada uno de ellos, *vid.* DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, pp. 441 a 443).

¹⁰⁹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, pp. 268-273. Recientemente, GÓMEZ POMAR y ALDI, *InDret*, 2021, p. 509 y 510 y GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 499.

¹¹⁰ Insiste en ello PARRA LUCÁN, *InDret*, 2015, p. 31 y 45.

¹¹¹ ESTRUCH ESTRUCH (*RCDI*, 2020, pp. 2073-2075) hace una recopilación de los criterios jurisprudenciales de asignación de riesgos.

¹¹² El artículo 6.111(2) (c) *PECL* señala que el riesgo del cambio de circunstancias no deba ser soportado, según el contrato, por la parte afectada y el artículo 89.3 (c) *CESL* se refiere a que la parte perjudicada no asumió y es razonable que no asumiera el riesgo de dicho cambio.

¹¹³ En el caso francés, a pesar del silencio del Código civil, no se discute que es necesario que el acontecimiento que provoca el cambio de circunstancias no se deba a la actuación del deudor y quede fuera de su persona o, dicho de otra forma, sea ajeno a la organización interna del deudor (DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, p. 444). Los textos españoles (la PM 2009 y la PRM) tampoco mencionan expresamente este requisito; sin embargo, debe ser así, pues así se exigía en el marco de la cláusula *rebus sic stantibus*

Según el artículo 5.225 CC belga¹¹⁴ la falta de ejecución es imputable al deudor cuando se le puede reprochar la existencia de culpa o cuando la ley¹¹⁵ o un acto jurídico (el contrato) le obligan a responder. En segundo lugar, es necesario que el deudor no haya asumido el riesgo (bien de forma expresa o tácita)¹¹⁶.

Tras examinar los requisitos que debe reunir el cambio de circunstancias, procede determinar, a continuación, los efectos que puede tener sobre el contrato.

V LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

Con carácter general, es posible afirmar que, como efecto del cambio de circunstancias, todos los textos analizados contemplan una revisión del contrato que puede concluir en su adaptación o en su resolución.

Hasta que se llegue a una de estas soluciones transcurre un tiempo y surge la cuestión de si la parte cuya prestación ha devenido excesivamente onerosa debe continuar ejecutándola. El artículo 1195 CC francés expresamente declara que la parte perjudicada debe continuar ejecutando su obligación. A favor de esta solución, la doctrina francesa sostiene que, por un lado, desincentiva los comportamientos oportunistas del deudor y, por otro, no prejuzga la solución futura a la situación. Ello no ha impedido que hayan surgido dudas sobre su realismo puesto que es posible que el deudor, en situación de excesiva onerosidad, difícilmente soporte la ejecución el tiempo que se tarde en alcanzar una solución¹¹⁷.

También el artículo 5.74 CC belga deja claro que durante las negociaciones las partes deben continuar con la ejecución del contrato. Según denuncia Philippe, esta previsión legal se adapta a la seguridad jurídica, pero no necesariamente a la justicia contrac-

(CARRASCO PERERA, 2021, p. 1099; GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 498 y doctrina que cita) y no hay motivos para descartarlo. En Derecho belga no se exige el requisito del carácter externo del evento, por eso se considera que el término «no imputable» es preferible a externo (PHILIPPE, 2022, p. 233).

¹¹⁴ Artículo 5.225 CC belga:

L'inexécution n'est imputable au débiteur que si une faute peut lui être reprochée ou s'il doit en répondre en vertu de la loi ou d'un acte juridique.

Sans préjudice de l'article 5.72 et des règles propres à la responsabilité extra-contractuelle, la faute s'apprécie selon le critère d'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances.

¹¹⁵ Por ejemplo, en los casos previstos en los artículos 5-229 y 5-230 CC belga.

¹¹⁶ PHILIPPE, 2022, pp. 239 a 241 sobre las reglas de reparto de riesgos en función de diferentes factores.

¹¹⁷ DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, p. 462) temen que el contencioso por la excesiva onerosidad termine frecuentemente en un proceso judicial por incumplimiento del deudor que no puede soportar la ejecución.

tual (por ejemplo, cuando cumplir el contrato en los términos pactados tiene efectos insoportables sobre el contratante). Este autor, inspirándose en soluciones de otros ordenamientos (suizo, italiano y alemán), propone que, en los casos en los que el mantenimiento del contrato tenga efectos insoportables, la parte perjudicada pueda realizar una modificación unilateral del contrato. Ahora bien, esta modificación debe ir precedida no sólo de una información a la otra parte sobre el evento y sus efectos sobre el contrato, sino también de una oferta de negociación, de tal forma que la iniciativa unilateral del deudor esté justificada por la negativa del acreedor a aceptar las propuestas razonables que le hubiera hecho¹¹⁸.

En Derecho español, tanto la Propuesta de 2009 como la Propuesta revisada guardan silencio al respecto, lo que permitiría sostener que, si bien la regla general es que la parte perjudicada debe continuar ejecutando sus prestaciones, en casos concretos podría arbitrarse una solución diversa atendiendo a las excepciones que pudiera oponer la parte perjudicada por la excesiva onerosidad a la pretensión de cumplimiento de la otra parte.

Aunque todos los textos analizados contemplan como solución la adaptación del contrato o su resolución, lo más relevante es que el Código civil francés, el Código civil belga y la Propuesta española revisada hacen una referencia expresa a una fase de negociación de las partes con el fin de intentar llegar a una solución. Esto significa que sólo se contempla el recurso al órgano judicial cuando las partes no han alcanzado dicha solución. Esta fase de negociación está prevista en la mayoría de los textos de *soft law* (Principios UNIDROIT, *PECL*, *DCFR*) y en la Propuesta de Reglamento de compraventa europea. En Derecho español, quizá porque tampoco se planteaba tradicionalmente en el ámbito de la doctrina de la cláusula *rebus*¹¹⁹, la Propuesta de 2009 no la contemplaba expresamente¹²⁰. Esta fase previa a la vía judicial ha sido una de las piezas fundamentales sobre las que la doctrina se ha pronuncia-

¹¹⁸ PHILIPPE, 2022, pp. 254 y 255.

¹¹⁹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, p. 293.

Al tratar de los efectos de la cláusula *rebus* la jurisprudencia y una parte importante de la doctrina española se limitaban a afirmar que la revisión o modificación del contrato debía ser preferida a su resolución, sobre el argumento de que permite conservar el contrato siempre que sea posible, sin que, hasta tiempos muy recientes, se planteara la necesidad de que previamente las partes hubieran entrado en negociaciones. Sobre esta fase de negociación en el ámbito de la cláusula *rebus*, CARRASCO PERERA, (2021, p. 1115) afirma que en la práctica es la salida más habitual a este tipo de conflictos y, además, la salida esperada. Con todo, la negociación es simplemente una carga de buena voluntad que debe acreditar la parte que pretende judicialmente que se revise o resuelva el contrato.

¹²⁰ Atendiendo el tenor literal de su texto, podría decirse que esta fase de negociación se presupone cuando el precepto se refiere a «propuesta o propuestas» de una o ambas partes tendentes a una «solución» (vid. SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, pp. 45, 47 y 48; LETE, 2016, p. 245).

do cuando, con motivo de la pandemia de la COVID-19, la cláusula *rebus* ocupó un papel principal¹²¹. La Propuesta revisada corrige esta omisión y regula de forma detallada esta fase.

Atendiendo a lo previsto en los Códigos civiles francés y belga y en la Propuesta española revisada, se van a analizar los efectos del cambio de circunstancias distinguiendo dos fases: una primera fase extrajudicial, de renegociación del contrato entre las partes y una segunda fase judicial, en caso de que la primera no haya tenido éxito.

1. LA RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO POR LAS PARTES

Los artículos 1195 CC francés, 5.74 CC belga y 1238 PRM se decantan claramente por que sean las partes quienes encuentren la solución a la situación creada por el cambio de circunstancias. Así, todos ellos contemplan que, ante la situación de excesiva onerosidad, la parte perjudicada «pueda pedir» a la otra parte iniciar unas negociaciones con el fin de lograr un acuerdo de adaptación o de resolución del contrato¹²².

El artículo 1195 CC francés ha generado dudas en la doctrina francesa en cuanto a su alcance. Podría entenderse que, con una previsión de este tipo, el legislador simplemente permite que el perjudicado pretenda encontrar una solución convencional a la situación provocada por el cambio de circunstancias y que se dirija al juez sólo cuando no lo haya conseguido, pero que no hay una obligación de negociar de las partes. Esto significaría que la ley simplemente incitaría a las partes a negociar, pero sin imponerles una verdadera obligación, de tal forma que la parte no perjudicada podría negarse sin más a negociar¹²³. Además, se dice que no está claro si este precepto reconoce un verdadero derecho a renegociar, de tal forma que solo quedaría saber si finalmente se revisará el contrato o se resolverá, o si simplemente permite al contratante que

La Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil de 2016, suple esta carencia e introduce una novedad respecto a lo previsto en la Propuesta de 2009, de tal manera que, para poder solicitar la revisión del contrato o su resolución, exige que el contratante perjudicado «haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato».

¹²¹ MORALES MORENO, *ADC*, 2020, pp. 451-452; GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC*, 2020, p. 468-469.

¹²² Sin embargo, el artículo 6:111 *PECL* señala en el apartado (2) que, en caso de excesiva onerosidad, las partes «están obligadas» a entrar en negociaciones para adaptar el contrato o ponerle fin y el artículo 89 (1) *CESL* afirma que «las partes tendrán el deber de iniciar negociaciones para adaptar o resolver el contrato».

¹²³ En cualquier caso, la propia posibilidad de que el juez actúe si no se llega a un acuerdo puede jugar un papel conminatorio. Así lo destaca PIMONT (2015, p. 74), refiriéndose al artículo 1196 del *Avant-projet*.

no ha llegado a un acuerdo dirigirse al juez¹²⁴. Refiriéndose al Derecho belga, Philippe afirma que la ley otorga al contratante víctima del cambio de circunstancias el derecho a una renegociación y la otra parte no puede negarse a negociar¹²⁵.

En el caso español, el artículo 1238 PRM no deja lugar a dudas de la obligación de negociar puesto que tras indicar que la parte perjudicada puede instar la negociación, añade que «solicitadas las negociaciones, ambas partes quedan obligadas a desarrollarlas de buena fe». Por lo que respecta al desarrollo de las negociaciones, el apartado 5 del artículo 1238 PRM sanciona expresamente el incumplimiento del deber de actuar de buena fe: «En todo caso, la parte que haya rehusado negociar o haya roto las negociaciones en contra de la buena fe, estará obligada a indemnizar a la otra el daño que por esta razón le hubiere ocasionado»¹²⁶. A estos supuestos, no habría mayor inconveniente en añadir el caso en el que se hayan prolongado las negociaciones sin ánimo de alcanzar un acuerdo. Aunque los textos legales francés y belga no se pronuncian sobre el desarrollo de las negociaciones, se entiende que las partes deben llevarlas a cabo de buena fe¹²⁷, lo cual implica que deben realizarse en un plazo razonable y con la intención de que tengan éxito¹²⁸. Se entiende que la sanción a la actuación de mala fe es la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte¹²⁹.

En cuanto al resultado de las negociaciones, caben dos posibilidades: que finalicen en un acuerdo o que no haya acuerdo de las partes. En primer lugar, las negociaciones pueden terminar de forma exitosa con un acuerdo de las partes sobre la adaptación del contrato o bien sobre su resolución. Sobre este aspecto, el artículo 1195 CC francés es el más complejo. Este texto contempla varias posibilidades: que las partes acuerden revisar el contrato, resolverlo o, de común acuerdo, confiar al juez la adaptación del contrato. Además, el texto francés parece dar preferencia a la revisión del contrato, pues declara que «en cas de refus ou d'échec de la renégotiation, les par-

¹²⁴ De tal forma que el juez tendrá poder para apreciar la oportunidad de la revisión o de la resolución y de preferir mantener el *statu quo*, aunque se cumplan los requisitos de la excesiva onerosidad. DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, pp. 459-460).

¹²⁵ Si la negativa a negociar resulta ser contraria a la buena fe podrá dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios; PHILIPPE (2022, pp. 252 y 253).

¹²⁶ La Exposición de motivos de la Propuesta revisada reconoce que ha tenido en cuenta lo previsto en los PECL (p. 35).

¹²⁷ DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, p. 460) proponen aplicar análogamente lo previsto en el artículo 1112 párrafo primero CC francés sobre la exigencia de buena fe en las negociaciones precontractuales. En sentido similar, PIMONT (2015, p. 75) refiriéndose al *Avant-projet*.

¹²⁸ CABRILLAC, 2016, pp. 121 y 122.

¹²⁹ En Derecho francés, CABRILLAC (2019, p. 107) y, en Derecho belga, PHILIPPE (2022, pp. 253).

ties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation»¹³⁰. Esto significa que, si las partes no han conseguido renegociar el contrato, pero están de acuerdo en un mínimo, pueden pactar la resolución del contrato o solicitar conjuntamente al juez que proceda a su adaptación¹³¹. Esta forma de proceder se ha interpretado como un mecanismo para incitar a las partes a entenderse¹³². En cualquier caso, la doctrina francesa ha puesto de relieve que la previsión de que ambas partes acudan al juez para que proceda a la adaptación del contrato presenta dificultades procedimentales importantes¹³³.

En el Derecho belga y en la Propuesta revisada española, la fase de negociación se concibe de una forma más sencilla. Según el artículo 5.74 CC belga la renegociación del contrato se lleva a cabo con el fin de «adaptarlo o ponerle fin» y, según el artículo 1238 PRM, las negociaciones se desarrollan «con el fin de lograr un acuerdo de adaptación o de resolución del contrato». Ambas soluciones se colocan en un mismo nivel para que sean las partes, según las circunstancias del caso, las que decidan qué es lo que más conviene¹³⁴.

En segundo lugar, es posible que la fase de negociaciones finalice sin que las partes lleguen a un acuerdo, en cuyo caso, se prevé la posibilidad de solicitar la intervención judicial.

2. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ SI LAS PARTES NO ALCANZAN UN ACUERDO

El diseño del procedimiento de intervención judicial evidencia que los Códigos civiles francés y belga y la Propuesta

¹³⁰ El párrafo 2º del artículo 1196 del *Avant-projet d'ordonnance*- 25 febrero de 2015 tenía una redacción diferente a la del actual artículo 1195 CC: «En cas de refus ou d'échec de la renégotiation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à la adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

¹³¹ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, p. 458.

¹³² DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, p. 461. CABRILLAC (2019, p. 107) valora positivamente esta previsión, pero resalta que en la práctica será difícil que la parte que se beneficia del desequilibrio acuda al juez para que adapte el contrato pues esta adaptación es contraria a sus intereses.

¹³³ PIMONT (2015, p. 76), refiriéndose al artículo 1196 del *Avant-projet*, considera un problema que el texto no aclare si el juez debe ejercer su poder con el fin de reestablecer el equilibrio del contrato (como el art. 6.2.2 Principios UNIDROIT) o actuar para evitar la ruina del perjudicado por la excesiva onerosidad (III.-1:110.2 *DCFR*), aunque recuerda que las partes tienen la posibilidad de indicar al juez el objetivo de la adaptación.

¹³⁴ El artículo 526-5 PCC claramente se decanta por la solución de la revisión del contrato, cuando plantea como condición para poder acudir al juez que: «El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato».

española revisada contemplan una intervención judicial supeditada a que previamente la parte perjudicada por el cambio de circunstancias haya intentado una negociación del contrato y no se haya alcanzado un acuerdo en un plazo razonable. Todos ellos dan prioridad a una solución convencional a la situación.

Los artículos 5.74 CC belga y 1238 PRM establecen que, en caso de negativa o de fracaso de las negociaciones en un plazo razonable, cualquiera de las partes puede acudir al juez. En Derecho belga se afirma que la renegociación se concibe como una condición previa para que las partes puedan acudir al juez¹³⁵. El artículo 1195 CC francés contempla un paso intermedio para que cualquiera de las partes pueda acudir al juez (*vid. supra* apartado V.1), pues exige que tampoco haya habido un acuerdo sobre la resolución del contrato o sobre la solicitud conjunta al juez de que proceda a adaptar el contrato. Se ha llegado a afirmar que el ideal del legislador francés es que la intervención judicial no tenga lugar, de tal forma que se la concibe como una amenaza para forzar a las partes a entenderse¹³⁶.

A partir de ahí, los Códigos civiles francés y belga y la Propuesta española revisada coinciden en admitir que cualquiera de las partes pueda acudir al juez y optar libremente por solicitar la revisión del contrato o su resolución¹³⁷. Es decir, en principio, ambas soluciones, adaptación del contrato y resolución, se sitúan en un mismo plano. Esta misma solución está prevista en el artículo 6:111 *PECL* y en el artículo 89.2 *CESL*. En Derecho comparado, sólo el § 313 BGB parece privilegiar la adaptación al plantear la resolución «cuando la adaptación es imposible». En esta última línea, el artículo 1213 de la Propuesta española de 2009 señala que la parte perjudicada puede pretender la revisión del contrato y, si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, solicitar su resolución. Por tanto, atribuye preferencia a la modificación del contrato y concibe la resolución como una solución excepcional¹³⁸.

¹³⁵ La exposición de motivos de la ley belga (p. 85) indica que, si no se ha cumplido la condición previa de la renegociación, el juez puede posponer el asunto con el fin de permitir a las partes llegar a un acuerdo.

¹³⁶ DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, pp. 437 y 438) muestran una gran desconfianza ante la intervención judicial. De forma menos drástica, ANCEL y FAUVARQUE-COSSONS (2019, p. 215) afirman que el objetivo es volver a poner el contrato en las manos de las partes para incitarlas a salvarlo.

¹³⁷ Aunque parece razonable admitir la posibilidad de que el recurso al juez vaya dirigido exclusivamente a que constate que se cumplen los requisitos de la excesiva onerosidad y que, constatados, sean las partes las que busquen una solución negociada a la situación. DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, pp. 464-465.

¹³⁸ SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, p. 45; PARRA LUCÁN, *InDret*, 2015, p. 7. CARRASCO PERERA plantea problemas a la opción de preferir la modificación del contrato a la resolución (2021, pp. 1101 y 1102).

Conforme al principio dispositivo, la doctrina francesa sostiene que el juez se encuentra vinculado por la demanda que se le presente y no puede modificar el objeto del proceso: si sólo se le ha pedido que adapte el contrato, no puede decidir su resolución y viceversa¹³⁹. También es posible que el demandante plantee ambas pretensiones, una como principal y otra como subsidiaria, o bien que una de ellas se solicite en la demanda y la otra en la demanda reconventional. En estos casos, se ha dicho que el juez debe poder elegir la solución que considere más adecuada para los intereses de ambas partes¹⁴⁰.

Otra cuestión diferente, más difícil de responder, es si, constatado que se cumplen los requisitos de la excesiva onerosidad, el juez está obligado a declarar una de las dos consecuencias previstas para la excesiva onerosidad (la adaptación o la resolución del contrato)¹⁴¹. Sobre este punto, la doctrina francesa se encuentra dividida, mientras que un sector doctrinal ha señalado que sí, otro sector sostiene que es posible defender que el juez puede decidir mantener el contrato, por varias razones: (1) porque el artículo 1195 CC francés declara que el juez «puede» declarar una de las dos consecuencias; lo que permite concluir que el juez no tiene obligación de revisar o de resolver y que prefiera mantener el contrato; (2) si el juez tuviera la obligación de imponer las consecuencias previstas, tendría que aplicar la solución única que se le ha pedido cuando no se ha planteado la otra de forma subsidiaria, mientras que debería tener la opción de optar por mantener el contrato como está; (3) resulta indispensable reconocer al juez el poder de apreciar la oportunidad de mantener, adaptar o extinguir el contrato¹⁴². En los mismos términos que el precepto francés se expresa el artículo 5.74 CC belga, con lo que lo dicho se puede extender al

¹³⁹ MERCADAL, 2016, p. 176; DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, p. 465).

¹⁴⁰ DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, p. 466). Estos autores han señalado que también es posible que el juez decida acumular la revisión del contrato y su resolución para el futuro. De tal manera que en lugar de resolver el contrato haciendo que la resolución opere desde el día en que la ejecución devino excesivamente onerosa, el juez puede preferir extinguir el contrato solo para el futuro y revisarlo para el pasado. Esto le permitirá mantener parcialmente las obligaciones durante el periodo intermedio (2018, p. 472).

¹⁴¹ Dicho de otra manera, si reunidas las condiciones de la excesiva onerosidad, el deudor tiene derecho a no estar obligado por el contrato en su estado actual.

¹⁴² DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, pp. 467-468). A favor de esta solución citan el artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT, en cuyo comentario se dice que el juez solo puede adaptar el contrato o resolverlo si lo estima razonable. Las circunstancias pueden ser tales que ni la resolución ni la revisión sean oportunas y que la única solución razonable sea imponer a las partes que retomen la negociación para alcanzar un acuerdo sobre la adaptación o bien confirmar el contrato en su versión original. Insisten en que se está en presencia de un dispositivo de excepción frente a la regla de la intangibilidad del contrato.

Derecho belga¹⁴³. La especialidad que presenta el Derecho belga es que establece que la intervención judicial se desarrollará a través de un procedimiento sumario.

Sin embargo, en Derecho español, el artículo 1238 PRM parece ordenar que el juez, necesariamente, acuerde la adaptación del contrato o su resolución. El supuesto de hecho contemplado en el precepto español obliga a que la ejecución resulte excesivamente onerosa «y» no resulte razonable exigir a la parte perjudicada que «permanezca vinculada en los términos inicialmente pactados». En esas circunstancias, la consecuencia jurídica que contempla el precepto es que «juez adaptará» y «de no ser posible la adaptación, declarará resuelto el contrato». Por tanto, la redacción del artículo 1238 PRM parece no dejar lugar a dudas, dado que no es razonable exigir a la parte perjudicada que permanezca vinculada en los términos inicialmente pactados, el juez procederá a adaptar el contrato o resolverlo.

2.1. La revisión judicial del contrato

Respecto de la revisión del contrato por el juez, la doctrina francesa ha señalado que esta figura rompe con el enfoque tradicional del Derecho francés y se muestra escéptica con ella¹⁴⁴. Nótese que cuando se acude al juez por acuerdo de las partes, el artículo 1195 CC francés se refiere a la «adaptación» el contrato y aquí, cuando no hay acuerdo y una de las partes acude al juez, el término empleado es «revisión». Surge la duda de si el legislador quiso significar algo diferente. El precepto francés se limita a declarar que el juez puede revisar el contrato en la fecha y en las condiciones que él fije, sin indicar de qué poderes de revisión dispone¹⁴⁵. Esta falta de previsión ha permitido a la doctrina concluir que el juez dispone de amplios poderes tanto respecto a las modalidades de la revisión como a su naturaleza. Por lo que respecta a las modalidades de la revisión, significa que el juez tiene libertad para fijar la fecha en la que se aplica la medida adoptada y, en cuanto a la naturaleza de las medidas, el juez también dispone de flexibilidad, con lo que podría pensarse que lo habitual sea una revisión del precio, pero podría ser una reducción de la duración del contrato, de las modalidades de entrega del bien o, incluso, un cambio del

¹⁴³ PHILIPPE (2022, p. 257) no se pronuncia sobre esta situación y se limita a indicar que el juez puede rechazar la demanda y mantener el contrato original si considera que no se cumplen los requisitos del cambio de circunstancias.

¹⁴⁴ DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, pp. 468-469) vaticinan que o bien las partes harán todo lo posible para evitar la revisión judicial descartándola en el contrato, o bien los jueces se negarán a introducirse en el contrato.

¹⁴⁵ Critican esta falta de previsión CABRILLAC (2018, p. 107) y BOUCARD (2016, p. 283), aunque esta última refiriéndose al artículo 1196 del Proyecto de *Ordonance* (actual art. 1195 CC francés).

contenido de la prestación. Ahora bien, teniendo en cuenta el principio dispositivo, tanto las modalidades como el alcance de la revisión deben haber sido introducidos en el debate por el que ha solicitado la revisión¹⁴⁶. En cualquier caso, la tarea del juez debe ir dirigida a remediar la excesiva onerosidad causada por un evento sobrevenido e imprevisto y, ante la falta de un criterio legal, un sector de la doctrina defiende un criterio objetivo de tal forma que el juez no tiene que colocar a las partes en la situación de equilibrio que existía al inicio del contrato, sino que únicamente tiene que revisar el desequilibrio en la porción que se considere excesivo. Lo que significa que, tras la revisión, se mantiene el desequilibrio imprevisto, pero solo en la proporción tolerable¹⁴⁷.

En el caso del Derecho belga, el artículo 5.74 CC belga señala expresamente que la adaptación debe ir dirigida a adecuar la relación contractual a lo que las partes «hubieran razonablemente acordado en el momento de la conclusión del contrato si hubiesen tenido en cuenta el cambio de circunstancias». Adopta, por tanto, un criterio subjetivo¹⁴⁸. Philippe sostiene que el criterio legal es apropiado y que, en su aplicación, se deberá tener en cuenta el hecho de que las partes, al contratar, han asumido un riesgo de cambio de las circunstancias; por tanto, una parte de las consecuencias del cambio de circunstancias debe estar a cargo del contratante perjudicado¹⁴⁹. El juez no puede incurrir en *ultra petita*, por lo que sólo puede plantear una adaptación en los términos previstos en la demanda¹⁵⁰. En cuanto al alcance de la adaptación, se afirma que el juez puede dar un efecto retroactivo a la revisión del contrato y apartarse de la disposición legal que prevé que el contrato debe ser ejecutado en su versión original hasta que se alcancen las negociaciones o exista resolución judicial¹⁵¹. Este efecto retroactivo puede llegar al momento en que tuvo lugar el cambio de circunstancias.

En Derecho español, el artículo 1213 PM 2009 establece como prioritaria la solución de la revisión judicial puesto que ante la situación de excesiva onerosidad (o frustración del fin) declara

¹⁴⁶ DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, pp. 469-470).

¹⁴⁷ DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, p. 470), a favor de esta solución citan el Código civil italiano que se refiere a: «restaurar el desequilibrio en los límites del alea normal del contrato». El artículo 6:111 (3) (b) *PECL* se refiere a una adaptación del contrato de cara a distribuir entre las partes de una manera justa y equitativa las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias.

¹⁴⁸ Muy similar a lo que establece el artículo 89 (2) (a) *CESL*: «adaptar el contrato para adecuarlo a lo que las partes habrían razonablemente acordado en el momento de su celebración si hubieran tenido en cuenta el cambio de circunstancias».

¹⁴⁹ PHILIPPE, 2022, p. 258. Afirma este autor que el reparto de la carga conforme al riesgo contractual y no solo conforme a la justicia contractual introduce un factor de seguridad y de lógica jurídica.

¹⁵⁰ PHILIPPE, 2022, p. 257.

¹⁵¹ PHILIPPE, 2022, p. 258.

que el perjudicado podrá pretender la revisión del contrato y sólo si esta no es posible o no se puede imponer a la otra parte, podrá pedir la resolución. Sobre ello insiste el último párrafo del precepto cuando declara que sólo será posible estimar la pretensión resolutoria cuando de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes no fuera posible obtener una solución que restaure la reciprocidad de intereses¹⁵². Del tenor literal del precepto se puede deducir que el legislador quiso que el juez quedara vinculado por las propuestas de revisión de las partes y que la solución pasara, en primer lugar, por restaurar la reciprocidad de intereses¹⁵³. En cambio, el artículo 1238 PRM claramente apunta que el juez adaptará el contrato o lo resolverá según lo que le sea pedido. Respecto de la adaptación, sigue declarando que el juez la realizará conforme a la propuesta o propuestas de las partes. Sin embargo, a diferencia del artículo 1213 PM 2009, señala que realizará dicha adaptación si «es posible obtener una solución que distribuya entre ellas (las partes), de modo equitativo, las pérdidas y ganancias resultantes del cambio». Esta distribución de los costes permite interpretar que la parte perjudicada asuma parte de ellos¹⁵⁴.

2.2. La resolución judicial del contrato

La segunda salida a la situación provocada por la excesiva onerosidad consiste en la resolución del contrato. El artículo 1195 CC francés se refiere a «poner fin» (*mettre fin*) al contrato, sin especificar más. Lo más acertado es considerar que se trata de una resolución (término más genérico que el de *résiliation*) puesto que permite cubrir los casos en los que la extinción del contrato tiene efectos retroactivos (parciales o totales); a favor de esta interpretación se puede añadir que cuando en el precepto francés contempla un acuerdo de las partes que ponga fin al contrato se hace referencia expresa a la «resolución»¹⁵⁵. En cualquier caso, la cuestión no plantea problemas porque el juez tiene flexibilidad para decidir la naturaleza y el alcance de los efectos de la finalización del contrato; la resolución operará en la fecha y condiciones que fije el juez.

¹⁵² El artículo 526-5 PCC se limita a declarar que la revisión debe realizarse con el fin de adaptar su contenido a las nuevas circunstancias.

¹⁵³ Bajo la vigencia de la cláusula *rebus*, GÓMEZ POMAR y ALDI (*InDret*, 2021, p. 518) afirman que en virtud del principio de congruencia procesal, el juez sólo podrá acordar las modificaciones contractuales que hayan sido solicitadas por las partes.

¹⁵⁴ A favor de una solución de este tipo, CARRASCO PERERA (*CCJC*, 2015, p. 188; 2021, 20/46)

¹⁵⁵ DESHAYES, GENICON y LAITHIER (2018, p. 471) añaden que en Derecho italiano se emplea el término *risoluzione per eccessiva onerosità*, y abogan por hablar de resolución en estos supuestos.

El artículo 5.74 CC belga también se refiere a «poner fin» al contrato, aunque aclara expresamente que esta terminación del contrato puede ser total o parcial, en la fecha que se establezca siempre que no sea anterior al cambio de circunstancias y según las modalidades fijadas por el juez¹⁵⁶.

En cuanto al Derecho español, la referencia es a la «resolución» del contrato tanto en el artículo 1213 PM 2009 como en el artículo 1238 PRM, pero con diferencias. Mientras que en el artículo 1213 PM 2009, la redacción del precepto no deja dudas respecto al carácter subsidiario de la resolución (cuando no sea posible la revisión), en el caso del artículo 1238 PRM la solución no está tan clara. El apartado 4 de este último precepto comienza declarando que «la autoridad judicial, según lo pedido en cada caso, podrá adaptar el contrato o declararlo resuelto», con ello, puede deducirse que las partes son libres de solicitar la solución que estimen conveniente. Sin embargo, este mismo apartado termina afirmando que: «De no ser posible la adaptación, declarará resuelto el contrato, estableciendo la fecha y las condiciones». Este hecho hace dudar de que, en la vía judicial, adaptación y resolución del contrato se sitúen en el mismo plano, al menos cuando ambas se plantean ante el juez, pero puede interpretarse en el sentido de que está vinculado por lo solicitado por las partes y si se han solicitado ambas soluciones, debe dar preferencia a la adaptación sobre la resolución. En realidad, no hay razones para dar preferencia a la solución del mantenimiento, pues, poner fin al contrato puede ser un remedio más acertado que modificar los términos del contrato¹⁵⁷.

Además, respecto de la resolución, la Propuesta de 2009 se limita a contemplar esta solución sin indicar los poderes de los que dispone el juez¹⁵⁸; sin embargo, el artículo 1238 PRM ya especifica que el juez establecerá la fecha y las condiciones de la resolución.

VI. EL CARÁCTER DISPOSITIVO DE LAS NORMAS SOBRE EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

Tras el análisis de los preceptos mencionados y las incertidumbres que existen sobre su interpretación y aplicación, es importante aclarar que la reglamentación que contienen sobre la excesiva onerosidad por el cambio de circunstancias puede dejar de operar si las partes así lo desean. Dicho de otra manera, se puede afirmar

¹⁵⁶ Exposición de motivos, p. 85.

¹⁵⁷ CARRASCO PERERA, *CCJC*, 2015, p. 189 ofrece argumentos a favor de la terminación judicial del contrato.

¹⁵⁸ Esta omisión la suple el artículo 526-4 PCC apartado 3, que declara que «el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución».

que las normas sobre la excesiva onerosidad por cambio de circunstancias y sus efectos sobre el contrato tienen carácter dispositivo. Aunque sólo el artículo 5.74 CC belga lo reconoce expresamente cuando entre los requisitos para su aplicación exige que el contrato no excluya la posibilidad de que la parte perjudicada haga valer la existencia de excesiva onerosidad, a la misma conclusión hay que llegar en Derecho francés y en las Propuestas españolas¹⁵⁹. Ello no impide que una renuncia contractual a valerse del cambio de circunstancias pueda constituir, en determinadas circunstancias, una cláusula abusiva¹⁶⁰.

Sin llegar a excluir totalmente su aplicación, las partes que celebren un contrato pueden tener interés en pactar sobre determinados aspectos del cambio de circunstancias. Así, pueden llegar a un acuerdo sobre ciertos presupuestos del cambio de circunstancias, por ejemplo, indicando las condiciones que debe reunir dicho cambio o cuándo puede considerarse que la ejecución resulta excesivamente onerosa o bien hacer un reparto de los riesgos. También pueden pactar sobre los efectos, por ejemplo, el alcance de la obligación de negociar y las consecuencias de su incumplimiento (sobre la obligación de continuar con el cumplimiento o permitir la suspensión de la ejecución, fijar plazos imperativos para la negociación...), el alcance que puede tener la revisión (qué es lo que se puede revisar y cómo se puede revisar) o modificar los efectos previstos legalmente (por ejemplo, suprimiendo una de las dos posibles soluciones)¹⁶¹.

VII. REFLEXIONES FINALES

Lo sucedido en los Derechos francés y belga, con la reforma de sus Códigos civiles en materia de obligaciones y contratos, constituye un buen presagio de lo que más pronto que tarde puede y debe suceder en Derecho español. La reforma de nuestro Código civil es necesaria y no puede retrasarse más. En esta reforma, sin duda, debe incorporarse un reconocimiento legal de la figura del cambio de circunstancias o, si se prefiere, de la alteración

¹⁵⁹ En Derecho español, y en el marco de la cláusula *rebus*, CARRASCO PERERA (CCJC, 2015, pp. 201 y 202) dice que la regla deja de ser operativa cuando las partes lo han pactado expresamente, puesto que no tiene naturaleza de derecho imperativo y puede ser desplazada por la voluntad de las partes. Aunque avisa que una cláusula genérica puede correr el riesgo de permitir una aplicación residual de la figura que trata de evitar, por lo que aboga por reducir el nivel de generalidad de la cláusula de exclusión.

¹⁶⁰ PHILIPPE, 2022, p. 259. En Derecho francés, DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, pp. 438 a 440.

¹⁶¹ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, pp. 473-474.

sobrevenida de las circunstancias, como lo han hecho los Códigos civiles francés y belga. En el caso español es más sencillo pues contamos con el precedente de la aplicación jurisprudencial de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, mientras que en los Derechos francés y belga el cambio ha sido más radical puesto que se ha pasado de negar la aplicación de la teoría de la imprevisión a reconocer legalmente la figura de la excesiva onerosidad. La Propuesta de 2009 ya contempla una regulación al respecto, pero el tiempo transcurrido aconsejaba revisarla y tener en cuenta ciertos elementos que sería muy conveniente incorporar a la vista de la experiencia acumulada. De hecho, la Propuesta revisada de 2023 ha incorporado cambios que hacen que la regulación sea más precisa y completa. Si bien los presupuestos que debe reunir el cambio de circunstancias ya estaban bastante delimitados bajo la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y no plantean especiales inconvenientes, no está de más recordar que el hecho de que la ejecución resulte más onerosa no tiene efectos en la obligación de cumplir puesto que sólo es relevante un cambio de circunstancias que provoca excesiva onerosidad. En segundo lugar, es conveniente aclarar que la excesiva onerosidad puede derivarse tanto de un aumento del coste de la prestación como de una disminución del valor de la contraprestación. A diferencia de lo que sucede con los presupuestos, en el caso de los efectos, parecía muy oportuno prestarles una atención muy especial. En este aspecto, los Códigos civiles francés y belga constituyen un buen ejemplo de la importancia que tiene contemplar expresamente una fase de renegociación del contrato por las partes que debe estar presidida por la buena fe. En la Propuesta revisada se suple esta omisión y se establece la posibilidad de acudir al juez sólo si las partes no llegan a un acuerdo en un tiempo razonable. Además, tanto la revisión del contrato como su resolución deben colocarse en un mismo plano, pues las circunstancias determinarán qué es más conveniente en el caso concreto.

Ojalá el legislador español acometa cuanto antes la reforma de nuestro Derecho de obligaciones y contratos y España deje de ser diferente por no haber realizado una tarea que hoy se presenta como ineludible. Además, si se acomete esa tarea, la Propuesta de 2009 y, de forma más completa, la Propuesta revisada de 2023 presagian que las singularidades que puede haber en Derecho español sobre la regulación del cambio de circunstancias respecto de los ordenamientos de nuestro entorno son de poca entidad. En definitiva, tendremos que decir: *Spain is no different anymore*.

BIBLIOGRAFÍA

- ANCEL, François y FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte: *Le nouveau droit des contrats*, Lextenso-LGDJ, Issy-les-Moulineux Cedex, 2019.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL*, Tecnos, Madrid, 2018.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BÉNAVENT, Alain: *Droit des obligations*, 17ª ed., L.G.D.J., París, 2018.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Cláusula *rebus sic stantibus*. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014, de 30 de junio de 2014 (RJ 2014,3526)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 97, 2015, pp. 345 a 367.
- BOUCARD, Hélène: «Le juge et le contrat», en LETE, Javier, SAVAUX, Éric, SCHÜTZ, Rose-Noëlle, BOUCARD, Hélène (dir.), *La récodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2016, pp. 275-283.
- CABRILLAC, Rémy: «Codificación y el Derecho Francés de Obligaciones», en PORTALIS, Jean-Étienne-Marie y CABRILLAC, Rémy, *Derecho civil francés. Pasado y Futuro*, edit. Olejnik, Santiago-Chile, 2019.
- *Droit européen comparé des contrats*, 2ª ed., L.G.D.J., Issy-les-Molineux Cedex, 2016.
 - «Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats: renégotiation, rescision ou révision», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66 n° 2, 2014. *Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19º Congrès international de droit comparé (Vienne, 20-26 juillet 2014)*, pp. 337-344.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 3º ed., Cizur Menor (Navarra), 2021.
- «Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*. Sentencia de 15 de octubre de 2014», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 98, 2015, pp. 175 a 206.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia-BOE, Madrid, 2009.
- DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas y LAITHIER, Yves-Marie: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2ª ed., Lexis Nexis, París, 2018.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- «La cláusula *rebus sic stantibus*», en FERRANDIZ, J.R. (dir), *Extinción de obligaciones*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVI, 1996, pp. 671-686.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 780, 2020, pp. 2037-2095.
- FABRE-MAGNAN, Muriel: *Droit des obligations*, Tomo 1, *Contrat et engagement unilatéral*, Presses Universitaires de France, París, 2008.
- FENOY PICÓN, Nieves: «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos belga francés y belga», *Anuario de Derecho Civil*, 2020, pp. 1331-1500.

- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Medidas regladas en materia de contratos por el COVID-19 en España», *Revista de Derecho civil*, 2020, pp. 15-46.
- GHESTIN, Jacques, JAMIN, Christophe y BILLIAU, Marc: *Les effets du contrat*, en GHESTIN, Jacques (dir.), *Traité de Droit civil*, 2ª ed., L.G.D.J., París, 1994.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, Juan: «Cláusula *rebus sic stantibus* viabilidad y oportunidad de su codificación en derecho español», *InDret*, 2021 (1), pp. 502-577.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «La alteración sobrevenida de las circunstancias» en MORALES MORENO, Antonio Manuel (dir.), BLANCO MARTÍNEZ, Emilio V. (coord.), *Estudios de Derecho de contratos*, BOE, Madrid, 2022, pp. 475 a 507.
- «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, 2020, pp. 455-490.
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.): *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- LETE, Javier: «Le contrat et le changement de circonstances en droit espagnol» en LETE, Javier, SAVAUX, Éric, SCHÜTZ, Rose-Noëlle y BOUCARD, Hélène (dir.), *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, Poitiers, 2016, pp. 237 a 250.
- MINISTERIO DE JUSTICIA: *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia-BOE, Madrid, 2023.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», *Anuario de Derecho Civil*, 2020, pp. 447-454.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, 2020, núm. 28, pp. 142-163.
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles: «La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo», en GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz y VELASCO CABALLERO, Francisco (coord.), *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, tomo II, *Número extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, BOE, Madrid, 2021, pp. 25 a 37.
- «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, 4-2015, 54 pp.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «Prólogo del presidente de la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia-BOE, Madrid, 2023, pp. 15 a 17.
- PHILIPPE, Denis: «L'introduction de l'imprévision en droit belge», en KHOL, Benoît y WÉRY, Patrick (dir.), *Le nouveau droit des obligations*, Anthemis, Lieja, 2022, pp. 217 a 267.
- «Unforeseen Circumstances in Belgian Law», *European Review of Private Law*, 2015-1, pp. 101 a 108.
- *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Collection du Centre universitaire de droit comparé, 27, Bruylant, Bruselas, 1986.
- PIMONT, Sébastien: «Le traitement juridique de l'imprévision dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et

- de la preuve des obligations. Deux exercices d'interprétation», en BRUN, Philippe (dir.), *Les perspectives de modernisation du droit des obligations: comparaison franco-argentines*, Journée national, Tomo XIX, Saboya, Asociación Hénri Capitant, Dalloz, París, 2015.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4-2009, 60 pp.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La cláusula *rebus sic stantibus* en el moderno derecho de contratos», en GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz y VELASCO CABALLERO, Francisco (coord.), *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, tomo II, *Número extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, BOE, Madrid, 2021, pp. 39 a 61.
- «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, pp. 1115 a 1132.
- STIJNS, Sophie: «Faut-il réformer le Code civil ? – Réponses et méthodologie pour le droit des obligations contractuelles et extracontractuelles: les obligations contractuelles», *Journal des Tribunaux*, 2016/19, n° 6647, pp. 305 a 311.
- UNIDROIT: *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, International Institute for the Unification of Private Law, 2016, Roma.
- VAN OMMESLAGHE, Pierre: *De Page. Traité de Droit civil belge*, tomo II, *Les obligations*, vol. 1, *Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Bruylant, Bruselas, 2013, 10ª tirada, 2019.
- VON BAR, Christian, CLIVE, Eric y SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Múnich, 2009.
- WÉRY, Patrick: « Vue d'ensemble sur les livres 1^{er} « Dispositions générales » et 5 « Les obligations » du Code civil », en KHOL, Benoît y WÉRY, Patrick (dir.), *Le nouveau droit des obligations*, Anthemis, Lieja, 2022, pp. 7 a 39.
- *Droit des obligations*, volumen 1, *Théorie générale du contrat*, 3ª ed., Larcier, Bruselas, 2021.
- ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein, *An introduction to comparative law*, Oxford University Press, 3ª ed. traducida del alemán por Tony WEIR, 1998.

La equiparación de la «dificultad extraordinaria» de cumplimiento a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Análisis crítico*

ANTONIO LEGERÉN-MOLINA
Profesor titular de Derecho civil
Universidade da Coruña

RESUMEN

Ya desde el Derecho romano se reconoce la inexistencia de obligación sobre prestaciones imposibles, ya sea la imposibilidad originaria, ya sobrevenida. En la actualidad, cuando una prestación sea imposible de cumplir de manera sobrevenida sin culpa del deudor o sin que esté en mora, la consecuencia que el Código Civil español anuda es la extinción de tal obligación (cfr. art. 1182 CC). Junto con la interpretación de los textos legales, la determinación de los casos que suponen la «imposibilidad» liberatoria ex artículo 1184 CC exige realizar un análisis jurisprudencial de tal concepto, amplitud y aplicación. Por la misma razón, carece de sentido pretender una definición a priori de qué sea la «imposibilidad» pues su contenido puede evolucionar o variar por medio de la interpretación jurisprudencial. Pero además, existen supuestos donde la prestación sigue siendo «materialmente» realizable aun cuando haya una disposición normativa que lo impida, o el cumplimiento, en sí posible, se torna gravoso o dificultoso desde un punto de vista material, emocional o económico. ¿Cabe equiparar entonces a la imposibilidad la dificultad extraordinaria en el cumplimiento?; se ha de acudir al expediente del artículo 1184 CC o en cambio ha de utilizarse la vía de la «alteración sobrevenida de las circunstancias» que en España ha cristalizado, fundamentalmente, en la

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+I del MICIN, PID2020-114919GB-100, denominado «Mecanismos de justicia contractual: causa y buena fe». Para su elaboración se ha contado con la ayuda concedida por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades correspondiente al Subprograma de Movilidad dentro del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (Modalidad A: programa “Salvador de Madariaga” de estancias de movilidad de profesores e investigadores españoles en centros extranjeros).

cláusula rebus sic stantibus? O, en fin, ¿existen algunos otros criterios, como por ejemplo, la inexigibilidad fundada en la buena fe u otros a que ha recurrido la jurisprudencia, que puedan servir para arrojar luz sobre los elementos delimitadores de las figuras apuntadas? Estas son algunas de las cuestiones que se analizan en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE

Imposibilidad, Imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, Dificultad extraordinaria de cumplimiento, Alteración de las circunstancias, Rebus sic stantibus, Frustración del contrato.

The equalization of the «extraordinary difficulty» of performance to the supervening impossibility to perform the contractual obligation. A critical analysis

ABSTRACT

Ever since Roman Law, there has been recognized the non-existence of an obligation of «impossible performance», whether the impossibility was original or supervening. Nowadays, when an obligation is impossible in a supervening way without fault on the part of the one obliged or without him being in default, the consequence established in the Spanish Civil Code is the extinction of the obligation (cf. art. 1182 CC). Together with the interpretation of the legal texts, the determination of the cases involving the discharging «impossibility» under Article 1184 CC requires a jurisprudential analysis of such concept, its scope and its application. For the same reason, it makes no sense to draw an a priori definition of what «impossibility» is, since its content may evolve or vary by means of case law interpretation. Along with that, there are also cases in which the performance continues to be «materially» realizable although there is a legal provision that prevents it, or the performance, in itself possible, becomes burdensome or difficult from a material, emotional or economic point of view. Should an extraordinary difficulty in performance be equated to impossibility? Should we resort to the procedure of Article 1184 CC or should we instead use the «supervening alteration of circumstances» which in Spanish law has been crystallized, primarily, in the «rebus sic stantibus» clause? Or, finally, are there any other criteria, such as, for example, unenforceability based on good faith to which the case law has resorted, that may serve to shed light on the delimiting elements of the aforementioned figures? These are some of the questions analyzed in this paper.

KEY WORDS

Impossibility, Supervening impossibility of performance, Extraordinary difficulty of performance, Alteration of circumstances, Rebus sic stantibus, Frustration of the contract.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Imposibilidad e incumplimiento. 2.1 Introducción. 2.2 La dimensión relativa a la prestación. 2.3 La imputabilidad de la imposibilidad.–III. Imposibilidad sobrevenida y dificultad extraordinaria en el cumplimiento. 3.1 Introducción. 3.2 Análisis de los preceptos del Código Civil. 3.3 Argumentos a favor y en contra de la equiparación. 3.4 Criterios jurisprudenciales sobre la relación entre dificultad e imposibilidad. 3.5 ¿Cabe asimilar a la «imposibilidad» otros «conceptos próximos» a que recurre la jurisprudencia?–IV. Consideraciones críticas y criterios para la diferenciación.–V. Bibliografía.–VI. Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

«Impossibilium nulla obligatio est» (D. 50, 17, 1185). Con tales palabras y como muestra del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, ya desde el Derecho romano se reconocía la inexistencia de obligación sobre prestaciones imposibles, ya fuese la imposibilidad originaria, ya sobrevenida. Como manifestación del citado principio, el artículo 1156 del Código Civil reconoce como causa de extinción de las obligaciones «la pérdida de la cosa debida»: si el objeto se ha perdido, ha perecido, ha quedado fuera del comercio o ha desaparecido «de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar» (art. 1122 CC) no cabe cumplir la prestación. Cuando ello ocurre sin culpa del deudor y sin que esté en mora, la consecuencia que el Código Civil anuda es la extinción de la obligación (*cf.* art. 1182 CC)¹.

¹ Desarrollando lo establecido por el artículo 1156 CC, el 1182 del mismo Cuerpo legal dispone que «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora». Que la obligación se extinga supone la insatisfacción de la pretensión del acreedor. Cuando de relaciones sinalagmáticas se trata, este tampoco realizará su prestación, podrá reclamar la devolución de lo en su caso pagado o entregado, así como la resolución del contrato al producirse un incumplimiento (*cf.* STS de 22 de octubre de 2013 [RJ 2013/7810]); con lo que, al final, el deudor es quien más «padece» las consecuencias del incumplimiento (sobre esta cuestión, *vid.* MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8702). Y es que la extinción de la obligación no implica que el deudor quede liberado «sin coste alguno» cuando la otra parte ha realizado toda o parte de su prestación; se daría lugar a un enriquecimiento injusto (*cf.* STS de 23 de diciembre de 1988 [RJ 1988/9811] y STS de 11 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8290]). Obviamente, en caso de que el acreedor se encuen-

La realidad que subyace al supuesto anterior –imposibilidad de cumplir la prestación– no solo puede tener lugar respecto de las ya mencionadas obligaciones de dar; también resulta de aplicación a las de hacer y no hacer. Al no existir argumento positivo ni razón alguna para excluir tal tipo de obligaciones de la imposibilidad de cumplimiento, el artículo 1184 del Código civil, aplicando el principio establecido por el artículo 1156 CC, señala que «también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible». La inadecuación terminológica de la causa de extinción consistente en «la pérdida de la cosa debida» (art. 1156 CC) para englobar todo tipo de obligaciones ha alumbrado una expresión más amplia, utilizada por la doctrina y la jurisprudencia, para referirse a todos los supuestos en que la obligación –del tipo que fuere y ya se trate de obligaciones unilaterales, bilaterales o recíprocas, ya de ejecución del contrato o de restitución tras su finalización²– es de imposible ejecución: la «imposibilidad de la prestación»³.

De entrada, tal expresión alude a que la «prestación se torna irrealizable», a que no puede ser ejecutada o desplegada⁴. El Código Civil en el ya mencionado artículo 1184 especifica las causas que pueden dar lugar a tal situación respecto de las obligaciones de

tre en mora, será él quien «soporte» el riesgo de la pérdida (*cf.* art. 1176 CC). Por otra parte, ha de señalarse que el efecto típico de los supuestos apuntados es la extinción de la obligación; y el atípico –y no infrecuente– es el surgimiento de otros deberes, ya por establecerlo así la ley o por derivarse de la buena fe contractual (*cf.* *ad ex.* art. 162.3 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).

² En tal sentido, *vid.*, entre otras muchas, la STS de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988/1600) que alude a la imposibilidad en el marco de un contrato bilateral como el arrendamiento; o la STS de 5 de junio de 2014 (RJ 2014/3390).

³ A modo de ejemplo, y respecto de la imposibilidad «sobrevvenida» *vid.* la STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041). Por otra parte, siendo, a mi juicio, el artículo 1182 CC la manifestación más clara y conectada con la segunda causa de extinción del artículo 1156 CC –que luego se «amplía» o se «aplica» también a las obligaciones de hacer y no hacer–, llama la atención que la STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041) aluda a «la regulación de los artículos 1272 y 1184 CC (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, *analógicamente*, a las obligaciones de dar «*ex*» art. 1182, SS. 21 de febrero de 1991, 29 de octubre de 1996, 23 de junio de 1997)». Y es que, en sentido estricto, lo que ocurre es lo contrario. Sea ello como fuere, la misma resolución apunta a que ambos preceptos son manifestaciones del principio latino expuesto en el texto (en el mismo sentido, y con anterioridad, *vid.* las SSTs de 21 de enero de 1958 [RJ 1958/220] y de 3 de octubre de 1959 [RJ 1959/3656]). Finalmente, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (1990, p. 120) menciona que la expresión amplia a que se alude en el texto tiene sentido «especialmente cuando de una economía de intercambio de bienes se pasa a una economía de intercambio de servicios».

⁴ En tal sentido se pronuncia la SAP Madrid de 23 de noviembre de 2017 (JUR 2018/39511) cuando, citando una sentencia anterior, señala que la «imposibilidad de la prestación» es un «acontecimiento que torna irrealizable la prestación comprometida, al margen de las concretas circunstancias del momento, y con independencia de que se contemple la persona del deudor u otra persona».

hacer y no hacer: que la imposibilidad sea legal o física. Tal dualidad causal ha sido acogida por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones⁵. Ahora bien, a lo que parece ambas tienen amplitudes diversas: mientras que la imposibilidad física alude necesariamente a algo que material y objetivamente no se puede realizar –la obligación es de «cumplimiento (material o físicamente) imposible»–, la primera tiene un alcance mayor. Así, cabe señalar que la «imposibilidad» legal no siempre es tal. Es decir, que una prestación no *pueda* cumplirse porque así lo establezca la ley –con tal referencia no se alude únicamente a la norma que se encuentra en una específica posición dentro de la jerarquía normativa⁶– no la convierte en «imposible»⁷. Su realización será, en todo caso, «ilícita» por contravenir las disposiciones normativas, pero seguirá siendo «realizable» si existe la posibilidad material de que sea ejecutada –cuestión diversa será la sanción que ello lleve aparejado–.

⁵ Entre otras muchas, *vid.* la STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041) que indica que la imposibilidad puede ser «física o material» o «legal o jurídica», o la STS de 7 de marzo de 2013 (RJ 2013/2285).

⁶ Así ha sido indicado en numerosas resoluciones. *vid.*, por todas, la STS 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041) que dispone que la imposibilidad legal «se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica» y la STS de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994/917) cuando apunta que «cuando en el mismo se hable de «imposibilidad legal», la doctrina viene entendiendo que dentro de este último término pueden comprenderse no sólo las disposiciones estatales (Leyes, Decretos, Reglamentos, etc.), sino también las de otro origen y, por tanto, las Ordenanzas Municipales, criterio que ha sido acogido en la doctrina de esta Sala, entre otras en la Sentencia de 21 de enero de 1958 (RJ 1958/220) sobre obras prohibidas por las Ordenanzas Municipales, la de 21 de noviembre de 1968, que declara ese principio reconocido por la jurisprudencia, debiendo entenderse comprendido en él tanto la imposibilidad fundada en un texto legal como en preceptos reglamentarios y en mandatos de la autoridad competente, criterio que, puede ya verse en la de 3 de octubre de 1959 (RJ 1959/3656), así como en la sentencia de 29 de octubre de 1970 (RJ 1970/4471), referida a un supuesto semejante a la citada de 21 de noviembre de 1958, y la de 15 diciembre 1987 (RJ 1987/9434), en ésta argumentalmente». En el mismo sentido, *vid.* las SSTS citadas en tal sentencia y, además, las de 4 de marzo de 1991 (RJ 1991/1714), 11 de mayo de 1991 (RJ 1991/3658) y 26 de julio de 2000 (RJ 2000/9177).

⁷ A modo de ejemplo, *vid.* la STS de 23 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9811) donde la imposibilidad legal derivaba de que el masajista de nacionalidad y titulación extranjera no pudiese desempeñar legalmente tal actividad en España al no estar inscrito en el Colegio Profesional correspondiente ni poseer el título necesario para tal ejercicio en España. O también la STS de 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8038), en donde la imposibilidad legal sobrevenida se derivaba de la aprobación de un nuevo Plan General Metropolitano que explicaba tanto la suspensión definitiva de licencia de obra como el no otorgamiento de escritura de cesión de solar. Ahora bien, no constituye, en cambio, una prestación material ni legalmente imposible la reposición de una fachada al estado original «destruyendo las obras efectuadas ilegalmente» (STS de 12 de mayo de 1992 [RJ 1992/3917]). Por último, la STS de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013/905), tras afirmar que «la denegación de la licencia administrativa puede ser constitutiva de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación que justifica la resolución del contrato» –lo cual, a mi juicio es correcto– indica que ello es así «sin que en tales casos sea preciso investigar la culpabilidad». Aunque la culpabilidad no sea relevante para el análisis objetivo de la imposibilidad de cumplimiento sí lo es para su imputabilidad (*cf.* epígrafe 2.3). Posiblemente tal sea lo que pretenda señalar –de manera técnicamente poco correcta– la citada resolución.

Junto con tales casos, habrá otros donde tal «imposibilidad» de carácter «legal» o jurídica sí se pueda predicar en un sentido estricto respecto de la prestación; por ejemplo, cuando la obligación consista en transferir la propiedad a alguien que ya la tiene. Entonces, sí cabe hablar de «imposibilidad» legal o jurídica en sentido estricto: desde el punto de vista jurídico «no es posible» transferir la propiedad al ya propietario⁸. Ahora bien, comúnmente se entiende que la causa legal de la imposibilidad contenida en el artículo 1184 CC no alude normalmente a este último supuesto sino a la existencia de una disposición –del rango normativo que sea– que impida la ejecución de la prestación. Entre los casos más frecuentes se encuentran la denegación de licencia de obras o la modificación del planeamiento urbanístico⁹.

Lo anterior permite concluir que, en lo que afecta a las obligaciones de hacer y no hacer, no existe una exacta adecuación o ajuste de la noción de «imposibilidad» a la realidad; sí, por lo que se refiere a la física; no, en cambio, en lo que atañe a la «legal» o «jurídica». Lo que supone cierta contradicción: a la vez que el Código Civil reconoce que cuando hay posibilidad de cumplir no se produce la liberación de la obligación –p. ej., en situaciones de mora la prestación sigue siendo realizable–¹⁰, admite el efecto liberatorio cuando la prestación es «realizable» en sentido estricto pero es ilícita su ejecución, o, como en breve se mencionará, sea más o menos dificultosa su realización.

Sea ello como fuere, comúnmente se usa el término «imposibilidad» en el sentido expuesto pues, a pesar de lo indicado, resulta de utilidad ya que «compendia» un conjunto de supuestos con características comunes. Una consecuencia de tal toma de postura es que la «imposibilidad» liberatoria *ex artículo* 1184 CC es «lo que la ley dice que es» –que no sigue, como se ha visto, una defini-

⁸ La STS de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993/1224) resolvió un caso donde la imposibilidad de cumplimiento era el resultado de la «estipulación de condiciones tan alambicadas y complejas [...] que devienen lógicamente como imposibles en su operatividad jurídica» y que eran las que «han malogrado, por exceso de desconfianza mutua, la consecución del fin económico-jurídico que se proponían los contratantes que para su elusión estamparon tal serie de garantías recíprocas, que su exacto cumplimiento supone la imposibilidad jurídica de dar satisfacción cumplida a las mismas». Con todo, a mi juicio, en el supuesto a que se alude cabría plantearse si se trata, más bien, de una imposibilidad originaria.

⁹ *vid.* a modo de ejemplo, la STS de 11 de mayo de 1991 (RJ 1991/3658). Por otra parte, y aunque luego se tratará de nuevo, según GONZÁLEZ PORRAS (1991, p. 345), la imposibilidad legal no siempre ha de conllevar la extinción total del vínculo obligacional: los tribunales pueden, dentro de su arbitrio, determinar el alcance de aquella conjugándola con el principio de conservación negocial.

¹⁰ La mora del deudor no impide la realización posterior de la prestación pero supone su no liberación en caso de imposibilidad sobrevenida (*cfr.* arts. 1096 y 1182 CC). La mora del acreedor –que tampoco constituye en sí misma imposibilidad sobrevenida pues la prestación sigue siendo realizable– conlleva el traspaso a aquel del riesgo de imposibilidad (*cfr.* arts. 1182, 1452.III, 1589 y 1590 CC).

ción conceptual estricta—; y, dando un paso más, lo que la jurisprudencia indica que «dice la ley»¹¹. Así las cosas, a fin de determinar qué casos llevan aparejada la liberación y cuáles no, es imprescindible realizar un análisis jurisprudencial de tal concepto, su amplitud y su aplicación. Por la misma razón, carece de sentido pretender una definición *a priori* de qué sea la «imposibilidad» pues su contenido puede evolucionar o variar por medio de la interpretación jurisprudencial¹². Ello permite cuestionarse lo siguiente: ¿constituye un supuesto de «imposibilidad» de la obligación de reparar un inmueble si el coste supera el 50% de su valor —lo que en el ámbito urbanístico se reconoce, generalmente, como «ruina económica»—? ¿lo es, acaso, la falta de financiación con que se contaba para la compra de una vivienda causada por una crisis económica global? ¿o el supuesto donde no se obtiene licencia para construir el edificio proyectado? ¿o el conocido caso en que una cantante no acude a una función tras conocer horas antes que su hijo se encuentra en peligro de muerte?, o, en fin, cuando se cede un local en arrendamiento y luego el arrendatario no obtiene la licencia para la actividad que iba a desplegar en él.... Según se advierte, los ejemplos expuestos, a los que se tratará de dar respuesta en estas páginas, tienen en común que la prestación siempre sigue siendo «materialmente» realizable. En algunos casos hay una disposición normativa que lo impide, en otros el cumplimiento, en sí posible, se torna gravoso o dificultoso. ¿Cabe equiparar entonces a la imposibilidad la dificultad extraordinaria en el cumplimiento? Y aún más, cuando la ejecución de la prestación se torne extremadamente costosa —en cualquiera de sus dimensiones: desde el punto de vista material, emocional, económico, etc.— ¿se ha de acudir al expediente del artículo 1184 CC o en cambio ha de utilizarse la vía de la «alteración sobrevenida de las circunstancias» que en España ha cristalizado, fundamentalmente, en la cláusula *rebus sic stantibus*?¹³ O, por último, ¿existen algunos otros criterios, como

¹¹ En efecto, no ha de olvidarse que «el Código Civil dice lo que el Tribunal Supremo dice que dice».

¹² *Cfr.*, en sentido similar, DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 91.

¹³ En el texto se señala que en España la «alteración sobrevenida de circunstancias» ha cristalizado en la consagración jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* pues el principio a que responde —la búsqueda de una solución justa ante un evento inesperado— se ha materializado en diversas tesis en los distintos países. Como se verá, la jurisprudencia española ha aludido a tales teorías también con ocasión de la «imposibilidad» y por ello serán examinadas en un epígrafe separado (epígrafe 3.5). De manera sintética, en Francia el citado principio de búsqueda de justicia cuajó en la tesis de la «imprevisión» —que se centra en el carácter «sorpresivo» e imprevisto de las circunstancias sobrevenidas no tenidas en cuenta en la contratación—; en Alemania fundamentalmente en la doctrina de la «desaparición de la base del negocio» —que incide en el «escenario» aceptado por las partes en la perfección del acuerdo y que configuró su voluntad contractual—; en Inglaterra en la «frustration» —que destaca la desnaturalización del contrato por la desaparición de su

por ejemplo, la inexigibilidad fundada en la buena fe, que puedan servir para arrojar luz sobre los elementos delimitadores de las figuras apuntadas? Estas cuestiones son las que se analizarán en este trabajo.

Para ello, en primer lugar se efectuarán unas precisiones conceptuales respecto de la «imposibilidad liberatoria» *ex artículo* 1184 CC –necesarias para la calificación de lo que posteriormente se examina– (apartado 2). A continuación se aludirá a las diferencias existentes –si las hay– entre la «imposibilidad sobrevenida» y la «dificultad extraordinaria en el cumplimiento», a fin de alcanzar algunas conclusiones que resulten útiles en la práctica judicial (epígrafes 3.1 a 3.4). Tras ello, se analizará la posibilidad de equiparar la «imposibilidad» a otros conceptos que, en dicho contexto, ha utilizado la jurisprudencia –*ad ex.* la frustración del contrato– (epígrafe 3.5). El trabajo culmina con unas consideraciones críticas conclusivas (apartado 4). Asimismo, a lo largo de este estudio –como es lógico– se acudirá a numerosas decisiones jurisprudenciales al igual que también se harán referencias puntuales a soluciones de ordenamientos extranjeros por si pudiesen ser de utilidad en España.

II. IMPOSIBILIDAD E INCUMPLIMIENTO

2.1. INTRODUCCIÓN

Una primera cuestión sobre la que cabe interrogarse alude a la relación existente entre la imposibilidad sobrevenida de cumpli-

fin–; en Italia, el principio a que se alude se volcó legislativamente en la tesis de la «excesiva onerosidad» –remarcando el carácter objetivo de la dificultad que impide que el vínculo deba seguir produciendo efectos–; en Estados Unidos se acuñó la doctrina de la «*impracticability*» –con un eminente sentido práctico que impide mantener un contrato «antieconómico»– y en España, en la cláusula *rebus sic stantibus* de creación jurisprudencial. Todas responden a un mismo principio pero, también de acuerdo con la idiosincrasia jurídica de cada nación y como se ha puesto de relieve, inciden o ponen el acento en un elemento u otro (a favor de la equiparación de algunas de tales doctrinas, *vid.*, entre otros, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, *RDN*, 1970, pp. 108 y ss.; ARECHEDERRA ARANZADI, 1978, pp. 212-213, o JORDANO FRAGA, *CCJC*, 1987, p. 4435). Con todo, la más cercana a la frecuentemente utilizada en España –la *rebus*– es la teoría de la base del negocio en su vertiente objetiva (*cf.* nota n.º 134). Baste lo indicado en este estadio del trabajo pues, según se mencionará en el epígrafe 3.5, existen matices que no han sido mencionados ahora así como interconexiones entre ellas; o mejor dicho, no siempre es sencillo distinguir los diversos supuestos que en una tesis se clasifican de un modo y en otra de otro –y el Tribunal Supremo español tampoco se caracteriza por haber intentado distinguirlas con precisión, como se verá–. En la doctrina existen análisis sobre todas y cada una, que serán citados oportunamente. Basta citar ahora la obra de GARCÍA CARACUEL, 2015 pues ofrece una visión bastante completa de todas ellas. En particular, sobre los distintos modos de aproximarse a un mismo fenómeno jurídico *vid.* las pp. 280-281.

miento de la prestación y el incumplimiento. ¿Aquella conlleva este en todo caso? A fin de dar respuesta a tal pregunta es preciso, a mi juicio, distinguir dos aspectos: el relativo a la prestación en sí misma cuya ejecución es imposible o no tiene lugar –que, como se verá, a su vez, tiene otras dos dimensiones– y el atinente a la imputabilidad de tal situación (epígrafes 2.2 y 2.3 respectivamente). De acuerdo con tales perspectivas, la imposibilidad sobrevenida sería y no sería incumplimiento: sí, en lo concerniente a la prestación en sí misma; y no de manera necesaria en lo que afecta a la imputabilidad.

Que en la primera de tales dimensiones la imposibilidad sobrevenida conlleve en todo caso un incumplimiento es la consecuencia lógica de que el cumplimiento suponga, en sí mismo, «dar cauce» a la pretensión de que se trate, ya sea ejecutada por uno mismo o por tercero, ya sea *in natura*, por equivalente o por medio de los subrogados¹⁴. Cuando la prestación no se pueda cumplir por imposibilidad sobrevenida no se estará satisfaciendo la pretensión. Luego será un incumplimiento¹⁵. Tal dimensión «objetiva» no es reconocida expresamente por el Código Civil español, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con el italiano que sí la recoge en su artículo 1218 CCI¹⁶. Con todo, la inexistencia de refrendo legislativo explícito dentro de nuestras fronteras no ha constituido obstáculo para que alguna doctrina defienda también tal criterio. A modo de ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA considera que «la imposibilidad es un subtipo o un subcaso dentro del extenso género del incumplimiento definitivo»¹⁷.

¹⁴ A modo de ejemplo, los denominados como «subrogados del cumplimiento» o el efectuado por tercero no consistirían, en sentido estricto, un cumplimiento de la prestación (cfr. art. 1157 CC).

¹⁵ Así lo defiende, entre muchas otras, la STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8290) cuando apunta que «la Audiencia Provincial ha interpretado correctamente los elementos probatorios obrantes en autos, afirmando que el incumplimiento contractual de la demandada no viene determinado por una actitud morosa de la misma, sino por la imposibilidad legal de edificar en los terrenos en que se había proyectado construir las unidades objeto del contrato». En el mismo sentido, en la doctrina, *vid.*, por todos, MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8702.

¹⁶ En particular, el artículo 1218 del *Codice civile* italiano dispone que «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

¹⁷ Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, 1990, p. 101. La apuntada en el texto parece ser la corriente que se impone en nuestros días: el incumplimiento entendido como «no realización del contrato» que no exige en todo caso la culpabilidad del deudor. Tal concepto «amplio» admite englobar en él la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor; un concepto más «estricto» y construido sobre el presupuesto de la culpabilidad del deudor no lo permitiría. Los remedios en ambos casos serán diversos: el primero posibilita la resolución *ex artículo* 1124 CC en caso de imposibilidad sobrevenida; el segundo no, habiendo de recurrirse a la teoría de los riesgos en los contratos sinalagmáticos. Sobre esta materia, *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 84 y ss. quien analiza en detalle las opiniones de los autores que únicamente vinculan el remedio del artículo 1124 CC al incumplimiento impu-

Ahora bien, cuestión distinta a la expuesta es que tal falta de satisfacción resulte imputable al deudor y genere, en consecuencia, una obligación de pago de daños y perjuicios. En efecto, en lo atinente a esta segunda dimensión, se puede afirmar que no todo incumplimiento consecuencia de la imposibilidad sobrevenida resulta imputable. Buena prueba de ello es que los artículos 1182 y 1184 CC señalan los requisitos en que tal imposibilidad «libera al deudor»¹⁸.

La distinción anterior quizá hoy día puede parecer obvia. No ha de olvidarse sin embargo que, en buena medida a causa de la insuficiente técnica del Código Civil, hasta no hace mucho los estudios doctrinales estaban más centrados en el cumplimiento sin que se hubiese elaborado propiamente una teoría del incumplimiento que, en lo que ahora importa, discriminase ambas perspectivas¹⁹. Con todo, los artículos 1182 y 1183 del Código Civil sí parecen contemplar la distinción a que se alude pues el primero apuntaría al incumplimiento objetivo y su consecuencia, y el segundo a la imputabilidad.

Siendo ello así, tampoco debe perderse de vista que, aunque actualmente parece algo superado, la jurisprudencia en no pocas ocasiones también ha confundido y mezclado ambas dimensiones. En efecto, el propio Tribunal Supremo así lo ha reconocido cuando, por ejemplo, en la sentencia de 22 de octubre de 2013 (RJ 2013/7810) afirmaba que «por ello, en algunas sentencias se consideró que la rebeldía del deudor quedaba demostrada por el mismo incumplimiento, unido a la falta de prueba de la concurrencia de factores impositivos no imputables al mismo –sentencias de 29 de abril y 19 de junio de 1985 y 4 de marzo de 1986–. En otras se sustituyó la necesidad de rebeldía por la de una voluntad obstativa al cumplimiento –sentencias de 26 de enero de 1980, 20 de noviembre de 1984, 25 de octubre de 1988, 13 de octubre de 1989– o de una frustración del fin del contrato –sentencias de 12 de mayo de 1988, 5 de junio de 1989– o, al fin, de una cierta gravedad del incumplimiento –sentencias 122/2004, de 27 de febrero, y 416/2004, de 13 de mayo–, lo que generó la dificultad de identificarla o medirla en cada caso»²⁰.

table (*idem*, pp. 98 y ss.) así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en cambio, sí admite la resolución en casos de imposibilidad sobrevenida (*idem*, pp. 104 y 178 y ss.).

¹⁸ Que no haya culpa del deudor en la producción de la imposibilidad, que esta haya tenido lugar antes de la constitución de mora de aquel y –sólo respecto de las obligaciones de dar– que no se haya obligado el deudor a entregar la misma cosa a dos o más personas, son los requerimientos que, de acuerdo con los artículos 1096 y 1182 CC, se exigen para que la imposibilidad no sea imputable al deudor. Junto con tales elementos generales han de apuntarse otras dos situaciones: no hay extinción de la obligación aun cuando cumpliéndose tales exigencias así lo señale la ley o la obligación (*cf.* art. 1105 CC) ni cuando la deuda proceda de delito (*cf.* art. 1185 CC). Y, no cumpliéndose tales requisitos, sí habrá extinción si la imposibilidad es imputable al acreedor o este se ha constituido en mora.

¹⁹ *Cf.* PUIG PEÑA, *RDP*, 1945, p. 150.

²⁰ Como norma general, actualmente no se requiere tal «voluntad rebelde» al cumplimiento para el ejercicio de las acciones del artículo 1124 CC; basta, como se verá, la

En efecto, en los supuestos indicados se entremezcla la realidad de falta de satisfacción de la prestación con la imputabilidad de tal hecho. Ahora bien, incidiendo en la separación de ambos, la resolución transcrita apunta que la situación fáctica del caso que se enjuiciaba «determina una situación de incumplimiento –pese a no ser éste atribuible al obligado–»²¹. En definitiva frente a la tesis subjetivista que afirma que el incumplimiento exige culpabilidad en todo caso, a mi juicio resulta más adecuada la de corte objetivo: la lesión del derecho de crédito o la insatisfacción del acreedor es diversa de la responsabilidad que a ella se pueda aparejar. A fin de precisar esta última –que, no se olvide, constituye una cuestión distinta, aunque vinculada a aquella–, obviamente resulta relevante la conducta del deudor²². Y a fin de verificar cuando concurre la primera –la lesión del derecho de crédito– han de distinguirse dos dimensiones: la que afecta a algo inherente a la prestación –que cabría denominar como «objetiva»– y la que trae causa de las circunstancias subjetivas del deudor –la «subjetiva»–²³.

2.2. LA DIMENSIÓN RELATIVA A LA PRESTACIÓN

Si la prestación es de imposible cumplimiento –sea por causa física o legal–, produce, como se ha visto, la insatisfacción del interés del acreedor. Cuándo existe tal situación es una cuestión de

existencia de un hecho impeditivo de la realización de la prestación o que se haya producido la «frustración del contrato para la otra parte» (cfr. STS de 11 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8290]).

²¹ Un ejemplo de resolución anterior que no parece distinguir ambos conceptos es la STS de 9 de octubre de 2006 (RJ 2006/6463) cuando afirma que «en puridad, no hubo un incumplimiento resolutorio, sino una imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación que, desde luego, puede fundamentar la resolución solicitada, ante la frustración del fin del contrato, pero no justifica la indemnización acordada sobre la base de aplicación de una cláusula penal prevista, precisamente, para el supuesto de incumplimiento». Así, aunque parece que reconoce la objetiva falta de satisfacción de la prestación que, en el caso concreto enjuiciado, no desencadena la responsabilidad por el incumplimiento culpable que se preveía en la «cláusula penal» incluida en el contrato, la sentencia a que ahora se alude termina indicando que «la jurisprudencia de esta Sala ha admitido, junto con la doctrina más autorizada, la resolución por imposibilidad sobrevenida. Y, en tal caso, es correcto que se decrete la resolución, pero no cabe indemnizar daños y perjuicios, puesto que no se ha producido un incumplimiento (Sentencias de esta Sala de 14 de diciembre de 1992, 7 de febrero de 1994, 23 de febrero de 1994 y 20 de abril de 1994, 21 de julio de 2003, 11 de noviembre de 2003, 16 de mayo de 2003, 23 de enero de 2006 y 21 de abril de 2006, entre tantas otras)». De otra parte, una resolución posterior a la citada en el texto donde parece respetarse la distinción a que se alude es la STS de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013/905) pues afirma que «la imposibilidad sobrevenida, a que se refiere particularmente el artículo 1184 del Código Civil, lleva inexorablemente al incumplimiento y, en consecuencia, a la resolución del contrato o, más propiamente, a la extinción de las obligaciones nacidas del mismo».

²² De acuerdo con tal parecer, DEL OLMO GUARIDO (2004, p. 54) apunta que «el incumplimiento o la contravención [...] abarcaría toda desviación del programa obligacional, independientemente de la eventual imputación al deudor de la misma».

²³ Efectuando la distinción indicada en el texto, *vid.* Díez-PICAZO, 2008, p. 690.

hecho a valorar por las partes –y, en última instancia, los tribunales– pues, de entrada, tal juicio, como es lógico, depende de la específica prestación objeto del contrato²⁴. En cualquier caso, se trata de un análisis objetivo que atiende al contenido de aquella. En efecto, junto con que en algunos supuestos no es sencillo distinguir la obligación de dar y hacer –aunque, en lo que ahora interesa, lo clave es la posibilidad de realización de la prestación–, para proceder a la determinación de la imposibilidad es preciso dilucidar cuál sea la concreta prestación establecida en el acuerdo, analizando, por ejemplo, si se ha configurado para que se realice única y exclusivamente en el modo contractualmente previsto, o, en cambio, en él se contempla una «actividad a desplegar» que puede tener un contenido variable²⁵. En este último caso, antes de declarar –y de poder alegar– la imposibilidad de cumplimiento –y, por tanto, el incumplimiento aparejado– se ha de estudiar si cabe una modificación racional en el modo de llevar a cabo la prestación, evitando la lesión al interés del acreedor. Es decir, se ha de verificar si lo señalado en el contrato es solo «un modo» o es «el modo» de cumplir la prestación. O dicho de otra manera, a fin de declarar la situación de imposibilidad es preciso valorar si las partes han elevado –de manera explícita o implícita– alguno de los elementos que componen la prestación a «término esencial», a «condición», o, en fin, se contempla como «causa concreta». Cuando no exista tal «elevación» parece que el principio de buena fe, así como el artículo 1258 CC, imponen la modificación del modo de realizar la prestación de forma tal que se adecúe a la finalidad que se persigue y se evite así el incumplimiento –siempre que sea posible, claro está–²⁶.

²⁴ En efecto, ya desde antiguo la jurisprudencia afirma que la apreciación de la imposibilidad al ser una cuestión de hecho corresponde al Tribunal de instancia. En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, las SSTs de 8 de abril de 1969 (RJ 1969/1842) y de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041). Ahora bien, se ha de precisar que, junto a la «cuestión de hecho», el de «imposibilidad» es un «concepto jurídico indeterminado» de manera tal que también suscita un «aspecto jurídico» –una *quaestio iuris*– que puede ser revisada en casación. Obviamente, la facilidad de la verificación depende de cada caso en concreto.

²⁵ Así, GONZÁLEZ PORRAS (1991, p. 339) señala que «estar obligado a hacer alguna cosa no es, en definitiva, más que estar comprometido jurídicamente a realizar una actividad, de contenido variable, que desde luego no consiste en dar. Como el hacer supone diversidad de contenidos, habrá que estar al caso concreto y ver a lo que lo contratantes se han obligado».

²⁶ Así lo indicaba ya la STS de 22 de febrero de 1979 (RJ 1979/523) cuando señalaba que «...si se tiene en cuenta que la imposibilidad de la prestación en la precisa modalidad convenida, en las obligaciones de hacer determina la modificación de su contenido de manera que el comportamiento o resultado material a realizar por el deudor en beneficio de acreedor será el que racionalmente resulte adecuado atendidas las circunstancias del caso, la finalidad perseguida por el contrato, según se desprende de una interpretación del artículo 1184 atemperada a la *ratio legis*, [...], esencial en el juego de intereses de los otorgantes, a la luz de la buena fe como principio fundamental de la contratación que el artículo 1258 proclama». En sentido similar, *vid.* la STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041).

Sobre lo expuesto –elemento clave para declarar la imposibilidad de cumplimiento es el propio contenido de la prestación y cómo lo hayan configurado las partes–, la jurisprudencia ha reiterado en varias ocasiones que tal cuestión ha de ser analizada caso por caso y es de interpretación restrictiva²⁷. Esto último en atención a las graves consecuencias que la determinación de la imposibilidad impone a la vida del acuerdo.

En la mencionada tarea resulta de notable ayuda verificar si aun cabe la realización de la prestación *in natura*. Cuando ello ocurra –y salvando lo señalado respecto de la imposibilidad legal y lo que más adelante se dirá respecto de la «dificultad extraordinaria»– no se estará en situación de declarar la «imposibilidad»²⁸. De no ser así, sí concurrirá el supuesto de hecho base que se contiene en el artículo 1184 CC: dejando aparte cuestiones de responsabilidad, en lo que ahora interesa resulta irrelevante si tal situación es debida al objeto o al sujeto; esto es, si deriva de una cuestión inherente a la prestación misma o, en cambio, proviene de circunstancias atinentes al sujeto encargado de realizarla. La indicada «irrelevancia» se explica porque, sea el origen objetivo o subjetivo –como en ocasiones la ha denominado la doctrina– produce, en lo que ahora importa, el mismo resultado: la declaración de imposibilidad de realización de la prestación²⁹. A mi juicio, tanto las dificultades inherentes a la prestación en sí misma como las atinentes al sujeto que la lleva a cabo forman parte de un todo único: la prestación³⁰.

²⁷ Entre muchas otras, *vid.* las SSTs de 5 de mayo de 1986 (RJ 1986/2339), de 13 de marzo de 1987 (RJ 1987/1480), de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041) o de 13 de mayo de 2008 (RJ 2008/3061). Todas ellas, de un modo u otro, vienen a señalar que «la aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística –atendiendo a los «casos y circunstancias»–».

²⁸ De la misma opinión es DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 155.

²⁹ Así, BARASSI (1948, p. 161) considera que la distinción objetiva-subjetiva es extraña a la imposibilidad sobrevenida. Por otra parte, OSTI (*Riv. Dir. Civ.*, 1918, p. 216 y 217) distingue entre imposibilidad objetiva –impedimento inherente a la actividad intrínseca del contenido de la prestación con abstracción de todo elemento extrínseco– y subjetiva –depende de las condiciones del deudor y supone un incumplimiento inherente a él o a su esfera económica– y circunscribe la imposibilidad liberatoria a la primera. Estoy de acuerdo con BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (1990, p. 116) en que tal modo de proceder resulta reduccionista. CRISTÓBAL MONTES (1989, p. 32), por su parte, añade que la imposibilidad liberatoria extintiva parte del presupuesto de que «no nos hallemos ante una conducta del deudor que haya determinado la aludida imposibilidad, pues en este caso carece de todo sentido el plantearse si la imposibilidad es objetiva o subjetiva, porque de todas maneras queda comprometida la responsabilidad del deudor a la reparación del daño y, por tanto, no estamos ante un supuesto de extinción del vínculo obligatorio, sino tan sólo de su transformación por cambio de la prestación del mismo». Con todo, a mi juicio, también en tal caso es preciso distinguir dos esferas: la imposibilidad de la prestación y la imputabilidad.

³⁰ Como apunta MARÍN LÓPEZ (2013, p. 8707), la distinción objetiva-subjetiva –que no se recoge en el Código Civil– ha sido entendida de manera diversa por la doctrina. Un sector incide en la extensión del impedimento: en la objetiva nadie puede cumplir la prestación y la obligación se extingue; la subjetiva remite a que este deudor no puede; de modo que la obligación solo se extinguiría cuando sea personalísima. Otro sector lo relaciona, en

Expuesto lo anterior, respecto de la «dimensión objetiva» de la prestación –esto es, la que alude a un impedimento «intrínseco», sin atender a elementos «extrínsecos» de aquella–, es preciso apuntar que no cabe declarar la imposibilidad de cumplimiento en las genéricas; sí en las de género limitado³¹. El brocardo *genus numquam perit* impide que materialmente pueda tener lugar esa «imposibilidad» de cumplimiento: siempre habrá género para ejecutar la prestación, aun cuando su obtención conlleve mayor o menor esfuerzo. No así en las de género limitado.

Por su parte, el impedimento referido al sujeto alude, como resulta obvio, a las cualidades particulares del deudor: es él quien, siendo materialmente posible la realización de la prestación, se encuentra en o padece determinadas circunstancias que afectan a su persona que le conducen a que no pueda cumplirla. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado en varias ocasiones que las «desgracias familiares», las contingencias relacionadas con la «salud» –de la parte contratante o de su núcleo familiar–, la situación de invalidez o fallecimiento no originan, en general, imposibilidad liberatoria pues, aun cuando son inevitables, sus consecuencias constituyen algo previsible³². De todas maneras, como es obvio, cuando se trate de obligaciones infungibles, personalísimas o que presupongan una especial aptitud o capacidad por parte del deudor, el fallecimiento conlleva la imposibilidad liberatoria. Así las cosas, en el contexto citado, ha habido quien, dentro de la afección a las cualidades personales, incluye las de carácter económico; esto es, el esfuerzo económico que le supone a ese deudor la realización de la prestación³³. De todas maneras, esta dimensión no técnica, sino jurídico-económica, se analizará en el apartado 3.

Así las cosas, para que la «imposibilidad» de realización de la prestación –ya sea por algo inherente a ella misma, ya por una circunstancia subjetiva concurrente en el deudor– pueda producir el

cambio, con la dirección: si el impedimento afecta a la prestación de modo directo o a otros elementos que no guardan relación con ella pero imposibilitan la ejecución.

³¹ En la jurisprudencia, *vid.*, las SSTs de 28 de mayo de 1994 (RJ 1994/6723), de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015/3118) y de 13 de julio de 2017 (RJ 2017/3962). Y, entre la doctrina, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, 1993, p. 456.

³² Entre otras, *vid.* las SSTs de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015/3118) y de 13 de julio de 2017 (RJ 2017/3962). Manteniendo un criterio diverso del Supremo, *vid.* la SAP de Zaragoza de 9 de abril de 2007 (JUR 2007/271741), en la que se alude a una «tan grave enfermedad que le ha llegado a anular su capacidad jurídica [...] de lo que resulta la imposibilidad sobrevenida».

³³ *vid.* por todos, DíEZ-PICAZO, 2008, pp. 689-690. Igualmente, en la jurisprudencia, junto a la «física o material» y la «legal», también se ha hecho referencia –incidental– a la imposibilidad de índole «moral» (*cfr.* STS de 16 de diciembre de 1970 [RJ 1970/5594] aunque más en relación con la originaria) y a la de carácter «económico» (la STS de 30 de abril de 2002 [RJ 2002/4041] alude –de manera errónea a mi juicio– a la STS de 30 de abril de 1994 [RJ 1994/2949]).

efecto contenido en el artículo 1184 CC ha de ser sobrevenida y definitiva. Sobrevenida por cuanto si no se trata de un evento que modifique la situación existente impidiendo la ejecución de la prestación sino que el defecto concurría desde la perfección del contrato –aunque se conozca con posterioridad a tal momento– no cabrá acudir al artículo 1184 CC³⁴. Se tratará entonces de una imposibilidad originaria: la obligación no habrá llegado a nacer –será nula, por tanto, *ex artículos* 1261,2.º y 1272 CC–, no pudiendo tener lugar el incumplimiento y extinción que supone la imposibilidad sobrevenida³⁵.

Y ha de ser definitiva, pues, aun cuando no exista regulación positiva sobre la imposibilidad temporal o transitoria como ocurre en otros ordenamientos, la jurisprudencia viene exigiendo tal requisito para aplicar el remedio legal del artículo citado³⁶. Solo la definitiva es la que impide de manera concluyente la satisfacción del interés del acreedor, y, por ello, únicamente ella extingue la obligación³⁷. Hasta entonces, el efecto que producirá una imposibilidad pasajera será la suspensión de la obligación pero no su extinción³⁸:

³⁴ Cfr. MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8704 o la SAP de Córdoba de 2 de octubre de 2003 (JUR 2003/270422).

³⁵ Sobre la imposibilidad originaria *vid.* RIBOT IGUALADA, *RDC*, 2015, pp. 1-66. La tarea de distinguir si es originaria o sobrevenida –elemento necesario pues, entre otras cosas, los efectos son diversos: nulidad frente a extinción o resolución– no siempre es sencilla (*cfr.* SSTS de 10 de abril de 1956 [RJ 1956/1555], de 30 de abril de 2002 [RJ 2002/4041] o de 21 de abril de 2006 [RJ 2006/1875]). Dos supuestos particulares que cabe destacar aquí son los contenidos en la STS de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994/1316) –que el equipo del jugador de fútbol en cuestión no hubiese tramitado su baja ni hubiese cedido los derechos a un tercero en el momento en que aquel firmó un nuevo acuerdo con otro equipo únicamente podría dar lugar imposibilidad originaria pero no sobrevenida–, y en la STS de 9 de octubre de 2006 (RJ 2006/6463). En esta última, aunque inicialmente parecía posible una división de un piso y su posterior venta a la vista de lo establecido en los Estatutos de la Comunidad, de la licencia del Ayuntamiento y de la inscripción en el Registro, luego devino de imposible cumplimiento por la posterior calificación de nulidad de tales operaciones por medio de una sentencia.

³⁶ A modo de ejemplo, *vid.*, entre otras, la STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041) que retoma la de 13 de marzo de 1987 (RJ 1987/1480). Por lo que hace a otros ordenamientos, *vid.* el artículo 1256 del *Codice civile* italiano que dispone que «L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla».

³⁷ La obligación extinta por imposibilidad sobrevenida definitiva no revive en el evento inusual de que, tras aquella declaración, vuelva a ser posible la realización de la prestación –salvo si se trataba de una obligación condicional o a plazo y no ha transcurrido este o no se ha cumplido aquella– (*cfr.* ENNECERUS, KIPP y WOLFF, 1944, pp. 241-242).

³⁸ Respecto de los efectos suspensivos de la imposibilidad transitoria, es paradigmática la STS de 13 de junio de 1944 (RJ 1944/893). *vid.* también la STS de 8 de junio de 1906 (ECLI:ES:TS:1906:419) que alude a la derivada de una situación accidental del deudor. Junto con las dos apuntadas, también cabe mencionar aquí la STS de 13 de marzo de 1987 (RJ 1987/1480) donde, desaparecidos los obstáculos administrativos que impedían la construcción de la parcela por medio de la declaración de nulidad de tales actos, resultaba

la realización de la prestación sigue siendo posible, de manera que una vez se supere la dificultad habrá de cumplirse³⁹.

Ahora bien, estando claro lo anterior, ha de señalarse que, excepcionalmente, se ha equiparado la imposibilidad temporal a la definitiva⁴⁰. En tales supuestos de «equiparación», en buena lógica, los efectos que ha de producir la imposibilidad no pueden ser los mismos que si de una definitiva *stricto sensu* se trata; entre otras razones, porque aun sigue siendo material o legalmente posible cumplir⁴¹. Por ello, considero que en tal supuesto no cabe defender la extinción de la obligación que contiene el artículo 1184 CC pero sí cabría solicitar la resolución, aun cuando, en todo caso, lo más adecuado resulte ahondar en la intención de las partes⁴². Sea ello como fuere, como se adivina, la determinación de cuando una dificultad temporal *se convierte* en definitiva –por ejemplo, porque se prolonga en el tiempo–, es una cuestión prudencial que dependerá de las circunstancias⁴³.

A modo de ejemplo, la falta de financiación se ha considerado como «situación coyuntural, por tanto, no permanente y definitiva», impidiendo, en consecuencia, acudir al artículo 1184 CC (*cf.*: SAP de Almería de 10 de febrero de 2012 [JUR 2013/129427]). O

posible el cumplimiento –de lo contrario, se produciría un enriquecimiento injusto–. Con todo, tal reviviscencia –superadas, obviamente, las dificultades transitorias– resultará más sencillo en obligaciones no personalísimas. En sentido similar, la jurisprudencia ha indicado que la fuerza mayor opera a veces de forma definitiva extinguiendo la prestación y otras de manera transitoria retardando el cumplimiento (*cf.*: SSTS de 16 de mayo de 1941 [RJ 1941/630] y de 24 de septiembre de 1953 [RJ 1953/2277]).

³⁹ La imposibilidad transitoria que produce los citados efectos suspensivos de la obligación, afecta a *toda* la relación obligatoria. En consecuencia, la otra parte no podrá exigir el cumplimiento. Por otro lado, aunque tanto en la mora como en la imposibilidad transitoria la prestación aun puede ser cumplida, se trata de situaciones diversas que obedecen a realidades distintas. *vid.*, sobre esta cuestión, CRISTÓBAL MONTES, 1989, p. 53, quien apunta que aunque haya coincidencia en el resultado material, en un supuesto el retraso es imputable al deudor y en el otro es inimputable.

⁴⁰ Por otra parte, la jurisprudencia parece equiparar el retraso en el cumplimiento a un incumplimiento definitivo –no imposibilidad– admitiendo, en consecuencia, la resolución cuando se frustra el fin del negocio o existe un interés atendible en la resolución. *vid.*, a modo de ejemplo, la STS de 5 de enero de 1935 (RJ 1935/198).

⁴¹ *vid.* en tal sentido, DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 105.

⁴² De la misma opinión es ALBALADEJO (2011, p. 304) aun cuando también parece admitir la extinción si «de las circunstancias se deduce que, yendo contra la razón de la obligación la admisión de la suspensión y del estado de duda, la imposibilidad transitoria debe de extinguirla». Por su parte, ESCARDA DE LA JUSTICIA Y DE LA HOZ SÁNCHEZ (1996, p. 716) apuntan como inconveniente para la resolución que no haya habido incumplimiento «rebelde»; criterio del que se discrepa (*cf.*: nota n.º 20).

⁴³ En tal sentido, en la STS de 23 de febrero de 1994 (RJ 1995/683), el Tribunal consideró que existía imposibilidad ante el cambio de criterio de una Comisión Informativa denegando la licencia de construcción. «La dificultad presentada por la denegación fue de tal entidad que resulta suficiente para determinar una imposibilidad determinante de la aplicación del artículo 1184, pues las circunstancias concurrentes quizá revelen la eventualidad de una futura posibilidad de que la vendedora diese cumplimiento a sus obligaciones contractuales, pero ello no elimina la certeza de la imposibilidad existente en el momento en que se instó la resolución».

se ha entendido como «definitiva» la imposibilidad de cumplimiento de lo convenido por haber transcurrido 9 años desde el momento de la celebración del contrato durante los cuales «se mantuvo inalterada la situación creada por la declaración de nulidad del proyecto de urbanización contemplado por los litigantes y que constituía la base del negocio» (STS de 11 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8290])⁴⁴. Igualmente, se ha apuntado que «impedimentos urbanísticos que no sean definitivos no legitiman la resolución» habiéndose de «determinar qué se entiende por problemas no definitivos» (STS de 20 de noviembre de 2012 [RJ 2013/905]).

Por último, la imposibilidad sobrevenida y definitiva puede ser total o parcial. Que sea de un tipo o de otro es una cuestión que habrá de dilucidarse de manera objetiva en atención al contenido de la prestación⁴⁵. Ahora bien, frente a la regulación de los artículos 1182 y 1184 CC que parecen aludir únicamente a la total, no existe una norma en el Código Civil que específicamente contemple la parcial. ¿Qué solución ha de aplicarse entonces? La respuesta para tales casos puede venir de la «generalización» de la que establece dicho Cuerpo legal en algunos preceptos dispersos que contemplan supuestos particulares de imposibilidad parcial originaria –que, en esencia, conceden la opción al acreedor de decidir entre la nulidad parcial o mantener la validez con algunas rebajas tanto en el cumplimiento como en la pretensión– o, como, de entrada, resultaría coherente con la parcialidad, declarar en todo caso la extinción parcial de la obligación⁴⁶. A mi juicio, la primera opción resulta más adecuada: al igual que en la determinación del supuesto de hecho que ahora se examina se ha de atender a la particular situación de que se trate, de concurrir imposibilidad parcial considero también más oportuno contar con la voluntad de las partes para establecer la solución que más convenga⁴⁷. Ello por cuanto es

⁴⁴ En el citado contexto, sorprende la SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2000 (JUR 2000/223881) pues permite la resolución contractual como consecuencia de una «imposibilidad relativa, temporalmente prolongada que ha frustrado en todo caso [...] la causa concreta de los mismos o el fin práctico perseguido por las dos partes al celebrarlo» [habían transcurrido 9 años]. La resolución citada se niega, por tanto, a calificar la situación como de «imposibilidad absoluta y definitiva» de cumplir los contratos. A pesar de ello, autoriza la resolución sobre la base de que «doctrina y jurisprudencia dan el mismo tratamiento resolutorio que a la imposibilidad definitiva de la prestación, a la frustración del fin práctico del contrato en el caso de una prolongada inactividad del deudor –SSTS de 9 de abril de 1985, 9 de junio de 1986, 27 de octubre de 1986...–».

⁴⁵ Cfr. DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 99. *vid.* también la STS de 25 de marzo de 1947 (RJ 1947/452) donde la imposibilidad parcial se equipara a la total.

⁴⁶ En tal sentido, el artículo 1460.II CC concede al acreedor la opción de decidir entre desistir del contrato o mantener la validez pero con una rebaja.

⁴⁷ De tal opinión son ESCARDA DE LA JUSTICIA y DE LA HOZ SÁNCHEZ, 1996, p. 712. En contra de reconocer la extinción parcial en todo caso, *vid.* MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8715.

posible que el interés del acreedor se satisfaga mejor con el cumplimiento parcial –con o sin reducción proporcional de la contraprestación– antes que con una extinción parcial o la resolución. Solución esta última a que, a mi juicio, siempre tiene derecho el acreedor cuando no esté interesado en el cumplimiento parcial (arg. *ex arts.* 1460, 1479 y 1491 CC). En efecto, aun cuando el principio *utile per inutile non vitiatur* permita defender la solución señalada pues sigue siendo posible el cumplimiento parcial *in natura* salvo en casos especiales, al acreedor no se le puede obligar a aceptar la prestación parcial ni la que se ha visto reducida (*cf.* art. 1157 CC), teniendo siempre el recurso a la resolución (arg. *ex arts.* 1460, 1479 y 1491 CC)⁴⁸. Por tanto, valoración objetiva para determinar que la imposibilidad es parcial, pero solución subjetiva en atención al interés del acreedor.

En tal sentido, entiendo que tan erróneo es identificar imposibilidad sobrevenida limitada con nulidad parcial como equiparar la pérdida de cualidades, de valor, de utilidad o integridad de la prestación con una extinción parcial⁴⁹. Lo primero, por cuanto no cabe identificar momentos existenciales diversos: el ámbito de la ejecución –que corresponde a la imposibilidad sobrevenida– y el de la validez original del negocio –el propio de la nulidad–⁵⁰. Lo segundo, por cuanto no cabe aplicar de manera automática a la imposibilidad parcial lo que legislativamente está pensado para la total (*cf.* arts. 1182 y 1184 CC).

⁴⁸ Lo expuesto en el texto es sin perjuicio de algunos supuestos especiales donde se debe aceptar una entrega parcial (*cf.* arts. 1479 a 1482 y 1558 CC y art. 330 CCom). Admitiendo la existencia de la resolución parcial en el ordenamiento jurídico español, *vid.* DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 101. Y un supuesto concreto donde así se reconoció se contiene en la SAP de A Coruña de 23 noviembre de 2005 (JUR 2007/119215) que afirma que «procede la resolución parcial del contrato, liberando a ambas partes de cumplir con sus obligaciones respecto de la autorización de ocupación temporal de los terrenos cedidos para escombrera, que lógicamente la consecuencia es la reducción del precio por los metros efectivamente ocupados, habiéndose fijado en el contrato el precio a razón del metro cuadrado ocupado, y no como una unidad como se alega por la parte apelante».

⁴⁹ En efecto, aun cuando pudiese haber una base objetiva para ello en atención al contenido de la prestación originaria, hay casos donde el acreedor prefiere recibir la prestación «disminuida» antes que declarar su extinción parcial. En consecuencia, no parece adecuado ligar en todo caso perecimiento parcial y extinción parcial. Lo indicado respecto del «perecimiento» confirma lo mencionado anteriormente sobre la oportunidad de utilizar un término más global –imposibilidad de la prestación– que permita incluir tanto las obligaciones de dar como las demás (*cf.* ESCARDA DE LA JUSTICIA y DE LA HOZ SÁNCHEZ, 1996, p. 710).

⁵⁰ Lo indicado en el texto supondría identificar lo consecuencial respecto de obligaciones que ya han sido válidamente constituidas con lo que ocurre en el momento original; esto es, las obligaciones que por tal situación no llegan a nacer (*cf.* ESCARDA DE LA JUSTICIA y DE LA HOZ SÁNCHEZ, 1996, p. 712).

2.3. LA IMPUTABILIDAD DE LA IMPOSIBILIDAD

La segunda dimensión o perspectiva mencionada atendía, según se recuerda, no a la imposibilidad material de realización de la prestación –fuese por causa inherente a ella misma o a las circunstancias personales del deudor– si no a la imputabilidad que se podría derivar de tal situación. En tal sentido, de entrada, se ha de partir de que el deudor es responsable por el mero incumplimiento hasta el límite de la imposibilidad sobrevenida⁵¹. Es decir, salvando los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, siempre que el deudor no haya cumplido y se haya generado un daño por ello, habrá responsabilidad⁵². Cuando la falta de cumplimiento se deba a que no es posible llevarlo a cabo, la responsabilidad del deudor solo surgirá cuando tal situación sea a él imputable. O dicho de otra manera: «la culpa es considerada, por tanto, fundamento, no de la responsabilidad por incumplimiento, sino de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida de la prestación»⁵³. Y es que mientras *se pueda* cumplir, el deudor será responsable de que no se lleve a efecto la prestación por el mero hecho de que haya habido incumplimiento⁵⁴. Ahora bien, cuando *no hay posibilidad* de cumplir –hay imposibilidad sobrevenida– el criterio cambia: la culpa es la que determinará o no la existencia de responsabilidad por tal situación.

Así las cosas, en caso de imposibilidad sobrevenida, el deudor no se verá liberado cuando tal situación haya sido provocada por él⁵⁵. Tampoco cuando, no siendo directamente inducida por él, le sea imputable; lo que sucede, entre otros casos: cuando *se conoce la causa* de la imposibilidad y *no se actúa* para remediarla, cuando *no se conoce tal causa pero se podía conocer*, e incluso cuando *tal*

⁵¹ Así OSTI (RDC, 1918, pp. 209-211 y 344) apunta que deudor es responsable hasta el límite de la imposibilidad sobrevenida pero no con base en culpa sino en incumplimiento.

⁵² Cfr. PANTALEÓN PRIETO, ADC, 1991, p. 1043.

⁵³ Cfr. OSTI, RDC, 1918, p. 344.

⁵⁴ *vid.*, en tal sentido, la STS de 5 de mayo de 1986 (RJ 1986/2339).

⁵⁵ Cfr., entre otras, las SSTS de 2 de enero de 1976 (RJ 1976/22), de 17 de enero de 1986 (RJ 1986/104), de 5 de mayo de 1986 (RJ 1986/2339), de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994/1316) o la de 15 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9434). En esta última, fue el propio recurrente quien provocó el nacimiento de un impedimento legal –el de la expropiación forzosa posterior– al haber incumplido en plazo las obligaciones que le incumbían con relación a la entrega de la finca en el tiempo pactado. Algo similar ocurrió en la STS de 5 de octubre de 2002 (RJ 2002/9264) donde la demandada, una vez obtenida la concesión administrativa, no modificó el proyecto inicial como estaba obligada, haciendo, por tanto, imposible el cumplimiento de la prestación en la manera acordada. Asimismo, dicha sentencia, recogiendo lo señalado por la STS de 1 de febrero de 1999 (RJ 1999/526), apunta que «si le es imputable [la imposibilidad de realizar la prestación], no es causa de extinción de la obligación, sino que da lugar a la resolución, a la ejecución forzosa en forma específica o a la indemnización».

*causa era previsible empleando la diligencia exigible*⁵⁶. En caso contrario, esto es, si se trata de una situación imprevisible e irresistible, la imposibilidad no será imputable al deudor. De entrada, se tratará de un resultado previsible cuando las partes así lo hayan contemplado en el contrato (*cf.* STS de 13 de julio de 2017 [RJ 2017/3962]) o hayan realizado una asunción del riesgo⁵⁷. Ahora bien, la fijación de hasta que punto se trata de algo previsible dependerá de las circunstancias subjetivas y objetivas del específico supuesto de que se trate⁵⁸. A lo que parece para que exista imprevisibilidad habrá de tratarse, en todo caso, de acontecimientos que, independientes de las partes, no hubiesen podido ser tenidos en cuenta en el momento de celebrar el contrato; elemento que

⁵⁶ *vid.*, entre otras muchas, la STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041) y la STS de 13 de mayo de 2008 (RJ 2008/3061). De manera específica respecto de la imputabilidad *vid.* las SSTs de 7 de abril de 1965 (RJ 1965/2118), de 7 de octubre de 1978 (RJ 1978/3006), de 17 de enero de 1986 (RJ 1986/104), de 5 de mayo de 1986 (RJ 1986/2339), de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994/1316) y de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997/3890). En particular, supuestos donde hay culpa por *conocerse la causa* se contienen en las SSTs de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994/1316), de 23 de febrero de 1994 (RJ 1995/683), de 17 de marzo de 1997 (RJ 1997/1980) y de 14 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9892); porque *se podía conocer* en la STS de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994/1316); y porque *era previsible* en las SSTs de 7 de octubre de 1978 (RJ 1978/3006), de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994/1316) y de 4 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8001). Evidentemente, la misma solución tiene lugar cuando exista dolo. *vid.*, en tal sentido, la STS de 30 de diciembre de 2009 (RJ 2010/409). Incluso, que junto con la culpa del deudor concurra también del acreedor no cambia la calificación: solo conduce a la moderación de la responsabilidad (*cf.* STS de 29 de octubre de 1996 [RJ 1996/7484]). Por otra parte, en relación con los distintos criterios de imputación utilizados por la doctrina —«culpa» o «causa imputable al deudor»— *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, 2004, p. 79.

⁵⁷ *Cf.* STS de 7 de marzo de 2013 (RJ 2013/2285) donde el contrato contempló «a su riesgo y ventura [de la parte demandada] las posibles alteraciones del proyecto que resultaran de las normas urbanísticas»; o la SAP de A Coruña de 23 noviembre de 2005 (JUR 2007/119215) en el que las partes previeron en el contrato su extinción anticipada «siempre que se justifique la concurrencia de fuerza mayor o la sobrevenida imposibilidad por parte del arrendatario de cumplir sus obligaciones». Por otra parte, y aunque en materia de cláusula *rebus*, el Tribunal Supremo denegó su aplicación por existir una distribución contractual del riesgo, entre muchas otras, en la STS de 15 de enero de 2019 (RJ 2019/146). Téngase en cuenta que tal distribución puede ser explícita o implícita.

⁵⁸ En tal sentido, la STS de 30 de junio de 2014 (RJ 2014/3526), distinguiendo la imposibilidad de la *rebus* indicó con relación a esta última que «la imprevisibilidad de esta alteración no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto de la distribución del riesgo natural del contrato». Así, «la imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y negocial en que incide». Rechazando la aplicación de la *rebus* por considerarse que el riesgo está dentro de los «márgenes o riesgos normales e inherentes» al contrato, *vid.* las SSTs de 24 de febrero de 2015 (RJ 2015/1409), 18 de julio de 2019 (RJ 2019/3010) y 6 de marzo de 2020 (RJ 2020/879). Así las cosas, y ante la cuestión de si la falta de previsión por las partes de las consecuencias de un acontecimiento implica que únicamente la perjudicada deba soportarlas, no parece que deba ser así (*vid.* en tal sentido, entre la doctrina, por todos, PARRA LUCÁN, *InDret*, 2015, pp. 39 y 40). De todo lo expuesto se colige que la previsibilidad del riesgo y su asignación ante el eventual cambio de circunstancias es uno de los elementos claves en la materia que se examina (*cf.* SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, p. 35 y, con relación a la Covid, *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, 2021, p. 49).

habrá de juzgarse con un criterio de «razonabilidad», lo que, de una parte y como es obvio, dificulta –o imposibilita– su determinación general anticipada, y, de otra, impide su inclusión en lo exigible a una persona diligente⁵⁹.

Con todo, y a modo de ejemplo, la existencia de malos resultados económicos, en líneas generales, constituye una situación previsible que impide declarar incluso la misma imposibilidad de la prestación *ex artículo* 1184 CC⁶⁰. Asimismo, sobre los profesionales del ámbito inmobiliario –especialmente si comercian con fines especulativos– recae una mayor exigencia, con lo que se minimizan los supuestos imprevisibles que les puedan liberar ante una eventual imposibilidad⁶¹. Algo similar a lo señalado ocurrirá con la determinación del «hasta donde» se ha desplegado –y se ha de desplegar– la diligencia exigible: se pondera en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular.

Finalmente, tampoco será posible declarar la imposibilidad sobrevenida liberatoria cuando, como señala el artículo 1182 CC, el deudor haya incurrido en mora –«antes de haberse éste constitui-

⁵⁹ Cfr. PARRA LUCÁN, *InDret*, 2015, p. 22. Así las cosas, y como indica la citada autora al hilo de la distinción de la cláusula *rebus* y el caso fortuito, la diferencia entre ambas «tiene que ver más con el resultado (imposibilidad del cumplimiento en el caso fortuito) que con la razón que lo provoca». Con todo, la dificultad de deslinde de tales figuras se explica, en parte, porque ambas comparten el «presupuesto de la imprevisibilidad o inevitabilidad» y porque la línea que separa la imposibilidad de la «dificultad extraordinaria» en el cumplimiento «es a veces muy delgada». Lo cual, como es obvio, permite colegir que en el segundo caso cabe la posibilidad de cumplir (cfr. *idem*, p. 21).

⁶⁰ *vid.*, en tal sentido, la STS de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009/530) donde el proyecto seleccionado resultaba «altamente inviable, desde el punto de vista económico y material», frustrando incluso las expectativas de negocio de una de las partes, y la SAP de Madrid de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2012/26098) donde se señala algo parecido con relación a un establecimiento de hostelería que contaba con todas las autorizaciones pero que los resultados antieconómicos obligaron al cierre del negocio en el local arrendado. En lo que ahora concierne, y aunque en el contexto de la cláusula *rebus*, el Tribunal Supremo ha reconocido que la crisis económica puede producir un impacto de tal calibre –«un grave trastorno o mutación de las circunstancias»– que permita la aplicación de la citada cláusula (cfr. STS de 30 de junio de 2014 [RJ 2014/3526]). Ahora bien, la crisis económica y la subsiguiente restricción del crédito no bastan por sí solos para que el deudor –en tal caso, el comprador de un inmueble– pueda resolver unilateralmente el contrato. Asimismo, y a efectos de la aplicación de la *rebus*, la mención de la «crisis económica» no exime de la prueba de los requisitos usualmente exigidos (cfr. STS de 17 de enero de 2013 [RJ 2013/1819]). Además, el Tribunal Supremo ha rechazado en general la aplicación de la citada cláusula a los supuestos de dificultad de financiación del deudor de una prestación dineraria (cfr. STS de 17 de enero de 2013 [RJ 2013/1819]); lo que no supone un descarte automático en todos los casos de no obtención de la financiación: habrá de examinarse cada supuesto concreto.

⁶¹ Cfr. la STS de 8 de octubre de 2012 (RJ 2012/9027) o la de 13 de julio de 2017 (RJ 2017/3962); esta última indicaba que al «realizar una compra especulativa, los compradores asumieron el riesgo de la operación». En sentido similar, la STS de 9 de enero de 2019 (RJ 2019/5) denegó la aplicación de la cláusula *rebus* a los contratos de inversión altamente especulativos cuando el inversor está expresamente advertido e informado. En tal caso concreto se indicó que la materialización del riesgo no implica imposibilidad de cumplimiento de la prestación al faltar un elemento esencial, cual es la imprevisibilidad.

do en mora» exige el precepto—⁶². En caso de mora se le imputa al deudor el riesgo de la imposibilidad; no por su culpa sino por su situación morosa, sea cual fuere la causa de esta —que no necesariamente ha de ser culposa o dolosa—. Y, como consecuencia, se produce la llamada *perpetuatio obligationis*⁶³. En efecto, en los casos en que la imposibilidad no libera se produce una transformación de la obligación. El vínculo permanece pero muta: ya no se puede ejecutar *in natura* la prestación; se hará por equivalente.

III. IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA Y DIFICULTAD EXTRAORDINARIA EN EL CUMPLIMIENTO

3.1. INTRODUCCIÓN

Como punto de partida para abordar el estudio de la cuestión que se examina en las páginas que siguen cabe acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua a fin de averiguar el significado de las palabras que intitulan el presente epígrafe. A pesar de la eficacia limitada de este recurso, puede arrojar cierta luz en la tarea que ahora se pretende.

De una parte, la «imposibilidad» se define en el Diccionario como la «falta de posibilidad para existir o para hacer algo», que, de ser física, constituiría una «absoluta repugnancia que hay para que exista o se verifique algo en el orden natural»⁶⁴. En coherencia con ello, «imposible» es algo «no posible»; esto es, «que [no] puede ser o suceder» o «que [no] se puede ejecutar». Según se advierte, las definiciones transcritas se mueven en un ámbito que se distingue por su carácter absoluto.

Ahora bien, una segunda acepción del término «imposibilidad» parece rebajar el indicado carácter al señalar que «imposible» significa algo «sumamente difícil», siendo definida esta última palabra como «que presenta obstáculos» o «poco probable». De manera acorde con esta segunda acepción *rebajada*, en el Diccionario, «no ser posible algo» implica «ser muy grande la dificultad de eje-

⁶² Cfr. STS de 2 de octubre de 1984 (RJ 1984/4752) donde la fuerza mayor impeditiva de la ejecución de la prestación tuvo lugar tras la mora del deudor, o la SAP de Almería de 10 de febrero de 2012 (JUR 2013/129427).

⁶³ Así, MARÍN LÓPEZ (2013, p. 8710) señala que la responsabilidad del deudor no se puede explicar en clave subjetivista ya que es posible constituirse en mora sin haber sido negligente. Es la ley, en cambio, la que le atribuye al deudor el riesgo señalado en virtud de tal situación de mora. Sobre la inutilidad de la *perpetuatio obligationis*, vid. PANTALEÓN PRIETO, ADC, 1991, p. 1021.

⁶⁴ Todas las definiciones que se incluyen en el texto han sido tomadas de *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. disponible en: www.drae.es

cutarlo, o de conceder lo que se pide»⁶⁵. Finalmente, el Diccionario define «dificultad» como el «embarazo, inconveniente, oposición o contrariedad que impide conseguir, ejecutar o entender algo bien y pronto».

Los significados transcritos en los párrafos anteriores evidencian que la acepción que se encuentra en primer lugar muestra que lo «imposible» es lo que no puede tener lugar; por tanto, algo de carácter absoluto. Asimismo, parece que en el referido tono categórico cabe cierta *grieta*, de forma tal que «imposible» también sería algo que puede realizarse pero de manera especialmente «costosa», siendo muy grandes –«sumamente»– las dificultades a superar para que tenga lugar.

Trasladando tales consideraciones al ámbito jurídico, se impone estudiar si la «imposibilidad» se caracteriza en todo caso por el referido carácter tajante o si a ella es posible equiparar una dificultad extraordinaria para el cumplimiento de carácter sobrevenido. Según se advierte, los últimos términos recuerdan a la figura de la alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias, que en España ha cristalizado en la cláusula *rebus sic stantibus* de creación jurisprudencial. ¿Son equiparables en algún supuesto ambas realidades que gozan de las notas comunes de «imprevisibilidad» y «superveniencia»?⁶⁶ Ello es relevante pues, en el fondo, supone dar respuesta a si las partes de un contrato están obligadas de modo absoluto a realizar la prestación a que se han comprometido –cualquiera que sean las dificultades que hayan de arrostrar– o solo a realizar todo lo posible para asegurar el cumplimiento del contrato de manera tal que cuando este conlleve un obstáculo extraordinario pueda alegarse tal «imposibilidad» de ejecución de la prestación acordada⁶⁷. Para resolver tal cuestión, en primer término se examinará el tenor del Código Civil (epígrafe 3.2). Tras ello, se explorarán diversos argumentos a favor y en contra de la equiparación mencionada (epígrafe 3.3), para analizar a continuación las resoluciones jurisprudenciales que han abordado tal cuestión (epígrafe 3.4). Este apartado concluirá con un epígrafe donde se examinará la posibilidad de tal equiparación respecto de otros términos usados por la jurisprudencia al hilo de la imposibilidad (epígrafe 3.5).

⁶⁵ De acuerdo con ello, «pedir un imposible» es solicitar algo realizable pero que comporta un esfuerzo notable.

⁶⁶ *Cfr.* Mosco, 1970, p. 426 quien menciona que la imprevisibilidad es un requisito común tanto a la imposibilidad como a la alteración onerosa.

⁶⁷ *vid.*, en sentido parecido, АТИЯН и SMITH, 2005, pp. 171-172.

3.2. ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO CIVIL

Como es conocido, el Código Civil español no hace referencia alguna a la cuestión que ahora se examina; es más ni siquiera contempla expresamente la figura de la *rebus*. Por tanto, únicamente se cuenta con el texto de los artículos 1182 y siguientes del Código Civil. Una lectura rápida de tales preceptos sugiere, de entrada, que no dan cabida a la equiparación de la dificultad extraordinaria de cumplimiento con la imposibilidad de realización de la prestación. Aluden, por tanto, a una realidad diversa de la dificultad.

Como es conocido, el artículo 1182 CC –referido a las obligaciones de dar– dispone que «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora». De acuerdo con la interpretación auténtica de dicho precepto realizada por el mismo Cuerpo legal en el ya mencionado artículo 1122 CC, se entiende «que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar». Del tenor literal de ambas disposiciones normativas parece deducirse que el Código Civil contempla la «pérdida» –o situaciones similares– como algo categórico. La «destrucción» y la «desaparición» remiten a situaciones donde la entrega *no es posible* en modo alguno. Lo mismo acontece respecto de la irrecobrabilidad: el Código no admite que sea «recobable» pero con cierto esfuerzo, sino que alude a que «no se puede recobrar»⁶⁸. Por tanto, se trata de terminologías absolutas en las que no cabe el cumplimiento de la prestación *in natura*⁶⁹.

Por su parte, el artículo 1184 CC establece que «también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible». Ya se apuntó en su momento la cuestión relativa a la ilicitud y a la imposibilidad legal. En lo que ahora importa, la terminología del precepto transcrito también parece aludir a algo tajante, definitivo, acabado: no cabe realizar la prestación porque físicamente no es posible –por ejemplo, porque el deudor ha fallecido o tiene una enfermedad que

⁶⁸ Cuando fuese recobable con tal esfuerzo –p. ej. un anillo que cae por una alcantarilla–, a mi juicio, de cumplirse los requisitos exigidos por la jurisprudencia, podría tratarse de un supuesto de alteración sobrevinida de las circunstancias y no de imposibilidad. De la misma opinión es DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 137.

⁶⁹ Lo mismo ocurre cuando la cosa «*quede fuera del comercio*». Sobre tal cuestión *vid.* DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 112. Según se advierte, la citada expresión constituye el paralelo de la «*imposibilidad legal*» a que antes se ha aludido. Aunque el objeto «*fuera del comercio*» es físicamente entregable, no produciría efectos jurídicos, que no es sino lo que pretende regular el Código Civil.

le impide realizarla— o porque jurídicamente no cabe su ejecución⁷⁰.

Por tanto, del texto del Código Civil se advierte que los preceptos incardinados en la Sección relativa a la «pérdida de la cosa debida» aluden al incumplimiento en sentido objetivo; esto es, a los casos donde objetivamente *no se puede cumplir* sin que quepa alcanzar la finalidad de la prestación por medio de otra distinta. No parece incluir, por tanto, los supuestos donde se puede cumplir aunque sea con una dificultad extraordinaria. Examinada la literalidad del Código Civil, veamos qué argumentos existen para equiparar «imposibilidad» a «dificultad extraordinaria» y cuáles justifican no hacerlo así⁷¹.

3.3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA EQUIPARACIÓN

Tal vez porque el *Codice civile italiano* en este punto está algo más desarrollado que el español (*cf.* arts. 1256 y 1467 CCI), y quizá tomando apoyo en el significado principal de los términos allí utilizados, entre la doctrina de dicho país se encuentran autores que defienden con rotundidad la identificación de la imposibilidad con el carácter absoluto⁷². Se trataría entonces de un sistema binario: si la prestación es realizable no será «imposible», a diferencia de cuando por causas físicas o legales no pueda ser ejecutada. No hay más opciones que la posibilidad de realización de la prestación o su contrario, siendo, por tanto, el elemento clave para distinguirlos la viabilidad de la ejecución. La existencia de dificultades —

⁷⁰ Según se apuntó en su momento, los ejemplos de imposibilidad física mencionados tienen especial relevancia en las obligaciones personalísimas.

⁷¹ Defendiendo que el Código Civil alude a «imposibilidad», lo que dista bastante de la «dificultad extraordinaria», *vid.* PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 1944, pp. 242-243, aunque luego matizan su opinión (*cf.* nota n.º 82). De opinión similar son LACRUZ BERDEJO, 2011, p. 189 y MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8731. Este último autor apunta que «imposibilidad» alude a prestación objetivamente inviable y «dificultad» a una prestación posible pero que conlleva un «esfuerzo o quebranto económico muy superior al inicialmente previsto».

⁷² *Cfr.* OSTI, *RDC*, 1918, p. 344. Lo expuesto en el texto responde a que la tesis de la «excesiva onerosidad» italiana —cuyo surgimiento no es jurisprudencial sino legal al introducirse *ex novo* en el Código Civil italiano de 1942— tiene un marcado carácter objetivo. En efecto, en el artículo 1467 CCI se dispone que «nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto». Según se advierte el carácter «eccessivamente oneroso» es lo que justifica la solución contenida en dicho precepto. Se incide en la desproporción objetiva de la prestación que, al ser de cierta entidad o superar ciertos límites, se considera «eccessivamente» onerosa; en tal situación, su mantenimiento invariado no responde al criterio de justicia y equilibrio propio de los contratos.

mayores o menores— para llevarla a término constituye una cuestión diversa y que, en modo alguno, afecta a la calificación de la situación de imposibilidad⁷³. Tal razonamiento también se puede encontrar en otros países⁷⁴. En lo que ahora importa, en España también es posible mantener que mientras la prestación sea factible, al margen del mayor o menor esfuerzo que conlleve su realización, tal es lo que el deudor debe de manera incondicional⁷⁵. Argumento que se refuerza por la literalidad ya examinada del Código Civil que únicamente contiene la imposibilidad examinada desde una vertiente negativa: el deudor quedará liberado únicamente cuando aquella sea de carácter sobrevenido, definitivo y sin culpa. En el resto de los casos deberá cumplir⁷⁶.

Al mismo argumento —aunque quizá expuesto con menor rotundidad— responden las visiones que consideran que la «imposibilidad» y la «dificultad extraordinaria» se mueven en planos diferentes. Esta última —por lo menos en lo que a la figura de la *rebus* se refiere— sería un instrumento cuya finalidad esencial es proteger al deudor en los «accidentes relativos al valor económico y su proporción»; la imposibilidad, por su parte, consistiría en una figura que, en el fondo, auxilia al contratante cuando haya dificultades materiales o legales que impidan la ejecución, abstracción hecha de la perspectiva económica⁷⁷. Buena prueba de lo anterior es que cuando los tribunales aplican la cláusula *rebus* tienen en cuenta las valoraciones económicas a que se atendió en el momento de la perfección del contrato, y con respecto a ellas —y al alea normal propio de todo acuerdo— se determina la excesiva onerosidad sobrevenida⁷⁸. En cambio, cuando se trata de «imposibilidad» no existen límites

⁷³ Cfr. TARTAGLIA, 1980, pp. 163 y 164.

⁷⁴ Así por ejemplo, en USA se distingue con cierta nitidez la *impossibility* y la *impracticability* —esta última es el resultado de una evolución de la primera en sentido expansivo (cfr. epígrafe 3.5)—. O, igualmente en Alemania se distingue la imposibilidad absoluta —que libera del cumplimiento— de otros tipos de imposibilidades —«moral», «económica» o «práctica»— que más parecen remitir a una alteración de las circunstancias (§ 275 BGB).

⁷⁵ Partidario de tal tesis es LACRUZ BERDEJO (2011, p. 189) quien afirma que «salvo los casos excepcionales de modificación por excesiva onerosidad [...] el deudor se halla obligado a prestar (cumplir) siempre que le sea posible hacerlo, y aunque la prestación represente para él un esfuerzo o quebranto muy superior al inicialmente previsto». Con todo, una crítica al citado argumento consiste en que si tal es el único límite establecido por el legislador, en el fondo está exigiendo una diligencia superior a la media, siendo ésa insuficiente.

⁷⁶ En este contexto, se ha elaborado una distinción entre la imposibilidad absoluta y la relativa. La primera supondría un impedimento invencible para la ejecución de la prestación. La segunda conllevaría que el impedimento es vencible con un esfuerzo superior al normal, pudiendo ser incluso excepcional (cfr. MARÍN LÓPEZ, 2013, pp. 8707-8708 y nota n.º 88).

⁷⁷ Cfr. CASELLA, 2001, p. 15.

⁷⁸ Baste lo que ahora se indica; en el epígrafe 3.5 se analiza la distinción entre la cláusula *rebus sic stantibus* y la teoría italiana de la *excesiva onerosità* que, como se verá,

económicos a que atender para fijar su existencia o no⁷⁹. A la vista de tal diferencia, carecería de sentido proceder a la identificación o, siquiera, a la aproximación de los términos en liza. El resultado sería empobrecedor pues podría terminar haciendo superflua o innecesaria la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias –la cláusula *rebus*–⁸⁰. Es más, la ampliación del concepto «imposibilidad» incluyendo también los supuestos de «dificultad extraordinaria» supondría introducir un elemento de incertidumbre e inseguridad jurídica –la fijación del *carácter extraordinario* de una dificultad– que no resultaría beneficioso, cuando la aplicación de la *rebus* ya se caracteriza por tales notas. Carece de sentido, entonces, desdibujar un criterio sin añadir nada al otro. Si, en el lenguaje coloquial, se indica que no resulta útil «desvestir un santo para vestir a otro», cuanto menos «desvestir» al primero para no «vestir» al segundo. Tal es lo que ocurriría con la citada «ampliación».

Frente a la argumentación señalada –que es la que, de entrada, parece más correcta desde el punto de vista técnico–, y de manera contraria a opiniones que defienden que el hecho de que la realización de una prestación se convierta en algo molesto o gravoso no justifica la ayuda del ordenamiento jurídico, son más las voces que consideran que el ordenamiento, como medio para la realización del valor justicia, no debe permanecer indiferente a la nueva situación que, por ejemplo, coloca al deudor al borde la imposibilidad de ejecución de la prestación⁸¹. Así, con apoyo en el principio de buena fe (*cf.* arts. 7 y 1258 CC) cabría defender una interpretación no rígida ni inflexible de los artículos 1182 y siguientes del Código Civil, buscando un «prudente espíritu de justicia»⁸². En tal sentido, una aplicación del citado principio justificaría el intento de reducir consensualmente las dificultades extraordinarias que hayan sobrevenido y, en caso de no ser posible –o de no ser reductibles–, defender la extinción de la obligación por medio de su equiparación con la imposibilidad. O dicho en otros términos: cabría pensar que tal

tiene no pocos elementos comunes –fundamento, presupuestos, etc.–; motivo que explica que comúnmente a la *rebus* se le califica también como cláusula de «excesiva onerosidad».

⁷⁹ *Cfr.* Mosco, 1970, p. 426.

⁸⁰ *vid.*, de tal opinión, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ADC*, 1958, p. 1269 y CASTILLA BAREA, 2001, pp. 228 y ss.

⁸¹ En contra de la intervención del ordenamiento jurídico MEDICUS (1995, p. 203) afirma que «que se haga muy molesto al deudor producir la prestación prometida no justifica en modo alguno la ayuda del ordenamiento jurídico». Y parece que a favor de tal intervención en los citados casos excepcionales, *vid.* PUIG BRUTAU, 1954, pp. 369-370.

⁸² PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 1944, pp. 242-243. También defienden la equiparación con base en la buena fe y en la equidad: CASTÁN TOBEÑAS, 1993, pp. 459-461, GONZÁLEZ PORRAS, 1991, pp. 348-353, o LACRUZ BERDEJO, 2011, p. 509.

identificación actuaría en un segundo término, cuando la reducción de lo extraordinario no tuviese cabida⁸³.

Asimismo, la interpretación *flexible* de los preceptos legales anteriormente transcritos constituiría otro argumento a favor de la tesis que ahora se expone proclive a la identificación. En concreto, permitiría dar cobertura al supuesto de que circunstancias sobrevenidas entrañen una dificultad extraordinaria para el cumplimiento de la prestación; especialmente cuando tal variación haya supuesto una notable disminución de la utilidad de la relación o se altere el principio de equivalencia⁸⁴. O, en fin, la mencionada identidad también se podría justificar si se concibe la «imposibilidad» no en términos absolutos sino, como se ha dicho, en el «plano normal en que se desarrollan las relaciones humanas»⁸⁵. Así las cosas, existen tres argumentos que, a mi juicio y de acuerdo con la doctrina, impiden la referida equiparación basada en consideraciones *equitativas*. Por un lado, tal identificación está fundamentada en una visión unilateral de la relación –principalmente desde la perspectiva del deudor–. Por otra parte, aunque se pretenda el «espíritu de justicia» señalado o una finalidad ecuánime y equilibradora, la equiparación que se propugna, antes que «humanizar» el concepto de «imposibilidad», lo que hace es subvertir el principio de incidencia del riesgo del contrato. Y, finalmente, tal modo de proceder supone tutelar o favorecer a un contratante en disfavor del otro⁸⁶.

Junto con lo hasta ahora expuesto, otra opción consistiría en efectuar una distinción entre las diversas circunstancias sobrevenidas que entrañan una dificultad extraordinaria para el cumplimiento de la prestación. Cuando sean de carácter económico, cabría acudir a la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias

⁸³ Así parece defenderlo GONZÁLEZ PORRAS, 1991, pp. 352-353 y, con anterioridad, ALBALADEJO, 2011, p. 305. Este último autor, se apoya para ello en la buena fe, en el buen sentido y en la STS de 5 de mayo de 1986 (RJ 1986/2339). Así, afirma que «se puede mantener perfectamente que en el espíritu del término legal «imposibilidad» cabe la dificultad extraordinaria», añadiendo finalmente que las resoluciones que permiten la modificación del contrato ante la alteración extraordinaria de las circunstancias, «que toma en cuenta la agravación de la obligación de una de las partes, es ni más ni menos que una aplicación al caso de las obligaciones recíprocas del principio que inspira la equiparación de la dificultad extraordinaria a la imposibilidad». Con todo, como se mencionará en el texto, que el resultado material que produzca pueda ser similar en algunos casos no puede conducir a la identificación de los presupuestos que lo generan.

⁸⁴ *Cfr.* GONZÁLEZ PORRAS, 1991, pp. 351-353. El citado autor considera que el deudor no puede abstenerse de cumplir sin más pero sí puede proponer demanda judicial de resolución –si se trata de una relación sinalagmática–, de revisión o reajuste; será la sentencia quien haga la reducción a la equidad.

⁸⁵ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 72, quien, sobre la base expuesta concluye que «la excesiva onerosidad puede considerarse en determinados casos como un obstáculo invencible que se opone al cumplimiento».

⁸⁶ Defiende tales argumentos PINO, 1959, pp. 36-40. Por su parte, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (1990, p. 123) también incide en el tercero de los señalados.

–la cláusula *rebus*–, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ella establecidos. En cambio, cuando la dificultad extraordinaria en la realización de la prestación suponga la ejecución de una actividad ilícita, el sacrificio de la integridad personal o de otros atributos de tal carácter, cabría proceder a la equiparación con la imposibilidad⁸⁷. En el resto de supuestos –tanto los de corte económico como los que en el ámbito personal «solamente» supongan un esfuerzo superior al normal– no habría equiparación entre imposibilidad y dificultad extraordinaria⁸⁸. Argumentación que, a mi juicio, no resulta sostenible pues, además de no tener apoyo legal, supone dar un diferente trato a la alteración de circunstancias según la índole de estas –económica o personal–.

Por último, y de manera intermedia entre la equiparación y la total separación de los términos que se examinan, también se ha defendido –aunque de manera minoritaria– que ambos se relacionan de manera gradual⁸⁹. La imposibilidad vendría entonces a ser un *plus* a la dificultad y a la excesiva onerosidad de la prestación. En coherencia con tal planteamiento –que únicamente contemplaría la «imposibilidad» en una dimensión relativa–, la existencia de un remedio legal ante la alteración sobrevenida –en concreto, la cláusula *rebus*– conllevaría un «endurecimiento» de los supuestos en que cabría declarar la imposibilidad. Este solo se aplicaría en los casos en que las dificultades de realización de la prestación sean tales que quepa decir que se ha alterado la prestación misma, constituyendo «algo ajeno» a la actividad normal del deudor⁹⁰. En mi opinión, tal planteamiento tampoco resulta correcto pues la diferencia entre ambas realidades no es únicamente de intensidad: se trata de esferas jurídicas diversas. Entre ellas no hay gradación, escalonamiento o comunicación, sin que, en consecuencia, una sea un «paso previo» para la otra⁹¹.

⁸⁷ Las situaciones señaladas en el texto recuerdan a los diversos tipos de imposibilidad que recoge el BGB en el § 275: la absoluta, la «práctica», la «económica» y la «moral».

⁸⁸ Parece defender tal tesis, entre otros, MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8708. También BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, 1990, pp. 122-124, aunque dicho autor sostiene una opinión un tanto contradictoria pues, tras afirmar que la alteración es algo distinto de la imposibilidad, luego parece admitir su equiparación en los supuestos de corte personal señalados en el texto. Como se dijo (*cf.*: nota n.º 76), en la doctrina se ha distinguido entre los casos de «imposibilidad relativa» –suponen un esfuerzo superior al normal– de los absolutos –los citados en el texto–. Solamente habría equiparación respecto de estos últimos. *vid.* también, en el mismo sentido DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 96, y el epígrafe 3.5 donde se alude a la «inexigibilidad» de la prestación: doctrina alemana aplicable a tales supuestos sobre la base de la buena fe.

⁸⁹ *vid.* en tal sentido, JORDANO FRAGA, ADC, 1985, pp. 334-335.

⁹⁰ Así lo explica DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 137, citando autores partidarios de ambas tesis.

⁹¹ *vid.* a este respecto, la crítica que efectúa CRISTÓBAL MONTES, 1989, p. 40.

Vistos los términos en que se expresa el Código Civil y los argumentos que sostienen las diversas posiciones –la equiparación entre imposibilidad y dificultad extraordinaria y su distinción tajante– solo resta examinar la aplicación jurisprudencial de los preceptos mencionados.

3.4. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DIFICULTAD E IMPOSIBILIDAD

Cuando se trata de analizar los criterios judiciales respecto de la relación existente entre la «imposibilidad sobrevenida» y la «dificultad extraordinaria» de cumplimiento de la prestación se advierten varias *ideas-fuerza* consolidadas en la jurisprudencia.

La primera de ellas –que se contiene en abundantes sentencias– es la declaración genérica de que la existencia de dificultades no es equiparable a una situación de «imposibilidad»⁹². Junto con tal afirmación general –expuesta con unas palabras u otras–, en variadas ocasiones se afirma que no cabe «confundir» tales conceptos (*cf.* SSTS de 8 de junio de 1906 [ECLI:ES:TS:1906:419], de 5 de mayo de 1986 [RJ 1986/2339] y de 11 de noviembre de 1987 [RJ 1987/8372]), habiéndose de entender el término «dificultad» como «esfuerzo o quebranto superior al previsto». O igualmente, también se asevera que no concurre «imposibilidad» cuando se puede cumplir la prestación con un «esfuerzo de la voluntad del deudor» (STS de 30 de abril de 2002 [RJ 2002/4041])⁹³. Y es que el deudor debe observar la «diligencia debida haciendo lo posible para vencer la imposibilidad» (STS de 15 de febrero de 1994 [RJ 1994/1316] y de 30 de abril de 2002 [RJ 2002/4041]). Como aplicación práctica de la indicada doctrina, el Tribunal Supremo consideró en varias resoluciones que la onerosidad acaecida solo suponía una «incidencia» en el cumplimiento o, en fin, no declaró la «imposibilidad» sobrevenida en un supuesto donde se produjo un notorio desequilibrio económico en el valor de las acciones⁹⁴. Ahora bien,

⁹² Entre muchas otras, se pueden destacar ahora las SSTS de 8 de junio de 1906 (ECLI:ES:TS:1906:419), 10 de abril de 1956 (RJ 1956/1555), 6 de abril de 1979 (RJ 1979/1272), 5 de mayo de 1986 (RJ 1986/2339), 11 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8372), 20 de mayo de 1997 (RJ 1997/3890), 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041) y la de 22 de abril de 2014 (RJ 2014/2345).

⁹³ Anteriormente, en el mismo sentido, *vid.* las SSTS de 8 de junio de 1906 (ECLI:ES:TS:1906:419), 7 de abril de 1965 (RJ 1965/2118), 6 de abril de 1979 (RJ 1979/1272) y 20 de mayo de 1997 (RJ 1997/3890), entre otras.

⁹⁴ En tal sentido, *vid.* las SSTS de 5 de junio de 1945 (RJ 1945/698) y de 22 de abril de 2014 (RJ 2014/2345), respectivamente. Esta última sentencia señalaba que «la imposibilidad de cumplimiento de la obligación por pérdida o destrucción de la cosa (artículo 1182 del Código Civil) ha de ser absoluta para que determine la procedencia de la resolu-

estando clara la opinión jurisprudencial que diferencia el «esfuerzo» en la ejecución de la prestación de la «imposibilidad» de llevarla a cabo, la distinción entre este último término y la «dificultad» no es una tarea sencilla, habiendo de atenderse a cada caso particular y a sus circunstancias (*cf.* STS de 5 de mayo de 1986 [RJ 1986/2339]).

Una segunda *idea-fuerza* –y que ayuda en la discriminación de los conceptos en liza– exige para declarar una situación de «imposibilidad» que tenga carácter absoluto e imprevisible; valorados ambos elementos con criterios objetivos. Por lo que hace al carácter taxativo o absoluto, parece que se acude a tal término cuando se quiere incidir en la «rigidez» o «inflexibilidad» de la imposibilidad (*cf.* STS de 12 de marzo de 1994 [RJ 1994/1742])⁹⁵; es decir, para mostrar que la situación que la genera es rotunda. A modo de ejemplo, la STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041) indica que aplicación de los artículos 1182 y 1184 CC «exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor»⁹⁶. Y, como aplicación de tal doctrina, en la STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8701) no se declaró la imposibilidad porque, «al no constar que se haya extinguido el agua a suministrar, que no tenía que ser necesariamente de la mina la Xamora, no cabe admitir la extinción de la obligación por pérdida de su objeto»⁹⁷.

En coherencia con lo expuesto, no se tratará de una situación de «imposibilidad» cuando, por ejemplo, quepa una «modificación racional del contenido de la prestación» que dé satisfacción al interés del acreedor de acuerdo con la finalidad perseguida (*cf.* STS de 22 de febrero de 1979 [RJ 1979/523])⁹⁸). Igualmente, y también a

ción a instancias del acreedor (artículo 1124 Código Civil), de modo que si es posible el cumplimiento, aunque se haya producido un desequilibrio de las prestaciones, previsible y expresamente obviado por las partes que contemplaron el negocio futuro cualquiera que fuera el valor de las acciones, tal resolución no resulta procedente».

⁹⁵ En particular, la sentencia citada en el texto señalaba que «el motivo ha de fener, pues para que opere el efecto liberatorio o extintivo inherente a la imposibilidad legal o física de realizar la prestación (*ex artículo* 1184 del Código Civil) se requiere ineludiblemente que se trate de una imposibilidad absoluta y objetiva».

⁹⁶ La sentencia citada recoge, así, lo ya señalado anteriormente por la STS de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994/1316), entre otras.

⁹⁷ De manera similar, no reconoció tampoco imposibilidad absoluta la SAP de Murcia de 15 de octubre de 2003 (JUR 2003/276425) pues las modificaciones del Plan General de Ordenación Urbana no suponían un cambio del tipo o calificación del suelo, ni una importante reducción de la superficie del solar –que podrían justificar la aplicación del artículo 1184 CC– sino un «simple y mero retranqueo de tres metros de fachada».

⁹⁸ Asimismo *vid.* la STS de 11 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8372) donde existía una prohibición reglamentaria de quemar plásticos y papeles. Siendo la finalidad perseguida por la cláusula contractual dejar la finca limpia de tales elementos, que dicha limpieza no se pudiese realizar mediante su cremación a cielo abierto, no impedía realizarla de otra manera por lo que procedería la modificación racional del contenido de la cláusula. Con posterioridad y en el mismo sentido, *vid.* la STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041).

modo de ejemplo, el fallecimiento del deudor de una prestación de rendición de cuentas –en tal caso, el administrador de una sociedad– no resulta suficiente para declarar la imposibilidad pues, aun cuando tal tarea contable tiene ciertos aspectos personalísimos, también goza de una dimensión objetiva –«de mucha mayor trascendencia y entidad cualitativas»– que permite su ejecución por parte de los herederos (*cf.* STS de 12 de marzo de 1994 [RJ 1994/1742]). Por otro lado, sí cabrá declarar tal «imposibilidad», en cambio, cuando se hayan agotado las posibilidades de cumplimiento de la prestación (*cf.* STS de 30 de abril de 2002 [RJ 2002/4041]).

Además del carácter absoluto, la jurisprudencia también señala que la imposibilidad ha de ser imprevisible (*cf.* STS de 22 de abril de 2014 [RJ 2014/2345]⁹⁹); lo cual habrá de atender a las circunstancias, no siendo el único elemento para su determinación la cuantía económica a desembolsar. A modo de ejemplo, en la STS de 23 de junio de 1997 (RJ 1997/5201) se declaró que la situación no tenía el carácter de imprevisible aun cuando fuese elevado el desembolso económico realizado¹⁰⁰.

Como se expuso, los dos elementos señalados que miden la imposibilidad –el carácter absoluto e imprevisible– han de valorarse desde una perspectiva objetiva (*cf.* STS de 30 de abril de 2002 [RJ 2002/4041]¹⁰¹). Así se evita, en lo posible, la inseguridad jurídica y se elude que su determinación sea de acuerdo con el criterio subjetivo y particular del deudor (*cf.* la STS de 6 de octubre de 1994 [RJ 1994/7458] donde se calificó la situación como de «imaginaria imposibilidad física»).

Una tercera *idea-fuerza*, que sirve para matizar las anteriores, es la que *equipara* la dificultad en el cumplimiento con la imposibilidad de cumplir únicamente en los casos en que aquella reviste un «carácter extraordinario». En efecto, a pesar de que no cabe

⁹⁹ En efecto, como indica tal resolución «si es posible el cumplimiento, aunque se haya producido un desequilibrio de las prestaciones, previsible y expresamente obviado por las partes que contemplaron el negocio futuro cualquiera que fuera el valor de las acciones, tal resolución no resulta procedente».

¹⁰⁰ En concreto, se señala que «tampoco se probó debidamente la concurrencia de circunstancias imperiosas y decisivas de la referida imposibilidad, independientemente del fuerte desembolso que se impone a las sociedades que recurren [...] Las circunstancias alegadas las tuvo en cuenta la Sala sentenciadora y las fija para referirse, sin negar expresamente la difícil situación económica que afectó a AIPSA, a las infructuosas gestiones para obtener subvenciones estatales y oficiales, lo que no supone acontecimiento imprevisible, pues, aparte de no hacerse referencia alguna en el contrato, se trata de un riesgo susceptible de prever mediante las gestiones y estudios adecuados y que, en todo caso, asumió una parte y no puede repercutir en la otra».

¹⁰¹ En el mismo sentido, con anterioridad, *vid.* las SSTS de 23 de febrero de 1994 (RJ 1995/683), de 12 de marzo de 1994 (RJ 1994/1742) y de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7458).

identificar ni confundir la «dificultad» con la «imposibilidad» –aun cuando la primera conlleve un esfuerzo superior al habitual–, como complemento de tal idea, en numerosas ocasiones se ha reconocido que cuando tal «dificultad» tenga un carácter verdaderamente extraordinario sí es posible equipararla a la «imposibilidad»¹⁰². De esta manera, la jurisprudencia –al modo que se hace en el lenguaje ordinario– *amplía* el concepto estricto –y objetivo– de «imposibilidad» para dar entrada a supuestos donde la prestación sigue siendo física o materialmente realizable pero el esfuerzo para su ejecución es extraordinario. Cabe decir, entonces, que el Tribunal Supremo efectúa una «interpretación amplia» de los términos de los artículos 1182 y 1184 del Código Civil que, como se vio, son relativamente estrictos. ¿En que casos procede tal equiparación?

De entrada, cabe afirmar que el Tribunal Supremo lleva a cabo la equiparación mencionada –esto es, reconoce una situación de dificultad extraordinaria en el cumplimiento como de «imposibilidad» sobrevenida de la prestación (*cf.* arts. 1182 y 1184 CC)– al menos en dos supuestos: cuando la ejecución de la prestación depende de un tercero y cuando existe «imposibilidad económica».

El primer caso, por ejemplo, fue enjuiciado en la STS de 5 de junio de 2014 (RJ 2014/3390). En tal supuesto no se trataba de un obstáculo imposible –la prestación seguía siendo materialmente viable– pero su realización no estaba en el ámbito de disponibilidad de las partes, sino de un tercero –un Ayuntamiento–. En tal sentido, la sentencia señalaba que «una y otra opción no dependen del contratante URBEM, sino de un tercero, que es el Ayuntamiento. No aparece una auténtica imposibilidad ya que no deja de ser posible que el Ayuntamiento decida vender o aprobar el PAI –Programa de Actuación Integrada–, pero claramente el contratante no puede quedar obligado a ello en cumplimiento del precontrato. Además, este nunca alcanzaba a unos terrenos ajenos ni a un programa urbanístico. Por tanto, la solución que da la sentencia recurrida, si no imposible, es no sólo de una dificultad extraordinaria, por depender de un tercero, sino también ajena al objeto previsto en el precontrato». Ahora bien, la consecuencia que se establece en la sentencia es que «la dificultad extraordinaria en el cumplimiento

¹⁰² Entre otras sentencias, así lo reconocen las SSTS de 15 de marzo de 1972 (RJ 1972/1252), de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/4041) o de 5 de junio de 2014 (RJ 2014/3390) que afirman que «la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria, por descompensación de las obligaciones recíprocas que rompe su equivalencia». Y, reconociéndolo de manera indirecta, *vid.* la STS de 21 de abril de 2006 (RJ 2006/1875) donde se indica que «de lo expuesto no cabe deducir una situación de imposibilidad jurídica, ni siquiera en su versión de dificultad que pudiera ser valorada como de imposibilidad, en los términos a que se refiere la doctrina de la Sala antes expuesta».

de la obligación por parte del vendedor URBEM implica la resolución conforme al artículo 1124 del Código Civil».

El segundo caso apuntado es al que responden las SSTs de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6488), y de 20 de abril de 1994 (RJ1994/3216). En la primera de tales resoluciones, el Tribunal Supremo, ampliando las «causas» de la imposibilidad –física y legal, como se recordará (*cf.* art. 1184 CC)–, añadió también la de carácter «jurídico-económico». Así, consideró como «imposibilidad sobrevenida» de la prestación una situación que estaba produciendo consecuencias económicas negativas por «la deficiencia, anormalidad, tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor en un cumplimiento que ya no será purgativo por la desaparición del interés en la contraprestación originariamente pactada, convertida en inútil o perjudicial por esa conducta o resistencia a cumplir, auténtico quebrantamiento de la mutua y buena fe contractual»¹⁰³. La «desaparición» del interés conlleva la frustración del fin del contrato, al menos, para una de las partes contratantes.

Por su parte, en la segunda sentencia –un poco más compleja– la variación de circunstancias también supuso, a juicio del Tribunal, la «desaparición de la causa negocial», admitiendo el ejercicio de la facultad de resolución. En tal caso, la Sala señaló que la cláusula *rebus sic stantibus* se aplica cuando exista un desequilibrio de prestaciones pero no en caso de la ausencia total de la finalidad del contrato –la conocida como «frustración del contrato»–. Tales supuestos caerían bajo el paraguas de la «imposibilidad económica». Así, se afirma que «la imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo». Ahora bien, elemento peculiar del caso enjuiciado es que la actividad para la que se había arrendado el terreno –la extracción de guijo– se había elevado a condición o causa concreta del acuerdo¹⁰⁴. Y es tal ele-

¹⁰³ Asimismo, la sentencia indica que «punto éste en el que también razonablemente cabe sostener que esa noción de imposibilidad no hace referencia, sin más y únicamente, a la física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico-económica, es decir, a la frustración (no a la mera conveniencia) del acreedor».

¹⁰⁴ En particular, la sentencia aclara que «siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la

mento el que le permite afirmar al Tribunal que «no hay ninguna duda de que, en estas condiciones, es absurdo afirmar que el arrendador puede cumplir su obligación de que el arrendatario pudiera extraer guijo de la finca, porque de los términos del contrato se desprende, [...], que el mismo quiere este producto en tanto le produzca una ventaja económica, no para asegurarse simplemente el suministro de un material a cualquier precio. Y si ello es así, no puede obligársele a que pague una renta, todo lo disminuida que se quiera, a cambio de nada.

La inviabilidad de la prestación por desaparición del interés en ella del arrendatario ha sido también imprevista de la forma en que se ha manifestado, que le obligaría a tales costes de transformación para conseguir el guijo que harían ruinoso su actividad». Sea ello como fuere, el Tribunal Supremo en este caso –no así en otros– extrajo la «frustración del contrato» de la *rebus* y la incluyó en el concepto de la «imposibilidad (sobrevenida) de la prestación»; lo que, como se deduce de lo hasta ahora explicado y de lo que en breve se examinará, no resulta, a mi juicio, en modo alguno adecuado.

En la «jurisprudencia menor» también se cabe aludir ahora a otros dos supuestos donde se ha equiparado la imposibilidad de cumplimiento y la dificultad extraordinaria. Uno es el caso resuelto por la SAP de Lleida de 19 de marzo de 1998 (AC 1998/576) y el otro es el de la SAP de Castellón de 10 de febrero de 2012 (JUR 2012/169148) relativa a la falta de financiación. La primera resolución aborda un supuesto donde, según señala la Sala, la pericial conduce a la conclusión que «se dan las circunstancias de una dificultad extraordinaria asimilable a la imposibilidad que exige el indicado artículo del Código Civil [el artículo 1184 CC], ya que no se puede decir que el demandado no intentase el cumplimiento del contrato, pues prueba de ello es que contrató a dos empresas para hacerlo a pesar de la dificultad, y se gastó cerca de tres millones y medio más otra factura que le reclama la actora, lo que ascendería a cinco millones»¹⁰⁵. En definitiva, se trataría de una «imposibili-

suya aun de forma más reducida. Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas» y «por eso es extraordinario el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus*, si hay una frustración total del fin del contrato».

¹⁰⁵ Tal sentencia afirma que «la doctrina admite tal equiparación partiendo de la base de que la equiparación se haga, no simplemente más difícil, sino de una dificultad extraordinaria y desproporcionada a las prestaciones de ambas partes. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es generalmente favorable a la equiparación entre imposibilidad y dificultad extraordinaria, al menos en aquellos casos en que de no hacerlo así se originaría una situación injusta».

dad» jurídico-económica por lo significativo de la alteración de las circunstancias.

Por su parte, la segunda resolución mencionada, la SAP de Castellón de 10 de febrero de 2012 (JUR 2012/169148) reconoce como situación de «imposibilidad» la no obtención de financiación por la compradora de una vivienda. En esencia, el razonamiento del tribunal es el siguiente: la parte compradora había venido abonando regularmente los pagos establecidos durante «un extenso período de tiempo» hasta que, con ocasión de la crisis económica de 2008, vino a peor fortuna. En concreto, en la resolución se alude a que perdió su trabajo, permaneció en paro durante largo tiempo y dos entidades rechazaron «en atención a sus circunstancias económicas» la financiación de la compra del inmueble, sin que constasen además otros bienes raíces. A la vista de que, como señala la sentencia, «durante estos últimos años y, especialmente, al tiempo de concertarse la venta litigiosa, como consecuencia de la situación financiera general o global existente, no concurría prácticamente problemática alguna a la hora de obtener con la garantía de la vivienda y al margen de cualesquiera que fueran el resto de condicionantes económicos el correspondiente préstamo destinado a su adquisición, en la actualidad, el cambio radical de la situación que ha provocado un endurecimiento en las condiciones para la concesión de préstamos hipotecarios, medio habitual al que se recurre para financiar las adquisiciones en el tráfico inmobiliario [...], impide la correspondiente consumación de la compra por unos condicionantes no concurrentes ni previsibles al tiempo de concertarse el contrato». De esta manera, concluye que se trata de una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento no imputable¹⁰⁶. Además, a juicio de la Audiencia, no constituye óbice que la posibilidad de no obtenerse financiación o que la obtenida fuese por un importe inferior al previsto estuviese contemplado expresamente en el contrato. Ello, por cuanto «la notoriedad de que la financiación mediante préstamos hipotecarios es el medio que ha venido permitiendo la adquisición de vivienda, como el hecho de que tan estrictas cláusulas a cargo de los vendedores vengán incluidas entre las de carácter general impuestas a la parte compradora y el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las mismas, da lugar

¹⁰⁶ Según apunta la Audiencia, «se trata, en definitiva, de la doctrina que ha aplicado esta Sala en casos similares (Sentencias de 2 de junio de 2010; 7 y 15 de abril de 2011; y 19 de enero de 2012)». Sobre tal afirmación parece equiparar la falta de financiación al «hecho obstativo que de modo «absoluto, definitivo e irreformable» (sentencias de 5 y 9 de julio de 1941, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, 9 de marzo de 1950, etc.) impide el cumplimiento».

a que su contenido no sea óbice a la apreciación de la imposibilidad sobrevenida justificativa del incumplimiento»¹⁰⁷.

De todos modos, entiendo que la sentencia transcrita constituye más bien un caso aislado pues el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo es otro: como norma general, la falta de financiación es un riesgo que no es totalmente imprevisible¹⁰⁸; especialmente cuando se trate de empresas o particulares del ámbito inmobiliario¹⁰⁹. Igualmente, también constituye doctrina consolidada que no resulta suficiente con «atribuir sin más» los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones a la «crisis inmobiliaria y financiera», habiendo de probarse *ad casum*. O, en fin, que al tratarse de una obligación genérica no cabe declarar la «imposibilidad».

Mencionados los supuestos en que se ha procedido a la identificación de los conceptos en liza –dependencia de un tercero, frustración del contrato por retraso o por pérdida del interés económico, imposibilidad sobrevenida por la elevada cuantía o por la falta de financiación–, existe un puñado de resoluciones donde el Tribunal Supremo ha indicado de manera general algunos elementos o criterios a tener en cuenta. Así, la sentencia de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957/2164) alude a la equidad¹¹⁰; y las de 9 de noviembre de 1949 (1949/1245), 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983/4688) o la de 6 de mayo de 1994 (RJ 1994/3888), mencionan el concepto de «prestación exorbitante»; esto es, «aquella que exigiría vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de debe-

¹⁰⁷ Otra sentencia que parece «dialogar» con la posibilidad de *equiparar* la falta de financiación con la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento es la SAP de Murcia de 21 de febrero de 2012 (JUR 2012/112423). Aunque en el caso enjuiciado en tal resolución se niega la equiparación al no ser ajeno el deudor al origen de tal situación –«no es defendible que pueda ampararse en la no obtención de esta [la financiación] para alegar la imposibilidad sobrevenida cuando no acredita que hubiera obtenido una respuesta negativa por parte del Banco Popular o con unas condiciones o exigencias que no hubiera podido prestar»– da la impresión de que «podría admitirse» la posibilidad de hacerlo si las circunstancias fuesen otras. En definitiva, aunque causada quizá de manera inadvertida, se echa en falta mayor rotundidad respecto de tal planteamiento.

¹⁰⁸ *vid.*, en tal sentido, las SSTs de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997/3890), de 13 de julio de 2017 (RJ 2017/3962) y de 18 de enero de 2012 (RJ 2013/1604) donde además las partes habían contemplado específicamente tal posibilidad en el contrato. Ahora bien, situación distinta sería si las partes han elevado la obtención de la financiación a condición suspensiva implícita (*vid.* SAP de Córdoba de 29 de noviembre de 2014 [JUR 2014/12328]). Por otro lado, señalando que el empeoramiento de las circunstancias económicas no es algo imprevisible *vid.*, además de las anteriormente citadas, la STS de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009/530) o la SAP de Murcia de 17 de mayo de 2011 (JUR 2011/214249). Y afirmando que constituye una obligación responder de la propia solvencia, independientemente de la culpa, *vid.* la STS de 17 de diciembre de 2019 (RJ 2019/5207).

¹⁰⁹ *Cfr.*, entre muchas otras, la STS de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6406).

¹¹⁰ Algo similar se recoge también en la STS de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989/6927).

res más altos»¹¹¹. Cuando, según la definición transcrita, la ejecución de la prestación del contrato suponga tales sacrificios o tal vulneración se estará en una situación que podrá ser *equiparada* a la «imposibilidad» de realización de la prestación. E incluso hay resoluciones judiciales que tras defender la equiparación a que ahora se alude optan por la revisión del contrato; lo que sin duda resulta contradictorio con tal identificación¹¹². Criterios jurisprudenciales sobre los que se volverá (apartado 4).

3.5. ¿CABE ASIMILAR A LA «IMPOSIBILIDAD» OTROS «CONCEPTOS PRÓXIMOS» A QUE RECORRE LA JURISPRUDENCIA?

En el epígrafe anterior se aludió a las manifestaciones realizadas en el ámbito jurisprudencial sobre la conexión entre la «dificultad extraordinaria» en el cumplimiento y la imposibilidad sobrevinida de la prestación. Al hilo de tal relación, algunas resoluciones citadas han aludido a otros conceptos con los que mantiene cierto vínculo; en concreto, (i) la *inexigibilidad*, (ii) la frustración del contrato y la desaparición de la base del negocio; o, finalmente, (iii) la onerosidad sobrevinida, la imprevisión y la cláusula *rebus sic stantibus*¹¹³. ¿Qué relación tienen tales términos o doctrinas con la «imposibilidad» que aquí se examina? ¿Cabe asimilarlas a ella?

De entrada, se advierte que ninguno de tales conceptos tiene reflejo legal en el ordenamiento jurídico español; únicamente existen disposiciones normativas sobre el término respecto del que

¹¹¹ De todos modos, en la última de las resoluciones citadas en el texto se alude a la «prestación exorbitante» pero se le da un significado parcialmente diverso pues se utiliza como elemento de medida a efectos de la previsibilidad. En concreto, se alude a «no se puede exigir, como parece sostener el recurso, la llamada «prestación exorbitante» para prevenir los daños o vencer dificultades para ello que hubieran exigido sacrificios absolutamente desproporcionados». Igualmente, se ha de destacar que la STS de 6 de mayo de 1994 (RJ 1994/3888) a que ahora se alude realiza la equiparación pero lo que en el fondo se plantea es un problema de imputabilidad y no tanto de distinción entre los conceptos que se examinan en este apartado.

¹¹² Cfr. DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 143. Así, la citada autora señala que a «la ya citada equiparación entre imposibilidad y dificultad de la que habla tanto la doctrina y, en ocasiones, la jurisprudencia, no se le pueden atribuir más efectos que los derivados de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*» [...] «en el análisis jurisprudencial realizado no hemos encontrado supuestos en los que, verdaderamente, se equipare un caso de excesiva onerosidad a la imposibilidad y se justifique el incumplimiento de una de las partes» (*idem*, pp. 144-145).

¹¹³ Aun cuando luego se señalará oportunamente, la introducción legislativa de la teoría de la «imprevisión» francesa data de 2016. No se han encontrado resoluciones judiciales españolas que hagan expresa referencia a ella, aunque sí –digamos que, de manera indirecta– a su fundamento: la modificación imprevisible y sobrevinida de las circunstancias.

ahora se cuestiona la posible identificación: la «imposibilidad»¹¹⁴. Realidad que difiere de lo que ocurre en otros países. A modo de ejemplo, en Italia se regula la «excesiva onerosidad de la prestación» (arts. 1467, 1468 y 1469 CCI); en Francia se contempla la tesis de la imprevisión (art. 1195 *Code civil*); en Alemania la «teoría de la base del negocio» se contiene en el § 313 del BGB y la «inexigibilidad» en el § 275 BGB; o, en Estados Unidos, la «impracticability» se recoge en el *Uniform Commercial Code* (§ 2.615). La falta de normativa positiva sobre tales conceptos o doctrinas explica que su *introducción* en el ámbito jurídico español haya tenido lugar por medio de la jurisprudencia, aunque usualmente no de manera completa ni totalmente adecuada. La referida ausencia explica también que el encaje de los términos tomados de otros ordenamientos para dar solución a supuestos particulares no haya sido siempre del todo correcta. Y quizá porque los remedios

¹¹⁴ De los apuntados, únicamente cabe encontrar algunas disposiciones normativas concretas o particulares relativas a la cláusula *rebus sic stantibus*, sin que exista una regulación de alcance general sobre ella. Así, el Fuero Nuevo de Navarra alude a dicha cláusula en la Ley 498, cuya última redacción ha sido introducida por medio de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Tal norma dispone que «cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución». Según se advierte, el texto transcrito recoge la doctrina jurisprudencial tradicional existente en España sobre la *rebus*. Junto con él cabe aludir ahora a otras dos normas. En primer lugar, a la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia cuya Disposición Adicional 7.^a establece que el «Gobierno presentará [...] en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales [...] de incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla *rebus sic stantibus*». Plazo que ha transcurrido sin que se haya presentado nada. Téngase que en cuenta que durante la tramitación de dicha ley no se aceptaron las enmiendas que proponían la incorporación a ella de la citada cláusula. Y, en segundo lugar, se ha de mencionar el Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, de la Generalidad de Cataluña que aplica la cláusula *rebus* con relación a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados en el contexto de la pandemia originada por la Covid-19 y que entró en vigor el 22 de octubre de 2020. En él se proponía un criterio distributivo de las consecuencias negativas originadas con ocasión de la pandemia. Dicha norma ha sido sustituida por el Decreto Ley 5/2022, de 17 de mayo, de medidas urgentes para contribuir a paliar los efectos del conflicto bélico de Ucrania en Cataluña y de actualización de determinadas medidas adoptadas durante la pandemia de la Covid-19. Finalmente, en otro orden de cosas, resultan de notable interés las diversas propuestas elaboradas por distintas entidades y organismos: la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de enero de 2009, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros en mayo de 2014 o la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil del año 2018. Un análisis de todas ellas se recoge en GÓMEZ POMAR y ALTI, *InDret*, 2021, pp. 505-508. *vid.* también la nota n.º 163.

legales que se han aplicado han sido parcialmente similares o idénticos, en ocasiones se han entremezclado tales conceptos¹¹⁵.

Sea ello como fuere, los conceptos a que ahora se alude se caracterizan porque existe un evento posterior a la formación del contrato que incide en su ejecución: remiten, al igual que la imposibilidad que se estudia en este trabajo, a una realidad «sobrevvenida»; lo que explica que las referencias jurisprudenciales se hayan hecho en no pocos casos en conexión con ella. Pero además, otro elemento característico de todos ellos es que tienen un fundamento similar: la causa –en algunos ordenamientos donde se aplica–, la buena fe, y, en el caso español, el artículo 1258 CC¹¹⁶.

La «inexigibilidad» –concepto elaborado por la doctrina alemana– supone reconocer como «no exigible» –y, por tanto, en cierto sentido, sería una situación equiparable *en los efectos* a la «imposibilidad»– aquella prestación cuya realización suponga, a la luz de consideraciones racionales, éticas o económicas, un sacrificio absolutamente desproporcionado, conlleve riesgos graves o implique la vulneración de deberes de mayor importancia¹¹⁷. La buena fe contractual es la que, en el fondo, al fijar «el límite de lo debido», permitiría calificar como no exigible la conducta de que se trate, suavizando así la responsabilidad derivada de tal «incumplimiento»¹¹⁸.

Las consideraciones anteriores –cuyo origen reside en la buena fe– justificarían, según algunos autores, la *apertura* del

¹¹⁵ Un estudio detenido de esta materia, con abundante aparato jurisprudencial, se contiene en AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, pp. 64-104 y en GARCÍA CARACUEL, 2015, pp. 63-267. Sobre la «frustration» inglesa, inexigibilidad alemana y la teoría de los riesgos francesa *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 261-279; más recientemente, *vid.* GÓMEZ POMAR y ALTI, *InDret*, 2021, pp. 541-548. Como señala la primera autora, el Tribunal Supremo identifica la onerosidad sobrevvenida, la cláusula *rebus* y la doctrina de la base del negocio en las SSTs de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9226) y de 29 de mayo de 1996 (RJ 1996/3862). La conexión o identificación entre la cláusula *rebus* y la alteración de la base del negocio se contiene en las SSTs de 12 de junio de 1956 (RJ 1956/2485), de 15 de marzo de 1972 (RJ 1972/1252), de 17 de mayo de 1986 (RJ 1986/2725) o de 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9927) entre otras. Y la relación de la *rebus* con la frustración del contrato –aunque no siempre utilizando tales términos– en las SSTs de 17 de mayo de 1986 (RJ 1986/2725) o de 20 de febrero de 2001 (RJ 2001/1490).

¹¹⁶ En efecto, no todos los ordenamientos europeos mencionados contemplan la noción de «causa» –o, la institución paralela de la «consideration»–. A modo de ejemplo, Francia y Alemania.

¹¹⁷ *Cfr.* ESCARDA DE LA JUSTICIA y DE LA HOZ SÁNCHEZ, 1996, p. 718. Sobre tal doctrina y su evolución desde un prisma meramente económico hacia otro más influenciado por la buena fe y usos del tráfico *vid.* LARENZ, 2002, pp. 94 y ss. En el ámbito español, *vid.*, por todos, JORDANO FRAGA, 1987, p. 184 y RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 271-275. Por otra parte, en la doctrina se ha conectado o «subsumido» la inexigibilidad en el concepto de imposibilidad relativa (*vid.* MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8707). En contra de considerarlo así, *vid.* DEL OLMO GUARIDO, 2004, pp. 120-123. A su juicio –en criterio que comparto– la introducción de la buena fe hace que se trate de una categoría diversa que determina el contenido de la obligación.

¹¹⁸ Respecto del papel de la buena fe en la fijación del «límite de lo debido» *vid.* JORDANO FRAGA, 1987, p. 184. Y sobre su consecuencia respecto de las reglas de responsabilidad *vid.* DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 120.

concepto de «imposibilidad» a otros supuestos donde resultaría «violento» exigir la prestación tal y como fue originalmente concebida. Ejemplo clásico de ello sería el mencionado caso de la cantante que se niega a actuar tras conocer horas antes de la función que su hijo se encuentra en peligro de muerte¹¹⁹. La prestación, que sigue siendo posible, resulta «imposible» – mejor dicho, «inexigible», y, por tanto, de «imposible» exigibilidad– en atención al contexto. La consecuencia de la equiparación de tal situación a la «imposibilidad» sería la extinción de la obligación.

En mi opinión, tal asimilación no resulta adecuada por cuanto se trata de un supuesto de hecho diverso: la prestación es física y legalmente posible. Cuestión distinta es que se convierta en extraordinariamente gravosa y no solo por razones económicas. Hecho que permite su incardinación en una alteración sobrevenida de las circunstancias que convierte la ejecución de la prestación en algo muy oneroso o porque hayan cambiado las circunstancias que las partes asumieron como presupuesto del contrato¹²⁰. «Inexigibilidad» e «imposibilidad» son, a mi juicio, conceptos *cualitativamente diversos* pues parten de un presupuesto y una base fáctica distinta; no cabe, por tanto, ni equipararlos ni incardinar uno en otro¹²¹. En el primero existe una valoración subjetiva del alcance de la buena fe que justifica la calificación de «inexigible»; el segundo remite a la objetiva de realización de la prestación. En consecuencia, ambos han de producir consecuencias legales diversas¹²².

Un segundo par de conceptos al que la jurisprudencia española ha aludido es el de la «frustración del contrato»¹²³ y la «desa-

¹¹⁹ Cfr. Díez-PICAZO, 2008, p. 691. En la doctrina alemana y con respecto al § 275. III BGB, *vid.* ZIMMERMANN, 2008, pp. 52-53.

¹²⁰ *vid.* en tal sentido DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 134.

¹²¹ Considerando la «inexigibilidad» como «subespecie» de la imposibilidad sobrevenida de la prestación *vid.* JORDANO FRAGA, 1987, p. 184. En contra, *vid.* DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 124.

¹²² De la misma opinión es DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 97. Según explica la citada autora (*ídem*, pp. 116 y ss.), la tesis de la «inexigibilidad» –que es un desarrollo de la teoría de límite del sacrificio y del concepto de imposibilidad económica– surgió en Alemania porque consideraban como causa fundamental de exoneración de la responsabilidad –también de extinción de la obligación– la imposibilidad no imputable de la prestación. Y ante lo limitado de tal causa de exoneración optaron por su ampliación. En cambio, como en España hay más causas de exoneración de responsabilidad que la imposibilidad parece menos necesario el recurso al concepto *ampliado* de la «inexigibilidad»; además de constituir, como se indica, supuestos cualitativamente diversos.

¹²³ Además de en las SSTs de 12 de mayo de 1988 (RJ 1988/4087), 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298), 20 de abril de 1994 (RJ1994/3216) y de 22 de octubre de 2013 (RJ 2013/7810) ya citadas, también se recoge tal doctrina en las SSTs de 9 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6925) y de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/5960) –ambas relativas a la imposibilidad de realización de proyectos por un arquitecto, por falta de las oportunas

parición de la base del negocio»¹²⁴. Tras el válido nacimiento del acuerdo a la vida jurídica han sobrevenido unas circunstancias imprevistas de tal calibre que, más que convertir el cumplimiento de la prestación en algo extraordinariamente gravoso u oneroso, suponen una transformación del contrato mismo de modo que ya no puede cumplir su finalidad. El desequilibrio prestacional derivado de la superveniencia de tales circunstancias es de tal categoría que ante la nueva situación se «pierde» el interés en el acuerdo o su ejecución carece de sentido¹²⁵. La relación de equivalencia, el sentido original del intercambio de prestaciones se ha roto perdiendo el acuerdo su carácter oneroso; es algo diferente que, si bien se puede realizar, ya «no tiene objeto» o ya «no tiene interés»: la prestación se puede ejecutar material o físicamente pero no puede «realizar el resultado previsto».

Tanto la «frustración del fin del contrato» como la «desaparición de la base del negocio» tienen en común que producen –o jurisprudencialmente así se ha reconocido– la liberación del deudor; resultado que el Código Civil atribuye a la imposibilidad sobrevenida (*cf.* arts. 1182 y 1184 CC). Aunque la solución jurisprudencial sea similar, el origen de ambas –y sus perfiles– es diverso.

autorizaciones—. A la vista de ellas se advierte que el Tribunal Supremo en ocasiones identifica la «imposibilidad económica» con la «frustración del contrato» (*cf.* STS de 20 de abril de 1994 [RJ1994/3216]) aun cuando habitualmente se haya conectado esta más con la imposibilidad sobrevenida (*cf.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, pp. 100-101). Por otra parte, la STS de 9 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6925) aludió a dicho concepto y señaló que «si bien el Código Civil español no contiene una regulación del supuesto de frustración del fin del contrato por devenir inexigible salvando con ello la equidad de sus consecuencias, tal supuesto se halla previsto en Códigos más modernos, como el alemán (§ 313), y el italiano (art. 1463) en el sentido de que si la prestación que incumbe a una parte derivada de un contrato bilateral se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación, debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas; solución adaptable a nuestro Derecho, no sólo por las expuestas razones evidentes de equidad y las deducidas de los artículos 1256 y 1258 del Código Civil sino también al amparo del principio que veda el enriquecimiento injusto y de las ideas en que se han inspirado, entre otras, las sentencias de esta Sala de 5 de junio de 1945 (RJ 1945/698), 30 de junio de 1948 (RJ 1948/1115), 27 de octubre de 1964 (RJ 1964/4735), 10 de octubre de 1980 (RJ 1980/3619) y 30 de junio de 1983».

¹²⁴ Además de la sentencia STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8290), el Tribunal Supremo español menciona la «desaparición de la base del negocio» en muchas otras pero sin definirla. Acude a dicha tesis ya como *obiter dicta*, ya como fundamento de la solución aplicable al caso, ya como indicador de la intensidad de la alteración, ya equiparándola a la ruptura de la equivalencia de las prestaciones. Tras el análisis de la jurisprudencia, GARCÍA CARACUEL (2015, p. 267) concluye que la doctrina a que ahora se alude «ha tenido, pues, una función instrumental, de apoyo, a modo de cedazo conceptual, en la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, que ha permitido al Tribunal Supremo descartar con más facilidad aquellos supuestos que no consideró de suficiente entidad para alterar el principio de vinculación contractual».

¹²⁵ Según se recordará, la jurisprudencia española utilizó tal concepto en la STS de 20 de abril de 1994 (RJ1994/3216).

Como es conocido, la primera tiene su origen en el *Common Law* como vía para contrarrestar el principio de la *sanctity of the contract* –o *absolute contracts*–, cuya aplicación inflexible daba lugar a resultados injustos¹²⁶. De todas maneras, la evolución de tal doctrina no discurrió por caminos idénticos en Inglaterra –donde surgió– y Estados Unidos. Actualmente, en Inglaterra, el término *frustration* agrupa supuestos diversos que van desde la *impossibility of contract* –concepto paralelo a la imposibilidad *ex artículo* 1184 CC– hasta la desaparición de la «causa» del contrato, pasando por la excesiva onerosidad de la prestación¹²⁷. En cambio, en Estados Unidos, la inicial *impossibility of contracts* evolucionó hacia un concepto más amplio y flexible regulado «legislativamente» –la *impracticability*–, diferenciándose del concepto de *frustration of purpose* –aun cuando no faltan quienes consideran que este último se ha de englobar en la

¹²⁶ Aunque en el ámbito anglosajón el mantenimiento inflexible del cumplimiento del contrato es más beneficioso que su contrario (cfr. GARCÍA CARACUEL, 2015, p. 59), a raíz de supuestos como *Paradine v. Jane* (1647), *Krell v. Henry* (1903), *Chandler v. Webster* (1904) –dos de los llamados *coronation cases*– comenzó a evolucionar tal doctrina.

¹²⁷ Los supuestos señalados en el texto tienen en común ser excepciones, de intensidad y perfiles diversos, de un mismo principio: el del cumplimiento de los contratos; lo que, obviamente facilita que las fronteras que los delimitan no siempre sean claras y netas. Buena prueba de ello son las diversas definiciones de «*frustration*» que cabe encontrar en los *cases law* ingleses. *vid.*, por todos, *Hirji Mulji v. Cheong Yue Steamship Co. Ltd.* (1926), *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* (1956) o *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.* (1980). Sobre esta materia, *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, *RCEA*, 2005, pp. 45-88, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 261-271 o GÓMEZ POMAR y ALTI, *InDret*, 2021, pp. 548-553. Este último autor apunta que la *frustration*, si bien no se identifica con la imposibilidad absoluta de realizar la prestación, está conceptualmente más conectada con algunas de las manifestaciones de la fuerza mayor que con la cláusula *rebus*, la excesiva onerosidad o la desaparición de la base del negocio (*idem*, pp. 548-551). Por otra parte, en el Derecho inglés se reconocen diversas *instances of frustration*, de entre las que ahora se destacan solo algunas de ellas: la destrucción total del objeto del contrato (*Taylor v. Caldwell* [*Queens Bench*, 1863]), la imposibilidad de cumplimiento en la forma especificada (*Nicholl & Knight v. Ashton, Eldridge & Co* 1901), la desaparición sobrevenida de la causa objetiva del contrato (*Fibrosa v. Fairbairn* 1942), la ilegalidad sobrevenida de la prestación principal por una norma prohibitiva (*Fibrosa v. Fairbairn* 1942) o el retraso suficientemente prolongado para frustrar el negocio (*Jackson v. Union Marine Insurance* 1873). Según apunta GARCÍA CARACUEL (2015, pp. 86-89), entre otros, no son supuestos de *frustration*: la dificultad en la ejecución de la prestación, la imposibilidad causada por una de las partes o la necesidad de haber previsto el evento por ella; supuestos que tienen su reflejo en la jurisprudencia española. En lo que ahora importa, el Derecho inglés no reconoce la «frustración económica» (cfr. *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* [1956] y CARTWRIGHT, 2019, p. 362); es decir, para aplicar la *frustration* se necesita que se produzca una transformación fundamental del contrato o se frustre el fin pretendido. Finalmente, los argumentos teóricos a que se ha recurrido para justificar la *frustration* son variados. Cinco son las teorías utilizadas: la cláusula implícita –*implied term or implied condition theory*–, la desaparición sobrevenida de la causa –*total failure of consideration theory*–, la solución justa y razonable –*just and reasonable solution theory*–, la desaparición de la base del contrato –*foundation of contract theory*– y la interpretación fiel del contrato –*construction theory*–. Una explicación detenida de todas ellas se contiene en GARCÍA CARACUEL, 2015, pp. 75-86.

*impracticability*¹²⁸. En todos esos casos, el remedio legal disponible es la liberación del deudor¹²⁹.

Así las cosas, y en lo que se refiere a la «frustración del contrato» en sentido estricto –no, por tanto, con relación a los conceptos amplios utilizados en Inglaterra y Estados Unidos–, a mi juicio, aunque la jurisprudencia española en algún caso haya aludido a ella en el contexto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, remite a un concepto diferente que impide su asimilación. En efecto, en un caso la prestación es física o materialmente realizable en forma específica –aunque «desnaturalice» el sentido del contrato–, en el otro no¹³⁰. En uno se incide en la prestación misma, en el otro en la finalidad, utilidad o expectativas del contrato. En uno se sigue un criterio más objetivo, en otro se precisa una valoración

¹²⁸ Reconociendo tal distinción *vid.* por todos, FARNSWORTH, 1999, pp. 637-658. Considerando que la *frustration of purpose* es un supuesto de *impracticability*, *vid.* BLUM, 2007, p. 498. En cualquier caso, la *impracticability* se aplica cuando los eventos que sobrevienen al contrato son tan distintos de las asunciones en que se basó aquel que sería injusto exigir el cumplimiento a la parte afectada por aquellos (*cf.* BLUM, 2007, p. 489). No son de imposible cumplimiento pero suponen una onerosidad inesperada y extraordinaria para una de las partes: son económicamente inviables, impracticables. Se trata, por ello, de una «disfunción absoluta de la economía del contrato que supera el aleas razonablemente exigible» (SÁNCHEZ LORENZO, RCEA, 2005, p. 52). Con tal concepción, la *impossibility* tendría cabida en la *impracticability* pero en ella también se da cobertura a otros supuestos distintos. La ampliación del concepto conlleva, como es lógico, una pérdida o disminución de la certeza o seguridad jurídica: frente a la mayor claridad u objetividad de la imposibilidad se acude a un término más vago y relativo (*cf.* BLUM, 2007, p. 494). Con todo, en la doctrina se indica que la *impossibility* y la *impracticability* son situaciones que se aplican al obligado a entregar una cosa o realizar algún servicio, mientras que la *frustration* se aplica al deudor pecuniario. Un examen de los supuestos y requisitos se contiene en BLUM, 2007, pp. 491-497. La doctrina de la *impracticability* está hoy día recogida en el *Uniform Commercial Code* § 2.615 y en el *Second Restatement of Contracts* §§ 261 a 272. Como es conocido, este último texto no tiene fuerza de ley sino que es una sistematización o reagrupación de decisiones judiciales elaborada por el *American Law Institute* que se han convertido en ley a través de los *Statutes* de los diversos Estados.

¹²⁹ De acuerdo con la terminología inglesa, la *frustration* produce una *termination* y libera a las partes de cumplir las prestaciones futuras. El caso *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* (1942) supuso un cambio jurisprudencial importante al reconocer, junto con la extinción, el derecho a solicitar la restitución de la prestación realizada. En un segundo momento, la aprobación de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943 amplió la aplicación de la doctrina *Fibrosa* a supuestos donde la desaparición de la *consideration* fuese parcial y no total. La justificación de tal ampliación residió en la prevención del enriquecimiento injusto. Por su parte, el *Uniform Commercial Code* § 2.614 y 2.6155 y el *Second Restatement of Contracts* §§ 261 a 272 estadounidenses establecen expresamente como remedio legal la *allocation* o la *substituted performance* el primero, y el *discharge* el segundo. Baste lo dicho hasta ahora pues también en algún caso excepcional (caso *Alcoa*) en lugar de producirse la *termination* del contrato, el juez optó por mantenerlo y modificarlo; digamos que en contra del principio de la *sanctity of contracts* que impide al juez su modificación.

¹³⁰ A modo de ejemplo, en *Lloyd v. Murphy*, 153 P.2d 47 (1944), se distingue con claridad la *frustration* de la *impossibility*: «aunque esa doctrina (*frustration*) es similar a la doctrina de la imposibilidad de cumplimiento [...] la frustración del fin no es una forma de imposibilidad [...]. El cumplimiento sigue siendo posible pero el valor esperado de la prestación para la que parte que solicita la exención se ha destruido por un evento fortuito [...]».

con más componentes subjetivos. Ello aun cuando los resultados que producen sean similares.

La distinta perspectiva y el diverso sistema de fuentes entre el *Civil Law* y el *Common Law* explica que en este último la doctrina de la *frustration* sea de origen judicial y tenga unos perfiles más o menos amplios –tampoco existe un cuerpo de jurisprudencia perfectamente definido que permita predecir el resultado del proceso pues los tribunales acuden a criterios dispares para fundamentar la existencia de *frustration*–¹³¹. En cambio, en el Derecho continental a tal fin se acude a la legislación. Por ello, contando en el Código Civil con unas normas –mejorables– sobre imposibilidad (*cf.* arts. 1182 y 1184 CC) considero que resulta más adecuada su aplicación estricta sin necesidad de «ampliar» el concepto para dar cabida a situaciones que responden a contextos diversos. La imitación del proceder anglosajón resulta extraño a nuestro sistema y en modo alguno beneficioso; máxime cuando para la resolución de tales cuestiones se puede acudir, de una parte, a la alteración sobrevenida de las circunstancias, o, de otra, a la continuada influencia de la causa¹³².

La segunda de las teorías mencionadas en este segundo par de conceptos –la «desaparición de la base del negocio»– tiene su origen en Alemania y constituye una versión evolucionada de la tesis de la «presuposición»¹³³. De acuerdo con LARENZ la «base del negocio» vendría a ser el conjunto de circunstancias que las partes admiten de manera implícita como ámbito natural de desarrollo del acuerdo y que son el fundamento de su voluntad negocial¹³⁴. Su

¹³¹ Según apunta GARCÍA CARACUEL (2015, p. 64), ello puede justificarse por el carácter pragmático propio del mundo anglosajón que, antes que elaborar una tesis dogmática perfectamente delimitada, pretende encontrar soluciones a problemas prácticos.

¹³² *Cfr.* DE CASTRO, 1985, pp. 322 y ss. El citado autor distingue también entre la «base del negocio» y el «fin del negocio». Aquel alude a las circunstancias que «fundamentan» el contrato; este, al «resultado propuesto» en función del contenido del acuerdo.

¹³³ La tesis de la «presuposición» (*Voraussetzung*) fue elaborada por WINDSCHEID y alude a una condición no expresada que determina la voluntad negocial del sujeto de manera que de no existir no hubiera emitido su declaración negocial. *vid.*, sobre dicha tesis y sus elementos, GAVIDIA SÁNCHEZ, ADC, 1987, pp. 525-600; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, pp. 66-71; y GARCÍA CARACUEL, 2015, pp. 220-229. En España, la tesis de la «presuposición» ha sido mencionada por algunas resoluciones judiciales equiparándola a la de la «desaparición de la base del negocio». A modo de ejemplo, *vid.*, STS de 17 de mayo de 1986 (RJ 1986/2725). Y, entre otras sentencias del Tribunal Supremo que aluden a la «base del negocio» *vid.* la de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962/5005) o la de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9881).

¹³⁴ OERTMANN (1921) –discípulo de WINDSCHEID– fue el creador de la tesis que ahora se examina, aun cuando LARENZ fuese quien la perfeccionase (2002, pp. 34-35). Una definición de dicha teoría se contiene en FLUME, 1998, pp. 584-585; y algunas de las críticas que se le han formulado –subjetivismo, inseguridad jurídica, etc.– en LENEL, RDP, 1923, pp. 198-201. Baste lo señalado en el texto pues, en sentido estricto, dentro de la tesis que se estudia cabe aludir a la «base subjetiva» del negocio –la representación mental de las partes al perfeccionarlo que influye en su voluntad negocial– y a la «base objetiva» –el

alteración sobrevenida y extraordinaria priva a aquel de su sentido originario, aun cuando las prestaciones que lo conforman sigan siendo realizables. Tal sería el caso, por ejemplo, de una situación de guerra u otras que supongan una profunda alteración del escenario implícitamente contemplado para el desarrollo de un contrato¹³⁵. En lo que ahora importa, y aun cuando el remedio legal para tales situaciones coincida en algunos casos con el de la imposibilidad –resolución o *commodum representationis* (cfr. art. 1186 CC)– no constituyen realidades asimilables¹³⁶. En efecto, nuevamente, mientras que en un supuesto la prestación sigue siendo realizable –sea especialmente onerosa o no conlleve la obtención del resultado para el que fue pensado el contrato– en el otro no. A mi juicio, tal hecho justifica deslindar ambos casos, aun cuando, en ocasiones, el remedio legal práctico sea coincidente¹³⁷.

Un tercer grupo de conceptos viene constituido por la «excesiva onerosidad», la «imprevisión» francesa y la cláusula *rebus sic stantibus*. Como se expuso, el primero tiene su origen en el Código Civil italiano de 1942 (arts. 1467 a 1469 CCI)¹³⁸. La segunda, es

conjunto de circunstancias–. A la vez, la «desaparición» de la base «objetiva» puede tener lugar, por ruptura de la equivalencia de las prestaciones o porque no quepa alcanzar el fin del contrato –elementos que remiten a la «excesiva onerosidad» y a la «frustración del contrato»–. Mientras que la «subjetiva» conecta con el ámbito del error y los vicios de voluntad, la «objetiva» alude al cumplimiento y ejecución del contrato. Como se advierte, es notable la conexión entre las tesis que ahora se explican y, si en Inglaterra todas se agrupan bajo la *frustration* y en Estados Unidos se distinguen unas de otras, en la concepción alemana, la «excesiva onerosidad» y la «frustración del contrato» –que coinciden con la *impracticability* estadounidense– constituyen categorías de la «desaparición de la base del negocio».

¹³⁵ Sobre la tesis examinada *vid.* MARTÍNEZ VELENCOSO, *RCDI*, 2004, pp. 283-328 y GARCÍA CARACUEL, 2015, pp. 229 y ss.

¹³⁶ En el texto se indica que el remedio legal puede coincidir «en algunos casos» pues no siempre ocurre así. Cuando se trate de una «excesiva onerosidad» en primer lugar habrá de solicitarse la adaptación del contrato, si el desequilibrio se puede reparar. La resolución tendrá lugar cuando no quepa tal adaptación, ya sea porque el desequilibrio es de tal intensidad que no cabe su reparación, ya porque se haya frustrado el fin del contrato. *vid.* sobre este extremo el § 313 del BGB.

¹³⁷ En el § 275 del BGB se contienen diversos supuestos denominados como «imposibilidad práctica», «económica» o «moral». Todos ellos se diferencian de la del § 275.I BGB que tiene carácter absoluto y es la «imposibilidad» en sentido estricto. Las demás serían imposibilidades «asimiladas» y en el fondo son manifestaciones de la «alteración de las circunstancias, posterior a la celebración del contrato, y en realidad se solapan con el supuesto de desaparición de la base del negocio» (GARCÍA CARACUEL, 2015, p. 250). En la doctrina alemana, *vid.* por todos, ZIMMERMANN, 2008, pp. 46-53. En nuestro país, *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 271.

¹³⁸ Que la *excesiva onerosità* esté legislada positivamente en Italia y constituya la principal vía para encauzar los supuestos de alteración sobrevenida, no impide que la jurisprudencia de dicho país también recurra en ocasiones a la tesis de la «presuposición» germánica cuando, por ejemplo, no se cumplan los requisitos de aquella. A modo de ejemplo, *vid.* la *Corte Suprema di Cassazione* de 25 de mayo de 2007, Sección III, n.º. 122335. Por otra parte, no existe unanimidad en la doctrina italiana sobre si los artículos 1467 y siguientes CCI se identifican totalmente con la cláusula *rebus* o constituyen una teoría diversa. Negándolo, *vid.* PINO, 1959, pp. 138-141 y TARTAGLIA, 1980, p. 158; y en España *vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, *ADC*, 1987, p. 556. En cualquier caso aquí se van a diferenciar ambas

fruto de la reforma del *Code civil* francés de 2016 que reguló legislativamente tal posibilidad¹³⁹. Y la tercera, en lo que a España se refiere, es de construcción jurisprudencial y en los últimos tiempos ha sido perfilada por las diversas sentencias del Tribunal Supremo¹⁴⁰. A diferencia de los señalados previamente en los que «desaparecía» el «fin», la «finalidad» o el «interés» del contrato, en el grupo que ahora se examina la prestación –posible– ha devenido extraordinariamente onerosa, suponiendo una alteración del equilibrio contractual. Si en aquellos el contrato «pierde» sentido, en estos «pierde» su carácter de negocio oneroso o de cambio: en aquellos no se puede cumplir el fin del acuerdo –sí la prestación–, en estos se agrava el cumplimiento del contrato¹⁴¹.

A favor de la equiparación de la «imposibilidad» sobrevenida de la prestación a que se ha venido aludiendo en este trabajo con tales teorías se encuentra el hecho de que tanto aquella como estas tienen en común, como en su momento se dijo, el elemento de la imprevisibilidad: tanto una como otras parten del evento sobrevenido inesperado e imprevisible –esto es, que no hubiera podido preverse–. Asimismo, también cabe aludir al fundamento. En ambas realidades son parcialmente coincidentes: la buena fe y la equidad –no ocurre lo mismo con la desaparición sobrevenida de la causa que no vale como fundamento para todas ellas–¹⁴². Ahora

doctrinas, a pesar de sus numerosos puntos de contacto. *vid.*, sobre esta cuestión, la distinción señalada por GARCÍA CARACUEL, 2015, pp. 280-281: frente al carácter más objetivo de la tesis italiana, la jurisprudencia española atiende a la «onerosidad por relación al coste de cumplimiento de la contraparte, pero tampoco en términos absolutos, sino a su vez en comparación con el coste de cumplimiento antes del cambio de circunstancias». Por otro lado, no ha de olvidarse que ambas recuerdan al concepto de *impracticability* estadounidense.

¹³⁹ Frente al tradicional disfavor existente en Francia para alterar los contratos ante un cambio sobrevenido de circunstancias, la Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero, reguló legislativamente tal posibilidad. Así, si hasta entonces solo se había admitido desde 1916 por medio de la jurisprudencia únicamente respecto de contratos sujetos al Derecho administrativo, desde entonces se aplica a todo tipo de contratos (a excepción de los financieros y las obligaciones resultantes de operaciones con títulos-valores; *cfr.* art. 211-40-1 *Code monétaire et financier*). De este modo, recogiendo y ampliando legislativamente la estela de algunas sentencias que permitieron cierta «adaptación» o «renegociación» del contrato sobre la base de la buena fe y del deber de lealtad («Huard», *Cour de cassation* 3 de noviembre de 1992 o «Chevassus-Marche» *Cour de cassation* 24 de noviembre de 1998), se «deroga» la sentencia «Canal de Craponne» de 6 de marzo de 1876.

¹⁴⁰ También ha gozado de reconocimiento legislativo en algunos países. A modo de ejemplo, *vid.* el artículo 388 del Código Civil griego de 1946, o el artículo 258 del neerlandés de 1992.

¹⁴¹ *Cfr.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, pp. 82-83 y LARENZ, 2002, pp. 98 y ss.; autores que, obviamente, no contemplaban el supuesto francés.

¹⁴² Señalando la buena fe y la equidad como fundamento de la *rebus*, *vid.*, entre otras muchas, las SSTs de 16 de noviembre de 1979 (RJ 1979/3850) –donde también se alude al enriquecimiento injusto– y de 5 de octubre de 1989 (RJ 1989/6888). Según se advierte, hoy en día parece «superado» el fundamento de la cláusula en la ficción o interpretación de la voluntad implícita de las partes (sobre esta cuestión, *vid.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, pp. 86-87).

bien, junto con tal elemento común, son más los diferentes; lo que, a mi juicio, impide la equiparación. En concreto, cabe aludir a tres.

En primer lugar las pretensiones de ambas figuras son diversas y responden a situaciones distintas: una, cuando «no es posible» la prestación; otra, cuando siendo posible es muy onerosa –lo que propicia que se cuestione si tal modificación priva de su fuerza vinculante al vínculo contractual pues el consentimiento dado entonces abarcaba una realidad diversa–¹⁴³. Por tanto, en una se debate la realidad de la posibilidad-imposibilidad de la ejecución de la prestación y en la otra se aprecia y se discute sobre el grado de alteración necesario para entender que el equilibrio contractual está roto –o profundamente alterado–, de modo que se haya producido la desnaturalización del contrato¹⁴⁴. Se trata, como se advierte, de argumentos –o discursos, si se quiere– diferentes¹⁴⁵. La diversidad de tales situaciones impide, en mi opinión, su equiparación; máxime cuando no hay norma legal que así lo establezca, sino más bien lo contrario. En efecto, en lo que a Italia se refiere, el *Codice civile* distingue entre la *eccesiva onerosità* (arts. 1467 a 1469 CCI) y la *impossibilità sopravvenuta* (art. 1256 CCI)¹⁴⁶. Igualmente, el *Code civil* francés diferencia la alteración sobrevenida de las circunstancias (art. 1195 CCF) de la imposibilidad (arts. 1351 y 1351-1 CCF)¹⁴⁷.

¹⁴³ Como apunta GARCÍA CARACUEL (2015, pp. 207-208), en Italia, la regla de la *eccesiva onerosità* atiende únicamente a la alteración del equilibrio de las prestaciones pero no al supuesto de la frustración del fin del contrato. Tal caso se encauzaría, por ejemplo, por medio de la desaparición de la causa del contrato.

¹⁴⁴ En su día, CANDIL (1946, p. 149) propuso en España, a fin de «objetivar» la aplicación de la *rebus*, considerar como circunstancias «extraordinarias» que activan aquella las que produzcan un desequilibrio económico en el valor de una prestación «superior al 30% en contratos civiles y al 50% en los mercantiles».

¹⁴⁵ Ello, aun cuando en el *Codice civile italiano* se intente determinar la existencia de la *eccesiva onerosità* por medio de un análisis objetivo del conjunto contractual y se valore cuánto más gravosa deviene la prestación. Con todo, aun cuando la determinación de que algo es extraordinario pueda objetivarse más o menos, la fijación de la imprevisibilidad tiene un corte más subjetivo (*cf.* GÓMEZ POMAR y ALTI, *InDret*, 2021, p. 538).

¹⁴⁶ Así, el artículo 1256 CCI establece que «L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile». Por su parte, el artículo 1467 CCI señala que «nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458».

¹⁴⁷ El artículo 1195 del *Code civil* francés se transcribe más abajo. Y los artículos 1351 y 1351-1 de dicho Cuerpo legal disponen, respectivamente, que: «L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure» y «Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose».

En segundo lugar tampoco ha de olvidarse que también difieren los tipos de contratos en que cabe aplicar ambas figuras. Así mientras que la «imposibilidad» tiene cabida en cualquier tipo de obligaciones, comúnmente, tanto la *excesiva onerosità* italiana como la «imprevisión» francesa o la cláusula *rebus* en España se aplican primariamente a los bilaterales de tracto sucesivo¹⁴⁸. Asimismo, mientras que la primera cabe en obligaciones de dar y hacer pero no en las genéricas –*genus numquam perit*–, las segundas se aplican a todo tipo de prestaciones, aun cuando generalmente se hayan referido a las de contenido económico¹⁴⁹.

En tercer lugar, la «imposibilidad sobrevenida» de cumplimiento supone la extinción de la prestación –que no del contrato (*arg. ex art. 1186 CC*)– pues alude a algo que, por así decir, escapa de la disponibilidad del ordenamiento jurídico (*arg. ex arts. 1182 y 1184 CC*)¹⁵⁰. El citado efecto extintivo es, en cierto sentido, necesario e ineludible¹⁵¹. En cambio, la «dificultad extraordinaria» no opera igual. Según ha señalado la doctrina, son exigentes los requisitos que se han de cumplir para aplicar el remedio jurídico que se anuda

¹⁴⁸ En tal tipo de contratos es donde surgió originariamente la doctrina. En efecto, se le atribuye a BALDO la máxima que la condensa: *contractus qui habent tractum successivum vel dependentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Lo expuesto en el texto no impide la aplicación de la *rebus* así como su «versión italiana» y francesa en contratos unilaterales de tracto único y de ejecución diferida. Pero, cabe decir, son supuestos menos comunes y no parecen ser el ámbito natural de desarrollo de tales doctrinas. *vid.*, sobre esta cuestión, el artículo 1468 CCI. En lo que hace a Francia, el artículo 1195 CCF no excluye tales contratos de su ámbito aplicación. Y, en España, *vid.* por todas, la STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/665) que alude a que «en estos contratos de tracto único la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida». Asimismo, en el *Codice civile* italiano la *excesiva onerosità* se configura como un remedio general, aun cuando haya algunas «aplicaciones particulares» que producen consecuencias diversas (*cf.* arts. 1623 y 1664 CCI).

¹⁴⁹ Distinguiendo la imposibilidad y la *rebus sic stantibus*, *vid.* la STS de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015/3118) cuando afirma que «deviene necesario, pues, diferenciar entre la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación, que sólo afecta a las obligaciones de entregar una cosa determinada o de hacer, pero no a las deudas pecuniarias, de aquellos supuestos en que la prestación resultase exorbitante o excesivamente onerosa, con encaje en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, que opera con independencia de cual sea el contenido de la prestación pactada. Se trata de acciones diversas y, de ahí, la importancia y relevancia que tiene para las partes fijar el objeto del pleito, a fin de que el Tribunal ofrezca respuesta adecuada al mismo».

¹⁵⁰ *Cfr.* TERRAZA MARTORELL, 1951, p. 159. Por otra parte, como apunta DEL OLMO GUARIDO (2004, p. 157) «la aparente identidad de resultados no debe hacer que se identifiquen conceptos». Entre otras muchas, tres resoluciones que parecen «mezclar» –o al menos «no distinguir» claramente– ambos conceptos procediendo, en cierta medida, a la equiparación a que se alude, son la STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997/3890), la SAP de A Coruña de 23 noviembre de 2005 (JUR 2007/119215) y la SAP de Salamanca de 7 de octubre de 2011 (JUR 2011/18279).

¹⁵¹ De la misma opinión es DEL OLMO GUARIDO, 2004, p. 154 quien señala que en tal punto «reside la principal diferencia entre la imposibilidad sobrevenida y las demás figuras».

a la apreciación de la cláusula *rebus*¹⁵². Además, los términos en que se expresan tales requisitos evidencian que se trata de elementos donde hay un mayor margen para la valoración subjetiva.

Por ello, los resultados o los remedios legales a aplicar en cada supuesto no son totalmente coincidentes: extinción de la obligación en todo caso en el primero –salvo lo dicho de la imposibilidad parcial– y la dualidad negociación-resolución en el segundo¹⁵³. Veamos.

En lo que hace a la *excesiva onerosità*, el Código Civil italiano dispone en el artículo 1467 que en tales casos «la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458»¹⁵⁴. La mera incardinación de los artículos 1467 a 1469 CCI reguladores de tal figura en el Capítulo XIV dedicado a la resolución del contrato resulta significativo: tal es el remedio a la onerosidad excesiva¹⁵⁵. Como únicamente cabe conseguirlo por medio de una acción judicial, será la sentencia –de carácter constitutivo– la que, valorando la situación y el cumplimiento de los requisitos y medios de control –el alea del contrato y la equidad–, así lo determine. Solo la sentencia es la que produce la resolución. Ahora bien, ello no impide la renegociación previa de las partes para intentar re-equilibrar en lo posible las prestaciones, evitando el proceso judicial de resolución. Es más, el propio artículo 1467 CCI así lo establece; lo que es indicativo de la intenciona-

¹⁵² En efecto, se ha de tratar de un evento sobrevenido, imprevisto, imprevisible, imputable que suponga una alteración de la economía del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida. *vid.*, por todas, la STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/665) que compendia los requisitos exigidos por la jurisprudencia anterior. Si se atiende a los calificativos que se utilizan en dicha resolución –«desproporción exorbitante», «fuera de todo cálculo», «derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio», «extraordinaria», «circunstancias radicalmente imprevisibles»– se advierte que revelan un alto nivel de exigencia tanto en la ruptura de la equivalencia de las prestaciones como en la radical imprevisibilidad del cambio sobrevenido para la aplicación de la «que es una cláusula peligrosa y [que], en su caso, debe admitirse cautelosamente». Un completo análisis de numerosas sentencias se contiene en GARCÍA CARACUEL, 2015, pp. 285-323; más recientemente en PARRA LUCÁN, 2021, pp. 25-38 y en GÓMEZ POMAR y ALTI, *Indret*, 2021, pp. 505-508.

¹⁵³ En el caso resuelto por la STS de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015/3118) la parte no instó las consecuencias de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, «como serían el efecto resolutorio cuando no sea posible establecer de otra forma el equilibrio jurídico, o bien el mero efecto modificativo, acomodando lo convenido a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de ser cumplido (STS de 13 de marzo de 2015, Rc. 578[sic]/2013)». Igualmente, tampoco se debe identificar la imposibilidad sobrevenida y la resolución contractual por más que aquella, al establecer la liberación del deudor y la extinción de la obligación, pueda dar lugar a esta cuando se trate de obligaciones sinalagmáticas. *vid.*, en tal sentido, la STS de 6 de junio de 2016 (RJ 2016/2339) y la nota n.º 178.

¹⁵⁴ La *excesiva onerosità* es causa de resolución que puede ser activamente ejercitada, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos e Inglaterra donde la *frustration* o la *impracticability* actúan por la vía de la excepción.

¹⁵⁵ Los preceptos indicados constituyen una Sección autónoma titulada «Dell'eccezione onerosità». El Capítulo en que se incardinan forma parte del Título II –«Dei contratti in generale»– del *Libro Cuarto*, dedicado a los contratos.

lidad y de la concepción del remedio legal aplicable. En concreto, dicho precepto dispone que «la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto». Por tanto, oferta de modificación y, de no existir o no triunfar, derecho a la resolución¹⁵⁶.

En Francia, el artículo 1195 del *Code civil* permite que la parte a la que el cumplimiento de su prestación le resulte excesivamente oneroso debido a un cambio de circunstancias «imprévisible lors de la conclusion du contrat» pueda «demander une renégociation du contrat à son cocontractant». Asimismo, «en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe». Por tanto, renegociación y, en caso de que no funcione, petición conjunta y decisión judicial¹⁵⁷.

Por su parte, y respecto de los remedios aplicables en España a la cláusula *rebus sic stantibus*, hay diversidad de pareceres. De una parte, la doctrina no es unánime: si algunos autores, entre los que destaca Díez-Picazo, consideran que el remedio subsiguiente a la *rebus* es la resolución en los contratos con obligaciones sinalagmáticas y la revisión o adaptación en los que contienen relaciones obligatorias simples¹⁵⁸, otros, entre los que sobresale Lacruz, opinan que, de acuerdo con el principio de la conservación del contrato, ha de aplicarse preferentemente la revisión y, en su defecto, la resolución¹⁵⁹. De otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se manifiesta mayoritariamente a favor de la revisión o renegociación y, cuando no sea posible –p. ej. porque se haya «frustrado el fin del contrato»–, la extinción¹⁶⁰. Lo anterior, porque la finali-

¹⁵⁶ En el mismo sentido, el artículo 1468 CCI dedicado a los contratos con obligaciones para una sola parte establece como remedio que «può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità». Ahora bien, tal negociación/modificación no puede imponerse: lo único a que se tiene derecho es a la resolución. Ello no impide que existan voces que aboguen por la existencia de una «obligación de renegociación» basada en la buena fe.

¹⁵⁷ Sobre la «imprevisión» y el Derecho francés de contratos, *vid.* ANCEL, 2017 y ROWAN, *ICQL*, 2017, pp. 805-831.

¹⁵⁸ *Cfr.* Díez-Picazo, 1996, p. 686, quien concibe la resolución como un derecho potestativo.

¹⁵⁹ *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, 2011, pp. 509-510. A favor de la revisión *vid.* también ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, 1948, p. 237 y GONZÁLEZ PORRAS, 1991, pp. 352-353.

¹⁶⁰ En efecto, ya desde tiempo atrás el Tribunal Supremo no opta por la extinción del contrato (*cfr.* STS de 17 de mayo de 1941 [RJ 1941/632]). Un elenco de resoluciones donde el Tribunal Supremo procede mayoritariamente a la adaptación se contiene en MARTÍNEZ VELENCOSO, 2003, pp. 363-372. En cambio, en otros países como Inglaterra donde el juez no es quien para alterar el contrato se opta por la *termination* antes que por la adaptación: «o bien el evento constituye una frustración, y el contrato se resuelve definitiva-

dad de la cláusula *rebus* es, procurando la conservación del contrato, «compensar el desequilibrio de las prestaciones» (*cf.*: SSTs de 17 de mayo de 1957 [RJ 1957/2164] y de 6 de junio de 1959 [RJ 1959/3026])¹⁶¹.

Este último criterio es el que se sigue en las propuestas legislativas más recientes: a las partes se les impone una obligación –de medios– de renegociar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias antes de acudir al remedio resolutorio. A modo de ejemplo, el artículo 6:111 (2) de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) recoge «la obligación [de las partes] de negociar una adaptación de dicho contrato o poner fin al mismo», y, en defecto de acuerdo, habrá de pronunciarse el juez poniendo fin o adaptando el contrato. Por su parte, los artículos 6.2.1-6.2.3 de los Principios UNIDROIT aluden a la posibilidad de «la parte en desventaja» de «reclamar la renegociación del contrato» y, subsidiariamente, la resolución o adaptación judicial (art. 6.2.3). O también el artículo III-1:110 (d) (3) del Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) señala que tras el intento razonable «y de buena fe» del deudor de «negociar una modificación» podrá el juez «modificar(la)» o «extinguir(la)»¹⁶².

Ya en España, contienen previsiones similares tanto el artículo 1213 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión General de Codificación en enero de 2009 como el artículo 526-5 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil¹⁶³.

mente; o bien no lo hace, y sigue siendo plenamente exigible. El tribunal no está facultado para ajustar las cláusulas del contrato para reflejar el cambio de circunstancias» (CARTWRIGHT, 2019, p. 365). En efecto, «sería demasiado grave que el contrato de las partes se abriera paso en el sentido de que los tribunales ingleses basaran en tal deber implícito [el deber de buena fe] el desarrollo de una facultad de intervención para ajustar el contrato. El contrato es para las partes, no para el tribunal» (*idem*, p. 366).

¹⁶¹ En concreto, el Tribunal Supremo ha señalado que «hasta el presente, (se) le ha negado efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente efectos modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones» (STS de 16 de octubre de 1989 [RJ 1989/6927]).

¹⁶² *vid.* también el artículo 79 de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa internacional de Mercaderías y el artículo 89 del *Common European Sales Law* (CESL). El primero de los textos señalados, aunque no incluye una previsión particular para el «cambio de circunstancias», recoge la posibilidad de liberación del deudor cuando se pruebe que el incumplimiento es debido a un impedimento que está fuera de su control. Sobre tales propuestas legislativas, *vid.* GARCÍA CARACUEL, 2015, pp. 385 y ss. y más recientemente GÓMEZ POMAR y ALTL, *InDret*, 2021, pp. 553-557.

¹⁶³ El primero de los preceptos mencionados dispone que «si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieron cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y

Examinado el concepto legal de imposibilidad sobrevenida *ex artículos* 1182 y siguientes del Código Civil, los criterios judiciales relativos a su posible equiparación con la «dificultad extraordinaria» de cumplimiento, así como con las nociones utilizadas por la jurisprudencia –extraídas de otras tradiciones jurídicas–, cabe efectuar una serie de consideraciones críticas intentando ofrecer una visión coherente y armónica para dar solución a los diversos supuestos que se plantean.

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y CRITERIOS PARA LA DIFERENCIACIÓN

De entrada, en relación con los supuestos en que la jurisprudencia española ha asimilado la «dificultad extraordinaria» de cumplimiento de la prestación a la «imposibilidad sobrevenida» examinados en el epígrafe 3.4 cabe apuntar lo siguiente. Cuando la ejecución de la prestación depende de un tercero –el primero de los casos entonces mencionados– tal equiparación no resulta, a mi juicio, correcta. El carácter absoluto que la jurisprudencia predica de la «imposibilidad sobrevenida» alude únicamente a lo que está dentro del ámbito de disponibilidad de cualquier persona en esa situación; y no a una imposibilidad omnicomprendensiva que englobe también a lo que afecta y depende de terceros¹⁶⁴. No es preciso, por tanto, acudir a tal equiparación.

El segundo supuesto allí estudiado suponía la identificación entre la «frustración del contrato» y la imposibilidad (*cf.* STS de

si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato». El segundo es de contenido muy similar al ahora transcrito.

¹⁶⁴ En la doctrina no faltan autores que señalan que el deudor es responsable del incumplimiento de sus auxiliares (*cf.* TORRALBA SORIANO, *ADC*, 1971, pp. 1154 y ss. y MORENO QUESADA, *RDP*, 1976, pp. 492-494). Ahora bien, tal situación es diversa de la señalada en el texto donde la realización de la prestación está fuera del ámbito de disponibilidad del deudor. En efecto, cabe decir que tal diferenciación es similar al razonamiento conforme al cual, a efectos del artículo 1105 CC, se utiliza el criterio de la «diligencia exigible» para la determinación de la inevitabilidad y no únicamente el de que el evento sea «materialmente inevitable». Asimismo, tampoco resulta aplicable en tal supuesto la distinción doctrinal entre la imposibilidad absoluta –el obstáculo para el cumplimiento no puede ser vencido por las fuerzas humanas– y la relativa –cabe tal vencimiento con una intensidad de esfuerzo superior a la ordinaria o excepcional–. Finalmente, y como ya se ha mencionado, uno de los requisitos exigidos por los Principios UNIDROIT (artículo 7.1.7) y los PECL (artículo 8.108-1) para la liberación del deudor ante el incumplimiento –por tanto, no ante una alteración de circunstancias– es que se pruebe que fue debido a un «impedimento ajeno a su control» –«ajeno a su voluntad» señala la Convención de Viena (artículo 79)–. El otro alude a la previsibilidad de tal hecho.

20 de abril de 1994 [RJ 1994/3216]). En mi opinión, tal proceder tampoco es adecuado porque, como se ha expuesto en el epígrafe anterior, se trata de figuras distintas: en la primera, la prestación es posible aun cuando ya no satisfaga los intereses de las partes; en la segunda no¹⁶⁵. En la primera se atiende a la finalidad o expectativas de las partes del contrato; en la segunda a la viabilidad objetiva de la prestación. Por ello, a mi juicio, no resulta adecuado acudir a la institución de la «imposibilidad sobrevenida» sino que ha de recurrirse a la de la «alteración sobrevenida de las circunstancias». Así, y en contra de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216), entiendo que no procede «extraer» la «frustración del contrato» de la *rebus* incluyéndola en la «imposibilidad» sobrevenida sino que ha de mantenerse allí¹⁶⁶; especialmente cuando, como en el caso español, no hay reconocimiento legislativo de las diversas figuras y sí solo de la «imposibilidad».

Algo similar cabe decir respecto del tercer supuesto mencionado en el epígrafe 3.4 –equiparación por la elevada cuantía que implica el cumplimiento– y resuelto por la SAP de Lleida de 19 de marzo de 1998 (AC 1998/576): siendo posible la prestación, en caso de que la modificación de las circunstancias sea muy onerosa o altere el equilibrio contractual, nuevamente habrá de acudir a la *rebus* y no a la figura de la imposibilidad «de carácter económico». Y lo mismo acaece respecto del último supuesto entonces examinado –identificación de la falta de financiación con una imposibilidad de carácter económico– y resuelto en la SAP de Castellón de 10 de febrero de 2012 (JUR 2012/169148): la prestación consistente en el pago del precio del inmueble es una obligación genérica –en la que no cabe «imposibilidad»– y, consecuentemente, la prestación continúa siendo posible.

En estos dos supuestos mencionados en último lugar la prestación sigue siendo realizable, por lo que no cabe incardinarlos en la «imposibilidad», aun cuando se califique como «económica». Además, mientras que la propia valoración de cuán extraordinaria es la alteración de circunstancias acaecida remite a criterios no siempre objetivables pues muchas veces dependen de las circunstancias o del contexto –no es lo mismo la alteración que se produce en circunstancias ordinarias que cuando hay una situación de guerra o una crisis humanitaria o económica global–, no ocurre igual

¹⁶⁵ En efecto, tanto la excesiva onerosidad como la frustración «presuponen que la ejecución no es imposible» (SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, p. 28).

¹⁶⁶ Como apunta PARRA LUCÁN (2021, p. 27) «la base del negocio», o «la frustración del fin del contrato» [...] son fundamentos de la construcción doctrinal de la *rebus*, pero que en la jurisprudencia española se dirigen a precisar si ha habido un incumplimiento suficientemente grave como para determinar la resolución del contrato *ex artículo* 1124 del Código Civil».

con la figura de la imposibilidad. En la determinación de la posibilidad o no de ejecución de la prestación no se atiende «a límites económicos», a diferencia de cuando se acude a la *rebus* donde el alea normal del contrato es un elemento de referencia inexcusable para su estimación –con todo, y como es obvio, siempre será preciso atender a la particular economía negocial así como interpretar los obstáculos al cumplimiento en atención a ella–¹⁶⁷. Se trata, por tanto, a mi juicio, de supuestos de hecho *cualitativamente* distintos, sin que se diferencien en meros criterios cuantitativos. Asimismo, mientras que la imposibilidad solo se aplica a obligaciones de dar y hacer sin contenido pecuniario, la alteración sobrevenida de las circunstancias se aplica a obligaciones de cualquier tipo (*cf.* STS de 19 de mayo de 2015 [RJ 2015/3118]).

A la vista de ello, y tras el examen del potencial reconocimiento como «imposibilidad» de una «dificultad extraordinaria» en el cumplimiento de la prestación por alteración sobrevenida de las circunstancias considero que la mejor opción es mantener un criterio estricto –y etimológico– de aquella¹⁶⁸. De acuerdo con lo anterior, solo sería tal el caso en que la prestación *deje de ser posible*: no pueda ser realizada, ya sea por causa física o legal –únicas causas legalmente contempladas (*cf.* arts. 1182 y 1184 CC)–. Expandir, ampliar o ensanchar tal concepto por vía jurisprudencial para dar entrada a otras situaciones fundadas en causas no establecidas por la ley no resulta conveniente. De una parte, porque tal ensanchamiento –por ejemplo a situaciones de imposibilidad jurídico-económica o «moral»– debería efectuarse, en mi opinión, por medio de una modificación legal y no por vía jurisprudencial. Y de otra, porque tal «ampliación» supone eliminar o modificar los muros del concepto que ahora se examina para incluir supuestos que pueden ser resueltos por otras vías disponibles en el ordenamiento jurídico. Esa «ampliación» conlleva difuminar tanto dicho concepto como el de la *rebus*. Es más, como se ha examinado, en los casos en que el Tribunal Supremo equipara la «dificultad extraordinaria de cumplimiento» por alteración de circunstancias creando la figura de la «imposibilidad económica» –descartando, en consecuencia, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*– concluye con el remedio legal de la resolución (*cf. ad ex.* STS de 5 de junio de 2014 [RJ 2014/3390]), salvo que, excluyendo la facultad de resolución, se opte por el *commodum representationis* (art.

¹⁶⁷ Lo mismo ocurre respecto de la previsibilidad y evitabilidad: han de valorarse en atención a la particular economía negocial.

¹⁶⁸ Admitiendo la equiparación entre dificultad extraordinaria y onerosidad sobrevenida –que no imposibilidad– a efectos de revisión del contrato, *vid.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003, p. 109.

1186 CC)¹⁶⁹. Se separa, por tanto, de la solución mayoritariamente aplicada ante una alteración de circunstancias –renegociación y, en su defecto, extinción– lo que difumina los contornos de esta última. Y es que, como ha indicado la doctrina, el mismo recurso a la resolución en ambos supuestos responde a enfoques conceptuales diversos: en el caso de imposibilidad sobrevenida no hay que cumplir con la prestación *porque* la obligación se ha extinguido, mientras que cuando de una alteración de circunstancias se trata se resuelve el contrato *para que* no haya que cumplir, al ser el cumplimiento excesivamente gravoso¹⁷⁰.

Descartada la posibilidad y conveniencia de la equiparación apuntada, en mi opinión, resulta de todo punto recomendable, de una parte, incluir en la legislación la figura de creación jurisprudencial de la cláusula *rebus*¹⁷¹. Y, de otra, no limitarla –aunque solo sea de hecho– única y exclusivamente a consideraciones económicas. Si la esencia de tal herramienta es reequilibrar la alteración de circunstancias que hacen más onerosa la prestación, habrán de contemplarse todas las causas de esa mayor onerosidad, sin que deban incluirse sólo las de carácter económico. De esta manera, también habrá de darse cabida a las situaciones que suponen –al decir de la jurisprudencia– una «prestación exorbitante». Ello, ya conlleven «sacrificios desproporcionados», ya supongan una «violación de deberes más altos». En ambos casos, se trataría de una prestación posible –por tanto, no «imposible»– pero de mayor onerosidad a causa de la alteración de las circunstancias. A mi juicio, antes que identificar tales supuestos con la «imposibilidad» resulta más conveniente tener un concepto amplio y perfilado de la «alteración sobrevenida», de manera similar a como ocurre en Estados Unidos

¹⁶⁹ En la misma línea, DEL OLMO GUARIDO (2004, pp. 160-161) apunta que el Tribunal Supremo está apostando cada vez más por la vía resolutoria ante una imposibilidad sobrevenida no imputable, si ha habido un «hecho obstativo, definitivo e irreformable que impida su cumplimiento». En tal sentido, *vid.*, por todas, la ya citada y parcialmente transcrita STS de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013/905) que indica que la imposibilidad sobrevenida «lleva inexorablemente al incumplimiento y, en consecuencia, a la resolución del contrato o, más propiamente, a la extinción de las obligaciones nacidas del mismo con los efectos que hayan podido prever las partes o, en su caso, los propios de la resolución; que son la devolución de lo percibido –con los intereses correspondientes– desde la fecha en que se produjo la entrega que finalmente resultó inefectiva, con las consecuencias que para la nulidad prevé el artículo 1303 del Código Civil a falta de previsión específica en el artículo 1124, como son la restitución de las cosas que hubieran sido materia del contrato y del precio con sus intereses». De todos modos no se trata de un supuesto de resolución automática, por lo que siguen existiendo otras alternativas; p. ej. el *commodum* (art. 1186 CC). *vid.* también la nota n.º 178. Finalmente, como ya se apuntó, tanto el Código Civil italiano como el francés distinguen en artículos diversos las soluciones legales para la imposibilidad y la alteración de circunstancias –*excesiva onerosità* e «imprevisión», según los casos–: los artículos 1256 y 1467 del *Codice civile* italiano y los artículos 1195, 1351 y 1351-1 del *Code civil* francés.

¹⁷⁰ *vid.* en tal sentido, ALBALADEJO, 2011, p. 469.

¹⁷¹ *vid.* nota n.º 114.

donde se ha acuñado un concepto –*impracticability*– más amplio que el que le dio origen –*impossibility*– y que engloba otros como la *frustration of purpose*¹⁷². Y es que nota común de los supuestos mencionados es que la prestación original –ya sea de contenido personal o patrimonial– sigue siendo posible pero se ha convertido en extraordinariamente onerosa en razón de la modificación imprevisible de las circunstancias.

Ello expuesto, y para finalizar el presente trabajo, cabe mostrar lo señalado respecto de un par de casos.

Como se colige de lo examinado, en primer lugar ha de atenderse al contenido de cada prestación, a la particular economía comercial y a las concretas circunstancias de cada caso. De manera específica, ha de examinarse si las partes han elevado a condición o causa concreta el contenido prestacional pues ello puede dar lugar a consecuencias diversas. A modo de ejemplo, si la cantante no acude al recital porque carece de voz sí se trataría de un supuesto de imposibilidad –la prestación no puede realizarse–; quizá inicialmente sea una imposibilidad provisional que no extingue la obligación, salvo que las partes hayan elevado tal recital a condición o causa concreta o la situación se prolongue en el tiempo convirtiéndose entonces en imposibilidad definitiva¹⁷³.

De manera similar, en el caso del arrendamiento de un local para una determinada actividad que finalmente no se puede llevar a cabo, si las partes han elevado tal actividad a condición o causa concreta, sí podría hablarse de imposibilidad sobrevenida: la pres-

¹⁷² A la vista de la dificultad de determinar *a priori* qué sea algo «extraordinario» (SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, p. 7) parece oportuno que la legislación que se apruebe incluya conceptos amplios y flexibles –indeterminados, o no totalmente determinados– que habrán de ser concretados por la jurisprudencia. Igualmente habrán de precisarse los supuestos que caerán bajo dicha norma al no ser posible pretender una disposición eficaz que a la vez sea omnicompreensiva. En mi opinión, lugar destacado se ha de conceder a los contratos de larga duración pues es donde la «alteración de circunstancias» puede tener, naturalmente, mayor impacto. Asimismo, a mi juicio, la nueva regulación habría de incidir en cuatro elementos: a) en dar primacía al acuerdo de las partes antes que a la intervención judicial pues ellas están en mejor posición para reequilibrar el contrato y, además, resulta más económico; b) en indicar que la negociación ha de realizarse y estar presidida por la buena fe de modo que la negativa de mala fe de la parte favorecida por la situación sobrevenida a acoger la pretensión de la perjudicada justificaría la intervención del tribunal; c) en resaltar que tal adaptación ha de orientarse al mantenimiento del contrato antes que a su extinción por medio de la resolución y d) en mantener el carácter excepcional del remedio de la cláusula *rebus*. Considerando que la ganancia en seguridad jurídica con tal regulación es pequeña con relación a la situación actual de doctrina jurisprudencial interpretadora de la *rebus* ya consolidada *vid.* GÓMEZ POMAR y ALTI, *InDret*, 2021, p. 577. Siendo ello opinable, la existencia de una regulación daría «carta de naturaleza» a la *rebus*, dejando de estar «fuera de los confines de la ley» (SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, p. 8).

¹⁷³ De todos modos, y quizá por no existir una delimitación clara de conceptos asumida jurisprudencialmente, se pueden encontrar resoluciones del Tribunal Supremo que incluyen la desaparición de la causa del contrato dentro de la imposibilidad. *vid.*, en tal sentido, las SSTs de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216) y de 23 de junio de 1997 (RJ 1997/5201).

tación –que consiste en poner a disposición el local para una concreta y específica actividad– no puede cumplirse al no poderse desarrollar aquella¹⁷⁴. Cuando no se haya elevado a condición o causa la citada actividad, no cabrá acudir al concepto de «imposibilidad» pues la prestación –que consiste en poner el local a disposición– sí podría realizarse. Ello, por más que el pago de la renta se convierta en algo excesivamente oneroso –p. ej., porque, exista una restricción gubernamental de ciertos negocios a causa de la Covid–¹⁷⁵, o por más que en tales supuestos pueda hablarse de «frustración del contrato» o de una «desaparición» de la base negocial¹⁷⁶. Sea ello como fuere, y al no estar regulados estos últimos conceptos en el Código Civil, en todo caso se trataría de una alteración de las circunstancias que podría justificar la aplicación de la *rebus* si se cumplen los requisitos de tal figura, sin que tal situación deba ser equiparada con la imposibilidad –la prestación se sigue pudiendo ejecutar–¹⁷⁷. En definitiva, ante la ausencia de regulación legislativa y dados los elementos comunes existentes, considero que cabe incluir los supuestos de «frustración del contrato» o de «desaparición de la base del negocio» en la alteración sobrevenida de las circunstancias.

Algo similar cabe colegir en los supuestos que la doctrina alemana califica como de «inexigibilidad». Si la razón de la falta de cumplimiento de la prestación por la cantante es el conocimiento del peligro de muerte del hijo, podría haber imposibilidad sobrevenida definitiva si, por ejemplo, ello le produjese un estado anímico que le impida cantar –p. ej. una depresión–. Cuando no se dé tal supuesto u otro equivalente, la prestación seguirá siendo realizable. Entonces, y al no existir normativa legal que recoja la «inexigibili-

¹⁷⁴ Evidentemente, si el local no se entrega en las condiciones adecuadas para el desarrollo de la actividad establecida en el contrato, habrá «incumplimiento» de contrato por parte de la parte arrendadora. *vid.* en tal sentido, la STS de 20 de abril de 2022 (RJ 2022/2118).

¹⁷⁵ Tal es lo que ocurrió en España: el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, suspendió temporalmente el ejercicio de muchas actividades –no se trataba, por tanto, de «imposibilidad definitiva»–, y los artículos 1 a 5 del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, establecieron moratorias de pago de la renta debida para ciertos arrendatarios pero sin eliminar tal obligación de pago. Este segundo texto normativo constituye una aplicación de la *rebus* y no el reconocimiento de la imposibilidad, que conduciría a la extinción de la obligación.

¹⁷⁶ En caso de no haberse elevado el uso específico de que se trate a condición esencial o causa concreta, el arrendador cumple con facilitar el «goce pacífico» al arrendatario (art. 1554.3 CC). Dicho precepto alude a un goce «pacífico», no necesariamente «útil» o «adecuado» a la finalidad pretendida por el arrendatario; salvo, como digo, que tal extremo forme parte del acuerdo. Sobre esta particular cuestión, *vid.* el interesante debate suscitado con motivo de la publicación del post de PANTALEÓN PRIETO titulado «Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales». Disponible en: www.almacenderecho.org, 23 de abril de 2020 [última consulta: 2 de septiembre de 2023].

¹⁷⁷ Asimismo, tampoco cabría hablar de imposibilidad liberatoria del deudor cuando tal situación fuese previsible (*cfr.* STS de 3 de mayo de 2007 [RJ 2007/2824]).

dad» alemana, la vía adecuada es acudir a la cláusula *rebus sic stantibus* pues, en efecto, hay una alteración de circunstancias que hacen más gravosa la prestación. Pero no a la «imposibilidad» sobrevenida por cuanto la prestación sigue siendo factible.

En definitiva, cuando hay imposibilidad objetiva y definitiva se aplican los artículos 1182 y 1184 del Código Civil y se producirá la extinción de la obligación, habiéndose de optar entonces por la resolución del contrato, o, descartando esta, por el *commodum representationis* (art. 1186 CC)¹⁷⁸. Cuando la prestación sea posible –aunque sea excesivamente onerosa, sea cual fuere su causa– no cabe la imposibilidad, debiendo acudir a la doctrina jurisprudencial de la *rebus*. El remedio legal será, en tal caso, la negociación a fin de reequilibrar las prestaciones –cuando sea posible– y, en su defecto, la resolución.

Así las cosas, lo óptimo sería legislar la cláusula *rebus sic stantibus* de manera que se incluyan en ellos los diversos supuestos que el BGB incluye en el § 275.2 y siguientes –imposibilidad práctica, económica y moral– así como los de la frustración del contrato o la desaparición de la base del negocio¹⁷⁹. En su defecto, resulta más adecuado mantener la «imposibilidad» en su significado estricto, llevando a la *rebus* –necesariamente más abierta– el resto de supuestos, antes que difuminar aquella introduciendo situaciones más propias de esta. Este criterio resulta, a mi juicio, más conveniente para la solución de los casos frontera¹⁸⁰.

¹⁷⁸ El remedio de la resolución que cabe aplicar en tal supuesto no es automático y es alternativo a la exigencia del *commodum*. No constituye una sanción sino uno de los remedios disponibles cuya aplicación automática distorsionaría la finalidad de protección del interés del acreedor. *vid.* sobre esta materia, SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 122 y ss.; en especial 142 y ss., y los argumentos que allí expone –mayor certeza jurídica, coincidencia con el Derecho moderno, etc.–. Por otra parte, en relación con el artículo 1186 CC, PANTALEÓN PRIETO defendió ya en su día su aplicación con independencia de si la imposibilidad era imputable o no al deudor (ADC, 1991, pp. 1021-1022). Finalmente, sobre las dificultades que el texto de dicho precepto suscita respecto de la admisión de la resolución en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable y su operativa, *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 157 y ss.

¹⁷⁹ A lo que parece, el artículo 1213 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación compendia en sí todas las doctrinas expuestas –la *rebus*, la *excessiva onerosità* italiana, la «imprevisión» francesa, la *frustration* anglosajona y la desaparición de la «base del negocio» alemana– (*cf.* SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2009, pp. 26, 33 y 52).

¹⁸⁰ Lo expuesto en el texto conlleva, de entrada, que la jurisprudencia deje de pronunciarse admitiendo la «técnica» equiparación de la dificultad extraordinaria en el cumplimiento de la prestación a la imposibilidad sobrevenida.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, tomo II, 14.^a edición, Edisofer, Madrid, 2011.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: *El riesgo en el contrato de la compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ANCEL PASCAL: «Imprévision», *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017 (actualisation 2018).
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Montecorvo, Madrid, 1978.
- ATIYAH, Patrick Selim y SMITH, Stephen A.: *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6.^a edición, Clarendon, Oxford, 2005.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990.
- BARASSI, Lodovico: *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, 2.^a ed., Giuffrè, Milán, 1948.
- BLUM, Brian A.: *Contracts*, 4.^a ed., Wolters Kluwer, New York, 2007.
- CANDIL, F.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, 1946.
- CARTWRIGHT, John: *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- CASELLA, Giovanni: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Turín, UTET, 2001.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil común y foral*, tomo III, Reus, Madrid, 1993.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.
- DE CASTRO, Federico: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DEL OLMO GUARIDO, Natalia: *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «La cláusula *rebus sic stantibus*», en VVAA, *Extinción de las obligaciones* –Ferrándiz Gabriel (dir.)–, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 669-686.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Las Relaciones Obligatorias, 6.^a ed., Madrid, 2008.
- ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho civil*, tomo II, vol. 1 –revisado por Lehmann–, traducción de la 35.^a edición alemana por Pérez González, y Alguer, 1.^a ed., Bosch, Barcelona, 1944.
- ESCARDA DE LA JUSTICIA, Javier y DE LA HOZ SÁNCHEZ, Sonsoles: «La imposibilidad sobrevenida de la prestación como causa de extinción de las obligaciones», VVAA, *Extinción de obligaciones* –Ferrándiz Gabriel (dir.)–, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 659-720.
- FARNSWORTH, E. Allan: *Contracts*, 3.^a ed., Aspen, New York, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos: «La cláusula *rebus sic stantibus*», *Anuario de Derecho civil*, n.º 11-IV, octubre-diciembre, 1958, pp. 1267-1275.
- FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, tomo II, 4.^a edición –Miquel González y Gómez Calle (trad.)–, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

- GARCÍA CARACUEL, Manuel: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2015.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: «Presuposición y riesgo contractual», *Anuario de Derecho civil*, n.º 40-II, abril-junio, 1987, pp. 525-600.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: «Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional», *Revista de Derecho Notarial*, n.º 67, enero-marzo, 1970, pp. 103-151.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, Juan: «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el Derecho civil español», *InDret*, 1/2021, pp. 502-577
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Comentarios al artículo 1184 del Código Civil», en VVAA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. I –Albaladejo y Díaz Alabart (dir.)–, Edersa, Madrid, 1991, pp. 338-353.
- JORDANO FRAGA, Francisco: «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 38-II, mayo-agosto, 1985, pp. 275-399.
- JORDANO FRAGA, Francisco: «Comentario de la STS de 13 de marzo de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 13, enero-marzo, 1987, pp. 4423-4436.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. I, 5.ª ed. –revisada por Rivero Hernández–, Dykinson, Madrid, 2011.
- LARENZ, Karl: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* –Fernández Rodríguez (trad.)–, Comares, Granada, 2002.
- LENEL, O.: «La cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista de Derecho Privado*, n.º 118 y 119, julio-agosto, 1923, pp. 193-207.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Comentarios a los artículos 1182 y 1184 CC», en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo VI –Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.)–, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8701-8721 y 8727-8731.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LXXX, enero-febrero 2004, n.º 681, pp. 283-328.
- MEDICUS, Dieter: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, –Martínez Sarrión (trad.)–, Bosch, Barcelona, 1995.
- MORENO QUESADA, Bernardo: «Problemática de las obligaciones de hacer», *Revista de Derecho Privado*, junio, 1976, pp. 467-502.
- MOSCO, L.: «Impossibilità sopravvenuta della prestazione», VVAA, *Enciclopedia del Diritto*, tomo XX, Giuffré, Milán, 1970, pp. 405-440.
- OERTMANN, Paul: *Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig und Erlangen, 1921.
- OSTI, Giuseppe: «Revisión crítica della teoria sulla impossibilità della prestazione», *Rivista Diritto civile*, tomo X, 1918, pp. 209-259, 313-360 y 417-471.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 41-III, julio-septiembre, 1991, pp. 1019-1091.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales». Disponible en: www.almacenderecho.org, 23 de abril de 2020 [última consulta: 2 de septiembre de 2023].

- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, 4/2015, pp. 1-54.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en VVAA, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, tomo II –Gregoraci Fernández y Velasco Caballero (coords.)–, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid –BOE*, 2021, pp. 25-38.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y ALGUER, José: *Notas a Ennecerus, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, Tratado de Derecho civil*, tomo II, vol. 1 –revisado por Lehmann–, Bosch, Barcelona, 1944.
- PINO, Augusto: *La excesiva onerosidad de la prestación* –DE MALLOL (trad.)–, Bosch, Barcelona, 1959.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. I, Bosch, Barcelona, 1954.
- PUIG PEÑA, Federico: «El incumplimiento contractual como acto injusto», *Revista de Derecho Privado*, n.º 336, marzo, 1945, pp. 150-162.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n.º 3 (julio-septiembre, 2015), pp. 1-66.
- ROCA SASTRE, Ramón María y PUIG BRUTAU, José: «El problema de la alteración», en *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, Edersa, Madrid, 1948, pp. 233-251.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ROWAN, Solène: «The New French Law of Contract», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, n.º 4, 2017, pp. 806-831.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2009, pp. 1-60.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La cláusula *rebus sic stantibus* en el moderno Derecho de obligaciones y contratos», en VVAA, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, tomo II –Gregoraci Fernández y Velasco Caballero (coords.)–, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid –BOE*, 2021, pp. 39-61.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: «La frustración del contrato en el Derecho comparado su incidencia en la contratación internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, XX, 2005, pp. 45-88.
- TARTAGLIA, Paolo: «Onerosità eccessiva», *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXX, Giuffrè, Milán, 1980, pp. 155-175.
- TERRAZA MARTORELL, Juan: *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Bosch, Barcelona, 1951.
- TORRALBA SORIANO, Orencio V.: «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 24-IV, octubre-diciembre, 1971, pp. 1143-1166.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones* –Arroyo i Amayuelas (trad.)–, Bosch, Barcelona, 2008.

VI. JURISPRUDENCIA

STS DE 8 DE JUNIO DE 1906 (ECLI:ES:TS:1906:419)
STS DE 5 DE ENERO DE 1935 (RJ 1935/198)
STS DE 16 DE MAYO DE 1941 (RJ 1941/630)
STS DE 17 DE MAYO DE 1941 (RJ 1941/632)
STS DE 13 DE JUNIO DE 1944 (RJ 1944/893)
STS DE 5 DE JUNIO DE 1945 (RJ 1945/698)
STS DE 25 DE MARZO DE 1947 (RJ 1947/452)
STS DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1949 (RJ 1949/1245)
STS DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1953 (RJ 1953/2277)
STS DE 10 DE ABRIL DE 1956 (RJ 1956/1555)
STS DE 12 DE JUNIO DE 1956 (RJ 1956/2485)
STS DE 17 DE MAYO DE 1957 (RJ 1957/2164)
STS DE 21 DE ENERO DE 1958 (RJ 1958/220)
STS DE 6 DE JUNIO DE 1959 (RJ 1959/3026)
STS DE 3 DE OCTUBRE DE 1959 (RJ 1959/3656)
STS DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1962 (RJ 1962/5005)
STS DE 7 DE ABRIL DE 1965 (RJ 1965/2118)
STS DE 8 DE ABRIL DE 1969 (RJ 1969/1842)
STS DE 29 DE OCTUBRE DE 1970 (RJ 1970/4471)
STS DE 16 DE DICIEMBRE DE 1970 (RJ 1970/5594)
STS DE 15 DE MARZO DE 1972 (RJ 1972/1252)
STS DE 2 DE ENERO DE 1976 (RJ 1976/22)
STS DE 7 DE OCTUBRE DE 1978 (RJ 1978/3006)
STS DE 22 DE FEBRERO DE 1979 (RJ 1979/523)
STS DE 6 DE ABRIL DE 1979 (RJ 1979/1272)
STS DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1979 (RJ 1979/3850)
STS DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1983 (RJ 1983/4688)
STS DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1983 (RJ 1983/6488)
STS DE 9 DE DICIEMBRE DE 1983 (RJ 1983/6925)
STS DE 2 DE OCTUBRE DE 1984 (RJ 1984/4752)
STS DE 17 DE ENERO DE 1986 (RJ 1986/104)
STS DE 5 DE MAYO DE 1986 (RJ 1986/2339)
STS DE 17 DE MAYO DE 1986 (RJ 1986/2725)
STS DE 27 DE OCTUBRE DE 1986 (RJ 1986/5960)
STS DE 13 DE MARZO DE 1987 (RJ 1987/1480)
STS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1987 (RJ 1987/8372)
STS DE 15 DE DICIEMBRE DE 1987 (RJ 1987/9434)
STS DE 7 DE MARZO DE 1988 (RJ 1988/1600)
STS DE 12 DE MAYO DE 1988 (RJ 1988/4087)
STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 1988 (RJ 1988/9811)
STS DE 5 DE JUNIO DE 1989 (RJ 1989/4298)

STS DE 5 DE OCTUBRE DE 1989 (RJ 1989/6888)
STS DE 16 DE OCTUBRE DE 1989 (RJ 1989/6927)
STS DE 23 DE OCTUBRE DE 1990 (RJ 1990/8038)
STS DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1990 (RJ 1990/8701)
STS DE 10 DE DICIEMBRE DE 1990 (RJ 1990/9927)
STS DE 4 DE MARZO DE 1991 (RJ 1991/1714)
STS DE 11 DE MAYO DE 1991 (RJ 1991/3658)
STS DE 12 DE MAYO DE 1992 (RJ 1992/3917)
STS DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1992 (RJ 1992/9226)
STS DE 23 DE FEBRERO DE 1993 (RJ 1993/1224)
STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 1993 (RJ 1993/9881)
STS DE 7 DE FEBRERO DE 1994 (RJ 1994/917)
STS DE 15 DE FEBRERO DE 1994 (RJ 1994/1316)
STS DE 23 DE FEBRERO DE 1994 (RJ 1995/683)
STS DE 12 DE MARZO DE 1994 (RJ 1994/1742)
STS DE 20 DE ABRIL DE 1994 (RJ 1994/3216)
STS DE 30 DE ABRIL DE 1994 (RJ 1994/2949)
STS DE 6 DE MAYO DE 1994 (RJ 1994/3888)
STS DE 28 DE MAYO DE 1994 (RJ 1994/6723)
STS DE 6 DE OCTUBRE DE 1994 (RJ 1994/7458)
STS DE 29 DE MAYO DE 1996 (RJ 1996/3862)
STS DE 29 DE OCTUBRE DE 1996 (RJ 1996/7484)
STS DE 10 DE FEBRERO DE 1997 (RJ 1997/665)
STS DE 17 DE MARZO DE 1997 (RJ 1997/1980)
STS DE 20 DE MAYO DE 1997 (RJ 1997/3890)
STS DE 23 DE JUNIO DE 1997 (RJ 1997/5201)
STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 1998 (RJ 1998/9892)
STS DE 1 DE FEBRERO DE 1999 (RJ 1999/526)
STS DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1999 (RJ 1999/8001)
STS DE 26 DE JULIO DE 2000 (RJ 2000/9177)
STS DE 20 DE FEBRERO DE 2001 (RJ 2001/1490)
STS DE 30 DE ABRIL DE 2002 (RJ 2002/4041)
STS DE 5 DE OCTUBRE DE 2002 (RJ 2002/9264)
STS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2003 (RJ 2003/8290)
STS DE 21 DE ABRIL DE 2006 (RJ 2006/1875)
STS DE 9 DE OCTUBRE DE 2006 (RJ 2006/6463)
STS DE 3 DE MAYO DE 2007 (RJ 2007/2824)
STS DE 13 DE MAYO DE 2008 (RJ 2008/3061)
STS DE 17 DE DICIEMBRE DE 2008 (RJ 2009/530)
STS DE 30 DE DICIEMBRE DE 2009 (RJ 2010/409)
STS DE 18 DE ENERO DE 2012 (RJ 2013/1604)
STS DE 8 DE OCTUBRE DE 2012 (RJ 2012/9027)
STS DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2012 (RJ 2013/905)

STS DE 17 DE ENERO DE 2013 (RJ 2013/1819)
STS DE 7 DE MARZO DE 2013 (RJ 2013/2285)
STS DE 22 DE OCTUBRE DE 2013 (RJ 2013/7810)
STS DE 22 DE ABRIL DE 2014 (RJ 2014/2345)
STS DE 5 DE JUNIO DE 2014 (RJ 2014/3390)
STS DE 30 DE JUNIO DE 2014 (RJ 2014/3526)
STS DE 22 DE DICIEMBRE DE 2014 (RJ 2014/6406)
STS DE 24 DE FEBRERO DE 2015 (RJ 2015/1409)
STS DE 19 DE MAYO DE 2015 (RJ 2015/3118)
STS DE 6 DE JUNIO DE 2016 (RJ 2016/2339)
STS DE 13 DE JULIO DE 2017 (RJ 2017/3962)
STS DE 9 DE ENERO DE 2019 (RJ 2019/5)
STS DE 15 DE ENERO DE 2019 (RJ 2019/146)
STS DE 18 DE JULIO DE 2019 (RJ 2019/3010)
STS DE 17 DE DICIEMBRE DE 2019 (RJ 2019/5207)
STS DE 6 DE MARZO DE 2020 (RJ 2020/879)
STS DE 20 DE ABRIL DE 2022 (RJ 2022/2118)
SAP DE A CORUÑA DE 23 NOVIEMBRE DE 2005 (JUR 2007/119215)
SAP DE ALMERÍA DE 10 DE FEBRERO DE 2012 (JUR 2013/129427)
SAP DE BARCELONA DE 24 DE MAYO DE 2000 (JUR 2000/223881)
SAP DE CASTELLÓN DE 10 DE FEBRERO DE 2012 (JUR 2012/169148)
SAP DE CÓRDOBA DE 2 DE OCTUBRE DE 2003 (JUR 2003/270422)
SAP DE CÓRDOBA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2014 (JUR 2014/12328)
SAP DE LLEIDA DE 19 DE MARZO DE 1998 (AC 1998/576)
SAP DE MADRID DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2011 (JUR 2012/26098)
SAP DE MADRID DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2017 (JUR 2018/39511)
SAP DE MURCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2003 (JUR 2003/276425)
SAP DE MURCIA DE 17 DE MAYO DE 2011 (JUR 2011/214249)
SAP DE MURCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2012 (JUR 2012/112423)
SAP DE SALAMANCA DE 7 DE OCTUBRE DE 2011 (JUR 2011/18279)
SAP DE ZARAGOZA DE 9 DE ABRIL DE 2007 (JUR 2007/271741)

INGLATERRA

PARADINE V JANE (26 MARCH 1647) ALEYN 26, [1647] EWHC KB
J5, 82 ER 897
TAYLOR V CALDWELL (6 MAY 1863) [1863] EWHC QB J1, 3 B &
S 826, 122 ER 309
JACKSON V UNION MARINE INSURANCE (EXCHEQUER CHAMBER)
(1873) LR 10 CP 125
NICHOLL AND KNIGHT V ASHTON, Eldridge & Co (1901) 2 KB 126
KRELL V HENRY (1903) 2 KB 740
CHANDLER V WEBSTER (1904) 1 KB 493

HIRJI MULJI AND OTHERS v THE CHEONG YUE STEAMSHIP COMPANY LIMITED (HONG KONG) (25 FEBRUARY 1926) [1926] UKPC 12

FIBROSA SPOLKA AKCYJNA v FAIRBAIRN LAWSON COMBE BARBOUR (15 JUNE 1942) [1942] UKHL 4, [1943] AC 32, 2 All E.R. 122

DAVIS CONTRACTORS v FAREHAM URBAN DC (19 APRIL 1956) [1956] AC 696, [1956] UKHL 3, [1956] 2 All ER 145

NATIONAL CARRIERS LTD v PANALPINA (NORTHERN) LTD (11 DECEMBER 1980) [1980] UKHL 8, [1981] 1 All ER 161, [1981] 2 WLR 45, [1981] AC 675

USA

LLOYD v MURPHY, 153 P.2D 47 (1944)

Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores

JUAN DAMIÁN MORENO
Catedrático de Derecho procesal
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El autor analiza en este trabajo los aspectos fundamentales de las acciones de representación contenidos en la propuesta de Anteproyecto de Ley para transponer al derecho español la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Es perfectamente consciente de que la convocatoria de las elecciones generales ha hecho decaer el Anteproyecto de Ley, pero la transposición de la Directiva de la que trae causa tendrá que llegar tarde o temprano y seguramente a través de una propuesta que no debiera alterar en lo sustancial los principios que han servido para su elaboración. Por ello considera que el texto que comenta constituye, no sólo un buen punto de partida, sino casi de llegada y entiende que, salvo cuestiones puntuales y con las objeciones que se le quieran hacer a las soluciones que propone, proporciona elementos muy positivos especialmente a la hora del enfocar las grandes líneas programáticas que exige la norma europea.

PALABRAS CLAVE

Tutela colectiva de los derechos de los consumidores, Acciones de representación, Legitimación activa.

Notes on the legal concept of the representative actions for the protection of the collective interests of consumers

ABSTRACT

The author analyzes the key aspects of the of representation actions contained in the Draft Law proposal to comply into Spanish Law the Directive 2020/1828 on representation actions for the protection of the collective interests of consumers. He is perfectly aware that the call for general elections has brought down the Draft Law, but the transposition of the Directive for which it brings cause will have to come sooner or later and surely through a proposal that should not modify substantially the principles that have served for its preparation. For that reason, he is persuaded that the text what comments is not only a good starting point, but almost a point of arrival and maintains that, except for specific issues and with the objections that one wants to do with the solutions it proposes, provides very positive elements, especially when it comes to focusing on the broad programmatic lines required by the European Directive.

KEYWORDS

Protection of consumer rights, Representative actions, Legal standing to bring a collective action.

SUMARIO: I. El largo camino hacia la tutela colectiva de los derechos de los consumidores. Acciones colectivas e intereses difusos: Y, de pronto, las acciones de representación.–II. El eterno dilema: legitimación o representación. ¿Seguimos con el modelo de la cigarra y la hormiga?–III. El sistema de adhesión a la acción de representación. Las ventajas del *opt-out*: mejor un esfuerzo razonable a que alguien haga de flautista de Hamelín.–IV. Tratamiento anticipado de la fundamentación de la acción de representación. La certificación entendida como *datio actio-nis*: estándares del test de prosperabilidad.–V. Reflexión final. Lucha por el derecho y principio de efectividad. La función social de las acciones de representación.–VI. Bibliografía.

I. EL LARGO CAMINO HACIA LA TUTELA COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. ACCIONES COLECTIVAS E INTERESES DIFUSOS; Y, DE PRONTO, LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

El proceso civil se ha basado históricamente en el principio de una acción, una demanda¹; este principio, tan arraigado en la conciencia jurídica de los ordenamientos jurídicos surgidos bajo la influencia del derecho romano, ha permanecido durante siglos estrechamente vinculado a la noción de derecho subjetivo donde era muy difícil imaginar procesos dirigidos a reparar la lesión de un derecho que rebasara los confines de los intereses individuales («point d'intérêt, point d'action»)².

Probablemente como consecuencia del peso tan decisivo que ejerció la *litiscontestatio* en la evolución del derecho en todos esos países, el proceso únicamente estaba pensado para que se desarrollase un único litigio entre dos posturas antagónicas, representadas por dos pretensiones igualmente antagónicas, y cuyo objeto se desarrollaría exclusivamente dentro de los estrictos límites en que, a través de aquella, habían quedado fijados los términos de la controversia³.

Era lógico que esta manera de entender el proceso condicionara la forma en que los particulares debían hacer valer sus derechos ante los tribunales y afectara incluso a la propia estructura del proceso civil y, correlativamente, al modo en que se formaron los conceptos fundamentales del derecho procesal, tal como ocurrió con la noción de la legitimación y, correlativamente, con la cosa juzgada y, por supuesto, con la extensión de los efectos que la misma ocasionara.

Como cabe imaginar, con este esquema tan rígido y encorsetado era impracticable abordar con eficacia el tratamiento, no sólo de asuntos objetivamente complejos, sino la tutela de determinados intereses que afectaban a una pluralidad de partes, para los cuales la técnica de acumulación subjetiva de acciones no suponía una solución adecuada⁴. Surgió entonces la necesidad de analizar hasta qué punto el proceso, tal como estaba inicialmente diseñado, resultaba un instrumento útil para afrontar los nuevos retos a los que tenía que hacer frente la sociedad contemporánea, especialmente

¹ IHERING (2011), p. 656.

² MORENO CATENA (2021), p. 230.

³ Aunque puede, como en su día señaló FAIRÉN GUILLÉN, que haya mucho de mito en torno a la *litiscontestatio* [FAIRÉN GUILLÉN, «Una perspectiva histórica del proceso: la “litiscontestatio” y sus consecuencias» (1955), p. 14], la influencia de esta institución en el modo de concebir la estructura del proceso en los ordenamientos de nuestro entorno, al menos en este aspecto, es evidente. Vid. KASER (2022), p. 756.

⁴ SILGUERO ESTAGNAN (1995), p. 334 y MARTÍN PASTOR (2016), p. 177.

cuando el proceso tenía por objeto la defensa de los derechos de un grupo muy numeroso de particulares⁵.

La aparición de las nuevas formas de resolver judicialmente los problemas derivados de la contratación con las grandes empresas y la prestación de servicios a través de las grandes distribuidoras, que prácticamente han venido actuando en régimen de monopolio, obligó a cambiar de paradigma. Con el paso de los años se hizo cada vez más evidente que *la esfera jurídica del individuo ni empieza ni termina con el derecho subjetivo*⁶ y poco a poco la noción de «interés» fue adquiriendo mayor relevancia, permitiendo instaurar nuevos medios de protección allí donde el derecho subjetivo no llegaba, abriendo así la puerta del proceso a las nuevas realidades que se iban imponiendo a medida en que avanzaba el desarrollo económico⁷.

Al hilo de ello, con el tiempo surgió esta nueva realidad a la que se hizo frente bajo la categoría jurídica que engloba a lo que se dio en llamar intereses colectivos o *intereses difusos*, que era la manera de referirse a aquellos intereses de los consumidores que, considerados en su conjunto, se extendían a una pluralidad indiferenciada de afectados y que tuvo su acomodo procesal fundamentalmente a través de las llamadas acciones de clase que surgieron a raíz de un movimiento político, social y jurídico que se desarrolló en los años ochenta con el fin de favorecer el acceso de los ciudadanos a la justicia⁸.

Por eso, aunque es evidente que estas nuevas formas de tutela no se circunscriben al ámbito exclusivo de la defensa de los derechos de los consumidores, es donde han adquirido mayor trascendencia y utilidad⁹. De ahí el acierto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al reconocer a determinados grupos y asociaciones de consumidores la legitimación necesaria para el ejercicio de este tipo de acciones, lo cual supuso un avance importante para posibilitar la defensa colectiva de sus derechos (art. 11 LEC).

Pero, a pesar de ello, y como pronto se encargó de demostrar la doctrina, lo cierto es que esta atribución en sí no acababa de resolver todos los problemas¹⁰. En España, al igual que en otros muchos paí-

⁵ ORTELLS RAMOS (2017), p. 239.

⁶ PRIETO-CASTRO (1985), p. 44.

⁷ LOZANO-HIGUERO PINTO (2000), p. 162.

⁸ Este fenómeno tuvo un gran eco tanto en Italia como en los países iberoamericanos gracias al impulso del gran procesalista florentino Mario CAPPELLETTI [CAPPELLETTI, *RFD* (1997), p. 73]. En España destacaron los trabajos de LOZANO-HIGUERO PINTO (1983), p. 129 y ALMAGRO NOSETE, *Justicia* (1983-1), p. 73.

⁹ En general, sobre otro tipo de manifestaciones de tutela colectiva: REIFARTH MUÑOZ (2023), p. 259.

¹⁰ GONZÁLEZ CANO (2002), p. 101.

ses, el modelo de acciones colectivas no ha llegado a cumplir las expectativas que se esperaban de él. Las causas obedecen a factores muy diversos y, a menudo, exceden del ámbito de lo que pueden ser razones estrictamente jurídicas. Aunque no es el momento de analizarlas, algunos autores lo achacan, entre otros motivos, a las dudas que origina la falta de claridad de la normativa vigente y que disuade tanto a los afectados como a las asociaciones de consumidores a recurrir a este tipo de medios¹¹. Pero probablemente, haya otras causas; unas, que derivan de la falta de confianza en este tipo de entidades, y otras, por el hecho de que muchas de ellas no dispongan de los suficientes recursos económicos para hacer frente a los gastos que supone emprender el ejercicio de acciones de esta naturaleza¹².

Es en este contexto en el que cabe enmarcar la aprobación de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que da un paso más y que, además de reconocer la ineficacia del sistema, intenta superar los inconvenientes de la anterior regulación, obligando a los países miembros a establecer nuevos mecanismos procesales que permitan a ciertas entidades ejercitar acciones con el objeto de obtener tanto medidas de cesación como medidas resarcitorias¹³.

A la hora de transponer la Directiva europea, el gobierno, a través del Anteproyecto que comentamos, entre otras reformas, optó, a nuestro juicio con acierto, por incorporar un nuevo procedimiento al final de la Ley de Enjuiciamiento Civil («De los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios») que, de haberse aprobado, nos hubiera permitido el poder disponer de una normativa procesal unitaria y autónoma que ofreciera mayores niveles de seguridad jurídica en el ejercicio de estas acciones.

Como ha puesto de relieve la doctrina, cabe hablar de acción colectiva cuando lo que se persiga sea la reparación de un daño o la cesación de una conducta o práctica abusiva con independencia de que en el caso concreto no sea posible identificar a los sujetos que se hayan visto afectados por la conducta objeto de la acción¹⁴. Así pues,

¹¹ ORTELLS RAMOS (2017), p. 252 y CRESPO MORA, *RCDI* (2022), p. 2522.

¹² REVILLA GONZÁLEZ (2018), p. 2115 y ORTELLS RAMOS (2017), p. 239.

¹³ La doctrina ha visto en esta Directiva una oportunidad de mejora: GASCÓN INCHAUSTI (2022), p. 693 y PLANCHADELL GARGALLO (2022) p. 729.

¹⁴ GASCÓN INCHAUSTI (2010), p. 19. A la hora de caracterizar la tutela como colectiva se suele aludir a la nota de la «homogeneidad» en cuanto al origen del daño respecto de la protección de aquellos intereses que, pudiendo ser objeto de una tutela independiente a través del ejercicio de acciones individuales, la ley permite acudir a este tipo de tutela colectiva para lograr así la defensa de la totalidad de los afectados [SANDE MAYO (2018), p. 62].

podemos decir que una acción es colectiva cuando a través de ella se pretende obtener la reparación o la cesación de una conducta cuyo objeto excede del ámbito de lo individual. En este aspecto, las acciones de representación vendrían a sustituir a las anteriores acciones promovidas por asociaciones de consumidores y por los grupos de afectados ya que su fundamento es el de facilitar de una manera común y homogénea la tutela de los derechos de un determinado grupo o conjunto de perjudicados sin que cada uno de sus integrantes venga obligado a designar a un sujeto o entidad que les represente.

Las acciones de representación son acciones colectivas en el sentido de que su objeto y, sobre todo, los efectos que con ellas se pretenden obtener se extienden a una pluralidad de sujetos, aunque, en realidad, la acción sea única, como único es el interés y único es el hecho del que deriva su derecho¹⁵. Estamos ante una acción autónoma cuyo ejercicio provoca entre otras consecuencias inherentes a su naturaleza, la suspensión de los plazos de prescripción de las acciones individuales de las que pudieran hacer uso los integrantes o afectados por la infracción que se hace valer¹⁶. La sentencia que definitivamente se dicte, aunque se trate de un grupo determinado de afectados, no tiene por objeto el reconocimiento de un derecho individual, por mucho que ese pueda llegar a ser el efecto práctico que finalmente acabe produciéndose tras la liquidación de la condena.

Y eso es así porque, aunque el contenido de su pronunciamiento pudiera servir de fundamento para el ejercicio de una pretensión posterior derivada de la misma, el Anteproyecto prefiere dejar en suspenso los procesos sobre las acciones individuales hasta no saber si la decisión de la acción puede vincular a cualquier otro tribunal que conozca de una pretensión con un objeto similar, motivo por el cual se las coloca en una situación especial de *litispendencia*, si es que puede hablarse así al referirse a la especial situación en que quedan las acciones individuales tras el proceso que resulte de una acción de representación (art. 853).

Por lo tanto, no tiene mucho sentido plantearse, en la forma en que se hizo en su día con las acciones colectivas, la cuestión acerca de si las acciones de representación producen los efectos propios de la litispendencia o, si acaso, los de la prejudicialidad civil, ya que, aunque en realidad en cierta medida los produzca, probablemente estaríamos ante un efecto distinto, pues como hemos indicado, la acción de representación tendría un objeto diferente al de las

¹⁵ GONZÁLEZ CANO (2002), p. 105.

¹⁶ Evidentemente, el que la acción sea única no quiere decir que la entidad demandante no pueda acumular en una misma demanda varias pretensiones, la de cesación y la resarcitoria, algo que puede hacer perfectamente (art. 833).

actuales acciones colectivas¹⁷. Es más, puestos a especular, aunque solo fuera para aventurar una solución más que añadir a las que ya ofrece la doctrina, diríamos que gracias a esa especie de *fuerza de la gravedad* que puede llegar a ejercer la sentencia como medio de prueba y a la que expresamente se refiere la Directiva (art. 15), probablemente estemos más cerca de un *efecto reflejo* más de la sentencia que de una consecuencia derivada directamente de la prejudicialidad civil¹⁸.

II. EL ETERNO DILEMA: LEGITIMACIÓN O REPRESENTACIÓN. ¿SEGUIMOS CON EL MODELO DE LA CIGARRA Y LA HORMIGA?

En el gran libro del proceso, la legitimación ocupa uno de los capítulos más importantes, pero también de los más difíciles de entender ya que es donde más se difuminan los contornos que unen el derecho sustantivo y el derecho procesal¹⁹. No se olvide que el derecho tiene un origen netamente procesal; nació de la acción. Y cuando se pasó del *ordenamiento de las acciones* , propio del derecho romano, al *ordenamiento de los derechos* del derecho moderno, esa estrecha vinculación se mantuvo hasta el punto de que aquella condición acabó erigiéndose en un presupuesto indispensable para que el tribunal pudiera pronunciarse sobre la pretensión deducida en la demanda²⁰.

Pues bien; esta dificultad se advierte aún más si cabe a la hora de decidir cómo atribuir y a quién atribuir la legitimación para solicitar la tutela de los derechos e intereses de los consumidores que les correspondan como colectivo («collective interests»)²¹. En general, los inconvenientes que plantea la defensa de este tipo de intereses se han ido sorteando a través de la llamada legitimación

¹⁷ AGUILERA MORALES (2018), p. 473.

¹⁸ Como tuvo ocasión de poner de manifiesto la doctrina más autorizada, la sentencia puede llegar a tener consecuencias en el mundo jurídico más allá del efecto propio de la cosa juzgada [LIEBMAN (1980), p. 587]. La especial consideración de la sentencia como medio de prueba no es nueva; ya CALAMANDREI la incluyó como uno de los efectos reflejos de la cosa juzgada [CALAMANDREI, «La sentencia como medio de prueba» (1961), p. 593].

¹⁹ Según GÓMEZ ORBANEJA (1976), p. 149, el concepto de legitimación es uno de los más debatidos y, al mismo tiempo, más confusos del Derecho Procesal, precisamente porque con este término muchas veces se designan cosas diferentes. Han sido múltiples los esfuerzos doctrinales por aclarar la noción de legitimación. Véase en este sentido el excelente trabajo de MONTERO AROCA en el que es muy reveladora la apostilla que añade al título de su trabajo: *un intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él* [MONTERO AROCA (1994)].

²⁰ WINDSCHEID (1974), pp. 8 y 70.

²¹ BUJOSA VADELL (1994), SILGUERO ESTAGNAN (1995) y ARMENTA DEU (2020), p. 253.

extraordinaria, en la que un «sustituto» (asociación o agrupación de afectados) asume el *derecho a conducir* el proceso en nombre de otro con el fin de obtener una sentencia favorable a sus intereses (art. 10 LEC)²².

El fenómeno de las acciones colectivas nace como respuesta ante la ineficacia de las acciones individuales y, sobre todo, ante los problemas que los representantes de los grupos de afectados tienen a la hora de identificar a los eventuales perjudicados por el hecho o la conducta objeto de la demanda²³. Las acciones de representación vendrían precisamente a superar todo este tipo de inconvenientes ya que, tal como actualmente están configuradas este tipo de acciones tienen, entre otros problemas, el que, al final, los más diligentes son quienes se tienen que encargar de defender los intereses de los que no desean molestar o comprometerse en su tutela debido a la gran *reticencia* que existe por parte de gran parte de los consumidores afectados a emprender acciones colectivas en defensa de sus derechos²⁴.

Como veremos, para el Anteproyecto toda acción para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores es una acción de representación. La construcción de esta especial legitimación permitirá la defensa de los intereses tanto en favor del consumidor diligente como del consumidor «desconocido» o «no diligente», tanto para *la cigarra* como para *la hormiga*. Hay que tener en cuenta que en este tipo de procesos es bastante habitual que solo unos pocos se arriesguen en beneficio de la mayoría. En cambio, tal como están configuradas las acciones de representación, son buenas para todos ya que en este proceso especial que se instaura, la participación de los consumidores afectados quedaría reducida a expresar su voluntad de vincularse o no con la pretensión que el demandante se proponga ejercitar.

²² El *derecho de conducción procesal* es el término utilizado por algunos autores para explicar el fenómeno que se produce precisamente cuando quien actúa en el proceso no es el titular del derecho material que se hace valer y que, en determinados supuestos, una parte de la doctrina ha elevado a rango de presupuesto procesal, lo que justificaría el que el juzgador pudiera examinar esta cuestión con carácter previo tras la admisión de la demanda [GÓMEZ ORBANEJA (1976), p. 139].

²³ A medio camino de este proceso evolutivo se encuentra un pariente lejano de las «class actions», el *litisconsorcio pasivo cuasinecesario*, que trata de dar una solución a los problemas de todos aquellos sujetos que se hallan en una misma situación respecto a un mismo negocio o relación jurídica y a quienes, con el fin de evitar sentencias contradictorias, se les extiende los efectos de la sentencia dictada frente al actor aunque no hayan litigado [FAIRÉN GUILLÉN, «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil» (1955), p. 145 y GONZÁLEZ GRANDA (1996), p. 95].

²⁴ FAIRÉN GUILLÉN, «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil» (1955), p. 146; una nueva fórmula que se está explorando para evitar este tipo de inconvenientes es la del llamado proceso testigo o proceso guía; sobre ello, ARIZA COLMENAREJO (2022), p. 755.

Al margen de la legitimación conferida al Ministerio Fiscal y a otras entidades de derecho público, la legitimación para su ejercicio no está atribuida a cualquier miembro del grupo que decida, individual o institucionalmente, arrogarse la representación de un determinado colectivo, sino a las entidades a quienes específicamente se les habilite para ello siempre que reúnan una serie de requisitos (arts. 54 y 55 LGDCU)²⁵.

A través de esta modalidad de acciones, las entidades habilitadas podrán asumir, en nombre propio, la responsabilidad de promover el ejercicio de una pretensión para la defensa de todos aquellos interesados que se encuentren, respecto del hecho o la conducta causante del daño, vinculados por un interés común. En consecuencia, no es una legitimación abierta, sino restringida, hasta el punto de que, como hemos indicado, el Anteproyecto prohíbe la intervención de los propios consumidores afectados, a quienes se les privaría de la posibilidad de comparecer como partes en este proceso (arts. 830 y 835). Hay que tener en cuenta que uno de los principales problemas del sistema actualmente vigente es que permite la intervención en el proceso colectivo de quienes a título individual deseen comparecer, lo que, lógicamente, genera una enorme complejidad procesal²⁶.

Tampoco el objeto de este proceso lo constituye cualquier pretensión. Su ámbito queda circunscrito a aquellas que expresamente se puedan ejercitar a través de este tipo de acciones. No hay más que acudir a la norma que las define para darse cuenta de cómo las entiende el Anteproyecto; de esta manera solo tendrían la consideración de acciones de representación aquellas que ejerciten una o varias de las entidades habilitadas previstas en dicha ley con el objeto de obtener la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios ante las conductas de empresarios o profesionales que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de aquellos (art. 829).

En cuanto a los requisitos de capacidad, el actor solo ha de reunir ciertas condiciones administrativas para poder ser parte; y en lo que se refiere a la legitimación, el altruismo, la solidaridad y el compromiso social o institucional que cada entidad quiera tener con la defensa de los derechos de los consumidores se ha de demostrar con la interposición de la demanda. Sería suficiente con que el acto, la infracción o la conducta que la origine, afecte negativa-

²⁵ Precisamente el gobierno acaba de aprobar el nuevo Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios y que regula los requisitos y las condiciones de estas entidades entre cuyos derechos se encuentra la posibilidad de actuar en nombre y representación en defensa de los intereses de los consumidores (RD 448/2023).

²⁶ SANDE MAYO (2018), p. 218.

mente a un interés colectivo y que la pretensión que se deduzca tenga por finalidad obtener una medida de cesación o una resarcitoria, entendida esta en su consideración más amplia, es decir, que abarque no solamente la indemnización, sino que permita la adopción de otras medidas más efectivas para la reparación del daño o la satisfacción del derecho de los consumidores afectados²⁷.

A la vista de ello, para calificar la naturaleza jurídica de la acción de representación es indiferente el hecho de que la entidad decida erigirse en portadora de un determinado interés que afecte a una pluralidad de sujetos, pues una cosa es calificar como colectivo o, incluso, difuso un determinado interés y otra muy distinta hacerlo identificándolo por el sujeto que pretenda representarlo o determinarlo en función del interés asociado a la razón fundacional de la entidad de quien aspire a tutelarlos, pues como hemos visto, el tribunal no puede entrar en ese tipo de cuestiones²⁸.

Todo esto, como hemos visto, hace muy difícil que sepamos si estamos ante un supuesto de legitimación o ante un caso de representación, pues las fronteras entre la legitimación y la representación son a menudo difíciles de trazar y mucho más en este tipo de acciones; es más, quizá estemos ante un supuesto intermedio. A favor de la representación estaría, no sólo la calificación legal, sino el hecho de que en ciertos supuestos, el consumidor venga obligado a autorizar su vinculación, pero no creemos que esto sea determinante.

A estos efectos consideramos que no es indiferente averiguar si las acciones de representación que el Anteproyecto reconoce tienen por objeto la tutela de intereses difusos o la protección de intereses colectivos. Como sabemos, la distinción entre ambos tipos de intereses siempre ha sido complicada y más ahora con la aparición de las acciones de representación. En nuestra opinión, si tuviéramos que guiarnos por los criterios que en su momento utilizó la doctrina para distinguir entre unas y otras, creemos que probablemente la acción de cesación, por el carácter preventivo o anticipatorio que caracteriza su objeto, sea más apropiada para la defensa de intereses difusos, mientras que las acciones resarcitorias, en la medida que buscan la obtención de una compensación que puede

²⁷ CRESPO MORA, *RCDI* (2022), p. 2450. Es más, el Anteproyecto contemplaba incluso la posibilidad de ejercitar acumuladamente una acción declarativa, tal como sucedería en aquellos casos en que lo que se pretendiese fuera obtener una sentencia que reconociera una cláusula como *condición general de la contratación* o, en los procesos en materia de competencia desleal, la acción tendente a declarar *desleal* un acto o conducta que así lo merezca. *Vid.* BELLIDO PENADÉS (1998), p. 89.

²⁸ GONZÁLEZ CANO (2002), p. 29.

llegar a estar individualizada, tengan más que ver con una acción colectiva²⁹.

Por eso, teniendo en cuenta que el ejercicio de las acciones de cesación no requiere de autorización de los afectados, es más que probable que, en este supuesto, estemos ante una verdadera hipótesis de legitimación y no de representación, pues como es sabido, lo que caracteriza al representante es que obra o actúa, con efecto jurídico pleno, por cuenta del *dominus*, mientras que el que actúa con una legitimación, aunque sea derivada, lo hace en nombre propio³⁰.

En cualquier caso, la idea es que con este tipo de acciones de representación se pueda favorecer la tutela colectiva de los derechos de los consumidores a través de un proceso independiente cuya defensa queda en manos exclusivamente de entidades que reúnan ciertas condiciones y, por lo tanto, sin que los afectados vengan obligados a recurrir individualmente ante los tribunales. De esta manera se les evitan los gastos, molestias e inconvenientes que supone el ejercicio de su derecho, hasta el punto de que entre las medidas que se han previsto para su ejercicio se encuentre el de la posibilidad de acudir a fórmulas de financiación de procesos por terceras personas que, como sabemos es uno de los grandes problemas a los que se tienen que enfrentar quienes pretendan ejercitar una acción de esta naturaleza³¹.

En este sentido, y a la hora de identificar el carácter con el que actúan, de todas las soluciones que ofrecía la doctrina para dar respuesta al fenómeno de la tutela de las acciones colectivas en el ámbito del proceso civil, la que más ha hecho fortuna y la que más predicamento ha tenido en el derecho comparado ha sido la de las *class actions* del derecho norteamericano, siendo las acciones de representación una variedad de aquellas³². Mauro Cappelletti, evocando el título de la gran obra de Pirandello, dijo que eso era tanto como hallar unos *intereses en busca de un autor*³³. Y por eso, una de las claves es encontrar una forma de selección de las entidades a quienes se les habilita para hacer valer el ejercicio de la acción que impida que la legitimación se confiera a cualquiera, evitando con ello el ejercicio abusivo de la acción.

²⁹ Un sector de la doctrina, como SANDE MAYO, prefiere denominarlos *supraindividuales* en lugar de difusos para diferenciarlos de los propiamente colectivos [SANDE MAYO (2018), p. 76].

³⁰ GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación» (2009), p. 254; en idéntico sentido, Díez-PICAZO (1979), p. 56.

³¹ REVILLA GONZÁLEZ (2018), p. 2115 y ORTELLS RAMOS (2017), p. 239.

³² LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), p. 91.

³³ CAPPELLETTI, *RFD* (1997), p. 90.

Este es el motivo por el que la cuestión acerca de la prosperabilidad de la pretensión no sea el único de los asuntos que pueden ser objeto de debate en la llamada audiencia de certificación (art. 847)³⁴. A la parte demandada se le reconoce el derecho a oponerse si entiende que la entidad demandante no cumple con las exigencias establecidas a los efectos de su designación como entidad habilitada para el ejercicio de este tipo acciones lo que, en su caso, daría lugar al sobreseimiento del proceso y al archivo de las actuaciones (art. 836).

Así pues, la forma en que queda atribuida la legitimación se asemeja al sistema que ya conocemos y que de alguna manera ha caracterizado las *class actions* donde el demandante no tiene que acreditar que ostenta un determinado grado de representatividad ni su arraigo en el contexto territorial en el que se ha producido la conducta antijurídica, algo que, como en su momento puso de relieve la doctrina, ya sucedía en la práctica, ya que la representatividad a la que alude la Ley de Enjuiciamiento Civil en realidad no era tal, pues no pasaba de ser un mero requisito administrativo³⁵.

En esto no se han producido muchos cambios; para el legislador seguirá siendo suficiente con que el demandante reúna los requisitos de capacidad establecidos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para poder ser reconocida como entidad habilitada para el ejercicio de estas acciones, sin que, en principio, el juez pueda entrar a valorar su idoneidad como representante, algo que a lo mejor debería poder hacer, sobre todo a la vista de la gran dependencia gubernamental en cuanto a su autorización a las que aquellas están sometidas.

III. EL SISTEMA DE ADHESIÓN A LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN. LAS VENTAJAS DEL *OPT-OUT*: MEJOR UN ESFUERZO RAZONABLE A QUE ALGUIEN HAGA DE FLAUTISTA DE HAMELÍN

Como se ha dicho, el Anteproyecto considera que la acción de representación es una acción única porque el objeto del proceso sobre el que recae también es único, como único es el derecho que lo protege y que, por supuesto, es distinto al que pudieran ejercitar individualmente los afectados. Pero, a diferencia de lo que sucede con las acciones de cesación, en las que no es preciso que los consumidores manifiesten su conformidad ni su voluntad de adherirse,

³⁴ SILGUERO ESTAGNAN (1995), p. 277.

³⁵ GONZÁLEZ CANO (2002), p. 150.

en las resarcitorias constituye un presupuesto esencial. Y precisamente, el principal escollo con el que se han encontrado los representantes de los grupos afectados a la hora de ejercitar este tipo de acciones es el de identificar y determinar a los afectados y lograr así la mayoría necesaria para constituirse en grupo y poder actuar ante los tribunales ya que, sin mayoría, no hay legitimación (art. 6. 1, 7.^a LEC).

Existen al respecto dos grandes modelos para manifestar la voluntad de compartir o de participar en las consecuencias, favorables o adversas, que resulten del ejercicio de la acción; uno en el que se precisa la voluntad expresa del sujeto para vincularse y someterse a lo que resulte del proceso, conocido como *opt-in*, y aquel otro, denominado *opt-out*, en los que el legislador presume la voluntad del eventual perjudicado de asumir las consecuencias del proceso salvo que expresamente manifieste su voluntad de excluirse³⁶.

De esta manera, salvo que la acción afecte a consumidores que no tengan su residencia habitual en el Estado en que se ejercite, en cuyo caso será necesaria la manifestación expresa para estar vinculado, la Directiva no impone un modelo concreto, sino que deja a las legislaciones nacionales de los países miembros que decidan el modelo que consideran más conveniente³⁷.

A la vista de ello, el Anteproyecto se había inclinado con carácter general por dar preferencia al sistema de desvinculación expresa, atribuyendo a los consumidores que lo deseen la obligación de manifestar su voluntad en este sentido para evitar quedar sometidos a la resolución judicial que se pronuncie (*opt-out*)³⁸; de esta manera, interpretando que su pasividad equivale tácitamente a su voluntad de adherirse, los redactores han entendido que es la mejor manera de favorecer la defensa de esa *mayoría silenciosa* de consumidores que suelen verse afectados por este tipo de acciones³⁹.

En realidad, lo que hace el Anteproyecto es configurar para los consumidores afectados una suerte de carga de naturaleza procesal que determina que aquellos que no expresen su deseo de desvincularse de la acción en el plazo establecido, quedan sometidos a las

³⁶ GASCÓN INCHAUSTI (2010), p. 25 y SANDE MAYO (2018), p. 218.

³⁷ ARMENGOT VILAPLANA (2022), p. 118.

³⁸ Excepcionalmente, atendidas las circunstancias del caso, y siempre que la cantidad reclamada para cada beneficiario no supere una determinada cantidad, el juzgado podrá acordar que solo queden afectados por la acción de representación resarcitoria aquellos consumidores que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a ella. Sobre la conveniencia de alterar el criterio para reclamaciones de escasa entidad: SANDE MAYO (2018), p. 239.

³⁹ Aunque coincidimos con ARMENTA DEU en que bien puede decirse que se trate de una *ficción*, no consideramos sin embargo que pueda llegar a ser entendido como una *expropiación* como ha querido ver en este tipo de soluciones, al menos con arreglo a la normativa que preveía el Anteproyecto [ARMENTA DEU (2013), p. 70].

resultas del proceso. En cambio, quienes se hayan autoexcluido de manera expresa, no por ello pierden su derecho a promover una acción con posterioridad, si es que desean hacer valer su derecho individualmente⁴⁰.

Y esto es así porque para los que no se hayan desvinculado, bien de manera expresa o, incluso, tácitamente⁴¹, el derecho a obtener una compensación o reparación de una conducta declarada contraria a los derechos de los consumidores nace de la sentencia estimatoria y, sin embargo, para quienes decidieron no adherirse, su derecho no se ve afectado; nace desde el momento en que se produjo la lesión y que evidentemente podrán hacer valer a través de un proceso independiente quienes lo deseen, pero una vez que se haya levantado la suspensión de los plazos de prescripción que el ejercicio de esta acción colectiva lleva consigo (art. 832).

Con la solución que se propone, se superan en nuestra opinión las dificultades del antiguo modelo en virtud del cual el demandante que pretendiera asumir la defensa de un determinado colectivo de afectados acababa prácticamente convertido en una especie de *flautista de Hamelín*, obligado a desplegar una ingente cantidad de recursos para lograr un número de adhesiones lo suficientemente significativo como para asumir la representación del mismo. En este sentido, creemos que es precisamente esta la razón por la cual el Anteproyecto decidió optar por suprimir la legitimación conferida a los grupos de afectados que estuvieran determinados o fueran fácilmente determinables, a los que se refiere el n.º 7 del apartado 1 del art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como sabemos, para que puedan comparecer en nombre de aquellos la ley estaba exigiendo que se constituyera con la *mayoría de los afectados*.

En todo caso, y a pesar de tratarse de una acción única, es evidente que dada la eventual repercusión que puede tener la sentencia que se dicte, así como los efectos que tiene la admisión misma de la demanda sobre las acciones individuales, la Directiva europea considera sumamente importante que los consumidores y usuarios afectados por la acción de representación tengan un conocimiento efectivo de la existencia del proceso y que se les ofrezca una información adecuada en un lenguaje que comprendan acerca de las

⁴⁰ Hay que recordar en este aspecto que, con arreglo a la actual normativa, la jurisprudencia se había encargado de precisar que no producen efectos de cosa juzgada en los procesos individuales las sentencias dictadas en el ejercicio de acciones colectivas pues dichas acciones tienen objetos y efectos diferentes (STS 123/2017 [ROJ 477]). Sobre el alcance de esta doctrina jurisprudencial, ARMENGOT VILAPLANA (2020), p. 253.

⁴¹ Según el apartado 4 del artículo 853 del Anteproyecto, la interposición por parte de un consumidor de una acción resarcitoria individual cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación equivaldría a la expresión de la voluntad de no verse vinculado a la acción de representación emprendida.

posibilidades que disponen y de las consecuencias de sus decisiones. Y, de otro lado, exige que se establezca una vía adecuada para manifestar su voluntad de desvincularse de una forma sencilla, o en su caso, de vincularse.

En este punto, conviene recordar que la jurisprudencia norteamericana había mantenido la tesis de que el ejercicio de una acción colectiva no debía suponer para el demandante que se propusiera ejercitarla un esfuerzo desproporcionado a la hora de identificar a los supuestos perjudicados, a raíz de la cual acuñó la doctrina acerca del *esfuerzo razonable*⁴². Por eso, para resolver la cuestión sobre si la solución adoptada en el Anteproyecto es la adecuada, debería resolverse planteando el dilema en sentido inverso, y preguntarnos si cada uno de los sistemas de adhesión respetan dicho canon de razonabilidad en cuanto al esfuerzo que deben desarrollar cada uno de los consumidores.

En este sentido, y para despejar cualquier duda sobre la adecuación del sistema a las exigencias constitucionales, debe quedar claro que la adhesión en este tipo de procesos no es a la acción, sino a los efectos resultantes del pronunciamiento judicial y, que inconscientemente, la normativa europea siempre espera que sea favorable a no ser que previamente las partes alcancen un acuerdo⁴³. La vinculación del consumidor no le convierte en parte, simplemente le da derecho a beneficiarse de los efectos económicos de la sentencia que se dicte, por lo que el sistema que ha pretendido instaurar nos parece el más coherente con el espíritu que informa la existencia de las acciones representativas.

Con el fin de llevar a cabo la gestión de este sistema, el Anteproyecto contemplaba la existencia de una *plataforma electrónica* a través de la cual, no solo los eventuales afectados podrían expresar su voluntad de ser excluidos, algo que deberá ser objeto de una decisión por parte del juzgador a través de lo que se ha denominado *auto de certificación*, sino que serviría de canal de comunicación con los afectados; es más, a la entidad demandante se le concedería incluso la posibilidad de encomendar la gestión de dicha plataforma a los colegios de los procuradores, algo que desde luego nos parece muy positivo.

⁴² Como señaló FAIRÉN GUILLÉN, la noción de *esfuerzo razonable* aplicable a las acciones en materia de consumidores, fue acuñada en 1974 a raíz de caso «Eisen contra Carlisle & Jacquelin» [FAIRÉN GUILLÉN (1990), p. 307], un caso que, como señaló SILGUERO ESTAGNAN, también eliminó la necesidad de que el demandante tuviera que demostrar *in limine litis* las posibilidades de éxito de la pretensión [SILGUERO ESTAGNAN (1995), p. 277].

⁴³ Solo hay que ver el gran interés de los redactores del Anteproyecto en fomentar los *acuerdos de resarcimiento* como vía de procurar la satisfacción anticipada de los derechos de los consumidores afectados; véase PLANCHADELL GARGALLO (2022), p. 729.

Así pues, bajo nuestro punto de vista, si la cuestión consistiera en valorar la constitucionalidad de la norma contenida en el Anteproyectos y tuviera que analizarse en estos términos de estricta compatibilidad con las exigencias del artículo 24 de la Constitución y determinar si es o no *razonable* el esfuerzo que ha de llevar a cabo el consumidor para manifestar su deseo de no quedar vinculado, nuestra opinión es clara: los requisitos establecidos resultarían adecuados para conseguir la finalidad que persigue el legislador europeo con las acciones de representación.

IV. TRATAMIENTO ANTICIPADO DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN. LA CERTIFICACIÓN ENTENDIDA COMO *DATIO ACTIONIS*. ESTÁNDARES DEL TEST DE PROSPERABILIDAD

Gran parte del éxito de todo este proceso lo confía a la llamada audiencia de certificación. Este acto procesal, inspirado en la regulación de la audiencia previa del juicio ordinario, tiene asignadas diversas finalidades, la mayoría de las cuales venían definidas en el artículo 846 del Anteproyecto⁴⁴. Entre ellas se encuentra la de analizar las cuestiones que afectan a la admisibilidad de la acción y autorizar la tramitación de la demanda en caso de que proceda. Esto supone, en primer lugar, concederle al juzgador la posibilidad de verificar la naturaleza colectiva de la acción, su homogeneidad y, a la vez, determinar el ámbito objetivo y subjetivo de la misma. En segundo lugar, darle la oportunidad de examinar si la pretensión está lo suficientemente fundada como para permitir la continuación del procedimiento y, por lo tanto, permitiéndole efectuar anticipadamente un juicio sobre la admisibilidad de la pretensión deducida.

Esta es la razón por la que probablemente el Anteproyecto le quiso atribuir la potestad de analizar de forma preliminar la idoneidad de la acción de representación resarcitoria también desde el punto de vista de su fundamentación fáctica, facultándole la posibilidad de rechazarla si estima que no está suficientemente fundada. Se trataría pues de concederle algo parecido a lo que ya existe en otros procesos y atribuirle la potestad de provocar una *denegatio actionis* en la hipótesis de que apreciara que no concurren los pre-

⁴⁴ Aunque se conserva la misma terminología, por la propia naturaleza de las acciones de representación, la llamada *certificación* cumpliría obviamente una finalidad en parte diferente a la que la doctrina le había previamente asignado conforme a la normativa actualmente vigente [SANDE MAYO (2018), p. 67].

supuestos procesales ni materiales para hacerla valer o si la considera manifiestamente infundada⁴⁵.

Así pues, dadas las especiales características de esta acción, para su ejercicio no basta, como sucede en el resto de los supuestos, el mero acto de interponer una demanda para generar con ella el deber del tribunal de pronunciarse sobre el fondo de la pretensión deducida; es preciso que exista una decisión del juzgador que la autorice y reconozca con carácter previo la existencia del derecho a deducir dicha pretensión.

Por cuanto llevamos dicho, y aunque la identificación del carácter colectivo de este tipo de acciones no ha resultado tarea fácil en el pasado⁴⁶, a la vista de la normativa que nos proporciona la Directiva, sea cual sea la posición que se adopte, no creemos su aplicación plantee excesivos problemas interpretativos a la hora de determinar si una acción es o no de representación, aun así, como ha puesto de relieve la doctrina, hay que seguir siendo cautelosos para no confundir una acción colectiva resarcitoria con una mera acción agrupada⁴⁷.

Afortunadamente, el Anteproyecto concedía al tribunal la facultad de examinar otros aspectos, como, por ejemplo, la homogeneidad entre las acciones resarcitorias, fundamental para calificar de colectiva a la acción de representación (art. 487)⁴⁸. Por lo tanto, no debería admitirse una demanda *que claramente encubra una acumulación subjetiva de acciones* y en la que, a través de ella, lo que pretenda el actor sea la reparación individual de los daños en el supuesto en que eso suponga tener que entrar, como cuestión de fondo, en el análisis pormenorizado del hecho o la conducta haya ocasionado a cada uno de los afectados. De ahí que, para apreciar la existencia de un interés como colectivo habría que hacer lo mismo que para observar una pintura impresionista; poner un poco de distancia, esto es, retirarse unos metros para poder identificar el conjunto.

Pero, como hemos indicado, lo más reseñable de esta normativa se encuentra en la posibilidad que tiene el juzgador de no dar trámite a esta demanda si la pretensión que se deduce carece *manifiestamente de fundamento* (art. 847), algo que es una gran nove-

⁴⁵ Esta especial limitación se ha aplicado tradicionalmente en el ámbito de la justicia penal para evitar tener que someter a juicio a una persona cuando la acción interpuesta no esté suficientemente fundada y que GÓMEZ ORBANEJA tuvo la genial intuición de ver en ella una clara manifestación de esta institución romana [GÓMEZ ORBANEJA (1947), p. 128].

⁴⁶ LOZANO-HIGUERO PINTO (1983), p. 156, BUJOSA VADELL (1994), p. 87 y SANDE MAYO (2018), p. 57.

⁴⁷ CRESPO MORA, *RCDI* (2022), p. 2498.

⁴⁸ ARMENTA DEU (2013), p. 32.

dad pues, como hemos anticipado, a diferencia de lo que sucede con el resto de los supuestos que rigen en el proceso civil, no bastaría con que alguien promoviese la acción para obligar al juez a pronunciarse sobre el fondo del asunto; será necesario que autorizase su ejercicio a través de la resolución de certificación⁴⁹.

En este sentido, es de suponer que los redactores del Anteproyecto han sido conscientes de que el mero hecho de la interposición de la demanda puede tener una enorme repercusión económica en los empresarios y profesionales a quienes se les reprocha la conducta objeto de este proceso y que en muchos aspectos puede afectar a su futuro, su imagen y su reputación en el mundo de la industria y el comercio⁵⁰. Por ello puede parecer prudente establecer algunos controles que impidan un uso frívolo o abusivo de la acción, lo cual es lógico si tenemos en cuenta la trascendencia económica y social que un proceso de estas características puede tener en las empresas demandadas⁵¹.

Y desde luego, aunque excepcional, esta potestad no es algo que sea ajeno a nuestra tradición jurídica ya que este es el clásico criterio al que, en ocasiones, suele recurrir el legislador bien para ahorrarse algún esfuerzo procesal innecesario⁵² o, simplemente, para evitar lo que se ha dado en llamar como el *inevitable mal* del proceso⁵³. En este caso, no ha sido fruto de un capricho de los redactores de la norma que comentamos, sino que es una exigencia que viene impuesta expresamente por la propia Directiva que, entre otras cosas, obliga a que la legislación nacional prevea un trámite en el que se puedan desestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible del procedimiento.

A fin de poder pronunciarse sobre esta cuestión y analizar el alcance que deba darse a esta previsión, conviene examinar la forma en la que estaba formulada esta facultad. El Anteproyecto, recurriendo a un circunloquio bastante sinuoso desde el punto de vista gramatical, y probablemente sin que los redactores hayan medido todas sus consecuencias, además impone a la entidad

⁴⁹ Como sabemos, en el procedimiento de la *legis actionis*, el Pretor podía rechazar la demanda del actor si no existía una acción que la amparara, bien porque tal protección no estuviera establecida o bien por la falta de los requisitos para hacerla valer [WENGER (1986), p. 103].

⁵⁰ CRESPO MORA, *RCDI* (2022), p. 2518.

⁵¹ En este aspecto, como ha puesto de relieve, REVILLA GONZÁLEZ, un elemento decisivo lo debe constituir el control de transparencia sobre las fuentes de financiación provenientes de terceras personas que sean suficientemente efectivos para atajar los eventuales abusos en el uso de este tipo de acciones colectivas [REVILLA GONZÁLEZ (2018), p. 2125].

⁵² Así, ha sido un criterio muy habitual por ejemplo como medio para evitar la saturación en el acceso a determinados recursos; vid, CALAMANDREI, *RDP* (1956), p. 164.

⁵³ FAIRÉN GUILLÉN, «La demanda en el proceso civil español» (1955), p. 459.

demandante la carga de aportar en la demanda los elementos de prueba que, *prima facie*, acrediten la fundamentación de la acción de representación que se proponga ejercitar, exigiéndole que aporte una *motivación* de los hechos que, si bien le exima de la necesidad de aportar todas las pruebas que disponga, sean de *las que razonablemente haya podido tener acceso* y sean *suficientes para justificar la viabilidad* del ejercicio de la acción (art. 838).

Ahora bien, es evidente que tal como está redactada esta exigencia, individualmente considerada, entraña bastantes riesgos y, desde luego, por sí misma no puede erigirse un obstáculo para denegar la certificación. De lo contrario estaríamos ante una situación de la que sería muy difícil salir pues, como ha resaltado la doctrina, si para dar curso a la demanda es necesario conocer el fundamento de la pretensión y para conocer el fundamento de la pretensión es necesario que el demandante lo acredite inicialmente para que el juzgador pueda tomar una decisión sin que ello suponga prejuzgar el resultado definitivo, no cabe más opción que pedirle al demandante que aporte un *principio de prueba*, es decir, algo que, sin servir para formar de manera plena la convicción del juez sobre la existencia de los hechos alegados como fundamento de la pretensión, le proporcione al juzgador al menos un indicio racional sobre su existencia⁵⁴.

Por eso, cualquiera que conozca la famosa novela de Jonathan Harr, *A civil action*, comprenderá el motivo por el que el juez del caso al que se refiere esta obra, desestimó la moción de uno de los abogados de las empresas demandadas que se opuso a la admisión de la demanda invocando el artículo 11 de la *Federal Rules of Civil Procedure*, que precisamente otorga al juez la facultad de examinar de manera preliminar los fundamentos de la acción que el demandante acababa de plantear. Se trataba también de una acción colectiva en la que se reclamaban los daños producidos por unos vertidos procedentes de dos grandes empresas industriales. El juez finalmente optó por rechazar la excepción al considerar que, si bien dicha norma tiene por objeto combatir a quienes ejerciten pretensiones abusivas o carentes de fundamento, no puede utilizarse para poner en duda la seriedad de una acción cuando los perjudicados, al tiempo de la demanda, sólo dispongan de pruebas meramente circunstanciales⁵⁵.

Por lo tanto, si hubiéramos de seguir ese mismo criterio, creemos que la única manera posible de hacer que esta previsión sea compatible con las garantías derivadas del art. 24 de la Constitu-

⁵⁴ GUASP (1948), I, p. 344.

⁵⁵ HARR (1995), p. 119.

ción, es interpretarlo de manera que el juzgador solo pudiera rechazar *in limine litis* la acción tras alcanzar un juicio negativo sobre la existencia del derecho que se hace valer que resulte «manifiesto», pues de lo contrario, podríamos encontrarnos con un serio problema de constitucionalidad, especialmente en este tipo de procesos en los que los demandantes pueden tener un difícil acceso a las fuentes de prueba.

V. REFLEXIÓN FINAL. LUCHA POR EL DERECHO Y PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

Como ha puesto de relieve Moreno Catena, el modelo de proceso civil se encuentra en un momento de profunda transformación, motivado, entre otros factores, por la incidencia que la legislación europea está teniendo especialmente a raíz de normativa de protección de los consumidores y usuarios. Esto supone tener que replantearse algunos de los principios constitutivos que han servido para elaborar los grandes conceptos de nuestra disciplina, entre ellos está el de asumir la existencia de vías que faciliten la defensa de los derechos de los consumidores más allá del estrecho marco del proceso civil tradicional⁵⁶.

Entre ellos sin duda se encuentran el de las acciones de representación que, desde luego, si se les quiere encontrar una utilidad, no podemos analizarlas bajo la luz del estrecho marco que nos proporcionan los conceptos tradicionales de la doctrina⁵⁷. A nuestro modo de ver, a fin de centrar debidamente la cuestión, el reconocimiento de este tipo de acciones debería analizarse a la luz de las garantías del principio de efectividad que preside la normativa europea de protección de los consumidores en el que la cuestión sigue girando en torno al debate sobre la función que deben desempeñar los tribunales ante esta realidad que parece enfrentar de nuevo al derecho objetivo en contraposición con la tutela de los intereses de los particulares.

Como indicamos al inicio de este trabajo, prácticamente desde sus orígenes, las sociedades han ido dejando en manos de los particulares la protección de los derechos hasta el punto de que en este tema, como en tantos otros, sobrevuela una vieja polémica que durante muchos años estuvo centrando los debates en torno al contenido del derecho de acción, consistente en determinar si realmen-

⁵⁶ MORENO CATENA, «Sobre el futuro del proceso civil» (2022), p. 659.

⁵⁷ ORTEGO PÉREZ, *RGDP* (2020), n.º 52, p. 13.

te el proceso es un servicio que el Estado presta a los ciudadanos, proporcionándoles el medio de actuar ante los tribunales los derechos subjetivos que las normas les reconocen, o si, por el contrario, es un servicio que los ciudadanos prestan al Estado proporcionándole, a través de la tutela de sus derechos, la ocasión para preservar la integridad del derecho objetivo⁵⁸.

He aquí, frente a frente, las dos realidades del proceso.

Durante algún tiempo, la tutela del derecho objetivo, como tal fin, quedó en parte relegado a un segundo plano en favor de una orientación en la que los litigantes, en virtud del principio de autonomía, tenían plena libertad para decidir de qué manera querían que el juez amparara sus derechos. Y desde luego, esta concepción influyó decisivamente en un concepto de legitimación tradicionalmente vinculada a la noción de derecho subjetivo en la medida en que se entendía que únicamente podía defender un derecho quien afirmara ser titular del mismo y bajo el entendimiento de que la legitimación de quien se presentase como perjudicado nacía de la lesión, originando con ello el derecho de exigir de otro la obligación de restablecer el derecho lesionado.

Y en este sentido, aunque hoy es más claro que la protección de un derecho está condicionada a la existencia de la norma sustantiva que lo ampare, raro es el caso, al menos en la jurisdicción civil, en que la legitimación venga conferida con exclusivo propósito de procurar el restablecimiento de la legalidad al margen de la tutela de los intereses individuales pues era algo que, según la doctrina clásica, se producía de manera natural o consustancial desde el momento en que los ciudadanos solicitan la tutela de sus derechos ante los tribunales.

De este modo, al tratar de las acciones de representación quizá no sea ocioso traer a colación la gran aportación de Ihering a la hora de ver en *la lucha por el Derecho* un elemento que viene a reforzar su valor; y de ahí también su insistencia en la necesidad de que los ciudadanos defiendan sus derechos ante los tribunales, dando por sentado que, al hacerlo, cada uno de ellos está defendiendo también la ley. Si eso no fuera así, tal como añade el maestro alemán, el derecho acabaría perdiendo toda su fuerza y autoridad de manera que si nadie mostrara interés por solicitar la tutela de sus derechos, o no es lo bastante valiente como para vencer la aversión hacia la disputa y dominar el miedo frente a los procesos judiciales, sería lo mismo que si la norma jurídica no existiera; por el contrario, quien toma la decisión de defender su derecho y no

⁵⁸ CALAMANDREI, «La relatividad del concepto de acción» (1961), p. 136.

renuncia a su ejercicio, beneficia a toda la sociedad ya que con su acción contribuye al mantenimiento del orden jurídico⁵⁹.

Pero seamos conscientes de que en ese contexto tan orteguiano en que se encuentra el individuo respecto del mundo que nos rodea y en el que nos ha tocado vivir, se descubre que los ciudadanos nos hallamos cada vez más solos, desasistidos e incapaces de luchar aislada e individualmente contra las situaciones injustas y en donde el mercado es casi un campo de batalla, hasta el extremo de que, muchas veces, ese espíritu tan combativo del que hablaba Ihering decae y no nos queda más alternativa que aceptar resignadamente esta circunstancia y renunciar a la defensa de nuestros derechos y nuestros legítimos intereses.

Este es el motivo por el que, en determinados momentos, el derecho ha recurrido a fórmulas o técnicas de organización procesal que vienen, como *buen samaritano*, en nuestro socorro, entre las que el propio autor incluyó, como no, a las acciones populares romanas, y que ofrecían, a quien quisiera utilizarlas, la posibilidad de salir en auxilio de quienes no fueran capaces de defenderse por sí solos⁶⁰.

Por ello, no podemos dejar de ver en la legitimación conferida a las acciones de representación un fenómeno con funciones similares a las que históricamente llevaban a cabo tanto las acciones populares como las *class actions*, las cuales por cierto, no dejan de ser una variante de aquellas⁶¹. Con ello se espera que el tejido institucional de la sociedad civil y, especialmente, las asociaciones de consumidores desempeñen un papel más activo a la hora de garantizar el cumplimiento de la normativa europea en materia de protección de sus derechos ya que, de no hacerlo, se convertiría en papel mojado.

Por lo tanto, las acciones de representación, cumplirían una evidente función social; no son un medio para la satisfacción del interés de quien la ejercita y en cuyo nombre se ejercita, sino un medio dispuesto para la protección de un interés común, que quizá no sea general, pero sí el de una gran mayoría de particulares o al menos un número muy considerable de ellos, que va más allá de las razones que cada uno tenga para promover la tutela de sus derechos individuales ante los tribunales⁶². Es muy importante en este senti-

⁵⁹ IHERING (2018), p. 85.

⁶⁰ IHERING (2018), p. 90, nota 13.

⁶¹ La doctrina ya tuvo ocasión de poner de manifiesto estas similitudes [CARPI (1974), p. 99]. Esta orientación se encuentra muy arraigada en muchos países latinoamericanos gracias a la contribución del gran procesalista brasileño, Juan Carlos BARBOSA MOREIRA [BARBOSA MOREIRA (1977), p. 110].

⁶² A este carácter *social* ya se refirió SANDE MAYO para caracterizar a una parte de las acciones colectivas, específicamente las dispuestas en la Ley de Enjuiciamiento Civil

do advertir, que no estamos simplemente ante una pluralidad de sujetos que deciden en un momento dado unir sus fuerzas por puras razones de conveniencia para la defensa de sus derechos individuales⁶³.

De ahí que el objeto del proceso tenga necesariamente que ser diferente; incluso en las acciones de resarcimiento, más proclives a la obtención de un beneficio personal, la finalidad del proceso no es conseguir la satisfacción individualizada de los daños sufridos a todos y cada uno de los consumidores a los que se extiende el proceso, que, de serlo, sería simplemente el objeto inmediato de la pretensión. Tampoco lo puede constituir el motivo concreto que mueve a cada entidad a interponer la demanda, sino el conjunto de circunstancias en que se apoya para solicitar una consecuencia jurídica que, en modo alguno, puede desvincularse de la existencia de un elemento esencial de naturaleza *inmaterial*, un hecho que, como ha puesto de relieve la doctrina⁶⁴, trascienda a la heterogeneidad de los intereses que se ponen en juego, y que es lo que debería dar cohesión jurídica a lo que se esgrima como fundamento a la pretensión que con aquella se proponga conseguir y que, en definitiva, es lo que justificaría el ejercicio de la acción, más allá del resarcimiento o de la concreta compensación que se pretenda obtener.

Es verdad que es posible que en semejante planteamiento vuelva a estar presente aquella vieja polémica a la que nos hemos referido y que sitúa el debate sobre cuál debe ser la orientación que debería tener el proceso civil en ciertos asuntos, un debate permanente pero inacabado que alcanza a la necesidad de decidir cuál es el interés que debe prevalecer en el proceso y cuáles son los medios adecuados para lograrlo⁶⁵.

No podemos perder de vista que el fundamento que está detrás de la legislación aprobada para proteger los derechos de los consumidores y usuarios es fruto de los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho que, como todo el mundo sabe, vino para superar las deficiencias del individualismo liberal, dando una nueva forma a las instituciones y a los valores éticos que deben regir su funcionamiento; y esto, irremediabilmente, tiene que tener reflejo

para la defensa de los intereses «supraindividuales» y que, en su opinión, se encontrarían a medio camino entre los intereses públicos o generales y los individuales [SANDE MAYO (2018), pp. 72 y 90].

⁶³ CHIOVENDA, «Sobre el litisconsorcio necesario» (2022), p. 204.

⁶⁴ BUJOSA VADELL (2020), p. 23.

⁶⁵ Una exposición completa sobre las diversas posiciones doctrinales en torno a esta problemática puede encontrarse en BAUR, *RDPIb* (1972), n.º 2-3, p. 303. No se puede perder de vista tampoco la perspectiva que en este sentido ofrece MONTERO AROCA, *T&D* (2010), n.º 7, p. 14.

en el instrumento que el Estado pone al servicio de sus ciudadanos para la defensa de sus derechos ante los tribunales: el proceso.

La necesidad de establecer mecanismos eficaces, y las acciones de representación es uno de ellos, que corrijan la posición tan desigual de la que parten los consumidores desde el punto de vista sustantivo con respecto a la cómoda situación en la que se encuentran los productores de bienes y prestadores de servicios, requiere una reconfiguración de los principios y reglas procesales o, al menos, la obligación, siquiera moral cuando no jurídica, de tener que verificar si, para este tipo de asuntos, es preciso tener en cuenta algunas especialidades que aseguren un mayor nivel de protección por parte de los tribunales⁶⁶.

Pero desde luego, para que el sistema resulte de utilidad, todo ello exige con carácter previo un replanteamiento del papel que deben desempeñar las entidades que se comprometan a defender los derechos de los consumidores a través de este nuevo proceso. A nuestro modo de ver, la primera condición que deben tener las entidades a quienes se les habilite para ejercer este tipo de acciones, es ostentar la capacidad para generar la suficiente confianza entre esa mayoría silenciosa en cuyo nombre actúan a fin de que se sientan debidamente representados cada vez que decidan emprender una acción ante los tribunales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, Marien: «Concurrencia de acciones colectivas e individuales: la solución a un problema de legalidad ordinaria de manos del TJUE», en *Estudios sobre jurisprudencia europea* (Albert Ruda y Carmen Jerez), Madrid, 2018, p. 473.
- ALMAGRO NOSETE, José: «La protección procesal de los intereses difusos en España», en *Justicia*, 1983, n.º 1, p. 73.
- ARIZA COLMENAREJO, M.ª Jesús: «Efectos de las resoluciones dictadas en procesos colectivos y el llamado proceso testigo», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (M.ª Isabel Romero Pradas), Valencia, 2022, p. 755.
- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia: «La cosa juzgada en acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI* (Ana Montesinos García), Valencia, 2020, p. 253.
- «La acumulación de la acción colectiva de cese y la acción colectiva resarcitoria. Situación actual y propuestas de futuro», en *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, Libro homenaje a Valentín Cortés, A Coruña, 2022, p. 113.
- ARMENTA DEU, M.ª Teresa: *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Madrid, 2013.

⁶⁶ MORENO CATENA, «Sobre el futuro del proceso civil» (2022), p. 662.

- «La legitimación en las acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI* (Ana Montesinos García), Valencia, 2020, p. 253.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos: «A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados “interesses difusos”», en *Temas de Direito Processual*, São Paulo, 1977, p. 110.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael: *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada, 1998.
- BAUR, Fritz: «Liberalización y socialización del proceso civil», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 2-3, 1972, p. 303.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo: *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1994.
- «¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE PROCESOS COLECTIVOS?», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI* (Ana Montesinos García), Valencia, 2020, p. 17.
- CALAMANDREI, Piero: «La sentencia como medio de prueba», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 589.
- «La relatividad del concepto de acción» en *Estudios sobre el proceso civil*, cit., p. 135.
- «Sulla nozione di “manifesta infondatezza”», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, p. 164.
- CAPPELETTI, Mauro: «La protección de los intereses colectivos y de grupo en el proceso civil. Metamorfosis del procedimiento civil», en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, 1997, p. 73.
- CARPI, Federico: *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milán, 1974.
- CHIOVENDA, Giuseppe: «Sobre el litisconsorcio necesario», en *Ensayos de Derecho procesal*, Santiago (Chile), 2022, p. 201.
- CRESPO MORA, María Carmen: «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, n.º 793, p. 2485.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «Una perspectiva histórica del proceso: la “litiscontestado” y sus consecuencias», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 13.
- «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 145.
- «La demanda en el proceso civil español», en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 438.
- *Doctrina general del Derecho Procesal*, Barcelona, 1990.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Madrid, 2010.
- «Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (M.ª Isabel Romero Pradas), Valencia, 2022, p. 693.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: «Legitimación y representación», en *Derecho y proceso*, Madrid, 2009, p. 254.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1947.
- *Derecho Procesal Civil* (con Vicente Herce Quemada), Madrid, 1976.
- GONZÁLEZ CANO, M.ª Isabel: *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, 2002.

- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Granada, 1996.
- GUASP, Jaime: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, I, 1948, p. 344.
- HARR, Jonathan: *A civil action*, Nueva York, 1995 (existe una edición traducida en Plaza&Janes, publicada en 1999).
- IHERING, Rudolf: *El espíritu del derecho romano*, Granada, 2011, p. 656.
- *La lucha por el derecho*, trad. Luis Lloredo Alix, Madrid, 2018.
- KASER, Max: *Derecho privado romano*, trad. Patricio Lazo González y Francisco Andrés Santos, Madrid, 2022.
- LIEBMAN, Enrico Tullio: *Manual de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El sistema de las “class actions” en los Estados Unidos de América*, Granada, 2001.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.
- *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (ANTONIO M.^a LORCA NAVARRETE), I, Valladolid, 2000, p. 162.
- MARTÍN PASTOR, José: «La acumulación objetivo-subjetiva de acciones como técnica de agilización de la justicia civil en tiempos de crisis», en *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma* (Manuel Ortells Ramos y Rafael Bellido Penadés), Madrid, 2016, p. 177.
- MONTERO AROCA, Juan: *La legitimación en el proceso civil (un intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994.
- «Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil», en *Teoría y Derecho*, n.º 7, Valencia, 2010, p. 14.
- MORENO CATENA, Víctor: *Introducción al derecho procesal* (con Valentín Cortés), Valencia, 2021.
- «SOBRE EL FUTURO DEL PROCESO CIVIL», en *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, Libro homenaje a Valentín Cortés, A Coruña, 2022, p. 659.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Poderes del juez y eficacia en los procesos colectivos: entre la dogmática y la práctica», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 52, 2020, p. 13.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «Litigiosidad masiva y proceso civil», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico* (Gemma García-Rostán Calvín y Julio Sigüenza López), Pamplona, 2017, p. 239.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: «Acuerdos en procesos colectivos de consumo: posibilidades y efectos», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (M.^a Isabel Romero Pradas), Valencia, 2022, p. 729.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo: *Tratado de Derecho Procesal*, I, Pamplona, 1985.
- REIFARTH MUÑOZ, Walter: *La tutela colectiva de los derechos fundamentales*, Pamplona, 2023.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto: «Third party litigation funding: un concepto relativamente nuevo y un negocio que crece rápidamente», en *Derecho y proceso*, Libro homenaje al profesor Ramos Méndez, Barcelona, 2018, III, p. 2115.
- SANDE MAYO, M.^a Jesús: *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Pamplona, 2018.
- SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín: *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, 1995.

WENGER, Leopold: *Institutes of the roman law of civil procedure*, trad. Otis Harrison Fisk, 1986.

WINDSCHEID, Bernhard: «La *actio* del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual», en *Polémica sobre la “actio”*, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1974.

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

ARECHEDERRA, Luis: *La crisis del matrimonio y de la familia (Un cambio cultural)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 252 pp.

El profesor Luis Arechederra vuelve en esta obra sobre los intereses e inquietudes que han ocupado su prolífico quehacer investigador en los últimos años, para presentar ahora una visión global de la evolución experimentada por el matrimonio y la familia desde su inicial versión codificada. Y así, tras haber dedicado sendas monografías a la problemática planteada por la doble maternidad –*Realidad, ilusión y delirio en el Derecho de filiación*, Madrid, Dykinson, 2017–, la gestación subrogada –*No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018– y la génesis histórica del matrimonio civil en España –*Matrimonio civil y libertad religiosa en España (Crónica jurídica)*, Madrid, Dykinson, 2020–, ofrece en el libro objeto de esta reseña una crónica del Derecho de Familia actual a partir del relato de lo sucedido en las cuestiones determinantes para su evolución.

Más allá de los géneros al uso, este libro constituye una obra jurídica lindante con el periodismo, que en palabras del autor presenta «una exposición general que pueda ir indicando cuáles han sido los puntos neurálgicos que expliquen los cambios» y su carácter reversible o no. Como explica en la Introducción, el objetivo del libro es suplir una carencia presente en la literatura jurídica, que estima más centrada en el análisis técnico de las reformas legislativas que en la exposición global de su resultado, afectante al modelo mismo de matrimonio y familia. Para este empeño, el autor elude voluntariamente la aportación de opiniones y argumentos propios: trata de limitarse a recopilar materiales variados (legislativos, jurisprudenciales y, en menor medida, doctrinales) que dan cuenta a modo de noticiero de los cambios experimentados en los aspectos más relevantes y significativos del Derecho de familia, para provocar en el lector sus propias reflexiones y conclusiones. Desde este planteamiento, el libro constituye una visión caleidoscópica de

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

las cuestiones que han dado forma al actual Derecho de familia y certifican el cambio cultural (mucho más que ideológico, político o jurídico) que lo sustenta, según la tesis del profesor Arechederra expuesta desde el mismo título de su trabajo.

Alejado del prurito académico, desde la originalidad y libertad de pensamiento con que quienes hemos tenido la suerte de trabajar con él tanto hemos disfrutado, Luis presenta su trabajo como un ensayo donde brinda al lector iniciado una serie de teselas cuya novedad radica en el mosaico final resultante. Efectivamente, los diversos materiales recogidos se subliman de la mano experta del autor, para ser interpretados a la luz de las consideraciones históricas, sociológicas e ideológicas que el bagaje cultural del profesor Arechederra ofrece con sencillez. Y aunque, como ya he dicho, ha tratado de mantenerse al margen, al adoptar el papel de mero recopilador y condensar sus conclusiones en las escasas páginas de la inicial introducción y final recapitulación, el libro está cuajado de lo que podría llamarse «píldoras de opinión», que recogen de la forma sintética y provocadora muy del gusto del profesor Arechederra, a modo de disparos a bocajarro, su personal pensamiento.

Como muestra, algunos botones. Sobre la progresiva independencia de los cónyuges dentro del matrimonio: «No está en juego la indisolubilidad. Está en juego la continuidad», p. 60; acerca de las consecuencias de la (justa) equiparación entre la filiación matrimonial y no matrimonial: «el matrimonio pierde el monopolio institucional de la transmisión de la vida», p. 77; respecto de la sustitución del acto procreativo humano por la técnica: «la paternidad es sustituida por una producción en serie de personas», p. 116; respecto de la doble maternidad o paternidad: «Su aspiración es una filiación legal carente de fundamento biológico o adoptivo. Por lo tanto, la configuración del vínculo adoptivo como filiación, a pesar de admitir junto a la filiación natural otra artificial –paso que a mi juicio no debió darse– da lugar a *lo de siempre*. Lo que es verdadero es verdadero y lo que no es verdadero no es verdadero», p. 123; en relación con la radical trascendencia de la aceptación social de la unión de hecho: «los ciudadanos han asimilado la idea de que para constituir una familia no es preciso acudir al templo o al juzgado. Basta con la entrega de llaves del piso por parte de la inmobiliaria, que normalmente no pregunta nada», p. 126; y, finalmente, un juicio sobre la situación actual del matrimonio civil en España: «Si es posible que se disuelva la relación matrimonial por la voluntad de una de las partes, eso quiere decir que en España la institucional matrimonial es irreal. La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 [...] defiende el *derecho a no continuar casado*. Poco más se puede exigir a un texto legal para que se explique», p. 243. El lector podrá estar o no de acuerdo pero, sin duda, no quedará indiferente.

En coherencia con la última de las afirmaciones recogidas, el autor considera que hoy carece de sentido iniciar la explicación del Derecho de familia con la exposición del matrimonio, dado que es solo una de las posibilidades socialmente admitidas para fundarla (p. 77), y ha dejado de ser una institución pública para convertirse en un contrato privado (p. 207). De manera que es la filiación la institución que articula actualmente el Derecho de familia, sustentada en dos premisas fundamentales: la ya mencionada equiparación de efectos entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y la evolución experimentada sobre la investigación de la paternidad. En relación con la primera, el autor reitera que dicho justo cambio fue primero cultural y solo después legislativo: la postergación en el trato familiar y sucesorio de los

hijos extramatrimoniales ya había quedado en Europa sin explicación plausible y por ende sin sustento social antes de las reformas legislativas que la superaron. Respecto de la libre investigación de la paternidad, el profesor Arechederra critica la ampliación experimentada en su ámbito de aplicación, que de propiciar la responsabilidad del padre desemboca en la libre determinación de la filiación. Incluso, subraya que el Tribunal Constitucional no ha llegado a pronunciarse sobre la legitimación del padre no matrimonial para reclamar su paternidad frente a una matrimonial ya determinada y vivida por el hijo. Con estas dudas, pone sobre la mesa el debate hoy presente en toda Europa sobre la conveniencia de imponer la verdad biológica sobre la paternidad socialmente vivida y garante de la estabilidad del hijo. Desde la misma inspiración, advierte cómo el declive de la presunción de paternidad es consecuencia del sufrido por el matrimonio, y constituye por tanto una importante novedad cultural. Que viene a dejar sin fundamento la exclusión de la legitimación activa de la mujer-madre-esposa para impugnar la paternidad matrimonial del marido, lo cual «constituye una alteración del modelo de familia imperante hasta la entrada en vigor de la Constitución equiparable al principio de la igualdad de las filiaciones» (p. 130).

El libro objeto de esta reseña termina con unas palabras que confirman el objetivo anunciado en las primeras páginas: «Ahora corresponde al lector –tal como acordamos en la Introducción– concluir, indicando qué cambios experimentados por el matrimonio y la familia son reversibles, y qué otros nos remiten a un futuro incierto». Previamente, Luis Arechederra ha construido su tesis, decantada a partir de los materiales presentados a lo largo de la obra: la transformación experimentada por la familia y por el matrimonio a lo largo del siglo xx y hasta la actualidad no es fruto de cambios legislativos, ni siquiera constitucionales, sino de una transformación cultural, que provoca la pérdida de sustento de los principios básicos de la configuración familiar que aún estaba presente en los Códigos civiles y representaba la lectura laica de los postulados procedentes de la Iglesia Católica. Esta hegemonía cultural le conduce a plantearse reiteradamente la relación entre la naturaleza y la cultura, para advertir que, aunque la primera no cambie, la segunda la presenta conforme a parámetros fluctuantes en el tiempo. Lo cual es diferente a construir las instituciones jurídicas de espaldas a la naturaleza, postura que conduce a «territorios extraños».

Creo que cuanto antecede basta para convencer del enorme provecho que no solo el jurista, sino también cualquier lector interesado obtendrá con la lectura de este libro, dada su inspiración cultural, alejada de aproximaciones técnicas y carentes de las imprescindibles referencias sociales al Derecho. Por mi parte, con esta reseña del último (por ahora) libro de quien prologó mi primero, cierro un fructífero y gratificante círculo: regalos de la vida.

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de La Rioja

BLANDINO GARRIDO, M.^a Amalia: *El precontrato y la opción*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 240 pp.

Me solicitó uno de los responsables del apartado *Libros* del Anuario de Derecho civil la realización de la recensión de esta obra, y ante su ofrecimiento de hacerme llegar un ejemplar pude hacerle saber con satisfacción que la autora me había enviado un volumen con un tarjetón ológrafo, cosas ambas –el ejemplar y el tarjetón manuscrito– de cada vez más escasa proliferación.

La monografía que tengo el gusto de reseñar, prologada por el catedrático Vincenzo Barba, consta de 231 páginas, 80 referencias bibliográficas y 1029 citas a pie de página unirreferenciales la inmensa mayoría, que sirven de soporte bibliográfico y jurisprudencial al texto. El libro podría haber sido enriquecido con un índice de sentencias y resoluciones que resultaría extenso a tenor del número de pronunciamientos utilizados.

De conformidad con el título, la monografía descansa sobre dos pilares: el precontrato y la opción, pilares que a similitud de los elementos arquitectónicos discurren paralelos. Tras la introducción, dedica el capítulo segundo al «precontrato y la promesa de contrato», con mayor incidencia en el precontrato. Los siguientes seis capítulos se centran en la opción, cuyos epígrafes y correspondiente contenido son de suyo muy ilustrativos: III. Contrato y derecho de opción, IV. La opción personal, V. El derecho real de opción, VI. La opción en garantía de un crédito, VII. La transmisión de la opción, y VIII. La extinción de la opción.

Inicia la profesora Blandino el capítulo sobre el «precontrato y la promesa de contrato», como suele ser habitual, con la «construcción doctrinal y jurisprudencial» de la figura del precontrato, con una voluntad implícita de construir un régimen unitario del precontrato. Conoce la dificultad del intento, por lo que de la mano de la jurisprudencia, la doctora Blandino se rinde a la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de los elementos del futuro contrato, en dos epígrafes que constituyen el meollo de este capítulo: «A. La configuración del precontrato como contrato del que dimana la obligación recíproca de perfeccionar el contrato definitivo» (página 49), y «B. La obligación recíproca de vincularse al contrato definitivo como posible objeto del precontrato» (página 50). Seguidamente establece el régimen del precontrato diferenciando las dos posibles *formas* del precontrato, que culmina en la página 56 con su opinión que reproduzco, dado que su interés justifica la longitud de la cita: «A mi modo de ver, sería válido igualmente un precontrato en el que no estén especificados todos los elementos esenciales del futuro contrato, siempre que resulte posible identificar el objeto del contrato proyectado. Al lado del precontrato que contiene la totalidad de los elementos necesarios para la perfección del contrato proyectado, sin necesidad de nuevo acuerdo de las partes para completarlo, cabe admitir la validez del precontrato en el que las partes manifiestan su intención de celebrar el contrato definitivo, cuyo contenido queda abierto y pendiente de que las partes lo completen mediante nuevos acuerdos. En esto reside, precisamente, la ventaja del precontrato, que requiere una reiteración en la prestación del consentimiento contractual: que permite obtener una vinculación actual cuando la ley exija ciertos requisitos para la conclusión del contrato que en aquel momento no pueden conseguirse, o por cualquier otra circunstancia de interés para las partes, permitiendo una definitiva concreción de su contenido más adelante» (p. 56).

En consecuencia, a cada forma de precontrato aplica regímenes jurídicos diferenciados. Ejemplo de ello, los efectos del incumplimiento. Para el precontrato que precisa de un nuevo consentimiento de las partes prevé una indemnización de daños y perjuicios, que extiende no solo al interés negativo sino «al llamado interés positivo o pérdida de oportunidades en toda su extensión, esto es, incluido también el que pudiera derivarse del *lucrum cessans*» (página 70). El incumplimiento del precontrato que contenga los elementos del contrato definitivo permitirá «la condena al cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato proyectado» (página 71).

Con mucha agilidad completa el capítulo dedicado al precontrato con la comparación y distinción de otras figuras afines. Los términos de la comparación se relacionan con la promesa de «compra y venta» del artículo 1451 del Código Civil que critica manifiestamente; con la promesa de prenda o de hipoteca del artículo 1862 del Código Civil que no considera un precontrato; con la promesa unilateral y la promesa bilateral de la ley 516 del Fuero Nuevo, sin olvidarse de mencionar la propuesta de Código Civil de la APDC. Las figuras afines con las que diferencia el precontrato se concretan en los tratos preliminares, la oferta de contrato, la promesa unilateral de contratar, el «contrato de arras» y el contrato sujeto a condición suspensiva o término inicial.

Comienza la autora el capítulo del «contrato y derecho de opción» con el análisis por separado de la opción y del contrato. Considera la opción como una figura de contornos difusos, admitiendo desde el primer momento que «la opción puede ser personal, en cuyo caso su ejercicio da lugar simplemente a la perfección de un contrato, que puede ser traslativo del dominio, o puede tener naturaleza real, lo que supone un paso más: la adquisición del bien derivada del ejercicio de la opción» (página 75). Sigue con el régimen legal de la opción en los Derechos civiles navarro y catalán y en la propuesta del Código Civil de la APDC. Aproxima el derecho de opción al derecho real de adquisición preferente, con ubicación en el ámbito de los derechos reales limitados en cosa ajena, matizando que carece de la nota de la preferencia. Admite conceptualmente la opción de carácter legal, pero declara que es *prácticamente* desconocida en el ordenamiento civil común y en los forales, por lo que el libro se centra en la opción de origen convencional o voluntaria. Califica el contrato de opción de preparatorio para la formación de otro contrato, si bien reconoce que el más habitual es la opción de compra lo que la convierte en una figura paradigmática.

Retoma el régimen jurídico del contrato de opción abordando el título constitutivo de la opción, las partes, los elementos, la prima o remuneración y su virtualidad para convertir el contrato de opción en un contrato oneroso, bilateral y recíproco, la inclusión del derecho de opción como un pacto añadido en otros contratos como el arrendamiento, y finalmente la naturaleza personal o real del derecho de opción; a partir de lo cual bifurca el análisis en capítulos separados: la opción como derecho personal (IV) y la opción como derecho real (V).

La configuración del derecho de opción como personal y real reside en la voluntad de las partes manifestada en el contrato de opción. Resalta con mucha expresividad que la naturaleza del derecho de opción no depende de la inscripción en el registro de la propiedad, puesto que la incorporación al registro no trasmuta la naturaleza jurídica personal de la opción de compra en un derecho real.

Con estas dos maneras de conformar la opción de la compra –como derecho personal o como derecho real–, la autora abre un horizonte al lector. La combinación de cada una de ellas con la inscripción en el Registro de la Propiedad daría lugar no solo a la opción real inscrita y a la opción personal no inscrita, como ella misma analiza, sino también al tratamiento jurídico de la opción de compra caracterizada como derecho personal si se inscribiese en el registro de la propiedad, y a la opción de compra configurada como derecho real que no accediera al registro de la propiedad.

Encauza la opción de compra personal a través de la posición del concedente de la opción quien se obliga a la celebración del contrato definitivo y a no realizar actos que frustren la efectividad del contrato proyectado. El contrato de opción de compra puede incluir diversas cláusulas, como que el ejercicio de la opción por parte del optante se realice mediante el ofrecimiento o consignación del precio de la compraventa, o que el optante pueda otorgar escritura pública de compraventa sin la posterior intervención del concedente vendedor. El incumplimiento por el concedente determina la reclamación del cumplimiento de la compraventa, pero la enajenación del bien por parte del vendedor da origen a una indemnización. En palabras de la autora: «La responsabilidad del concedente, que frustra o perjudica el ejercicio del derecho de opción, no consistirá en la ejecución forzosa *in natura*, sino en el abono de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados al optante. No solo será responsable de esta indemnización el concedente de la opción (que la convino mediante contrato o la concedió en un negocio unilateral), sino que también estará a cargo de la adquisición del bien que conocía la existencia del derecho (en este caso por vía de responsabilidad extracontractual)» (p. 159).

La autora afronta el derecho real de opción como un derecho real de adquisición que faculta al optante a adquirir la propiedad del bien, adquisición que no se produce por el mero ejercicio de la opción, que perfecciona la compraventa, sino que requiere la tradición del bien, como finalmente parece decantarse. Se detiene en la eficacia *erga omnes* de la opción de compra inscrita, eficacia que deriva de la inscripción de la opción en el Registro de la Propiedad, y no meramente de la naturaleza real que asigna a la opción, puesto que la opción de compra en cuanto inscrita se beneficia de los efectos de la publicidad registral.

La monografía se completa de manera rápida con la transmisión del derecho de la opción, a través de la cesión de la opción de carácter personal o mediante la disposición del derecho real de opción; con la opción en garantía y la extinción del derecho de opción, cuestiones estas dos últimas en las que no diferencia entre el carácter personal o real de la opción.

Conuerdo y hago mías las palabras del prologuista, *professore* Barba: «La importancia del libro radica, sin embargo, no en el coincidir o disentir, si no en la exhaustividad de la información en el rigor del método en la sistematización del tema, y, sobre todo, en la capacidad extraordinaria de despertar el interés del lector y permitirle, guiado por Ella adoptar sus propias soluciones. El valor incuestionable del libro es animar un debate, aclarando, cuáles son los vínculos preliminares a la formación del contrato y cuáles son los problemas a los que es imprescindible dar respuesta» (página 19).

La monografía suscita en el lector muy interesantes interrogantes, entre los que solo destacaré la capacidad requerida al optatario tanto para obligarse con una opción personal como para conceder un derecho de opción real. Cuestión con importantes consecuencias, por ejemplo, en concesión por uno de los cónyuges de una opción de compra sobre un bien ganancial, que la

autora resuelve permitiendo al cónyuge que no intervino impugnar tanto el contrato de opción como la compraventa que se perfecciona por el ejercicio de la opción.

En un apunte final que recoge mi reflexión, subrayo que el contrato de opción de compra posee sustantividad propia: el concedente se vincula a la opción y como vendedor a la compraventa, mientras que el optante acepta la concesión de la opción, y se reserva para el futuro la posibilidad de perfeccionar la compraventa prestando su consentimiento. En el contrato de opción las partes pueden convenir expresamente la inscripción del contrato de opción de compra, para lo cual determinarán el «precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción» y el plazo de ejercicio que «no podrá exceder de cuatro años» (artículo 14 del Reglamento hipotecario). Las partes convienen en inscribir la opción en el Registro de la Propiedad, inscripción permitida por la legislación hipotecaria, que reviste a la opción de carácter personal de los efectos derivados de la publicidad, como cualquier otro derecho inscrito. La opción de compra en cuanto que inscrita en el Registro de la Propiedad tiene eficacia *erga omnes* y goza de publicidad registral, de oponibilidad, de prioridad, de legitimación y de fe pública. La opción de compra inscrita despliega esas notas por el juego de los principios hipotecarios; por sí misma, carece de las características propias de los derechos reales como el poder directo sobre la cosa, la inmediatez, la inherencia o la reipersecutoriedad.

El titular del derecho de opción de compra, cuando ejercite la opción, –o inste judicialmente mediante acción personal la celebración de la compraventa y el otorgamiento de escritura pública– tendrá sobre la cosa el mismo derecho que ostenta un comprador con compraventa perfecta, cuando todavía no se ha producido la tradición. Por lo que, mientras no ejercite la opción, no puede tener sobre la cosa un derecho de mayor categoría que el que tendrá después de ejercitar la opción. Concuero con Díez-Picazo (en sus *Fundamentos*, 1995, 102) en cuestionar si los derechos reales de adquisición preferente tienen verdadera naturaleza real, pues carecen de inmediatez y no confieren a su titular un poder directo sobre la cosa. La respuesta negativa implicaría que serían los derechos de adquisición preferente los que se *aproximarían* a una opción de compra de origen legal y con la nota de la preferencia.

CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Oviedo

CORPAS PASTOR, Luis: *Responsabilidad civil en el ejercicio de la odontología*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 400 pp.

Resulta algo inusual que se recense una monografía comenzando por resaltar lo que no es, pero la obra que es objeto de recensión no responde en realidad a lo que se pudiera esperarse tras su título: de sus cuatrocientas páginas, a la responsabilidad civil de los odontólogos apenas dedica diez. Ciertamente que el autor analiza de forma exhaustiva la materia, y que esta impregna al completo la obra, pero bien puede decirse que no es su contenido principal, que más bien se centra en general en la responsabilidad médico-sanitaria, de la que la odontológica es solo expresión.

El libro es un tanto atípico, ya que el autor, según destaca la profesora Cañizares Laso en el prólogo, cuenta con la notable cualidad de poseer dos doctorados y combinar experiencias en odontología y derecho. Esta doble formación le otorga al autor la capacidad de abordar un tema difícil con una perspectiva unitaria. Se trata de un libro de un jurista que maneja con soltura todos los conceptos de la responsabilidad civil, pero que penetra a la vez en el muy especializado campo de la odontología con la confianza de quien se mueve en su propio terreno.

La obra, que está muy bien escrita, sigue una estructura clásica, con una introducción concisa, que ocupa apenas veinte páginas, seguida de cinco capítulos de desarrollo y un epílogo. Esta estructura simple esconde una trama bien hilada. Desde el acuerdo de voluntades que trasluce la figura del consentimiento informado, el cual da paso al estudio del contrato que subyace, la responsabilidad que emana de su posible incumplimiento o cumplimiento defectuoso, así como un concienzudo análisis del daño y su cuantificación. Todo ello siguiendo un método de investigación muy apoyado en una jurisprudencia exhaustiva, que permite al autor realizar una completa exégesis *lex lata*, encajando las normas en las actuales categorías del Derecho civil. El libro culmina con una serie coherente y asumible de propuestas de *lege ferenda*.

La primera gran figura a la que se enfrenta el libro es al consentimiento informado, a la que se dedican casi ciento cincuenta páginas. Estas no sobran en absoluto, ya que en ellas se destaca la importancia fundamental de dicho consentimiento como parte integral de la actividad diligente de los profesionales dentales. Además, se señala que no solo se trata de brindar información previa, sino que también se exige que se cumplan ciertos requisitos formales según lo establecido por la ley. Destaca además que el autor considera el consentimiento informado un Derecho fundamental, estrechamente conectado con el derecho a la integridad física y moral recogido tanto en el ámbito nacional (artículos 15 de la Constitución Española y 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) como en el ámbito internacional (artículo 8.1 del Convenio de Roma de 1950).

En el segundo capítulo el autor aborda el estudio del contrato que fundamenta la relación entre dentista y paciente, partiendo de los datos tradicionales del Derecho civil para tratar luego en particular de las complejas cuestiones que resultan de la normativa de consumidores y usuarios. Además, se adentra en un análisis detallado de la responsabilidad civil contractual, prestando especial atención a las cláusulas limitativas de responsabilidad y los mecanismos de resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje.

El capítulo tercero se centra en la responsabilidad civil extracontractual, examinando en profundidad los diferentes aspectos que deben ser considera-

dos en los casos de responsabilidad por daños ocasionados en el ejercicio de la profesión dental. Aquí el autor analiza las diversas teorías de la responsabilidad civil, incluyendo la teoría de la culpa, la teoría del riesgo y la teoría del daño desproporcionado, y evalúa su aplicabilidad en el ámbito de la odontología.

Los siguientes capítulos se dedican a la cuestión del daño y su indemnización, ofreciendo un análisis conciso pero completo y efectivo. El autor trata los diferentes tipos de daños que pueden surgir en el ámbito dental, desde daños físicos y psicológicos hasta daños estéticos y económicos, y examina luego en detalle las bases para calcular la indemnización correspondiente.

La obra concluye con un epílogo que resume los puntos clave y las propuestas de mejora legislativa presentadas a lo largo del libro. En ellas, apoyándose en todos los datos analizados, se subraya la necesidad de una regulación más clara y coherente en el ámbito de la responsabilidad civil de los odontólogos, brindando recomendaciones para lograr una mayor protección tanto para los pacientes como para los profesionales.

Cierra el libro una exhaustiva relación bibliográfica que abarca tanto la literatura jurídica relevante como los estudios científicos en el campo de la odontología, completada por una amplia tabla jurisprudencial. Todo ello es muestra de la meticulosa investigación de la que el libro es resultado.

Un punto que conviene destacar es la capacidad del autor para tomar postura y afrontar los problemas que se le presentan a lo largo de su trabajo. Corpas Pastor no rehúye dar su opinión sobre las cuestiones que le salen al paso, incluso cuando su punto de vista disiente de la opinión mayoritaria. Sirva de muestra las siguientes palabras del epílogo: «la actual interpretación jurisprudencial de las normas protectoras de consumo, en la responsabilidad civil sanitaria en general y particularmente la derivada del contrato de tratamiento odontológico, resulta restrictiva y probablemente *contra legem*, al limitar la aplicación de los artículos 147 y 148 del TRLGDCU en esta sede, únicamente a aspectos organizativos o de funcionamiento del servicio. Se exige por ello una relectura de las normas de consumidores y usuarios que las dote de toda la virtualidad que el legislador señaló claramente para el ámbito de los «servicios sanitarios»; para el cual se proyectó un «régimen especial de responsabilidad» por el que se debería responder de los daños originados en el correcto uso de los servicios sanitarios, cuando «por su propia naturaleza» estos servicios «incluyan necesariamente» un determinado grado de eficacia o seguridad y controles «profesionales» de la calidad hasta llegar «en debidas condiciones» al usuario».

En resumen, el libro destaca por su calidad y su claridad. El autor, respaldado por un estudio jurídico profundo y una jurisprudencia actualizada en la materia, aborda de manera valiente y rigurosa aspectos actualmente muy relevantes de la responsabilidad médica. Su formación y su perspectiva le permiten analizar un tema complejo desde múltiples ángulos. En definitiva, no parece exagerado pensar que esta obra se convertirá en un referente imprescindible no solo en el estudio de la responsabilidad odontológica, sino de la sanitaria en general.

Andrea ZURERA SANSEGUNDO
Investigadora predoctoral de Derecho civil
Universidad de Málaga

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 contratada doctora de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla)

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. 4. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. 6. Propiedad horizontal. 7. Propiedad intelectual. 8. Propiedad industrial. 9. Derecho inmobiliario registral. 10. Derecho de familia. Matrimonio, régimen económico-matrimonial y crisis matrimoniales. 11. Patria potestad y filiación. 12. 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*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

DE SALAS MURILLO, Sofía: «Comentario a la RDGSJFP de 4 de noviembre de 2022 (JUR 2022, 365690). Calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas en el caso de poderes preventivos», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 265-280.

FRANCISCO DE PAULA, Rodrigo: «Derecho interregional y Derecho de la Unión Europea», en *AC*, n.º 2, 2023.

DERECHO DE LA PERSONA

ALBA FERRÉ, Esther: «La privacidad de los datos personales en el deseado Registro Civil electrónico: Especial referencia a las personas con discapacidad», en *RDC*, vol. 10, n.º 1, 2023, pp. 175-202.

ALBIOL MARÉS, Pedro: «Hacia una nueva vecindad civil: computación, imputación y colocación en el CC Versus el CCAT», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 581-588.

- BELLANCO SÁNCHEZ, Alejandro: «Interpretación jurisprudencial de la voluntad en la provisión de medidas de apoyo tras la Ley», en *AC*, n.º 5, 2023.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «El consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos personales en las comunicaciones electrónicas», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 195-228.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales (LGTBI): Libertad, igualdad y fraternidad», en *AC*, n.º 3, 2023.
- CAMPO CANDELAS, Jesús: «La negativa a realizar la prueba biológica de paternidad en la jurisprudencia española. Comentario a la SAP Pontevedra, de 23 de septiembre de 2021», en *AC*, n.º 1, 2023.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Una “nueva” ley “trans” para España: (lucos, sombras, ... y una mirada más allá del sexo)», en *AC*, n.º 4, 2023.
- DELGADO SÁEZ, Jésica: «Consentimiento informado y personas con discapacidad: a propósito de la experiencia vivida a través de la vacunación», en *BDP*, n.º 2, 2023, pp. 3-26.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», en *RJNot*, n.º 115, 2022, pp. 11-116.
- FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis: «Los poderes preventivos: un nuevo enfoque tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 275-329.
- GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier: «Panorama de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Cuestiones sustantivas y procesales», en *AC*, n.º 2, 2023.
- GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa: «Derechos personalísimos y de índole patrimonial en el cloud computing: el derecho a la intimidad y la propiedad intelectual con especial atención a la copia privada en la nube», en *AC*, n.º 12, 2022.
- LOZANO CUTANDA, Blanca: «Comentario a la STS de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1888). Carácter declarativo –y, por consiguiente, imprescriptible– de la acción de reconocimiento de derechos privados de aguas preexistentes a la Ley de 1985», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 33-38.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica: «A vueltas con la ponderación de derechos en materia de videovigilancia. Interés legítimo, seguridad privada, régimen vecinal y protección de datos: Interés legítimo, seguridad privada, régimen vecinal y protección de datos», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 351-375.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «El derecho a la salud de las personas con discapacidad representadas legalmente. Comentario a la STC 3214/2022, de 20 de abril de 2023», en *AC*, n.º 6, 2023.
- PRADOS GARCÍA, Celia: «La guarda de hecho tras la Ley 8/2021. Misma denominación, pero distinto modelo», en *AC*, n.º 3, 2023.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La prodigalidad: una figura discutida y discutible. A propósito de su supresión como “institución autónoma” por la Ley 8/2021», en *AC*, n.º 1, 2023.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio *et al.*: «¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?», en *AC*, n.º 3, 2023.
- UREÑA CARAZO, Belén: «La especialización en infancia, familia y capacidad: ya no hay excusas», en *AC*, n.º 1, 2023.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- ALONSO PÉREZ, María Teresa: «Función notarial y transparencia en la formación del contrato de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 137-194.
- ANGUIANO JIMÉNEZ, José María *et al.*: «Smart Contract: ¿Contrato inteligente o programa informático? ¿Qué son –exactamente– los Smart Contracts? ¿Cuál es su naturaleza, filosofía y principios inspiradores?», en *AC*, n.º 6, 2023.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: «Novedades de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, o las medidas habitacionales que reducirán su oferta», en *AC*, n.º 6, 2023.
- ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «El uso de tokens en transmisiones inmobiliarias / The use of tokens for real estate transactions», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 71-116.
- CORVO LÓPEZ, Felisa María: «La conformidad subjetiva en el marco de la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales tras la trasposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en España», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 123-178.
- CRESPO ALLUÉ, Fernando: «Comentario a la STS de 18 de julio de 2022 (RJ 2022, 3301). Resolución de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU de 1964 por ruina económica. Falta de ejecución de obras de reparación. Indemnización al arrendatario», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 173-180.
- CUADRADO SOLER, Joan: «La subrogación de hipoteca con novación de la cláusula suelo», en *AC*, n.º 1, 2023.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Comentario a la RDGSJFP de 18 de noviembre de 2022 (JUR 2022, 372304). Hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones futuras derivadas de un contrato de asistencia jurídica», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 281-304.
- ESPINET ASENSIO, Josep Maria: «Compraventa de inmuebles con cemento aluminoso en los elementos estructurales: acciones y remedios», en *AC*, n.º 1, 2023.
- ESPLUGUES GARCÍA, Julio: «Algunos criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de los remedios contractuales frente a la incorrecta comercialización de productos financieros», en *RdPat*, n.º 60, 2023.

- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Hojas de visita y honorarios de la agencia inmobiliaria», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 1-50.
- ESTUPIÑÁN CÁCEREZ, Rosalía y FONTICIELLA FERNÁNDEZ, Beatriz: «Big data e inteligencia artificial ¿nuevas herramientas para un cambio de modelo en la contratación con consumidores frente a cláusulas abusivas?», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 69-88.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «La olvidada Disposición Transitoria Décima del TRLAU 64 y la disparidad de criterios jurisprudenciales», en *AC*, n.º 12, 2022.
- «La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales», en *AC*, n.º 6, 2023.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Problemática notarial en el otorgamiento de la escritura de compraventa», en *AC*, n.º 2, 2023.
- «La ilicitud administrativa como causa resolutoria de contrato civil», en *AC*, n.º 4, 2023.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «Aplicación por el Tribunal Supremo a las cláusulas suelo de la doctrina del TJUE sobre no limitación de los efectos restitutorios y extensión de la restitución de todas las cantidades cobradas», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 315-316.
- GABRIELLI, Enrico: «El contrato, el coligamento negocial y la “operación económica”», en *RDP*, n.º 1, 2023, pp. 29-50.
- GARCÍA BIELSA, Javier: «La indemnización por clientela en el contrato de agencia: comentario a la sentencia 528/2020 del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 245-276.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «La paradoja del fiador y la crisis de la persona jurídica: un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020 en memoria de don Federico de Castro», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 584-625.
- «Aspectos jurídicos implicados en la “tokenización” de una relación arrendaticia», en *RdPat*, n.º 60, 2023.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y CANUDAS PERARNAU, Sheila: «La Naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa», en *Indret*, n.º 2, 2023, pp. 635-669.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «Comentario a la STS de 21 de junio de 2022 (RJ 2022, 3494). Resolución de compraventa de inmueble sometida a posterior calificación urbanística y frustración del fin del contrato», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 151-172.
- HERRERO URTUETA, Eduardo: «La problemática contractual en torno a la crisis logística del transporte marítimo», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 173-212.
- INSTITUTO EUROPEO DE DERECHO: «ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 191-251.

JUAN GÓMEZ, Mateo: «La imposibilidad de subrogación del fiador como supuesto de extinción de la fianza, derivado de la cancelación de hipoteca concurrente por consolidación registral», en *AC*, n.º 12, 2022.

«Ejecución hipotecaria: nulidad del pacto de vencimiento anticipado tras la adjudicación del bien por un tercero. A propósito de la Resolución de 10 de junio de 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública», en *AC*, n.º 3, 2023.

«Una vuelta más de tuerca: ¿es posible declarar la abusividad de una “condición general tácita”», en *AC*, n.º 4, 2023.

«Sobre la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios, la doctrina del TJUE y la STS 816/2023 de 29 de mayo: ¿el desenlace?», en *AC*, n.º 6, 2023.

LLEONART CASTRO, Jesús: «Las arras en el contrato de compraventa: luces y sombras», en *RJNot*, n.º 115, 2022, pp. 249-272.

LÓPEZ LÓPEZ, Ángel Manuel: «Escritura pública y “renovatio contractus”», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 11-50.

MARAÑÓN ASTOLFI, María: «La teoría de las ineficacias contractuales en la encrucijada: la oportunidad en su concreción. Comentario a la sentencia del TS de 3 de octubre de 2022 (RJ 2022,4431)», en *RdPat*, n.º 60, 2023.

MARTÍN FUSTER, Jesús: «Controversias respecto a la terminación del arrendamiento de vivienda por parte de un coarrendatario», en *AC*, n.º 2, 2023.

MOLINA ROIG, Elga: «Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda», en *AC*, n.º 5, 2023.

PÉREZ HERESA, Juan y PRADES LÓPEZ, Jorge: «Intervención de préstamos formalizados en póliza y ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 277-290.

PÉREZ MARCO, Jorge: «La protección del promotor consumidor frente al sobreendeudamiento ante la concesión de préstamos a través de una plataforma de financiación participativa», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 109-140.

PINTO OLIVEIRA, Nuno: «Alteração das circunstâncias, modificação e resolução do contrato», en *RDC*, vol. 10, n.º 1, 2023, pp. 3-57.

REY MUÑOZ, Francisco Javier: «El principio de relatividad de los contratos y la tutela de los segundos adquirentes: A propósito de la STS de 22 de junio de 2022», en *AC*, n.º 12, 2022.

ROGEL VIDE, Carlos: «Contratos aleatorios y compraventa», en *RGLJ*, n.º 1, 2023, pp. 9-33.

RUBIO GARRIDO, Tomás: «Comentario a la RDGSJFP de 25 de abril de 2022 (RJ 2022, 2502). La donación mortis causa, una crux iuris del Derecho civil. Distinción entre donación inter vivos y mortis causa», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 59-80.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Contrato de seguro: contradicción entre cláusulas, cláusulas oscuras y causa justificada de exclusión de intereses ex artículo 20 LCS», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3350-3365.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Restitución íntegra de cantidades acordada de oficio tras la nulidad de la cláusula abusiva: la STJUE de 17 de mayo de 2022», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1172-1189.

«Retos jurídicos de la inteligencia artificial en el ámbito del consentimiento contractual: Una aproximación general / Legal challenges of artificial intelligence in the field of contractual consent: a general approach», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 40-70.

SALAS CARCELLER, Antonio *et al.*: «Problemática sobre la duración de la prórroga legal del arrendamiento de vivienda», en *AC*, n.º 6, 2023.

SIMÓN MORENO, Héctor: «La regulación del contrato de la compraventa en el libro sexto del Código Civil de Cataluña: análisis de las especialidades con trascendencia inmobiliaria», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 181-223.

SUÁREZ SEDANO, Alejandra: «Cambio en el concepto de “confianza contractual” en el fenómeno de la economía colaborativa: la llamada “confianza en línea”», en *RGLJ*, n.º 1, 2023, pp. 35-72.

VICENTE DOMINGO, Elena: «Reflexiones al hilo de la legislación “excepcional” limitativa de la actualización de las rentas del arrendamiento urbano», en *RGLJ*, n.º 4, 2022, pp. 615-643.

RESPONSABILIDAD CIVIL

ACCIARRI, Hugo A. *et al.*: «Gender gap and personal injury compensation: Reverse engineering against judicial opacity», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 258-254.

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «Daños causados al paciente por utilización de un producto sanitario defectuoso: al hilo del caso Ala Octa», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3366-3405.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «¿Una Nueva responsabilidad por productos defectuosos?», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 1-53.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo y CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Responsabilidad civil de la violencia sexual física y tecnológica: Más de diez conceptos de “daño” indemnizable y el gran olvidado: ¿Dónde está el “daño digital”? Forza e Coraggio che doppo aprile viene maggio», en *AC*, n.º 5, 2023.

CRESPO ALLUÉ, Fernando: «Comentario a la STS de 18 de julio de 2022 (RJ 2022, 3301). Resolución de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU de 1964 por ruina económica. Falta de ejecución de obras de reparación. Indemnización al arrendatario», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 173-180.

EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz: «El daño moral por la muerte o lesión de un animal de compañía: análisis del nuevo art. 333 bis apartado 4 del Código civil», en *RDP*, n.º 1, 2023, pp. 51-77.

GARCÍA BIELSA, Javier: «La indemnización por clientela en el contrato de agencia: comentario a la sentencia 528/2020 del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 245-276.

- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Daño moral y función disuasoria de la responsabilidad civil en los daños al honor: el caso de los ficheros de solvencia; jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *AC*, n.º 1, 2023.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: «Sobre una posible y futura responsabilidad civil del juez-robot: una aproximación desde el derecho procesal», en *AC*, n.º 4, 2023.
- GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra: «Responsabilidad de los Poderes del Estado durante la pandemia», en *PDD*, n.º 153, 2022.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Pedro Mario: «La cláusula de exclusión de daños en las operaciones de carga y descarga: ¿delimitadora del riesgo, limitativa de derechos o lesiva?», en *RDP*, n.º 2, 2023, pp. 61-87.
- IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa: «La responsabilidad civil de los progenitores basada en la coparentalidad», en *AC*, n.º 12, 2022.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «La responsabilidad del productor de vehículos autónomos en el marco de la (futura) legislación en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos / The liability of the producer of autonomous vehicles under (future) product liability legislation», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 117-161.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Un eterno dilema: quantum respondeatur a tenor del artículo 1107 del CC», en *PDD*, n.º 153, 2022.
- «Compatibilidad de la indemnización ex iure proprio por la muerte del allegado y ex iure hereditatis por el daño corporal sufrido en vida por el causante», en *PDD*, n.º 154, 2023.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Pedro A.: «El daño moral indemnizable como responsabilidad civil derivada de delito», en *PDD*, n.º 153, 2022.
- MERCHÁN GONZÁLEZ, Amaya: «Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el abono de la responsabilidad civil como condición de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», en *PDD*, n.º 153, 2022.
- NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: «La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 801-851.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto: «La graduación de la responsabilidad en el ámbito sancionador público. La STS de 15 de febrero de 2023», en *PDD*, n.º 154, 2023.
- VILACOPA RAMOS, Karen María: «Causa eficiente y concurrencia de culpas en la responsabilidad extracontractual: análisis de sus fundamentos y consecuencias jurisprudenciales», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 626-650.
- ZABALLOS ZURILLA, María: «Ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS en casos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: jurisdicción competente, el eterno debate», en *Indret*, n.º 1, 2023, pp. 32-60.

DERECHOS REALES

- CUADRADO SOLER, Joan: «La subrogación de hipoteca con novación de la cláusula suelo», en *AC*, n.º 1, 2023.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Comentario a la RDGSJFP de 18 de noviembre de 2022 (JUR 2022, 372304). Hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones futuras derivadas de un contrato de asistencia jurídica», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 281-304.
- FOLLÍA MARTÍNEZ, Manuel: «Nuevas posibilidades de la prenda como derecho real de garantía», en *RJC*, n.º 4, 2022, pp. 909-936.
- IRIARTE RUIZ, José Luis: «La ubicación de los bienes situados a bordo de buques a los efectos de la constitución de garantías sobre ellos», en *AC*, n.º 2, 2023.
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «El pacto comisorio, hoy: análisis crítico de la figura, a la luz de la más reciente jurisprudencia, y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3287-3313.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.: «Inmisiones materiales, efluvios y relaciones digitales de vecindad», en *RDP*, n.º 3, 2023, pp. 31-43.
- PLATERO ALCÓN, Alejandro: «La adquisición (o no) de la propiedad en el metaverso: La tokenización de bienes inmuebles / The acquisition (or not) of property in the metaverse: The tokenization of real estate assets», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 163-185.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada y derecho a la propiedad de vivienda: a propósito del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda», en *RJNot*, n.º 115, 2022, pp. 131-174.
- SÁNCHEZ BALLESTEROS, Vanesa: «Los límites de la función social de la propiedad en la modelización de las facultades del propietario como garantía de acceso a la vivienda digna para todos y la libertad de empresa», en *RDC*, vol. 10, n.º 1, 2023, pp. 141-174.

PROPIEDAD HORIZONTAL

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: el art. 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal a la luz de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y la Fe Pública», en *RJNot*, n.º 115, 2022, pp. 175-248.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, Botja: «Comentario a la STS de 23 de mayo de 2022 (RJ 2022, 3354). La prohibición de uso de la piscina a titulares de una plaza de garaje pero sin vivienda en las comunidades de propietarios», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 123-128.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «El notario como experto independiente en los conflictos sobre propiedad horizontal», en *RJNot*, n.º 115, 2022, pp. 119-128.

- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Comentario a la STS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2137). El privilegio crediticio de la comunidad de propietarios por las cuotas impagadas por un propietario (art. 9.1.e) LPH)», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 97-110.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: «Complejos inmobiliarios privados: oportunidad de futuro», en *AC*, n.º 4, 2023.
- MURUAGA HERRERO, Pablo: «Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y la inscripción a su favor de derechos en el Registro de la Propiedad: “13 Rue del Percebe”», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 13-65.
- SALAS CARCELLER, Antonio *et al.*: «Contabilización de nuevas instalaciones, servicios o mejoras en comunidades de propietarios», en *AC*, n.º 3, 2023.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Modificación de destino en el régimen de la propiedad horizontal: los difíciles contornos de un elemento difuso», en *RDP*, n.º 1, 2023, pp. 3-28.

PROPIEDAD INTELECTUAL

- CABALLERO TRENADO, Laura: «Mediación asequible en propiedad intelectual, una opción inminente», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 309-310.
- DE ROMÁN PÉREZ, Raquel: «La propiedad intelectual sobre los resultados de investigación del profesorado universitario y la obligación de acceso abierto tras la reforma de la Ley de la Ciencia: ¿cambio de paradigma?», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 303-349.
- GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa: «Derechos personalísimos y de índole patrimonial en el cloud computing: el derecho a la intimidad y la propiedad intelectual con especial atención a la copia privada en la nube», en *AC*, n.º 12, 2022.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

- CANTOS PARDO, Marta: «Las principales instituciones de mediación en material de propiedad industrial», en *CDC*, n.º 78, 2022, pp. 181-228.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El futuro del derecho de patentes ante el imparable avance en inteligencia artificial», en *CDC*, n.º 78, 2022, pp. 143-180.
- MASSAGUER FUENTES, José: «La Impugnación en vía de las resoluciones definitivas en la Oficina Española de Patentes y Marcas sobre propiedad industrial: Aspectos jurisdiccionales y procesales», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 101-154.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «El procedimiento inmatriculador de los bienes eclesiásticos y su constitucionalidad fundamentos jurídicos para la adecuada conclusión de una causa», en *AC*, n.º 1, 2023.
- FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VII): principios consecuencia de la inscripción: la fe pública registral gráfica», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3115-3163.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La constancia registral de la legítima según su naturaleza: especial examen del artículo 15 LH», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 540-561.
- «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1153-1171.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 269-301.
- MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge: (fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 921-949.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO, RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y CRISIS MATRIMONIALES

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «La irrelevancia del régimen económico del matrimonio en la condición de consumidoras de las fiadoras de cónyuges comerciantes», en *RDP*, n.º 3, 2023, pp. 91-124.
- ARRÉBOLA BLANCO, Adrián: «Las cargas del matrimonio: un concepto jurídico (in)determinado», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 2981-3035.
- AZAUSTRE GARRIDO, María Dolores: «A propósito de la reclamación de créditos entre cónyuges por pagos realizados tras la disolución de la sociedad legal de gananciales», en *RDF*, n.º 97, 2022, pp. 27-48.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Amor líquido, divorcio transfronterizo y Derecho Internacional Privado europeo», en *AC*, n.º 2, 2023.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Equilibrio y equidad en la convivencia tras la ruptura familiar: garantía de derechos de todas las partes», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 421-440.
- «Las mascotas seres con sensibilidad y miembros cuasifamiliares: su importancia tras la ruptura familiar», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1019-1038.

- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «La eficacia del derecho de uso de la vivienda familiar», en *AC*, n.º 1, 2023.
- GALDEANO BONILLA, Sabina: «Aspectos prácticos de la liquidación de gananciales», en *RDF*, n.º 98, 2022, pp. 15-35.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1153-1171.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 269-301.
- MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge: (fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 921-949.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «Problemática de la admisión de la demanda de divorcio del matrimonio contraído en el extranjero», en *RDF*, n.º 97, 2022, pp. 259-268.
- «¿El negocio en el que un cónyuge ejerce su actividad profesional es ganancial o privativo», en *RDF*, n.º 98, 2022, pp. 259-269.
- «Las costas en los procesos de familia, ¿existe base jurídica para no imponerlas», en *RDF*, n.º 99, 2023, pp. 303-308.

PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Guarda y custodia de los menores de edad no emancipados: situaciones de violencia de género y vicaria y de sustracción internacional de menores», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 441-539.
- «El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias: en especial, en los casos de violencia de género y violencia vicaria», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1039-1152.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Importancia del desarrollo emocional y afectivo del menor en la corresponsabilidad parental», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3199-3218.
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica: «Comentario a la STS de 29 de abril de 2022 (RJ 2022, 2272). Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. Alcance de la renuncia del progenitor titular al uso rotatorio», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 39-58.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «Interferencias parentales y coordinación de parentalidad», en *RGLJ*, n.º 1, 2023, pp. 123-153.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: «Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de percepción de alimentos por la descendencia mayor de edad.

Especial referencia a hijos e hijas con discapacidad», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 229-268.

IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa: «La responsabilidad civil de los progenitores basada en la coparentalidad», en *AC*, n.º 12, 2022.

NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: «La regulación de la adopción nacional: interpretación jurisprudencial y doctrinal de algunos de sus aspectos más conflictivos», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 67-121.

RODA Y RODA, Dionisio: «Reflexión sobre la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad: especial referencia a las malas relaciones como causa de extinción de la pensión, según la Jurisprudencia», en *RDF*, n.º 99, 2023, pp. 45-92.

DERECHO DE SUCESIONES

BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio: «La legítima estricta ¿colectiva? tras la Ley 8/21», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 227-271.

CAROL ROSÉS, Fernando: «Libertad para testar y testamentifacción activa de las personas con discapacidad», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 562-583.

CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 725-800.

DE LARA VENCES, Carlos: «La aceptación legal de la herencia», en *RGLJ*, n.º 4, 2022, pp. 645-670.

DÍAZ ALABART, Silvia: «Las legítimas de padres y ascendientes: una figura en revisión», en *RDP*, n.º 2, 2023, pp. 117-142.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La voluntad del testador deducida de testamentos revocados o de la falta de revocación del último», en *RDP*, n.º 3, 2023, pp. 45-90.

DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: «Condición y negocios jurídicos “mortis causa”. La partición», en *RdPat*, n.º 60, 2023.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario a la RDGSJFP de 13 de julio de 2022 (RJ 2022, 4562). Entrega de la posesión de los legados y protección de los derechos de los legitimarios», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 129-150.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Capacidad para testar y discapacidades», en *RDP*, n.º 6, 2022, pp. 3-42.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La constancia registral de la legítima según su naturaleza: especial examen del artículo 15 LH», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 540-561.

HIJAS CID, E.: «El legado de participaciones sociales en la reciente STS 862/2021, de 13 de diciembre», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 213-230.

JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos: «Comentario práctico del art. 1005 del Código Civil», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 547-577.

«Revocación de donación y finiquito de legítima en el derecho Mallorca-Menorca: a propósito de una sentencia de la AP de Palma de 17 de marzo de 2022», en *RJNot*, n.º 115, 2022, pp. 275-298.

LLAMAS POMGO, Eugenio: «Compatibilidad de la indemnización ex iure proprio por la muerte del allegado y ex iure hereditatis por el daño corporal sufrido en vida por el causante», en *PDD*, n.º 154, 2023.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «La sustitución ejemplar transformada en fideicomisaria», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 331-357.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «El testamento de persona con discapacidad sensorial: uso de medios tecnológicos y la prueba biométrica basada en la voz en el renovado Código Civil y derecho civil catalán», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3314-3349.

MUNTADA ARTILES, Joan: «Consideracions civils i tributàries sobre el dret de transmissió hereditària», en *RJC*, n.º 1, 2023, pp. 139-168.

NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: «La interpretación del testamento y su revocación tácita conforme a la doctrina del Tribunal Supremo», en *RDP*, n.º 2, 2023, pp. 89-115.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Discapacidad y derecho de sucesiones en la geografía latinoamericana: principales reformas», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 417-492.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: «La inclusión en el pasivo de la herencia del pago del Impuesto Municipal sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en las transmisiones “mortis causa”: su indebida atribución al sucesor adjudicatario del inmueble», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 359-416.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Testamentos de las personas con discapacidad sensorial tras la Ley 8/2021», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 493-545.

RUBIO GARRIDO, Tomás: «Comentario a la RDGSJFP de 25 de abril de 2022 (RJ 2022, 2502). La donación mortis causa, una crux iuris del Derecho civil. Distinción entre donación inter vivos y mortis causa», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 59-80.

RUIZ BAUTISTA, María del Carmen: «El testamento ológrafo», en *RDF*, n.º 99, 2023, pp. 27-44.

VERDERA SERVER, Rafael: «Interpretando testamentos», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 173-274.

DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE SOCIEDADES

ALBIOL BALLESTEROS, Pere: «Sistema de representación proporcional en las sociedades limitadas: un ejemplo más a la innecesaridad de distinguir entre sociedades anónimas y limitada», en *CDC*, n.º 78, 2022, pp. 243-256.

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Delegación de Facultades del Consejo de Administración y apoderamientos voluntarios. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 215/2022, de 21 de marzo (ecli:es:ts:2022:1121)», en *RDS*, n.º 67, 2023.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario a la STS de 26 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4397). Legitimación pasiva de la sociedad beneficiaria de la escisión para ser demandada en un proceso sobre la nulidad de un contrato incluido en la unidad económica transmitida. La responsabilidad solidaria de la sociedad escindida en relación con las obligaciones restitutorias exige su presencia en el procedimiento judicial», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 181-200.
- CASTELLANO RAMÍREZ, María José: «La ejecución del aumento de capital de las sociedades tras la Ley 5/2021, de 12 de abril», en *RDM*, n.º 326, 2022.
- DI MARTINO, Maria Consiglia: «Integración comunitaria y potestad legislativa nacional de los Estados miembros: la tutela de los acreedores sociales en la escisión de sociedades entre derecho comunitario y disciplinas nacionales españolas e italianas», en *RDS*, n.º 67, 2023.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «La organización jurídica de la empresa familiar: de la sociedad aislada al grupo de empresas familiar», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 17-62.
- ESTEBAN RÍOS, Javier: «El amplio margen de apreciación en manos de las autoridades de resolución: los límites al control de decisiones urgentes e irreversibles», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 209-230.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «El Tribunal Supremo declara nulo, por abuso, un acuerdo de no reparto de dividendos y “acuerda” el reparto de “al menos tres cuartas partes” de los beneficios de una sociedad», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 319-324.
- «Nombramiento e información transfronteriza sobre administradores inhabilitados», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 171-208.
- «Operación acordeón y balance (no) auditado», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 325-328.
- HIJAS CID, E.: «El legado de participaciones sociales en la reciente STS 862/2021, de 13 de diciembre», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 213-230.
- «Clausulado para la constitución de grupos de sociedades», en *CDC*, n.º 78, 2022, pp. 257-270.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, Briseida Sofía: «Blockchain as an opportunity to upgrade the right to vote in listed companies», en *Indret*, n.º 1, 2023, pp. 61-97.
- «El Derecho de voto en las sociedades cotizadas a través de la tecnología Blockchain», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 141-170.
- LEÓN SANZ, Francisco José: «Criterios ESG y remuneración de los administradores de sociedades cotizadas», en *RDS*, n.º 67, 2023.
- LORENZO-CAMACHO, María Salomé: «La repercusión de la comunicación anticipada del socio profesional en el ejercicio del derecho de separación

“ad nutum”. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 3 de mayo de 2022», en *RDM*, n.º 326, 2022.

MARTOS CALABRÚS, María Angustias: «Comentario a la STS de 22 de abril de 2022 (JUR 2022, 351285). Expulsión de socio en asociación “puramente privada”: control judicial de su ejercicio», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 249-264.

NADAL MARTÍNEZ, Apol·lònia: «Soluciones jurídicas para la inclusión financiera de la tercera edad (más allá de los protocolos voluntarios)», en *RDM*, n.º 326, 2022.

PACHECO CAÑETE, Matilde: «La comisión de auditoría: reflexiones sobre la independencia, funciones y responsabilidades», en *RDS*, n.º 67, 2023.

PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Gobierno corporativo y ciberseguridad: algunos retos para el órgano de administración», en *RDS*, n.º 67, 2023.

PETIT CALVO, Carlos: «Hablemos de anónimas. Posturas e imposturas en torno a la Ley de 17 de julio, 1951», en *RDM*, n.º 327, 2023.

RECALDE CASTELLS, Andrés Juan: «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos», en *RDM*, n.º 326, 2022.

REDÍN GOÑI, Dulce M. y GONZÁLEZ PERALTA, Oscar: «¿Qué esperamos de los consejeros independientes?: un análisis del concepto de independencia en los códigos de gobierno corporativo», en *RDS*, n.º 67, 2023.

REDONDO TRIGO, Francisco: «La infracción del deber de lealtad en clave de nulidades», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3420-3433.

«Crónica sobre la doctrina contradictoria de las audiencias provinciales en la aplicación del artículo 160 f LSC como preludio de una casación», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1235-1250.

SÁNCHEZ CALERO, Juan: «La responsabilidad del administrador que percibe una retribución inadecuada», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 253-284.

SÁNCHEZ CALERO BARCO, Helena: «Aprobada y publicada la Directiva sobre equilibrio en los consejos de administración de las sociedades cotizadas», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 311-314.

SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: «Acuerdo del consejo de administración por el que se otorgan poderes generales a todos sus miembros: ¿delegación de facultades?», en *RDM*, n.º 326, 2022.

VALVERDE GONZÁLEZ, Carlos: «Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 391/2021, de 29 de octubre sobre el carácter legitimador o constitutivo de la inscripción en el libro de registro de acciones nominativas con relación a la prenda de acciones», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 231-244.

«¿Puede uno solo de los dos administradores mancomunados actuar en el ámbito de gestión? Reflexiones y críticas sobre la mancomunidad parcial a propósito de la resolución de la DGSJyFP de 5 de mayo de 2022», en *CDC*, n.º 78, 2022, pp. 229-242.

CONTRATACIÓN MERCANTIL Y TÍTULOS VALORES

- FERNÁNDEZ DE LA VEGA, Pablo: «Algunas causas frecuentes de nulidad de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y a distancia», en *AC*, n.º 1, 2023.
- FRANQUET SUGRAÑES, María Teresa: «La inducción a la infracción contractual», en *RDM*, n.º 327, 2023.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Distinción entre estipulación en favor de tercero y autorizado de pago en el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones en los contratos de compraventas de empresa», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 670-683.

DERECHO CONCURSAL

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina: «Comentarios sobre la clasificación concursal del crédito de reembolso del socio separado, a propósito de las últimas aportaciones del Tribunal Supremo», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3406-3419.
- AZNAR NÁRDIZ, Javier: «La modificación del convenio de asunción», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 117-144.
- AZOFRA VEGAS, Fernando: «¿Es posible la exoneración del pasivo insatisfecho sin liquidación y sin plan de pagos tras la transposición de la Directiva 2019/1023?», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 513-522.
- BADIOLA COCA, Silvia: «Unificación de criterio sobre la extinción de la deuda tributaria a la prescripción del derecho a exigir el pago de créditos concursales ordinarios y subordinados no reconocidos (comentario de la Resolución 2225/2022 de 16 de noviembre [sala 3.ª] del Tribunal Económico-Administrativo Central)», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 311-340.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «El devengo de las prestaciones de servicios efectuadas por los administradores concursales en el Impuesto sobre el Valor Añadido a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 299-310.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Los estados de insolvencia», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 15-46.
- DE LA MORENA SANZ, Gregorio: «Sobre la derivación de responsabilidad tributaria a la administración concursal (comentario de la sentencia 1/2022, de 14 de noviembre, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción)», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 341-356.
- FACHAL NOGUER, Nuria: «Las operaciones de liquidación concursal», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 45-92.
- FERNÁNDEZ LARREA, Ignacio: «Las novedades “laborales” en la reforma concursal», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 447-474.

- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 49-84.
- FLORES SEGURA, Marta: «El régimen jurídico de los avales públicos en caso de insolvencia del deudor avalado», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 415-446.
- «La Propuesta de Directiva para armonizar ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 199-226.
- FRANCO CEJAS, Pablo y FUENTES BUJALANCE, Antonio: «Magnitud y determinantes de los costes indirectos de la insolvencia en España», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 157-168.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «El procedimiento simplificado de liquidación de microempresas en la Propuesta de Directiva sobre armonización de ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 171-198.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «Los deberes de los administradores ante la reestructuración de las sociedades en dificultades», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 279-302.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Novedades en el Código de Buenas Prácticas del Real Decreto Ley 6/2012 introducidas por el Real Decreto Ley 19/2022», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 651-669.
- «El nuevo Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad del Real Decreto Ley 19/2022», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1215-1234.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «La reestructuración forzosa», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 385-412.
- ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, Ángel José: «La Ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 7-12.
- «La conversión de créditos en acciones o participaciones en los planes de reestructuración», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 205-252.
- SALA SANJUÁN, Abel Joan: «La reforma de la calificación del concurso», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 141-202.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, Juan: «La modificación del convenio», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 7-44.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «La protección de los planes de reestructuración homologados frente a la rescisión concursal», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 253-278.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «Los acuerdos societarios de los planes de reestructuración», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 327-384.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La subordinación convencional entre créditos concursales», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 95-116.

- THOMÀS PUIG, Petra María: «Reestructuración y crédito público en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 303-326.
- TOMÁS TOMÁS, Salvador: «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 85-140.
- VALENCIA GARCÍA, Fedra: «La Propuesta de Directiva para armonizar algunos aspectos de la legislación concursal», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 227-246.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La disciplina de la resolución de los contratos por incumplimiento tras la reforma del Texto Refundido de la Ley concursal», en *RDM*, n.º 326, 2022.
- VELA PÉREZ, José: «El procedimiento especial de microempresas», en *ADCon*, n.º Extra. 58, 2023, pp. 475-510.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Comentario a la STS de 4 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4237). Cambio de paradigma en la evaluación de usura de las tarjetas revolving: nuevo término de comparación y normalidad del 23-26% TAE», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 201-224.
- AMOR BAYONA, Marcos: «Estudio jurisprudencial sobre la valoración del interés usurario en las tarjetas revolving», en *AC*, n.º 3, 2023.
- CUADRADO SOLER, Joan: «Las tarjetas “revolving”: ¿caso resuelto?», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3446-3478.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «Sobre la oportunidad de crear una autoridad administrativa que atienda las reclamaciones de los clientes financieros. A propósito del Proyecto de Ley el que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre entidades financieras y sus clientes», en *AC*, n.º 5, 2023.
- MARTÍN FABA, José María: «Comentario a la STS de 6 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4476). Inexistencia de transacción y de renuncia a ejercitar la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de la entidad de su obligación de informar sobre los riesgos de un swap», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 225-234.
- PASSADOR, María Lucía: «La reducción de las salidas a bolsa y la alternativa de la cotización directa», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 291-298.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Comentario a la STJUE de 5 de mayo de 2022 (TJUE 2022, 97). Resolución de entidades de crédito y extinción de las acciones de responsabilidad por incorrecta información del folleto y de anulación por vicio del consentimiento para quienes adquirieron acciones del Banco Popular mediante Oferta Pública de suscripción», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 111-122.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Actualización a 31 de octubre de 2022 de las Directrices de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) sobre las Agencias de Calificación Crediticia», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 337-348.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «El BCE establece plazos para que las entidades de crédito hagan frente a los riesgos climáticos», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 329-332.

«Jurisprudencia reciente del TJUE y del TS español sobre intereses usuarios en tarjetas de crédito y “revolving”», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 231-252.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

ÁLVAREZ RUBIO, Julio: «El ordenamiento jurídico ante los nuevos argumentos y formatos publicitarios», en *RdPat*, n.º 60, 2023.

CASADO NAVARRO, Antonio: «Publicidad encubierta a través de influencers: normativa aplicable y régimen de responsabilidad», en *RDCD*, n.º 31, 2022.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «Publicidad encubierta e “influencers”. A propósito de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual», en *RDM*, n.º 327, 2023.

HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La responsabilidad personal de los administradores por prácticas anticompetitivas: un poliedro normativo», en *RDCD*, n.º 31, 2022.

SAN MIGUEL MALLÉN, Miguel Antonio: «La política de clemencia: mordaza del principio de libre competencia», en *RDCD*, n.º 31, 2022.

DERECHO DE SEGUROS

FUENTES NAHARRO, Mónica: «La inasegurabilidad del riesgo y la cobertura de la privación del permiso de conducir», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 317-318.

GARCÍA ESCOBAR, Gabriel A.: «Comentario a la STS de 21 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4492). Cuestiones de transparencia y prueba en torno al artículo 3 LCS», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 235-248.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Contrato de seguro: contradicción entre cláusulas, cláusulas oscuras y causa justificada de exclusión de intereses ex artículo 20 LCS», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3350-3365.

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

DERECHO DIGITAL

- ALBA FERRÉ, Esther: «La privacidad de los datos personales en el deseado Registro Civil electrónico: Especial referencia a las personas con discapacidad», en *RDC*, vol. 10, n.º 1, 2023, pp. 175-202.
- ANGUIANO JIMÉNEZ, José María *et al.*: «Smart Contract: ¿Contrato inteligente o programa informático? ¿Qué son –exactamente– los Smart Contracts? ¿Cuál es su naturaleza, filosofía y principios inspiradores?», en *AC*, n.º 6, 2023.
- ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «El uso de tokens en transmisiones inmobiliarias / The use of tokens for real estate transactions», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 71-116.
- BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel: «La sedicente transposición de la Ley 11/2002, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones en materia de privacidad», en *RDNT*, n.º 61, 2023.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo y CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Responsabilidad civil de la violencia sexual física y tecnológica: Más de diez conceptos de “daño” indemnizable y el gran olvidado: ¿Dónde está el “daño digital”? Forza e Coraggio che doppo aprile viene maggio», en *AC*, n.º 5, 2023.
- BARONA VILAR, Silvia: «Ecosistema digital de Justicia eficiente (De la Justicia digital orientada al documento a la Justicia orientada al dato)», en *AC*, n.º 5, 2023.
- BARRIO ANDRÉS, Moisés: «El cierre del sistema de compensación equitativa por copia privada con el Real Decreto 209/2023, de 28 de marzo», en *AC*, n.º 5, 2023.
- BASTANTE GRANELL, Víctor: «Menor de edad y últimas voluntades digitales / Minor and last digital wills», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 51-135.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «El consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos personales en las comunicaciones electrónicas», en *RDC*, vol. 9, n.º 4, 2022, pp. 195-228.
- CALAZA LÓPEZ, C. Alicia: «Digitalización y Eficiencia Notarial: ¿Se puede conciliar la seguridad jurídica predicable de toda intervención notarial con la simplificación y la inmediatez de la contratación electrónica? ¿Qué garantías de fiabilidad, validez y eficacia pueden aportar los documentos privados electrónicos frente a la escritura notarial *online*?», en *AC*, n.º 2, 2023.
- CASADO NAVARRO, Antonio: «Prácticas desleales contra los consumidores en el mercado digital. A propósito de las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161», en *RDM*, n.º 327, 2023.
- COCA PAYERAS, Miguel: «Las iniciativas de la Unión Europea sobre inteligencia artificial: De la persona electrónica al difícil equilibrio entre la necesidad de impulsarla y evitar sus riesgos / EU initiatives on artificial intelligence: from electronic personnel, to the difficult balance between

- the need to promote it and avoid its risks», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 3-40.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier: «Los servicios relacionados con criptoactivos ante el nuevo paquete europeo de medidas de prevención del blanqueo de capitales», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 89-108.
- CORVO LÓPEZ, Felisa María: «La conformidad subjetiva en el marco de la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales tras la trasposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en España», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 123-178.
- CRIADO ENGUIX, Jaime: «Protección de los derechos de los consumidores frente a la publicidad engañosa de las criptomonedas», en *AC*, n.º 12, 2022.
- ERCILLA GARCÍA, Javier: «Integración de GPT-3 en la redacción de argumentos de sentencias: un ejemplo práctico», en *RDNT*, n.º 61, 2023.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «Inteligencia artificial», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 1-2.
- ESPUGNA TORNÉ, Gerard: «La Wallet de Identidad Digital Europea», en *AC*, n.º 3, 2023.
- «El rompecabezas del mal llamado “testamento digital” y su conceptualización en la LOPDyGDD», en *AC*, n.º 5, 2023.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El futuro del derecho de patentes ante el imparable avance en inteligencia artificial», en *CDC*, n.º 78, 2022, pp. 143-180.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía y FONTICIELLA FERNÁNDEZ, Beatriz: «Big data e inteligencia artificial ¿nuevas herramientas para un cambio de modelo en la contratación con consumidores frente a cláusulas abusivas?», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 69-88.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «Ciertas reflexiones sobre la función notarial y las nuevas tecnologías», en *AC*, n.º 3, 2023.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: «Sobre una posible y futura responsabilidad civil del juez-robot: una aproximación desde el derecho procesal», en *AC*, n.º 4, 2023.
- GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa: «Derechos personalísimos y de índole patrimonial en el cloud computing: el derecho a la intimidad y la propiedad intelectual con especial atención a la copia privada en la nube», en *AC*, n.º 12, 2022.
- GUTIÉRREZ MAYO, Escarlata *et al.*: «Desafíos del Metaverso», en *AC*, n.º 4, 2023.
- INSTITUTO EUROPEO DE DERECHO: «ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 191-251.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, Briseida Sofía: «Blockchain as an opportunity to upgrade the right to vote in listed companies», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 61-97.

«El Derecho de voto en las sociedades cotizadas a través de la tecnología Blockchain», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 141-170.

MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Comentario a la STJUE de 24 de marzo (RJ 2021, 2518). Reproducciones en la nube de obras, límite de copia privada y compensación equitativa. Aciertos y errores de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 11-32.

MIRANDA SERRANO, Luis María: «Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 155-253.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «El testamento de persona con discapacidad sensorial: uso de medios tecnológicos y la prueba biométrica basada en la voz en el renovado Código Civil y derecho civil catalán», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3314-3349.

MUÑOZ VELA, José Manuel: «IA y responsabilidad civil. Comentarios a las propuestas europeas en materia de derechos de daños por productos defectuosos y adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual», en *RDNT*, n.º 61, 2023.

NIEVA FENOLL, Jordi: «Perder el control digital: ¿hacia una distopía judicial?», en *AC*, n.º 4, 2023.

PLATERO ALCÓN, Alejandro: «La adquisición (o no) de la propiedad en el metaverso: La tokenización de bienes inmuebles / The acquisition (or not) of property in the metaverse: The tokenization of real estate assets», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 163-185.

PLAZA PENADÉS, Javier: «La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital», en *RDNT*, n.º 61, 2023.

REINHART SCHULLER, Robert: «Blockchain: Tokenización del derecho de propiedad inmobiliaria y Registro de la Propiedad», en *RDNT*, n.º 61, 2023.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Retos jurídicos de la inteligencia artificial en el ámbito del consentimiento contractual: Una aproximación general / Legal challenges of artificial intelligence in the field of contractual consent: a general approach», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 40-70.

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «Introducción a la traducción de los Principios sobre tecnología blockchain, smart contracts y protección de consumidores / Introduction to the translation of the Principles on blockchain technology, smart contracts and consumer protection», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 187-190.

SIMÓ SOLER, Elisa: «Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 493-515.

VICENTE DOMINGO, Elena: «La confusa trasposición del límite de la minería de textos y datos en el ordenamiento español y la proyectada reforma de la “copyright and patent act” 1988», en *RDNT*, n.º 61, 2023.

DERECHO SANITARIO

- ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «Daños causados al paciente por utilización de un producto sanitario defectuoso: al hilo del caso Ala Octa», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3366-3405.
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «Las acciones por “wrongful birth” en el derecho español: un supuesto problemático de responsabilidad médica», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1190-1214.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «El derecho a la salud de las personas con discapacidad representadas legalmente. Comentario a la STC 3214/2022, de 20 de abril de 2023», en *AC*, n.º 6, 2023.
- ZABALLOS ZURILLA, María: «Ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS en casos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: jurisdicción competente, el eterno debate», en *Indret*, n.º 1, 2023, pp. 32-60.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «La irrelevancia del régimen económico del matrimonio en la condición de consumidoras de las fiadoras de cónyuges comerciantes», en *RDP*, n.º 3, 2023, pp. 91-124.
- ALEMANY CASTELL, Marta: «Transparencia de las tarjetas revolving», en *RJC*, n.º 1, 2023, pp. 67-98.
- AVILÉS GARCÍA, Javier: «Reformas y tendencias del derecho de consumo: producción sostenible y lucha contra la obsolescencia», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3037-3078.
- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “causa retinendi” y el “realismo jurídico” (Primera parte)», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 853-918.
- CASADO NAVARRO, Antonio: «Prácticas desleales contra los consumidores en el mercado digital. A propósito de las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161», en *RDM*, n.º 327, 2023.
- CRIBADO ENGUIX, Jaime: «Protección de los derechos de los consumidores frente a la publicidad engañosa de las criptomonedas», en *AC*, n.º 12, 2022.
- CRUZ RIVERO, Diego: «La contrarreforma del contrato de viaje combinado», en *RDM*, n.º 327, 2023.
- ESTELLE KIM, Habbine: «Greening consumer welfare: towards a new perspective on consumer protection», en *Indret*, n.º 2, 2023, pp. 569-588.

- ESTUPIÑÁN CÁCEREZ, Rosalía y FONTICIELLA FERNÁNDEZ, Beatriz: «Big data e inteligencia artificial ¿nuevas herramientas para un cambio de modelo en la contratación con consumidores frente a cláusulas abusivas?», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 69-88.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «El tiempo como factor esencial en el contrato de transporte aéreo», en *RDM*, n.º 327, 2023.
- HORTELANO ANGUITA, Miguel Ángel: «Comentarios sobre el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para los intereses colectivos de los consumidores», en *AC*, n.º 2, 2023.
- INSTITUTO EUROPEO DE DERECHO: «ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 191-251.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «La Transición del derecho de consumo hacia el paradigma de la economía circular», en *Indret*, n.º 2, 2023, pp. 254-291.
- MATA SÁIZ, Alberto: «La transparencia + abusividad en las tarjetas revolving. Referencia a la STS 258/2023, de 15 de febrero», en *RJC*, n.º 1, 2023, pp. 43-66.
- MORENO GARCÍA, Lucía: «La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020», en *RDM*, n.º 327, 2023.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «La responsabilidad civil por falta de conformidad en el contrato de viaje combinado, tras su reforma por la Ley 4/2022, de 25 de febrero», en *RDP*, n.º 3, 2023, pp. 3-30.
- PÉREZ MARCO, Jorge: «La protección del promotor consumidor frente al sobreendeudamiento ante la concesión de préstamos a través de una plataforma de financiación participativa», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 109-140.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «La distribución de la responsabilidad por la ejecución del viaje combinado: un periplo de ida y vuelta para organizadores y minoristas», en *RDM*, n.º 326, 2022.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «Introducción a la traducción de los Principios sobre tecnología blockchain, smart contracts y protección de consumidores / Introduction to the translation of the Principles on blockchain technology, smart contracts and consumer protection», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 187-190.
- SIERRA, María Luisa y CAPOTE PÉREZ, Luis Javier: «Un estudio comparado de la adaptación de la Directiva UE sobre la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo», en *RDP*, n.º 6, 2022, pp. 81-122.
- SUDEROW, Julia: «Competencia judicial, acciones de daños, consumidores: A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2022», en *RDCD*, n.º 31, 2022.
- TAMAYO VELASCO, Jimena: «Aspectos clave sobre la Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 (Asunto Google Android)», en *RDCD*, n.º 31, 2022.

DERECHO URBANÍSTICO

- CANTÓ LÓPEZ, María Teresa: «La minimización de los impactos territoriales y ambientales causados por los núcleos de viviendas y edificaciones aisladas en el suelo no urbanizable», en *RDA*, n.º 53, 2022, pp. 113-154.
- CEREZO IBARRONDO, Álvaro: «Análisis de las propuestas legislativas para paliar los efectos de la nulidad en los instrumentos de ordenación urbanística», en *RDU*, n.º 358, 2022, pp. 51-104.
- DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, Eduardo y GONZÁLEZ GARCÍA, Ismael: «Enfoques morfológicos en la ordenación urbanística de los pequeños municipios de la España rural: una alternativa a los criterios reglados convencionales para la clasificación del suelo», en *RDU*, n.º 357, 2022, pp. 141-186.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena: «Un aspecto del derecho urbanístico financiero: la gestión recaudatoria de tributos locales de exigencia potestativa vinculada al urbanismo, en especial el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, ICIO», en *RDU*, n.º 357, 2022, pp. 77-108.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «Municipio pequeño, infierno (urbanístico) grande», en *RDU*, n.º 359, 2023, pp. 19-90.
- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel: «Una nueva vida para los estudios de detalle (a propósito de su regulación en Canarias)», en *RDU*, n.º 360, 2023, pp. 31-67.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio: «La supresión del suelo urbanizable en la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA)», en *RDU*, n.º 360, 2023, pp. 19-29.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «Comentario a la STS de 21 de junio de 2022 (RJ 2022, 3494). Resolución de compraventa de inmueble sometida a posterior calificación urbanística y frustración del fin del contrato», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 151-172.
- HERVÁS MAS, Jorge y TEMES CORDOVEZ, Rafael Ramón: «Las inexplicables restricciones a los incrementos de edificabilidad en las actuaciones de dotación hotelera en la Comunidad Valenciana», en *RDU*, n.º 357, 2022, pp. 109-139.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Comentario crítico de los cambios en materia de urbanismo introducidos por la Ley de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica de la Comunidad de Madrid», en *RDU*, n.º 359, 2023, pp. 123-192.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Tratamiento de las obras de urbanización comunes a varias actuaciones de transformación urbanística: las entidades urbanísticas de coordinación», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 684-700.
- LASO BAEZA, Vicente: «Titularidad de suelo en el proceso reparcelatorio: determinación y situaciones especiales», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3434-3445.

- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «Obras públicas y licencia en los puertos de interés general», en *RDU*, n.º 358, 2022, pp. 17-50.
- NAVARRO GONZÁLEZ, Pilar: «La necesaria regulación interna y completa de las comunidades energéticas en España», en *RDU*, n.º 360, 2023, pp. 69-116.
- PONCE SOLÉ, Juli: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español respaldando la regulación urbanística de las viviendas de uso turístico en protección del derecho a la vida», en *RDU*, n.º 357, 2022, pp. 21-75.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «Efectos procesales de la nulidad del planeamiento urbanístico sobre los convenios que derivan de él: comentario a la sentencia 1511/2022, de 30 de noviembre de la Sección 5.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Rec. 7929/2021», en *RDU*, n.º 359, 2023, pp. 19-90.
- YAGÜE CUESTA, Antonio: «El nuevo urbanismo madrileño: novedades y aportaciones de la “Ley Omnibus”», en *RDU*, n.º 360, 2023, pp. 117-170.

DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- AVIÑÓ BELENGUER, David: «La tutela jurídico-privada del derecho o interés legítimo a un medio ambiente adecuado: Significado y alcance del artículo 45.1 de la Constitución Española», en *RDA*, n.º 53, 2022, pp. 155-194.
- CANTÓ LÓPEZ, María Teresa: «La minimización de los impactos territoriales y ambientales causados por los núcleos de viviendas y edificaciones aisladas en el suelo no urbanizable», en *RDA*, n.º 53, 2022, pp. 113-154.
- DANIELI, Adilor y SIQUEIRA GARCÍA, Heloise: «La crisis hídrica y mudanzas climáticas: intersecciones con la no preservación de la Amazonia brasileña», en *RDA*, n.º 53, 2022, pp. 249-274.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: «La protección ambiental por razones culturales», en *RDU*, n.º 358, 2022, pp. 105-156.
- JIMÉNEZ LINARES, María Jesús: «Del aprovechamiento urbanístico negociable en la normativa nacional y andaluza al urbanismo exigido por el desarrollo sostenible y el medio ambiente: la función ecológica como contenido esencial del derecho de propiedad», en *RDU*, n.º 358, 2022, pp. 157-204.
- ORJUELA GONZÁLEZ, Juan Esteban: «El Acuerdo de Escazú: hacia un paradigma de las nuevas sociedades sostenibles», en *RDA*, n.º 53, 2022, pp. 227-248.
- REAL FERRER, Gabriel: «El Gran Fracaso: Reflexiones a los 50 años de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo 1972», en *RDA*, n.º 53, 2022, pp. 11-18.

- ROGEL VIDE, Carlos: «¿Lagunas como sujetos de derecho? El Mar Menor y la Ley 19/2022», en *RGLJ*, n.º 4, 2022, pp. 713-728.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel María: «Los lodos de depuradora y la regulación de su adecuada gestión para una economía circular», en *RDA*, n.º 53, 2022, pp. 67-112.
- SALINAS ALCEGA, Sergio: «La insuficiente aproximación del Derecho Internacional al derecho humano al agua», en *RDA*, n.º 53, 2022, pp. 23-66.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «El BCE establece plazos para que las entidades de crédito hagan frente a los riesgos climáticos», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 329-332.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

- CABALLERO TRENADO, Laura: «Mediación asequible en propiedad intelectual, una opción inminente», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 309-310.
- CANTOS PARDO, Marta: «Las principales instituciones de mediación en material de propiedad industrial», en *CDC*, n.º 78, 2022, pp. 181-228.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «Sobre la oportunidad de crear una autoridad administrativa que atienda las reclamaciones de los clientes financieros. A propósito del Proyecto de Ley el que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre entidades financieras y sus clientes», en *AC*, n.º 5, 2023.
- SANZ HERMIDA, Ágata María: «Comentario a la STS de 27 de abril de 2022 (RJ 2022, 2372). Sobre la eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 81-96.
- SIERRA, María Luisa y CAPOTE PÉREZ, Luis Javier: «Un estudio comparado de la adaptación de la Directiva UE sobre la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo», en *RDP*, n.º 6, 2022, pp. 81-122.
- TUCHO MORILLO, Miquel: «El modelo de “obligatoriedad mitigada” de la mediación como posible herramienta para mejorar la eficiencia del proceso civil en España», en *RJC*, n.º 4, 2022, pp. 955-1040.
- VELÁZQUEZ PÉREZ, Rafael Andrés: «La expropiación forzosa en la práctica arbitral internacional», en *RDM*, n.º 326, 2022.

DERECHO PROCESAL

- BARONA VILAR, Sílvia: «Ecosistema digital de Justicia eficiente (De la Justicia digital orientada al documento a la Justicia orientada al dato)», en *AC*, n.º 5, 2023.

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3219-3286.
- BUCHHALTER MONTERO, Brian: «Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con discapacidad», en *RCDI*, n.º 794, 2022, pp. 3079-3111.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario a la STS de 26 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4397). Legitimación pasiva de la sociedad beneficiaria de la escisión para ser demandada en un proceso sobre la nulidad de un contrato incluido en la unidad económica transmitida. La responsabilidad solidaria de la sociedad escindida en relación con las obligaciones restitutorias exige su presencia en el procedimiento judicial», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 181-200.
- CABALLERO TRENADO, Laura: «Nueva distribución competencial de los Juzgados de lo Mercantil: Ley 7/2022, de 27 de julio», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 305-308.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia y DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes: «Acción y Defensa en clave digital: “Dos caras de una misma moneda” y un “brindis al sol” en la inminente Ley de Derecho de Defensa», en *AC*, n.º 4, 2023.
- ESPINET ASENSIO, Josep Maria: «Compraventa de inmuebles con cemento aluminoso en los elementos estructurales: acciones y remedios», en *AC*, n.º 1, 2023.
- FONT DE MORA RULLÁN, Jaime: «¿Qué nos dice el punto neutro judicial? Averiguación domiciliaria y patrimonial», en *AC*, n.º 6, 2023.
- FONTESTAD PORTALÉS, Leticia: «Redistribución de competencias y un nuevo título ejecutivo extrajudicial para la descongestión de los juzgados de lo mercantil en el transporte aéreo de pasajeros», en *AC*, n.º 12, 2022.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Preclusión de la proposición de prueba pericial en la pieza de medidas cautelares», en *AC*, n.º 5, 2023.
- «La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales», en *AC*, n.º 6, 2023.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Acumulación objetiva de acciones en los juicios de desahucio por falta de pago», en *AC*, n.º 12, 2022.
- GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier: «Panorama de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Cuestiones sustantivas y procesales», en *AC*, n.º 2, 2023.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: «Sobre una posible y futura responsabilidad civil del juez-robot: una aproximación desde el derecho procesal», en *AC*, n.º 4, 2023.
- LASO BAEZA, Vicente: «Emplazamiento de interesados en el proceso contencioso-administrativo y Registro de la Propiedad a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribu-

nal Superior de Justicia de Madrid», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1251-1263.

LOZANO CUTANDA, Blanca: «Comentario a la STS de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1888). Carácter declarativo -y, por consiguiente, imprescriptible- de la acción de reconocimiento de derechos privados de aguas preexistentes a la Ley de 1985», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 33-38.

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge: (fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 921-949.

MARTOS CALABRÚS, María Angustias: «Comentario a la STS de 22 de abril de 2022 (JUR 2022, 351285). Expulsión de socio en asociación “puramente privada”: control judicial de su ejercicio», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 249-264.

MORAL MORO, María José: «Ineficacia practica de los procesos civiles ante los problemas de convivencia vecinal ocasionados por los inquilinos de viviendas turísticas», en *RDCD*, n.º 31, 2022.

NIEVA FENOLL, Jordi: «Perder el control digital: ¿hacia una distopía judicial?», en *AC*, n.º 4, 2023.

PICÓ I JUNOY, Joan: «Problemas de ilicitud de la prueba digital en el proceso civil», en *RJC*, n.º 1, 2023, pp. 11-42.

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «Análisis y comentario a las enmiendas presentadas al art. 641 LEC con ocasión de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de medidas de Eficiencia Procesal del servicio público de Justicia», en *AC*, n.º 3, 2023.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «Problemática de la admisión de la demanda de divorcio del matrimonio contraído en el extranjero», en *RDF*, n.º 97, 2022, pp. 259-268.

«Las costas en los procesos de familia, ¿existe base jurídica para no imponerlas», en *RDF*, n.º 99, 2023, pp. 303-308.

SANCHO GARGALLO, Ignacio *et al.*: «¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?», en *AC*, n.º 3, 2023.

SANCHO GARGALLO, Ignacio y ALÍA ROBLES, Avelina: «Guía para la entrevista judicial a una persona con discapacidad», en *AC*, n.º 2, 2023.

SANZ HERMIDA, Ágata María: «Comentario a la STS de 27 de abril de 2022 (RJ 2022, 2372). Sobre la eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral», en *CCJC*, n.º 121, 2023, pp. 81-96.

SUDEROW, Julia: «Competencia judicial, acciones de daños, consumidores: A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2022», en *RDCD*, n.º 31, 2022.

TORRELLES TORREA, Esther: «Judicial Neutral Point, CGPJ, investigation, domicile, assets, consultation, databases, user», en *AC*, n.º 6, 2023.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ALTZELAI ULIONDO, Igone: «Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del derecho de la competencia en la Unión Europea», en *RDCE*, año 27, n.º 74, 2023, pp. 147-189.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: «El caso “Serrano Contreras II” como desencontro judicial», en *REDE*, n.º 83, 2022, pp. 123-150.

AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José: «Aplicación de oficio de la competencia subsidiaria en el Reglamento (UE) 650/2012. A propósito del Asunto C-645/20», en *AC*, n.º 4, 2023.

BERNARDI, Alessandro: «Sobre la interpretación conforme al Derecho de la UE con efectos “in malam partem”», en *REDE*, n.º 83, 2022, pp. 9-56.

BRODOWSKI, Dominik: «El poder de acusar en nombre de Europa: la Fiscalía Europea como hito de la policía penal supranacional», en *REDE*, n.º 83, 2022, pp. 57-73.

CAMPUZANO TORNÉ, Herminia: «La Obligación de insertar el número de inscripción de las viviendas turísticas en el registro turístico: su conformidad con el Derecho comunitario», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 54-100.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Amor líquido, divorcio transfronterizo y Derecho Internacional Privado europeo», en *AC*, n.º 2, 2023.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «Dictamen 1/19 del TJUE sobre el Convenio de Estambul sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica: entre el rigor y el pragmatismo», en *REDE*, n.º 84, 2023, pp. 93-124.

COCA PAYERAS, Miguel: «Las iniciativas de la Unión Europea sobre inteligencia artificial: De la persona electrónica al difícil equilibrio entre la necesidad de impulsarla y evitar sus riesgos / EU initiatives on artificial intelligence: from electronic personnel, to the difficult balance between the need to promote it and avoid its risks», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 3-40.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier: «Los servicios relacionados con criptoactivos ante el nuevo paquete europeo de medidas de prevención del blanqueo de capitales», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 89-108.

DAVÓ FERNÁNDEZ, José María: «Los honorarios y los criterios de minutación de los abogados europeos, en el limbo», en *AC*, n.º 3, 2023.

DEL MORAL SÁNCHEZ, Miguel: «Reglamento (UE) 806/2014: el derecho a ser oído en el procedimiento de resolución de entidades de crédito en la Unión Europea», en *REDE*, n.º 85, 2023, pp. 137-173.

DI MARTINO, Maria Consiglia: «Integración comunitaria y potestad legislativa nacional de los Estados miembros: la tutela de los acreedores sociales en la escisión de sociedades entre derecho comunitario y disciplinas nacionales españolas e italianas», en *RDS*, n.º 67, 2023.

ESPUGNA TORNÉ, Gerard: «La Wallet de Identidad Digital Europea», en *AC*, n.º 3, 2023.

- FLORES SEGURA, Marta: «La Propuesta de Directiva para armonizar ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 199-226.
- FRANCISCO DE PAULA, Rodrigo: «Derecho interregional y Derecho de la Unión Europea», en *AC*, n.º 2, 2023.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «Aplicación por el Tribunal Supremo a las cláusulas suelo de la doctrina del TJUE sobre no limitación de los efectos restitutorios y extensión de la restitución de todas las cantidades cobradas», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 315-316.
- «Paquete de Propuestas de Directivas de la Comisión Europea para avanzar en la Unión del Mercado de Capitales», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 333-336.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «El procedimiento simplificado de liquidación de microempresas en la Propuesta de Directiva sobre armonización de ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 171-198.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «No lo tires, repáralo», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. vii-xiv.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y CANUDAS PERARNAU, Sheila: «La Naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 635-669.
- GUICHOT REINA, Emilio: «La regulación legal de la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea tras su enjuiciamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *REDE*, n.º 84, 2023, pp. 9-57.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara: «La construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad del Estado desde la autonomía procesal y sus límites (equivalencia y efectividad): Un modelo agotado tras la sentencia “Comisión/España” (C-278/20)», en *RDCE*, año 27, n.º 74, 2023, pp. 111-146.
- INSTITUTO EUROPEO DE DERECHO: «ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection», en *RDC*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 191-251.
- JUAN GÓMEZ, Mateo: «Sobre la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios, la doctrina del TJUE y la STS 816/2023 de 29 de mayo: ¿el desenlace?», en *AC*, n.º 6, 2023.
- LASO BAEZA, Vicente: «Emplazamiento de interesados en el proceso contencioso-administrativo y Registro de la Propiedad a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 1251-1263.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: «El Parlamento Europeo: Explicación de sus especificidades y reflexión acerca de su presente y futuro», en *RDCE*, año 27, n.º 74, 2023, pp. 31-75.

- MAGALDI, Nuria y KRZYWON, Adan: «Poder judicial nacional y primacía del Derecho de la Unión: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia K 3/21», en *REDE*, n.º 83, 2022, pp. 75-119.
- MARTÍN ARRIBAS, Juan José: «La aplicación de la Directiva de acogida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *REDE*, n.º 85, 2023, pp. 9-43.
- MORENO GARCÍA, Lucía: «La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020», en *RDM*, n.º 327, 2023.
- MORENO URPI, Alexandre: «¿Las víctimas de trata pueden tener acceso a la protección internacional? Análisis de las posibilidades de refugio o de protección subsidiaria en la Unión Europea», en *RDCE*, año 27, n.º 74, 2023, pp. 191-226.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Algunas claves en la contratación con consumidores en la UE, en la era digital: derechos y mecanismos de tutela», en *REDE*, n.º 85, 2023, pp. 45-91.
- NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: «La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos», en *RCDI*, n.º 796, 2023, pp. 801-851.
- PASSADOR, María Lucía: «La lección de Burr sobre la regulación del abuso del mercado europeo», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 299-304.
- PULGAR LANZACO, Mònica: «La regulación europea de la solidaridad en caso de emergencia energética en el sector del gas», en *REDE*, n.º 85, 2023, pp. 93-136.
- RIPOL CARULLA, Santiago: «“Los derechos fundamentales, parte del modo de vida europeo”. A propósito de la doctrina sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia», en *RDCE*, año 27, n.º 74, 2023, pp. 11-28.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «El vigésimo intento. La declaración del incumplimiento de España por su regulación de la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (C-278/20)», en *REDE*, n.º 84, 2023, pp. 125-148.
- SIERRA, María Luisa y CAPOTE PÉREZ, Luis Javier: «Un estudio comparado de la adaptación de la Directiva UE sobre la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo», en *RDP*, n.º 6, 2022, pp. 81-122.
- SOBRIDO-PRIETO, Marta: «El derecho de la Unión Europea y las nociones de tercer país y de entidad territorial no reconocida como Estado independiente», en *RDCE*, año 27, n.º 74, 2023, pp. 77-109.
- SUCIU, Dorina Claudia: «El bilateralismo en las relaciones comerciales de la Unión Europea: Un análisis de los acuerdos de nueva generación», en *RDCE*, año 27, n.º 74, 2023, pp. 227-269.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Actualización a 31 de octubre de 2022 de las Directrices de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) sobre las Agencias de Calificación Crediticia», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 337-348.

«El BCE establece plazos para que las entidades de crédito hagan frente a los riesgos climáticos», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 329-332.

«Jurisprudencia reciente del TJUE y del TS español sobre intereses usuarios en tarjetas de crédito y “revolving”», en *RDBB*, año 41, n.º 168, 2022, pp. 231-252.

VALENCIA GARCÍA, Fedra: «La Propuesta de Directiva para armonizar algunos aspectos de la legislación concursal», en *ADCon*, n.º 59, 2023, pp. 227-246.

VICARIO PÉREZ, Ana María: «Fiscalía europea versus OLAF. Una propuesta en torno a la peculiar atribución de competencia sobre investigaciones contra personas jurídicas», en *REDE*, n.º 84, 2023, pp. 59-90.

DERECHO COMPARADO

FUGUET CARLES, Xènia: «La disclosure: aspectos a aprender en España de la experiencia inglesa», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 306-347.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «La última reforma del Uniform Commercial Code», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. v-vi.

ILIES NEAMT, Ioan: «Un análisis del marco normativo general en materia de reproducción humana médicamente asistida en el Derecho rumano», en *RDC*, vol. 10, n.º 1, 2023, pp. 75-139.

JIMÉNEZ PALMA, Eva María: «La fiducia inmobiliaria de construcción en derecho comparado (Primera parte)», en *RCDI*, n.º 795, 2023, pp. 275-310.

MARTÍNEZ CALVO, Javier: «Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT) y Pianificazione Condivisa delle Cure (PCC) en el derecho italiano: una visión comparada con la regulación española sobre voluntades anticipadas», en *RDP*, n.º 6, 2022, pp. 43-79.

MATEO VILLA, Íñigo: «De la reforma suiza del Derecho sucesorio», en *RDC*, vol. 10, n.º 1, 2023, pp. 59-74.

PERUGA PÉREZ, Enrique: «“Revocation upon divorce” en el “soft law” americano de sucesiones: ¿más allá del testamento?», en *RDP*, n.º 2, 2023, pp. 27-60.

SIERRA, María Luisa y CAPOTE PÉREZ, Luis Javier: «Un estudio comparado de la adaptación de la Directiva UE sobre la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo», en *RDP*, n.º 6, 2022, pp. 81-122.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Noruega: un código penal de 2015», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. vii-ix.

PANDEMIA Y COVID-19

- DELGADO SÁEZ, Jésica: «Consentimiento informado y personas con discapacidad: a propósito de la experiencia vivida a través de la vacunación», en *BDP*, n.º 2, 2023, pp. 3-26.
- SOLANES MULLOR, Joan: «Análisis del riesgo y COVID-19: la respuesta española ante la pandemia a la luz del modelo de la Unión Europea», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 536-568.

VARIA

- BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara: «Delincuencia organizada y “maremágnum normativo” tras la LO 5/2010, de 22 de Junio», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 325-356.
- BONACHERA VILLEGAS, Raquel: «Una vuelta de tuerca en el Caso Dieselgate», en *AC*, n.º 6, 2023.
- BRAVO RUIZ MEDRANO, María: «Propina, liberalidad y salario», en *RGLJ*, n.º 4, 2022, pp. 671-712.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl y NAVARRO PAPIC, Iván: «Desistimiento y rehabilitación del ofensor en la Justicia Restaurativa: Algunas consideraciones», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 125-149.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Aspectos notariales de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 53-135.
- «Un “nuevo” orden jurídico para los animales en España: ¿derechos o derecho de los animales?», en *AC*, n.º 5, 2023.
- COSTA NINOT, Juan Enrique: «Beneficios e incentivos fiscales del régimen económico y fiscal de Canarias. Especial estudio de la Zona Especial Canaria y la Reserva Para Inversiones en Canarias», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 131-172.
- DIAS, Leandro A.: «Emociones y exceso en la legítima defensa en el derecho penal alemán», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 397-444.
- EGEA PÉREZ-CARASA, Íñigo: «Guía de tratamiento tributario de los NFTs en España», en *CDC*, n.º 77, 2022, pp. 63-130.
- «Guía del tratamiento tributario de los NFTs (Tokens No Fungibles) en España (Parte 2)», en *CDC*, n.º 78, 2022, pp. 17-142.
- FONSECA FORTES FURTADO, Regina Helena: «Cárteles duros y derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 292-324.

- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio-Evaristo: «La Entrada y registro del domicilio de las personas jurídicas voluntariamente consentida por sus administradores», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 589-634.
- GÜERRI FERNÁNDEZ, Cristina: «Acerca de la expulsión administrativa de ciudadanos extranjeros en base a semánticas de peligrosidad penal: El caso del artículo 54.1. a) de la LOEx», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. i-iv.
- LUNA SERRANO, Agustín: «Sobre el nihilismo jurídico y los intentos de superación», en *RJC*, n.º 4, 2022, pp. 873-908.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: «El valor de referencia ¿no existía otra solución legal?», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 591-602.
- MIRÓ LINARES, Fernando: «El Derecho penal como coartada: Aproximación a la estructura de la comunicación sobre el crimen y la ley penal en Twitter», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 445-492.
- MONTERO MOLERA, Alicia: «La conformidad en la jurisdicción de menores», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 195-223.
- MUT PIÑA, Antoni: «La parametrización de la vulnerabilidad en el derecho contractual de consumo: Un estudio empírico sobre el sector financiero», en *InDret*, n.º 1, 2023.
- MUYO BUSSAC, Pablo: «La conformidad del acusado con discapacidad intelectual», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 150-194.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «El interrogatorio de menores: una prueba –a veces pericial– a evitar», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 285-305.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel y ROCCASALVO, Mauro: «Revista crítica de jurisprudencia penal: casos Báez Sosa y EREs», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 683-717.
- PICÓ JUNOY, Joan: «El art. 400 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 516-535.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: «Contra la atemperación (o supresión) del castigo penal del excluido», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 357-396.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón *et al.*: «Revista Crítica de Jurisprudencia Penal: sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 368-408.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: «Procesos de Justicia Restaurativa en abusos sexuales cometidos en el seno de la Iglesia Católica española: Reflexiones, aprendizajes y propuestas desde la experiencia», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 224-257.
- RODRÍGUEZ SANTISTEBAN, José Antonio: «Informe histórico de los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar», en *RGLJ*, n.º 1, 2023, pp. 73-121.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, Alberto: «Acta notarial esclarecedora en la Guerra Civil española», en *RJNot*, n.º 114, 2022, pp. 137-170.

- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles: «Convenio de doble nacionalidad hispano-francés: Valoración de su relevancia y resultados», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 348-367.
- SANZ MORÁN, Ángel J.: «El enfermo mental en el Anteproyecto LECrim. 2020», en *InDret*, n.º 1, 2023, pp. 98-124.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Débiles», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. i-iv.
- SOLER ROCH, María Teresa: «La imposición patrimonial: presente y futuro», en *RJC*, n.º 1, 2023, pp. 113-138.
- VARONA GÓMEZ, Daniel: «Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual: A propósito de la STS 128/2023 de 27-2-2023», en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. v-xi.
- VÁZQUEZ MORENO, José María: «El devengo en el impuesto de sucesiones: algunos apuntes y supuestos controvertidos», en *RJNot*, n.º 115, 2022, pp. 301-318.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
PDD	Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDCD	Revista de Derecho de la competencia y la distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret www.indret.com

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencias comentadas

Ley aplicable a un contrato internacional de
inversión en plantaciones de árboles celebrado
con un consumidor (Comentario STJUE 10 de
febrero de 2022, as. C-595/20 ShareWood)

CECILIA ROSENDE VILLAR

Doctora en Derecho

Profesora asociada de Derecho internacional privado

Universidad Complutense de Madrid

Socia de Garrigues

RESUMEN

¿Los contratos de compraventa sobre árboles plantados, con la finalidad de cultivarlos, talarlos, vender la madera y obtener ingresos con la venta, son contratos relativos a bienes inmuebles? El contrato de arrendamiento del terreno en el que se cultivan los árboles, ¿es un contrato de arrendamiento de un bien inmueble, si se celebra con un carácter instrumental, a efectos del cultivo para la posterior tala y venta de la madera?

Éstas son las cuestiones que se plantean en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de febrero de 2022, as. C-595/20 ShareWood (ECLI:EU:C:2022:86), para resolver qué ley se aplica a un contrato internacional de inversión en plantaciones de árboles, celebrado entre un empresario y un consumidor, y, en particular, si se aplica la normativa imperativa en materia de consumidores prevista en la ley de residencia habitual del consumidor.

PALABRAS CLAVE

Derecho real inmobiliario, Bien inmueble, Árboles, Contrato de arrendamiento sobre bien inmueble, Ley aplicable, Contratos complejos y consumidor inversor.

Applicable law to an international tree plantation investment contract concluded with a consumer (Commentary to judgment of the CJEU ca. C-595/20 ShareWood, 10 February 2022)

ABSTRACT

Are contracts for the sale and purchase of planted trees for the purpose of growing them, felling them, selling the timber and earning income from the sale contracts concerning immovable property? Is a lease of the land on which the trees are grown a lease of immovable property if it is entered into for instrumental purposes of cultivation for the subsequent felling and sale of the timber?

These are the questions that arise in the judgment of the Court of Justice of the European Union of 10 February 2022, ca. C-595/20, ShareWood (ECLI:EU:C:2022:86), to determine which law applies to an international investment contract in tree plantations, concluded between an entrepreneur and a consumer, and, in particular, whether the mandatory consumer law provided for in the law of the consumer's habitual residence applies.

KEY WORDS

Real property law, real estate, trees, lease of real estate, applicable law, complex contracts and consumer investor.

SUMARIO:—I. *Introducción.*—II. *Sentencia.* 1. Hechos y cuestión prejudicial. 2. Resolución.—III. *El Artículo 6 del Reglamento Roma I: condiciones de aplicación y determinación de la ley aplicable.* 1. El consumidor inversor. 2. Ley aplicable al contrato de consumo y excepciones.—IV. *Comentario.* 1. Inexistencia de derecho real inmobiliario en el caso de contrato de inversión sobre árboles. 2. Inexistencia de arrendamiento sobre un bien inmueble en el caso de un contrato de inversión sobre árboles. 3. Contrato de inversión en plantaciones de árboles: contrato complejo y función económica.—V. *Conclusiones.— Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La calificación de un bien como «bien inmueble» no suele ser, con carácter general, problemática, en tanto en cuanto bien raíz, adherido al suelo.

La situación se complica, sin embargo, cuando el bien puede separarse del suelo, como sucede con los árboles y más todavía cuando para una misma relación jurídica, como puede ser una inversión, se suscriben diversos contratos de distinta naturaleza jurídica, tales como contratos de compraventa,

arrendamiento y prestación de servicios. A lo anterior ha de añadirse la complejidad inherente a los contratos cuando son internacionales y cuando una de las partes es un consumidor. ¿Qué ley se aplica en tales casos?

Esta es la cuestión que se plantea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea «TJUE» en la sentencia de 10 de febrero de 2022, as. C-595/20 *ShareWood* (ECLI:EU:C:2022:86), que trata sobre un contrato internacional de inversión en plantaciones de árboles sitas Brasil, celebrado entre una empresa suiza y un consumidor austriaco.

En la misma se aborda expresamente la calificación de los árboles plantados como «bienes inmuebles» y si, en consecuencia, los contratos de compraventa son relativos a un «derecho real inmobiliario»; así como si existe un «arrendamiento de un bien inmueble», en la medida que uno de los distintos contratos suscritos en el seno de la misma relación jurídica consistiría en el arrendamiento del terreno en el que se cultivan los árboles plantados.

El análisis del TJUE va a estar condicionado por el hecho de que una de las partes es un consumidor y está destinado a determinar si entra en juego la excepción en materia inmobiliaria, prevista en el artículo 6.4.c) del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOUE L 177, de 4 de julio de 2008, «Reglamento Roma I», a la regla general de la ley aplicable en contratos de consumo.

La cuestión es de gran interés en la medida que es la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre la ley aplicable a los contratos de consumo y la excepción relativa a derechos reales inmobiliarios y arrendamientos sobre bienes inmuebles.

Además, cabe reflexionar, a partir de la sentencia, sobre la aplicación de la normativa tuitiva de los consumidores cuando estos son inversores, cuestión que se ha planteado especialmente ante el TJUE en el ámbito de Reglamento el Reglamento (UE) N° 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012, «Reglamento Bruselas I bis», y los foros de protección previstos en el mismo en materia de consumidores, pero no tanto respecto al Reglamento Roma I relativo a la ley aplicable.

Y todo ello sin perder de vista que, en virtud del principio de coherencia que rige entre ambos instrumentos, el análisis y las conclusiones a las que llega el TJUE en el asunto *ShareWood* respecto del Reglamento Roma I, en cuanto a si el supuesto se califica como materia inmobiliaria y a la aplicación de la normativa de consumo, habrán de tenerse en cuenta en casos similares que pudieran plantearse en materia de competencia judicial internacional.

II. SENTENCIA

1. HECHOS Y CUESTIÓN PREJUDICIAL

Un consumidor residente en Austria había celebrado con *ShareWood*, sociedad con domicilio social en Suiza, entre enero de 2012 y junio de 2014 un contrato marco y cuatro contratos de com-

praventa relativos a la adquisición de árboles de teca y de balsa en Brasil.

Según el contrato marco, el consumidor adquiriría los árboles ya plantados e individualizados. Como confirmación de la compraventa se facilitarían a aquel, tras la recepción del pago, un certificado de plantación con los elementos de individualización de los árboles adquiridos.

A su vez, el contrato marco preveía también la suscripción simultánea de un contrato de arrendamiento, por el que el consumidor arrendaba a *ShareWood* el terreno en el que crecerían los árboles adquiridos, y un contrato de prestación de servicios, por el que *ShareWood* se encargaría de cultivar, administrar, recolectar y vender los árboles. Una vez vendidos, *ShareWood* entregaría al consumidor el producto de la venta, minorado en su retribución por los servicios prestados (que se calcularía en un porcentaje sobre el producto de la venta).

El consumidor suscribió cuatro contratos de compraventa sobre un determinado número de árboles por un concreto precio en cada caso.

El acuerdo marco y cada uno de los contratos específicos se regirían por el derecho suizo, al existir una cláusula de elección a favor de este derecho.

Uno de los cuatro contratos específicos fue resuelto retroactivamente de común acuerdo entre las partes.

El consumidor presentó una demanda ante los tribunales de Viena (Austria), sobre los otros tres contratos específicos. En concreto, solicitó que se declarase que *ShareWood* había incumplido su obligación de transmitirle la propiedad de los árboles en cuestión y que se condenase solidariamente, a *ShareWood* y a un gerente de esta y miembro de su consejo de administración, a abonarle el precio pagado, más intereses, gastos y costas. Además, el demandante alegaba que, dada su condición de consumidor, tenía derecho, en virtud de la normativa austriaca, a rescindir los tres contratos de compraventa y a obtener una indemnización de daños y perjuicios.

En primera instancia se desestimó la demanda y en segunda instancia se confirmó dicha desestimación. El consumidor recurrió en casación ante el Tribunal Supremo de Austria.

Dicho Tribunal de casación consideró que la relación contractual entre el consumidor y *ShareWood* estaba comprendida en el artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento Roma I. Según este precepto, aplicaría la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, cuando el profesional dirija su actividad a ese país o a distintos países, incluido ese país; en el caso concreto, el derecho austriaco. Aun cuando las partes habían acordado en los contratos la aplicación del derecho suizo, según el artículo 6.2 del Reglamento Roma I, dicha elección no podría acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le pudiese proporcionar la legislación imperativa austriaca.

Por otra parte, tales disposiciones nacionales imperativas destinadas a proteger al consumidor sólo podrían invocarse si el contrato marco controvertido no estuviera incluido en la categoría de contratos contemplada en el artículo 6, apartado 4, letra c), del Reglamen-

to Roma I, esto es, contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble.

A partir de ello, el Tribunal de casación planteó la cuestión pre-judicial relativa a si debía de interpretarse el artículo 6.4.c) del Reglamento Roma I en el sentido de que unos contratos de compraventa sobre árboles concluidos entre una empresa y un consumidor, en virtud de los cuales se adquiere la propiedad de los árboles con el fin de recolectarlos tras su cultivo y de venderlos con ánimo de lucro, y que a tal fin incluyen un contrato de arrendamiento y un contrato de servicios, deben considerarse «contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble» a efectos de dicha disposición.

2. RESOLUCIÓN

El Tribunal de Justicia resuelve que los contratos de inversión sobre los árboles a que se refiere el presente supuesto y que –recordemos– incluía un contrato de compraventa, un contrato de arrendamiento y un contrato de prestación de servicios (nos referiremos indistintamente a «el contrato» o «los contratos» para aludir a todos, salvo cuando sea necesario especificar alguno de ellos) no es un contrato sobre un derecho real sobre bienes inmuebles ni un contrato de arrendamiento sobre bienes inmuebles.

La consecuencia es que, aun existiendo una elección de ley a favor de la ley suiza según lo previsto en el contrato, sería de aplicación la normativa imperativa austriaca en materia de consumidores. Según esta, a juicio del consumidor, tendría derecho a rescindir los tres contratos de compraventa de árboles antes indicados y a obtener una indemnización de daños y perjuicios.

A continuación, veremos algunas cuestiones previas que plantea la sentencia y cuál es el razonamiento del Tribunal para concluir que los contratos no eran relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles o de arrendamiento de bien inmueble y valoraremos asimismo el referido razonamiento.

III. EL ARTÍCULO 6 DEL REGLAMENTO ROMA I: CONDICIONES DE APLICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

1. EL CONSUMIDOR INVERSOR

La sentencia objeto de comentario no cuestiona si, en el caso concreto, estamos ante un consumidor, sino que el tribunal remitente asume que el demandante ostenta tal condición. Así, considera que se trata de un supuesto del artículo 6.1.b) del Reglamento Roma I, aceptando, por tanto, que el empresario dirigió su activi-

dad al país del domicilio del consumidor (Austria) –apartado 11 de la sentencia– o, lo que es lo mismo, que estamos ante un «consumidor pasivo».

Hemos de recordar que los requisitos para la aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I son, por un lado, que exista un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor y, por otro, que el consumidor sea un «consumidor pasivo»¹. Dado el principio de coherencia que rige entre ambos Reglamentos, dichos requisitos coinciden con los que se exigen para la aplicación de los foros de protección de los consumidores del Reglamento Bruselas I bis (Capítulo II, Sección 4.^a), que permiten a estos, siendo demandantes, litigar, básicamente, en el país de su domicilio (dichos foros de protección se aplican también en contratos de consumidores con ventas a plazos y operaciones de crédito vinculadas a tales ventas –art. 17.1 a) y b) Reglamento Bruselas I bis– sin exigirse en estos concretos casos que el consumidor sea un «consumidor pasivo»².

El primer presupuesto antes indicado es que exista un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor persona física. Este, además, ha de haberlo concluido para satisfacer necesidades propias de consumo privado y no con fines profesionales («para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional», reza el art. 6.1 del Reglamento Roma I).

Según la doctrina del TJUE, el concepto de consumidor ha de interpretarse, por una parte, de forma restrictiva, en la medida que cuando concurre esa condición se aplica el régimen especial tuitivo de los consumidores, y, por otra, en relación con la posición del consumidor en el contrato de que se trate y su finalidad, sin atender a la situación subjetiva de la persona, pues una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. Cuando el contrato se haya celebrado con la doble finalidad de consumo y de carácter profesional sólo se aplicará la normativa protectora de los consumidores si la finalidad de consumo prevalece sobre la profesional y la finalidad profesional es marginal e insignificante [SSTJUE de 14 de febrero de 2019, as. C-630/17 *Milivojevic* (ECLI:EU:C:2019:123) y de 9 de marzo de 2023, as. C-177/22 *Wurth Automotive* (ECLI:EU:C:2023:185)].

Por otra parte, si no existe contrato entre las partes no será de aplicación la normativa protectora en materia de consumo de los Reglamentos [STJUE de 28 de enero de 2015 as. C-375/13 *Kolasza*, (ECLI:EU:C:2015:37)]³.

El segundo presupuesto, esto es, que el consumidor tenga la condición de «consumidor pasivo», exige que concurren alguna de las dos circunstancias recogidas en el artículo 6.1, a saber: a) que el

¹ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2021, versión *online*, párr. 25.6.

² Los requisitos para la aplicación del régimen de protección de los consumidores suelen desgranarse en los tres siguientes: (i) que una de las partes sea un consumidor, (ii) que exista una relación contractual entre este y el profesional, y (iii) que el contrato pertenezca a algunas de las categorías recogidas en el artículo 17.1 a-c bajo el Reglamento Bruselas I bis. *Cfr.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2021, versión *online*, párr. 7.14.

³ Esta consideró que no aplicaban los foros de protección en un supuesto de inversión porque no existía contrato entre el consumidor y la entidad financiera demandada.

profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual (lo que se denomina como *Doing Business Rule*); o b) que el profesional por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país (o *Stream of Commerce Rule*)⁴; debiendo estar el contrato comprendido en el marco de dichas actividades.

De este modo, la normativa europea tuitiva de consumidores, tanto en materia de ley aplicable del artículo 6 del Reglamento Roma I, como también en materia de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis (art. 17 y ss.), aplica en el caso de consumidores destinatarios de las actividades del empresario, bien porque este ejerce sus actividades profesionales en el país del consumidor bien porque ha dirigido sus actividades comerciales a este país.

Sin embargo, no aplica dicha normativa protectora en caso de «consumidores activos», es decir, aquellos que por voluntad propia realizan una contratación con un empresario que no ha ejercido sus actividades ni se ha dirigido al mercado del consumidor (o, dicho más gráficamente, aquellos que «van» al mercado del profesional y realizan las contrataciones que estimen convenientes)⁵.

Si bien la determinación de si un empresario ejerce sus actividades en el país del consumidor puede ser, *a priori*, más sencilla, pues parte de la base de una presencia del empresario en dicho país, resulta más complejo establecer cuándo el empresario dirige sus actividades al Estado del consumidor. Para ello, se tendrá en cuenta si el empresario ha realizado actividades publicitarias en el Estado del domicilio del consumidor, a través de medios de comunicación u ofertas de negocio sometidas individualmente al consumidor, en particular por medio de un agente o de un vendedor ambulante [STJUE de 11 de julio de 2002, as. 96/00 *Gabriel* (ECLI:EU:C:2002:436)]. De otro lado, y como estableció hace ya tiempo de forma clara el TJUE en la sentencia de 7 de diciembre de 2010, as. C-585/08 y C-144/09 *Pammer y Hotel Alpenhof*, (ECLI:EU:C:2010:740)], el mero hecho de que el consumidor pueda acceder a la web del empresario a través de Internet no determina que se aplique la normativa de protección de los consumidores. En estos casos, habrá de comprobarse si el empresario ha dirigido sus actividades al país del consumidor, pudiendo tomarse en cuenta indicios como el carácter internacional de la actividad, la mención a una clientela internacional o de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor, etc.⁶

⁴ Cfr. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2018, pp. 1.123 y ss.

⁵ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2021, versión *online*, párt. 25.8; FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, 2018, versión *online*, párt. 487.

⁶ La sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013, as. C-218/12 *Emrek* (ECLI:EU:C:2013:666) se refiere también al hecho de que el comerciante utilice un número de teléfono atribuido a otro Estado miembro poniéndolo a disposición de sus clientes potenciales domiciliados en ese Estado de manera que les evita el coste de una llamada internacional, puede constituir también un indicio que demuestre que su actividad está «dirigida a» ese otro Estado miembro (p. 30).

Cumplidas esas premisas, los consumidores pueden realizar actividades de inversión sin que por ello pierdan esa condición, siempre que, según lo antes indicado, dichas actividades no se realicen con un carácter profesional.

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en las sentencias de 3 de octubre de 2019 as. C-208/18 *Petruchová* (ECLI:EU:C:2019:825) y 2 de abril de 2020 as. C-500/18 *Reliantco* (ECLI:EU:C:2020:264) respecto a que un inversor persona física que actúa al margen de una actividad profesional tiene la condición de consumidor (y, por ende, goza de la protección que la normativa europea otorga a los consumidores en materia de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis, que es lo que se debatía en esas sentencias, si bien dicha doctrina es igualmente aplicable al Reglamento Roma I). El referido Tribunal, básicamente, ha concretado que esa condición de consumidor concurre en el inversor persona física que actúa sin una finalidad profesional, con independencia del valor de las operaciones efectuadas, su número, la importancia de los riesgos de pérdidas económicas asumidos, los conocimientos o experiencia de dicha persona en el sector de los instrumentos financieros o su comportamiento activo en la realización de dichas operaciones, según las referidas sentencias (apartados 59 y 78 de la sentencia de 3 de octubre de 2019, as. C-208/18 *Petruchová*, y apartados 53, 54 y 57 de la sentencia de 2 de abril de 2020 as. C-500/18 *Reliantco*).

Por otra parte, respecto de la finalidad de consumo o profesional de la persona física, resulta de interés que nos refiramos al llamativo asunto resuelto por la sentencia de 10 de diciembre de 2020, as. C-774/19 *Personal Exchange International Limited*, C-774/19 (ECLI:EU:C:2020:1015), aun cuando no se trate de un supuesto de contrato de inversión. En el mismo se discutía la condición o no de consumidor, a los efectos de aplicar los foros de protección del Reglamento Bruselas I bis, para un jugador de póker que llevaba viviendo desde hacía años de las ganancias obtenidas en las partidas y que jugaba al póker una media de nueve horas por día laborable, si bien nunca había declarado que su actividad tuviese carácter profesional, que no la había propuesto a terceros a cambio de una remuneración y no tenía ningún patrocinador. El TJUE consideró que elementos como el importe de las ganancias obtenidas (más de 200.000 euros en poco más de un año), los posibles conocimientos o pericia, así como la regularidad de la actividad no privan, por sí mismos, a dicha persona de su condición de consumidor. Así pues, pese a que en la teoría la interpretación del concepto de consumidor

Por otra parte, afirma CARRIZO AGUADO, 2018, p. 103, que «[t]oda empresa que disponga de un *website* interactivo visible en un país y que incite a la contratación a distancia en ese determinado Estado, si recibe pedidos procedentes de ese país (encargos que son aceptados por el empresario), está desplegando «actividades dirigidas» a ese Estado; en caso de conflicto el consumidor podrá verse protegido por las normas especiales de competencia judicial, de los artículos 17 a 19 del Reglamento (UE) 1215/2012. Sin embargo, si el *website* tiene *disclaimers* o declaraciones limitando la oferta a un número determinado de Estados y excluyendo los otros, si un consumidor del Estado excluido contrata con este empresario o proveedor a través de esa página web, no estaría cubierto por la protección que confieren los artículos anteriores ya que estaríamos ante un consumidor activo y le serían aplicables las normas generales del Reglamento en materia contractual».

ha de ser restrictiva, en la práctica la interpretación de la finalidad de consumo y para fines privados que se hace por el TJUE es claramente extensiva.

2. LEY APLICABLE CONTRATO DE CONSUMO, SEGÚN EL REGLAMENTO ROMA I Y EXCEPCIONES

1. En el caso de la sentencia *ShareWood* se asume, como antes se ha indicado, que el particular demandante es un consumidor y que resulta de aplicación la regulación de la ley aplicable en contratos de consumo.

No se especifican las razones de ello, pero pudiera derivar del hecho de que los tribunales austriacos, que eran los del domicilio del consumidor, se habrían declarado competentes para conocer de la demanda interpuesta por él mismo. Al coincidir los requisitos del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma I para la aplicación de la normativa de consumidores prevista en cada uno, lo previsible es que los tribunales austriacos hubieran comprobado, al declararse competentes, que se cumplían los presupuestos para la aplicación de esa normativa; esto es, que el demandante era un consumidor y que el empresario (*ShareWood*) había dirigido sus actividades al país del domicilio del consumidor.

Partiendo, pues, de la condición de consumidor del demandante, la sentencia objeto de comentario plantea qué ley rige el contrato de inversión celebrado por este y *ShareWood*.

2. El régimen de la ley aplicable en contratos con consumidores está previsto en el artículo 6 del Reglamento Roma I.

Según el mismo, la regla general es la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor. Y ello siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país; y, en ambos casos, el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades (art. 6.1). Es decir, según lo antes visto, se exige que estemos ante un «consumidor pasivo» para que se aplique el régimen del contrato de consumo.

3. Es cierto que, por otro lado, las partes podrán elegir la ley aplicable, si bien pese a esa elección se aplicarán las normas imperativas establecidas en protección del consumidor (art. 6.2 del Reglamento Roma I).

El TJUE se ha pronunciado sobre el referido artículo 6.2 del Reglamento Roma I en su sentencia de 28 de julio de 2016, as. C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation* (ECLI:EU:C:2016:612), estableciendo que una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, según la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese profesional rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor, es abusiva si induce a error a dicho consumidor. Tal error se produciría cuando se dé la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del domicilio del profesional, sin informarle de que le ampara también, según el artículo 6.2, la

protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable de no existir la cláusula de elección.

A su vez, de no estar ante un contrato de consumo, la ley aplicable se regiría por las reglas generales del Reglamento Roma I; esto es, en primer lugar, por la ley elegida por las partes (art. 3) –en el caso de la sentencia *ShareWood*, la ley suiza– o, en su defecto, por la ley aplicable en defecto de elección y atendiendo al tipo de contrato (art. 4).

4. Por último, el artículo 6.4 del Reglamento Roma I excluye determinados supuestos de la regla general de los contratos de consumo (ley de residencia habitual del consumidor, prevista en el art. 6.1) y de las limitaciones a la elección de ley (esto es, la aplicación de la normativa imperativa de consumidores, aunque exista una elección de ley, según el art. 6.2)⁷.

De entre los supuestos excluidos, nos referimos expresamente al del apartado c) relativo a «contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido», en la medida que es del que se ocupa la sentencia *ShareWood*.

Considera la doctrina que estos contratos presuponen una alta capacidad adquisitiva del consumidor, por lo que no es precisa una protección especial para este. Además, la aplicación de la ley del país de situación del inmueble es perfectamente previsible para ambos contratantes⁸.

⁷ Los supuestos excluidos son los siguientes:

Contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual. La razón de su exclusión es que la totalidad de la prestación se realiza en un país que no es el de residencia habitual del consumidor y, además, los clientes proceden de distintos lugares, por lo que sería distorsionador que cada caso se regulara por la ley de residencia del consumidor.

Contratos de transporte, salvo que se trate de contratos relativos a viajes combinados; puesto que la ley que rige para aquellos está específicamente en el artículo 5 del Reglamento Roma I.

Contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, al que nos referiremos especialmente.

Derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero. Se excluyen a fin de que las operaciones queden sujetas a una sola ley y no a la del país de residencia habitual de cada uno de los consumidores. No obstante, los servicios y actividades de inversión y servicios accesorios prestados por un profesional a un consumidor quedan sujetos a las reglas del artículo 6 (Considerando 26 del Reglamento Roma I).

Contratos celebrados en sistemas multilaterales de compra y venta sobre instrumentos financieros. Se excluye de la regla del artículo 6 porque, en caso contrario, «podría dar lugar a que hubieran de aplicarse leyes diferentes a cada uno de los instrumentos emitidos» y a fin de «asegurar que la ley del país de residencia habitual del consumidor no interfiera con las normas aplicables a los contratos concluidos en el marco de esos sistemas o con el operador de dichos sistemas» (Considerando 28 del Reglamento Roma I).

⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 274. También MAGNUS / MANKOWSKI / WILDERSPIN, 2017, p. 470, destacan que la razón de la exclusión del régimen general de los contratos de consumo es que los contratos relativos a propiedades inmobiliarias están tra-

Si el contrato en cuestión se trata de uno de los enumerados en el artículo 6.4, y en particular a los efectos que aquí interesan, si versa sobre materia inmobiliaria, estará excluido de la protección de los consumidores prevista en el Reglamento Roma I y relativa a la aplicación de la normativa imperativa de su residencia habitual, aun cuando exista una elección de ley.

IV. COMENTARIO

1. INEXISTENCIA DE DERECHO REAL INMOBILIARIO EN EL CASO DE CONTRATO DE INVERSIÓN SOBRE ÁRBOLES

1. Como antes hemos avanzado, el TJUE, en la sentencia objeto de comentario, llega a la conclusión de que los contratos de compraventa no se refieren a un derecho real inmobiliario pese a que su objeto son árboles plantados.

El hilo argumental de la sentencia es el siguiente:

– Para que el derecho de propiedad objeto del contrato pueda estar comprendido en el concepto de «derecho real inmobiliario» del artículo 6.4.c) del Reglamento Roma I es preciso que los árboles en cuestión, antes de ser recolectados, puedan asimilarse a bienes inmuebles.

– En el caso concreto, la transmisión del derecho de propiedad en virtud del contrato no se refería al terreno en el que están plantados los árboles, sino únicamente a estos últimos. Y si bien los árboles están plantados en ese terreno para su crecimiento, la finalidad principal del contrato es generar ingresos procedentes de la venta de la madera que se obtuviese tras la recolección de dichos árboles. La propiedad sobre estos se transmite en el momento de su individualización, realizada por el profesional hasta la recolección de los árboles y la venta de la madera.

– Dada la finalidad del contrato, aprecia el TJUE, que los árboles deben considerarse los frutos de la explotación del terreno en el que están plantados. Y si bien tales frutos siguen, por regla general, el destino jurídico del terreno en el que están plantados los árboles en cuestión, pueden constituir, por vía contractual, el objeto de derechos personales de los que el propietario o el poseedor del terreno puede disponer separadamente, sin que ello afecte al derecho de propiedad o a los demás derechos reales sobre el terreno.

– Un contrato cuyo objeto consiste en disponer de los frutos de la explotación de un terreno no puede asimilarse a un contrato cuyo objeto es un «derecho real inmobiliario», a efectos del artículo 6.4 c) del Reglamento Roma I.

dicionalmente sujetos a la ley del lugar del inmueble y, de hecho, el artículo 4.1. c) del Reglamento Roma I sujeta tales contratos, en ausencia de elección de ley, a la ley del país donde la propiedad está situada.

– De ahí que se llegue a la conclusión de que un contrato relativo a unos árboles plantados en un terreno con el único objetivo de recolectarlos y de vender la madera que se obtenga de este modo no tiene por objeto un «derecho real inmobiliario» a efectos de dicha disposición.

2. Como fácilmente se puede colegir de lo anterior, la clave del razonamiento del TJUE es que los árboles plantados a que se refieren los contratos de compraventa, cuya propiedad se transmite al consumidor, son frutos del terreno.

El consumidor adquiere los árboles con la finalidad de que crezcan y se recolecten para, posteriormente, vender la madera. O, dicho de otra manera, su propiedad se transmite al consumidor a los solos efectos de cultivarlos para su posterior tala y venta de la madera. No adquiere en ningún momento derecho alguno sobre el propio terreno, más allá de que en el mismo se cultiven los árboles.

3. El TJUE admite en la sentencia que el Reglamento Roma I no define los conceptos de «derecho real inmobiliario» ni de «bien inmueble» –apartado 20–.

Hasta el momento, dicho Tribunal había tenido ocasión de pronunciarse sobre el concepto de «derecho real», en materia de competencia judicial internacional en el marco del Reglamento Bruselas I bis, siendo sus conclusiones aplicables al ámbito de la ley aplicable del Reglamento Roma I. Si bien, no había tenido ocasión de pronunciarse sobre el concepto de «bien inmueble».

3.1. Según el TJUE, los derechos reales son aquellos que gravan un bien corporal y surten sus efectos respecto a todos, en contraposición a los derechos personales sobre bienes, que únicamente pueden invocarse contra el deudor; entre otras, SSTJUE de 16 de noviembre de 2016, as. C-417/15 *Schmidt* (ECLI:EU:C:2016:881), de 14 febrero de 2019, as. C-630/17 *Milivojević* (ECLI:EU:C:2019:123), o de 10 de julio de 2019, as. C-722/17 *Reitbauer* (ECLI:EU:C:2019:577).

Sobra decir que a través del derecho real de propiedad se transmite la titularidad sobre el bien en cuestión.

3.2. Por lo que se refiere al concepto de «bien inmueble» y a falta –hasta el momento– de pronunciamiento por el TJUE, la doctrina estima que el concepto de inmueble, propio del Reglamento Roma I, «cubre toda estructura fijada de modo permanente a la tierra y la tierra misma: apartamentos para uso privado o profesional, casas, habitaciones, urbanizaciones, piscinas fijas, terrenos urbanos u rústicos, etc.»⁹. No abarca «casas transportables, *roulottes*, barcos utilizados como hoteles o apartamentos, y aviones»¹⁰.

4. La sentencia objeto de comentario analiza el concepto de «derecho real inmobiliario» que necesariamente engloba tanto la existencia de un «derecho real», por un lado, y «bien inmueble», por otro. Mientras que por lo que respecta al «derecho real» que estaría en juego no hay duda de que es el derecho de propiedad, la controversia surge desde el punto de vista de si los árboles son, en el caso concreto, un «bien inmueble».

⁹ Cfr. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2018, p. 993.

¹⁰ Cfr. CEBRIÁN SALVAT, 2022, versión *online*.

El TJUE parte de la premisa de que debe hacerse una *interpretación autónoma* del concepto de «derecho real inmobiliario» a los efectos del artículo 6.4.c) del Reglamento Roma I, lo que quiere decir que la interpretación ha de ser independiente de la que el mismo concepto pueda tener en cada uno de los ordenamientos nacionales. Así, afirma expresamente que «el hecho de que unos árboles plantados en las circunstancias del litigio principal puedan llegar a asimilarse a bienes inmuebles en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales carece de incidencia» –apartado 23 de la sentencia–.

En atención a lo anterior, no resulta de aplicación la categorización del artículo 334.1.2.º del Código Civil español que establece que son bienes inmuebles «los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble»; como tampoco la de otro cualquier derecho nacional.

Asimismo, la interpretación del objeto de los contratos debe hacerse desde una perspectiva europea, distinta a la interpretación y significado en cada uno de los Estados miembros.

Pues bien, el TJUE llega a la conclusión de que en este caso no estamos ante un «derecho real inmobiliario» porque el objeto sobre el que se transmite la propiedad, recordemos los árboles plantados, no son un bien inmueble, como lo sería el terreno en el que se plantan dichos árboles. Estos se transmiten en su condición de frutos del terreno en el que se cultivan.

El derecho sobre los frutos es, a su vez, la finalidad y función económica que subyace a los contratos suscritos por el consumidor o, como indica la sentencia, «la finalidad principal del contrato consiste en generar ingresos procedentes de la venta de la madera que se obtenga tras la recolección de dichos árboles» –apartado 26–. El consumidor no adquiere, propiamente, un derecho sobre el terreno, sino sobre los frutos que produce, que se recolectan y se venden. De ahí que concluya el TJUE, a estos efectos, que los árboles no son bienes inmuebles.

La aportación de la sentencia radica, pues, en la conclusión relativa a que un contrato sobre árboles plantados no es un contrato sobre un «derecho real inmobiliario», en la medida que han de considerarse frutos del terreno, pues la finalidad de los contratos es obtener ingresos con la venta de la madera.

En definitiva, la conclusión de la sentencia deriva, por una parte, de la interpretación autónoma de lo que es un «derecho real inmobiliario» y, más concretamente, del concepto de «bien inmueble», que es distinto del que tenga en cada uno de los Estados miembros y, por otra, de la función económica del contrato, que es la obtención de ingresos con la venta de la madera.

2. INEXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO SOBRE UN BIEN INMUEBLE EN EL CASO DE UN CONTRATO DE INVERSIÓN SOBRE ÁRBOLES

1. El TJUE también rechaza que el asunto verse sobre un arrendamiento de un bien inmueble.

La justificación en este caso es la siguiente:

– El consumidor arrienda el terreno en el que están plantados los árboles mientras estos permanezcan en dicho terreno.

– Según doctrina del TJUE en materia de competencia judicial internacional y, concretamente, competencias exclusivas, la calificación de contrato de arrendamiento, a efectos de dicha competencia exclusiva, requiere una relación suficientemente estrecha entre el contrato y el bien inmueble de que se trate.

– De ahí que el Tribunal hubiera resuelto en un asunto anterior [sentencia de 13 de octubre de 2005, as. *C-73/04 Klein* (ECLI:EU:C:2005:607)] que un contrato complejo relativo a un conjunto de servicios prestados a cambio de un precio global pagado por el cliente, como sucedía en el caso de un contrato de prestación de servicios que iba más allá de la cesión del derecho de uso objeto del contrato de arrendamiento, no quedaba abarcado por la *ratio legis* de la competencia exclusiva y no constituía un contrato de arrendamiento propiamente dicho a tales efectos. Y destaca el Tribunal que debe haber una aplicación coherente entre las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis (y su predecesor) y de la ley aplicable del Reglamento Roma I (Considerando 7 de este último).

– En el supuesto de la sentencia *ShareWood*, el objeto esencial del contrato no consiste en el uso del terreno en el que están plantados los árboles, sino que su finalidad consiste en generar ingresos procedentes de la venta de la madera que se obtenga tras la recolección de esos árboles. El arrendamiento previsto por dicho contrato, que sólo comprende el derecho a dejar crecer esos árboles y que carece de una finalidad disociable de la adquisición de estos últimos, tiene la mera finalidad de permitir la ejecución de los elementos de compraventa y de prestación de servicios recogidos en ese contrato.

– De este modo, el contrato no guarda una relación suficientemente estrecha con el terreno para poder ser calificado de «arrendamiento de un bien inmueble» a efectos del artículo 6, apartado 4, letra c), del Reglamento Roma I.

2. El TJUE descarta, pues, que el supuesto consista en un «arrendamiento de un bien inmueble» porque la finalidad del contrato no es el uso en sí mismo del terreno. Aunque es cierto que se produce un cierto uso, el mismo es meramente instrumental, tan sólo para permitir el crecimiento de los árboles y, en todo caso, el uso no es del consumidor, sino de *ShareWood*.

Distinto sería si el consumidor arrendase el terreno con la finalidad de cultivarlo él mismo y, por supuesto, incluso más distinto sería si lo hiciese con la finalidad de vender los frutos producidos

por el cultivo, en cuyo caso, estaría realizando una actividad profesional y ya no tendría la condición de consumidor.

Sin embargo, no es ese el supuesto de la sentencia *ShareWood*. En esta, no es el consumidor el que usa el terreno para llevar a cabo el cultivo en el mismo. En virtud del conjunto de contratos *ShareWood* se encarga del cultivo, administración, recolección y venta de la madera, entre otras actuaciones. La finalidad del contrato es la generación de ingresos con la venta de la madera, una vez los árboles han crecido en el terreno y han sido talados, habiéndose encargado *ShareWood* de todas las actuaciones necesarias.

De ahí que el TJUE estime que no concurre la exigida relación entre el contrato y el bien inmueble, para que se considere un «arrendamiento de un bien inmueble». El uso del terreno no es lo determinante a efectos del contrato, sino que lo determinante es el conjunto de actuaciones para llegar a la finalidad del contrato: la obtención de los ingresos con la venta de la madera de los árboles cultivados en el terreno.

3. CONTRATO DE INVERSIÓN EN PLANTACIONES DE ÁRBOLES: CONTRATO COMPLEJO Y FUNCIÓN ECONÓMICA

1. De lo expuesto, se infiere que, básicamente, son dos las circunstancias que llevan al TJUE a resolver en el sentido de negar la existencia de un «derecho real inmobiliario» y de un «arrendamiento de un bien inmueble»; la existencia de un contrato complejo conformado por prestaciones de distinta naturaleza, de un lado, y la finalidad o función económica del mismo consistente en obtener ingresos, de otro.

2. El hecho de que se trate de un contrato complejo, en el sentido de agrupar bajo un único contrato «prestaciones diversas que aisladamente consideradas constituirían prestaciones de distintos contratos»¹¹, determina que, aunque confluyan diversas prestaciones (por ejemplo, relativas a un derecho real, a un bien inmueble o a un arrendamiento de bien inmueble, a prestaciones de servicios, entre otras), su objeto y causa no se identifican con ninguna de ellas por separado, sino que se infieren del conjunto de todas, globalmente consideradas y sin que sean susceptibles de individualización. De ahí que el TJUE descarte, correctamente a nuestro juicio, que estemos ante una materia relativa a derechos reales sobre bienes inmuebles o de un arrendamiento de bienes inmuebles.

No obstante, se echa en falta que el TJUE no haya aprovechado la ocasión para un mayor análisis y desarrollo de los contratos complejos. Ninguna conceptualización se hace tampoco en las sentencias anteriores en las que el TJUE apreció la existencia de contratos complejos. Todos ellos eran supuestos en los que se cuestionaba si existía una competencia exclusiva de los tribunales porque uno de los elementos del contrato (complejo), pero no la prestación principal, era un arrendamiento de un bien inmueble. Por esa razón, se descartó en todos que existiera una competencia exclusiva de los tribunales donde radicaban los inmuebles. Nos referimos, además de al asunto *Klein*, citado en la propia sentencia *ShareWood*, a las sentencias anteriores

¹¹ Cfr. VIRGÓS SORIANO, 1995, versión *online*, 2004.

de 26 de febrero de 1992, as. C-280/90 *Hacker* (ECLI:EU:C:1992:92), relativa a un arrendamiento vacacional que incluía también otras prestaciones, y a la sentencia de 14 de diciembre de 1977, as. 73/77 *Sanders* (ECLI:EU:C:1977:208), cuyo objeto era un contrato de arrendamiento de un local comercial y del negocio (arrendamiento de industria).

La consecuencia de apreciar en el asunto *ShareWood* que se trata de un contrato complejo, que no se identifica con un contrato de derecho real sobre un bien inmueble ni de arrendamiento sobre bien inmueble, es que no opera la excepción, en materia inmobiliaria del artículo 6.4 c) Reglamento Roma I, a la ley aplicable a los contratos de consumo. Por ello, la ley aplicable al asunto es la determinada por la regla general (arts. 6.1 y 6.2); concretamente, las normas imperativas austriacas en materia de consumidores por tener el consumidor residencia habitual en Austria, que se superponen a la ley –suiza– elegida por las partes.

Asimismo, tal conclusión, relativa a que no se trata de contrato de derecho real sobre un bien inmueble ni de arrendamiento sobre bien inmueble, sería extrapolable también a supuestos similares en los que se cuestionase qué tribunales serían competentes. De plantearse, y sin perjuicio de que habría que atender a las circunstancias particulares del supuesto, la conclusión sería que no aplicaría la competencia exclusiva de los tribunales del lugar donde se hallare el inmueble del artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis, que habría de observarse si el inmueble en cuestión se hallare sito en un Estado miembro de la Unión Europea.

3. Por lo que se refiere a la finalidad o función económica del contrato en el asunto *ShareWood*, como se ha indicado, la misma es obtener ingresos con la venta de la madera. Esto nos lleva a considerar si esa finalidad del contrato puede tener incidencia en el ámbito de aplicación de los contratos de consumo, por tratarse la persona física demandante de un consumidor inversor.

Según antes hemos expuesto, el TJUE ha admitido que se aplica la normativa de consumidores a los supuestos de consumidores inversores, siempre que no actúen con una finalidad profesional, interpretando de forma restrictiva cuándo concurre dicha finalidad (especialmente, STJUE de 10 de diciembre de 2020, as. C-774/19 *Personal Exchange International Limited*, C-774/19 antes citada).

No obstante, cabría plantearse si, dado que la función económica del contrato es la obtención de ingresos, está justificado, siempre y en todos los casos, que el consumidor inversor goce de esa protección, con independencia, como ha establecido el TJUE, del valor de las operaciones efectuadas, su número, la importancia de los riesgos de pérdidas económicas asumidos, los conocimientos o experiencia de dicha persona en el sector de los instrumentos financieros o su comportamiento activo en la realización de dichas operaciones, según las referidas sentencias (SSTJUE de 3 de octubre de 2019, as. C-208/18 *Petruchová*, y de 2 de abril de 2020, as. C-500/18 *Reliantco*, antes citadas). Y cabría reflexionarlo porque, si bien la protección está sin duda justificada en los casos del pequeño ahorrador-inversor¹², en los que indiscutiblemente concurre la asimetría o situación más débil que es la razón de ser de la normativa protectora de los consumidores, más discutible es cuando se trata de un consumidor inversor que, aun cuando no desarrolle como tal una actividad profesional, la dedicación y el lucro obtenido podría, en ocasiones, equipararse a ella.

¹² LAFUENTE SÁNCHEZ, *La Ley Unión Europea*, 2015, versión online, quien aboga por una interpretación amplia y flexible de los foros de protección del consumidor.

Ahora bien, tal planteamiento estaría tomando en consideración las circunstancias subjetivas de la persona física, cuando, según TJUE y la doctrina¹³, cualquier análisis ha de partir de una noción objetiva del consumidor –el que actúa con carácter ajeno a una actividad profesional– y sin tomar en consideración sus circunstancias subjetivas, como los conocimientos que pueda tener, el tiempo que dedique a la actividad o, en su caso, su capacidad económica.

Por tanto, atendiendo a que el TJUE se ha pronunciado, sin discusión, a favor de que son consumidores quienes celebran contratos de inversión para fines privados –como sucede en la sentencia *ShareWood*–, parece difícil eludir que en estos casos aplique la normativa protectora de los consumidores del Reglamento Bruselas I bis (art. 17 y ss.) y Roma I (art. 6, a salvo de las exclusiones previstas en este).

Ello siempre y cuando –claro está– se cumplan los requisitos para aplicar dicha normativa, esto es, que exista un contrato de consumo entre un profesional y una persona física y que el consumidor sea un «consumidor pasivo».

V. CONCLUSIONES

Los contratos de inversión se caracterizan en muchas ocasiones por tratarse de contratos complejos en el sentido de que están conformados por prestaciones de distinta naturaleza, cuyo objeto y causa no se identifica con cada una de ellas consideras individualmente sino con la suma de todas ellas, lo que determina asimismo la naturaleza del contrato.

Tal es el supuesto de la sentencia *Sharewood* que, pese a contar con elementos relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles y arrendamiento de bienes inmuebles, así como a prestaciones de servicios, el objeto y la causa del contrato no se identifican con ellos individualmente considerados, sino que son distintos. Particularmente, consisten en la obtención de los frutos para la percepción de ingresos. De ahí que el TJUE, partiendo de la interpretación autónoma que procede hacer de la materia inmobiliaria a que se refiere el artículo 6.4 c) del Reglamento Roma I, concluya que en el caso concreto no se está ante un derecho real sobre bienes inmuebles ni ante un arrendamiento de bienes inmuebles y, por tanto, no opera la excepción para tales casos a la regla general de ley aplicable en contratos de consumo.

Por otra parte, y aunque no se aborde expresamente en la sentencia, el asunto resuelto suscita la cuestión relativa a en qué medida procede aplicar, sin fisuras, la normativa tuitiva de consumidores a contratos de inversión.

Si bien en la situación actual, a la vista de la jurisprudencia reiterada del TJUE en materia de consumidores y de la interpretación extensiva del concepto de consumidor –pese a que, en la teoría, debiera interpretarse de forma restrictiva–, ha de concluirse que en casos de contratos de inversión celebrados con consumidores «pasivos» estos cuentan con el régimen tuitivo previsto en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I, a salvo de las exclusiones previstas en su artículo 6.4.

¹³ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, 2022, versión *online*, párr. 7.507 y ss. PAREDES PÉREZ, REEI, n.º 41, 2021, p. 8 y *La Ley Unión Europea*, 2021, p. 7.

BIBLIOGRAFÍA

- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*, Granada, 2018.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, 2009.
- CARRIZO AGUADO, David: *Reglas de competencia judicial internacional y ley aplicable en la contratación de servicios de viaje vinculados*, Madrid, 2018.
- CEBRÍAN SALVAT, María Asunción: «El principio *lex rei sitae* y la ley aplicable al contrato de arrendamiento de inmuebles: Una propuesta para solventar la incoherencia regulativa entre el Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento Roma I», en *Derecho internacional privado y sociedad global: los principios del derecho romano en el derecho internacional privado europeo*, Navarra, 2022.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A.: *Derecho Privado de Internet*, Navarra, 2022.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Derecho Internacional Privado*, Navarra, 2018.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: *Derecho Internacional Privado*, Navarra, 2021.
- MAGNUS, Ulrich, MANKOWSKI, Peter y WILDERSPIN, Michael: *European Commentaries on Private International Law, Commentary Rome I Regulation*, Köln, 2017.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl: «Competencia internacional y protección del inversor en acciones por responsabilidad contractual y delictual frente al banco emisor de títulos (A propósito del asunto *Kolassa*)», en *La Ley Unión Europea*, 2015 (versión *online*).
- PAREDES PÉREZ, José Ignacio: «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales B2C: problemas de calificación y tribunales competentes», REEI, n.º 41, 2021, pp. 1-39.
- PAREDES PÉREZ, José Ignacio: «Los servicios de juego en línea y el enfoque dinámico del concepto de consumidor de los arts. 17 a 19 del Reglamento de Bruselas I bis. Sentencia TJ de 10 de diciembre de 2020, asunto C-774/19», *La Ley Unión Europea*, 2021 (versión *online*).
- VIRGÓS SORIANO, Miguel: «Comentario al artículo 10.10 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1995 (versión *online v-lex*, 2004).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

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), 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), Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN (investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (profesor titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), José 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), Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ (doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTANA NAVARRO (profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), María ZABALLOS ZURILLA (profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid).**

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. Prescripción de acciones. *Dies a quo*: fin del proceso penal en el que se fija el montante real del daño.— No cabe concebir iniciado el plazo de prescripción de la acción para reclamar civilmente la indemnización por daños

derivada de un incendio, a la compañía aseguradora, por la parte no abonada por el responsable como consecuencia de su insolvencia, mientras no concluya el proceso penal en que se esté dirimiendo el importe real del daño y del que participa la propia compañía aseguradora. (STS de 15 de febrero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS. En 2009 un malhechor ocasionó un incendio en una vivienda. Los perjudicados reclamaron la cobertura de incendios a su compañía aseguradora, que les indemnizó por 44 671,50€ en 2010. Paralelamente, se estaba sustanciando el procedimiento penal contra el responsable, en el que se personaron, tanto los perjudicados, como la compañía aseguradora a los efectos de la acción subrogatoria (art. 43 LCS). En este proceso, se fijó el importe de los daños en 70 382,11€, por lo que los perjudicados debían recibir 25 710,61€ más. En enero de 2015 se dictó la sentencia penal por la que se condenaba al pago de este importe al causante. Sin embargo, en abril del mismo año se declaró su insolvencia. Así las cosas, en mayo de 2015, los perjudicados interpusieron demanda civil frente a la aseguradora interesando el pago de los 25 710,61€ restantes. Frente a ello, la aseguradora alegó que la acción había prescrito puesto que, desde 2010, no recibió reclamación alguna de los demandantes que interrumpiera el plazo de prescripción de dos años del artículo 23 LCS. En primera instancia se estimó la acción, pero en segunda se declaró prescrita la acción por concebir que el *dies a quo* quedó fijado en la fecha de pago, momento en el que ya debían conocer su insatisfacción.

Por el contrario, el Tribunal Supremo comprendió que la demandada conocía perfectamente la insatisfacción de los demandantes con la cuantía indemnizada ya que estaba también personada en el proceso penal y que, a mayor abundamiento, no fue hasta la conclusión de dicho proceso que se fijó la cuantía exacta del daño. Además, el Alto Tribunal reparó en que, «mientras se sustanció el proceso penal, la actora tampoco podía reclamar la misma cantidad al acusado y aseguradora, pues cobraría dos veces el daño sufrido. Extremo este perfectamente conocido por la compañía que, sin duda, lo excepcionaría. Una vez se declaró la insolvencia del condenado, finalizado el proceso penal, contaba la actora con los datos fácticos y jurídicos precisos para entablar la acción». En consecuencia, declaró que la acción no estaba prescrita y devolvió las actuaciones a la Audiencia.

NOTA.— La sentencia cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio García Martínez, habida cuenta que se manifestaba convencido «(i) de que la recurrente podía haber ejercitado la misma acción que ha afirmado ahora a partir del 17 de junio de 2010; (ii) y de que el proceso penal no constituía impedimento para ello, puesto que el proceso civil no tenía por objeto «el mismo hecho»». Así, comprendía que la cuantificación del daño en el proceso penal tenía como finalidad determinar en cuánto se traducía el deber de indemnizar del responsable penal, no en cuánto debía indemnizar a la ahora recurrida la ahora recurrente en virtud del contrato de seguro que les vinculaba. Además, aunque se asumiera que la valoración del daño en el proceso penal podía llegar a

tener incidencia en el proceso civil, lo que no podría aceptarse como solución derivada de ella es que el proceso penal constituyera un impedimento u obstáculo legal a la promoción del proceso civil con la trascendente consecuencia de impedir que empezara a correr el plazo de prescripción. (A. A. O.)

2. Interrupción de la prescripción por excepción u oposición a las reclamaciones contrarias en el seno de un proceso judicial.— La interrupción se produce no solo por acción sino también por ejercicio de la excepción u oposición a las reclamaciones contrarias. Las mutuas reclamaciones que se plantearon dentro del procedimiento por los codemandados, entre sí, negando respectivamente su responsabilidad e imputándola al contrario, se considera reclamación (art. 1973 CC), en cuanto acredita la ausencia de dejadez en el ejercicio de sus pretensiones y manifiesta un interés en el mantenimiento de sus acciones. En tanto que una reclamación extrajudicial (ausente de formalismos en su redacción) puede interrumpir el plazo de ejercicio de una acción, también debe aceptarse que pueda tener la misma repercusión la oposición e imputación que un demandado hace contra otro, en el seno de un proceso judicial, asistido de abogado (art. 1973 CC). En conclusión, el plazo de ejercicio de la acción quedó eficazmente interrumpido.

Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de cantidad derivada de culpa extracontractual por accidente de tráfico en caso de concurrencia de culpas.— La acción que da lugar a la presente demanda solo pudo ejercitarse (art. 1969 CC) desde que se conoció el resultado del juicio ordinario 300/2013, pues en dicho procedimiento se establecieron las cuotas de responsabilidad de los conductores de las motocicletas en el siniestro, y precisamente ese reparto de cuotas de responsabilidad se ha aceptado en el presente procedimiento por la aseguradora demandada. Tan determinante fue el procedimiento 300/2013 que quedó fijada la responsabilidad de los intervinientes en el siniestro, razón por la cual en el presente procedimiento ordinario 283/2016 no se cuestiona (art. 222.4 LEC), dado que lo resuelto en el juicio ordinario 300/2013 era un antecedente lógico de lo que ha sido objeto del presente procedimiento 283/2016. Por otro lado, no es coherente que la recurrente alegue que el demandante pudo ejercitar una acción al margen del juicio ordinario 300/2013 (al poseer todos los datos precisos para ello) y que, por otro lado, en la petición subsidiaria de la contestación a la demanda relativa a los intereses del artículo 20 LCS, plantee las dudas sobre las causas del daño, con el fin de exonerarse del pago de los intereses, por existencia de causa justificada. (STS de 14 de febrero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.— Narciso interpuso demanda de juicio ordinario contra Rafael y la entidad aseguradora Liberty S.A. en la que suplicaba al juzgado que condenara a los demandados, conjunta y solidariamente, a indemnizar al demandante en la cantidad de 20.791,58 euros por días de baja, secuelas y demás perjuicios sufridos, más los intereses del artículo 20 LCS.

La sentencia de primera instancia estimo la demanda contra Liberty Seguros y Rafael y condenó conjunta y solidariamente a ambos a abonar al demandante la cantidad de 20.791,58 euros.

Interpuesto recurso de apelación por Liberty S.A., la Audiencia Provincial lo desestima.

La entidad Liberty S.A. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*J. M.ª M. F.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes del artículo 24.2 CE. Relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.— Es doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 212/2013, de 16 de diciembre, 128/2017, de 13 de noviembre y 121/2021, de 2 de junio) que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se traduce en el poder jurídico que se otorga a las partes de «provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso».

Este derecho fundamental comprende: 1) El derecho a que se admitan pruebas relevantes y pertinentes para cuya obtención no se hayan vulnerado otros derechos fundamentales y propuestas de acuerdo con la legalidad procesal; 2) El derecho a la práctica de las pruebas admitidas; 3) El derecho a no sufrir indefensión, evitando la denegación arbitraria o irrazonable de pruebas trascendentes; 4) El derecho a que las pruebas practicadas sean valoradas por el tribunal.

El Tribunal Constitucional precisa que el artículo 24.2 CE no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino que solo contempla el derecho a la recepción y práctica de aquellas que puedan ser consideradas pertinentes, «entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*». Además, es necesario que la de prueba sea «decisiva en términos de defensa», esto es, que su falta se traduzca en una indefensión del recurrente. Esta exigencia se proyecta sobre un doble plano: 1) El recurrente debe acreditar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; 2) Además, debe argumentar que la resolución del proceso podría haberle sido favorable de haberse practicado la prueba objeto de controversia. Solo cuando ambas circunstancias concurren podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivación de la decisión de prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad. El Tribunal Supremo manifiesta que la exigencia de motivación se vulnera cuando no existe tal motivación o esta es insuficiente para expresar las razones de hecho y de Derecho que conducen a la decisión tomada. Recuerda que el Convenio de Nueva York pone en valor el respeto de los deseos y sentimientos de las personas con discapacidad (STS 296/2021, de 6 de mayo) y que la provisión judicial de apoyos debe respetar la autonomía de las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, debiendo atender a su voluntad, deseos y preferencias (STS 589/2021, de 8 de septiembre). Concluye afirmando que prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga actualmente (tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio) requiere una motivación especial que explícite las razones concretas por las que se toma tal decisión. (**STS de 21 de diciembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jose Luís Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.— En 2016, Isidora interpuso demanda para la modificación de la capacidad de su esposo Carlos Francisco y solicitó ser nombrada tutora. El demandado se opuso a la incapacitación total y argumentó que, en su estado actual, únicamente requería de una supervisión en ciertas actividades complejas. También expresó su oposición a que su esposa fuera designada como tutora y propuso a su amigo Borja.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que Carlos Francisco, como consecuencia de un accidente cerebrovascular, presentaba secuelas que limitaban su capacidad para administrar sus bienes y dictó sentencia modificando parcialmente su capacidad de obrar y acordando el nombramiento de Borja como figura de apoyo y curador. Esta resolución fue recurrida en apelación por Isidora. La Audiencia Provincial de Madrid, tras obtener un nuevo informe médico forense, revocó la sentencia de instancia, declaró la incapacidad total de Carlos Francisco y nombró tutora a la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos (AMTA). Durante la sustentación del recurso de apelación, Carlos Francisco solicitó la práctica de nuevas pruebas que fue denegada por la Audiencia. Contra la sentencia dictada, el demandado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación alegando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE). El Tribunal Supremo estimó el recurso extraordinario por infracción procesal. (*M. S. G.*)

4. Derecho al honor. Intromisión legítima. Inclusión en registro de morosos.— La Sala Primera del Tribunal Supremo declara la inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, incluso cuando la deuda fue contraída por un tercero que suplantó su identidad, pues no aprecia falta de diligencia en la identificación del comprador-deudor por parte de la empresa vendedora-acreedora. (**STS de 17 de febrero de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.— En octubre de 2015, el demandante, supuestamente, compró unas enciclopedias a EDP Editores. En el proceso de compra intervino un tercero de confianza (Logalty), a través del cual se realizó la compra y se aportaron todos los datos del comprador: dirección, DNI, teléfono y número de cuenta bancaria. Producido el impago esencial y reclamado en diversas ocasiones al comprador, EDP Editores comunicó sus datos a Equifax, que también comunicó la inclusión en el registro al comprador. Con todo, hasta 2018 el comprador no se enteró de que estaba inscrito en dicho registro, por lo que solicitó la cancelación de sus datos por no reconocer la deuda, baja que Equifax causó solo cuatro días después. La prueba que se aporta para justificar la suplantación de la identidad en la adquisición de las enciclopedias fue (i) una prueba pericial caligráfica que señala que la firma de la contratación no coincide con la del comprador, aunque el perito manifiesta dudas respecto a la firma que consta en el albarán de entrega; y (ii) la afirmación del comprador de que, en esas fechas, perdió el DNI.

En estas circunstancias, el Alto Tribunal declaró que, aunque hubieran suplantado su identidad, la vendedora actuó con toda la diligencia exigible para verificar su identidad, siendo veraces todos los datos, incluso aquellos que no constaban en el DNI (como el teléfono y la cuenta bancaria). Además, actuó con la diligencia debida al reclamar la deuda previamente y comunicar, después, la inclusión de sus datos en el registro, lo que diligentemente también hizo Equifax. A mayor abundamiento, solicitada la cancelación de sus datos, esta se produjo sin demoras, por lo que, a la vista de las circunstancias concurrentes, la falta de diligencia en la identificación del comprador debe considerarse un error excusable, sobre el que no cabe apoyar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente. (A. A. O.)

5. Derechos fundamentales. Derecho a la intimidad y a la propia imagen. Carácter autónomo de cada uno de estos derechos. Uno y otro tienen sustantividad y contenido propio y específico.— Como se indica en la STC 14/2003, de 18 de enero, los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás (STC 81/2001, de 26 de marzo; STC 156/2001, de 2 de julio). El carácter autónomo de estos derechos supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros dos derechos fundamentales que prevé el precepto constitucional, pues la especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de la vulneración de las eventuales lesiones del derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados solo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen puede vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente (en este sentido, STC 81/2001, de 26 de marzo; STC 83/2002, de 22 de abril). Esto tiene como consecuencia que, cuando se denuncia que una imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del artículo 18 CE, deberán enjuiciarse por separado esas dos pretensiones.

Lesión del derecho de imagen y vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del menor, derivada de la publicación no consentida de la imagen. La vulneración del derecho de imagen de una persona no implica *per se* la lesión del derecho a la intimidad mientras esta no quede revelada.— No es correcto concluir que la utilización in consentida de la imagen de un menor en circunstancias desfavorables lesiona por igual y conjuntamente sus derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la

propia imagen, puesto que, al ser los derechos a la intimidad y a la propia imagen derechos autónomos con sustantividad y contenido propio y específico, para apreciar que la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona vulnera su derecho a la intimidad, resulta necesario que dicha imagen revele su intimidad personal o familiar, lo que en el caso no acontece, puesto que la fotografía publicada y difundida no muestra ningún aspecto reservado protegido por el derecho a la intimidad. A lo que se suma que el artículo 4.3 LPJM constituye un complemento de la regulación establecida en la LPDH, cuando de menores se trata, en el sentido de que el consentimiento prestado expresamente por el menor (cuando sus condiciones de madurez lo permiten) o por su representante legal para la captación, reproducción o publicación por fotografía de su imagen no impedirá apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen cuando la utilización de dicha imagen en los medios de comunicación pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses.

La libertad de información cede ante la protección del menor cuando la publicación de la imagen es contraria a sus intereses. Prevalencia del interés del menor. No cabe atribuir prevalencia a la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen del menor, por más que la información sea veraz, tenga relevancia pública y la participación en el acontecimiento noticiable del menor fuera principal o protagonista. En los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, de manera que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4.3 LPJM, que considera como tal la utilización de la imagen de un menor que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. En tales casos, ni siquiera el interés general de la noticia o la veracidad de la información transmitida excluyen la ilicitud de la intromisión, y esta intensificación en los niveles de protección se justifica teniendo en cuenta que la naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación. Es obvio, que en estos casos también se puede informar. Pero en la información se deben extremar las cautelas, y eso supone que no se puede utilizar la imagen del menor si es contraria a sus intereses incluso si consta su consentimiento o el de sus representantes legales (STS 387/2012, de 11 de junio). (STS de 13 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.— El Ministerio Fiscal interpuso demanda de protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen del menor N., contra las mercantiles X y Z, editoras de publicaciones en línea, y contra don A. y don R., como autores de las publicaciones contradichas. Se alegaba que en el periódico X aparecía publicada la fotografía del menor, encabezando la noticia de su internamiento terapéutico tras acuchillar a cinco compañeros. La imagen captaba el momento en que el joven salía de los Juzgados esposado y acompañado de la policía. Dicha fotografía estaba sin pixelar y permitía una completa y rápida identificación de la persona del menor. El otro diario publicaba igualmente una foto en la que se pixelaba parcialmente la figura del detenido. Además, en

las publicaciones se informaba de circunstancias de índole personal, relativas al menor, como el reciente fallecimiento de su madre o el centro de enseñanza secundaria en el que se produjeron los hechos. De manera que no solo no se había impedido, sino que ni siquiera se había dificultado la identificación del menor. Evidentemente, dichas imágenes fueron obtenidas y utilizadas sin el consentimiento de los progenitores y sin conocimiento del menor afectado. El Juzgado estimó la demanda y condenó solidariamente a ambas empresas al pago de 12.000 €. Sin embargo, la Audiencia estimó los recursos de apelación, negó que existiera solidaridad en la responsabilidad de las condenadas y impuso a cada una de ellas al pago de 6.000 €. La mercantil Z y R. interpusieron recurso de casación al considerar que la utilización que habían hecho de la imagen del menor no permitía su identificación y, por tanto, no vulneraban su derecho a la intimidad. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y, además, redujo la cuantía de la indemnización. (L. A. G. D.)

6. Conflictos entre derechos fundamentales: libertades de expresión y de información y derecho al honor.— El derecho al honor protege frente a atentados contra la reputación personal, vetando el uso de expresiones o mensajes insultantes o que supongan un descrédito de la persona. Sin embargo, este derecho tiene su límite en las libertades de información y expresión. En el caso de esta segunda no se exige que las expresiones sean veraces pues, por su propia naturaleza, no se refieren a hechos objetivos, que sí pueden ser verificados, sino a creencias subjetivas, bastando con que las declaraciones obedezcan a un interés social relevante y sean proporcionadas, en el sentido de que sean necesarias para transmitir la finalidad crítica perseguida. Con este pronunciamiento nuestro Alto Tribunal ahonda en la misma línea jurisprudencial que viene sosteniendo respecto a los reportajes de crónica social, reconociéndoles un interés relativo en atención a las circunstancias concretas cuando se refieren a personajes notorios, y recalca además que no puede denunciar una intromisión en su derecho al honor quien lo ha deslustrado con sus propios actos. También reitera su doctrina sobre el reportaje neutral, que permite a los medios de comunicación publicar expresiones que podrían suponer una intromisión en el derecho al honor cuando se limiten a actuar como meros transmisores, identificando al autor de las declaraciones sin reelaborarlas y siempre que no haya indicios evidentes de falsedad. (**STS de 14 de diciembre de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— A denunció a su exmarido, B, por un delito de coacciones en el ámbito familiar y otro de amenazas, resultando B condenado por el primero y absuelto del segundo por falta de pruebas. Poco después de la condena, A concedió una entrevista a una revista especializada en «noticias del corazón» en la que explicaba diversos incidentes de malos tratos protagonizados por B, acusándole entre otras cosas de haberla amenazado. En respuesta, B interpuso demanda contra A y la editorial de la revista por infracción de su derecho fundamental al honor, argumentando que era inveraz acusarle de amenazas cuando había sido absuelto de este delito.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión de B, razonando que ambos eran personajes públicos asiduos de la prensa del corazón, que se trataba de una entrevista y no de una noticia objetiva, que no se puede exigir a personas legas en Derecho conocer la diferencia entre los delitos de coacciones y amenazas y que, en cualquier caso, B había sido condenado por un delito de coacciones, siendo él quien había manchado su honor con sus propios actos. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia con los mismos argumentos, añadiendo además que ambos habían acudido en varias ocasiones a programas y publicaciones de crónica social para narrar sus encuentros y desencuentros amorosos y efectuarse imputaciones recíprocas.

B interpuso recurso de casación para la tutela civil de sus derechos fundamentales, que el Tribunal Supremo desestima. Tras sintetizar su jurisprudencia sobre los conflictos entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor, nuestro Alto Tribunal concluye que la intromisión está legitimada por un interés social relevante como es la violencia de género y por la notoriedad de los protagonistas y que, al no tratarse de una noticia objetiva sino de una narración subjetiva de las vivencias de A, no pueden tacharse de inveraces, teniendo además un vínculo suficientemente estrecho con los hechos declarados probados en la sentencia penal dictada contra B.

NOTA.— Aunque la libertad de expresión no requiere que las declaraciones sean veraces, en la medida en que a menudo es difícil separar las opiniones subjetivas de los hechos objetivos es jurisprudencia constante que sí puede exigirse que haya cierto vínculo entre el juicio de valor y la realidad fáctica para que la libertad de expresión ampare unas declaraciones (SSTS 791/2021, de 6 de noviembre, 1032/2022, de 23 de diciembre, y 400/2023, de 23 de marzo). Asimismo, también en relación con la libertad de expresión, el Tribunal Supremo ha declarado que el interés social relevante concurre al hacer declaraciones sobre incidentes de violencia de género (STS 25/2021, de 25 de enero). (C. C. S.)

7. Derecho al honor y libertad de información. Concepto y diferencias entre la libertad de información y libertad de expresión.— La libertad de información consiste en la transmisión o comunicación de hechos, susceptibles de comprobación, contraste y prueba; la libertad de expresión ampara la manifestación de valoraciones, opiniones o juicios subjetivos que, como tales, quedan al margen de la demostración fáctica, aunque han de contar con un cierto apoyo o sustento de tal clase. Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional establece que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información (SSTC 181/2006, de 19 de junio; 24/2019, de 25 de febrero; y 46/2019, de 25 de noviembre, entre otras).

Dificultad para determinar la libertad que entra en conflicto con el derecho al honor.— La primera labor a realizar, por parte de los órganos jurisdiccionales, consiste en determinar qué libertad —expresión o información— entra en conflicto con el derecho al honor (art. 20.4 CE), y será aquella que *aparezca como preponderante o predominante* para subsumirla en el

artículo 20.1 CE (SSTC 172/2020, de 19 de noviembre; y 5/2021, de 25 de enero, por citar las más recientes). En el ejercicio de tal función, habrá que considerar determinante que del texto cuestionado se desprenda un *afán informativo* (STC 278/2005, de 7 de noviembre), o que predomine intencionalmente la expresión de un *juicio de valor* (STC 38/2017, de 24 de abril).

Prevalencia de la libertad de información sobre el derecho al honor. Protección reforzada cuando es ejercitada por los profesionales de la información.— Debe respetarse dicha posición prevalente, aunque no absoluta, que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor, que deriva de su condición de esencial garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (SSTC 134/1999, de 15 de julio; 154/1999, de 14 de septiembre, y 52/2002, de 25 de febrero, así como las SSTS 209/2020, de 29 de mayo; 276/2020, de 10 de junio; 26/2021, de 25 de enero; y 887/2021, de 21 de diciembre, entre otras).

La protección constitucional de la libertad de información alcanza su máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información, a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa entendida en su más amplia acepción (SSTC 225/2002, de 9 de diciembre; y 172/2020, de 19 de noviembre, entre otras). En la misma línea se encuentran las SSTEDH de 26 de noviembre de 1991; 27 de mayo de 2004; y 15 de febrero de 2005.

Límites internos y externos de la libertad de información.— El ejercicio del derecho a la información no es un derecho absoluto, pues está sujeto a límites internos, relativos a su propio contenido: la veracidad y la relevancia pública; y a límites externos, que se refieren a su relación con otros derechos o valores constitucionales con los que puede entrar en conflicto: los derechos de los demás y, en especial y sin ánimo de exhaustividad, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia (art. 20.4 CE) (SSTC 52/2002, de 25 de febrero; y 172/2020, de 19 de noviembre, entre otras).

Criterios de ponderación en los conflictos suscitados entre la libertad de información y el derecho al honor.— Se encuentran tres pautas valorativas: A) que la información comunicada venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas; B) proporcionalidad, es decir, que no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y C) la veracidad, que es un requisito legitimador de la libertad de información (SSTS 252/2019, de 7 de mayo; 26/2021, de 25 de enero; y 852/2021, de 9 de diciembre, entre otras).

De esta manera, la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones o de las informaciones proscribire el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la idea crítica o la noticia (SSTS 273/2019, de 21 de mayo; 359/2020, de 24 de junio; 635/2020; y de 25 de noviembre o 852/2021).

La veracidad de la información: deber del informador de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales.— La veracidad habrá que identificarla con el resultado de una razonable diligencia, por parte del informador, a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aunque la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. Por el contrario, falta esa diligencia debida cuando se transmiten, como hechos verdaderos, simples rumores carentes de constatación, o meras invenciones

(SSTS 456/2018, de 18 de julio; 102/2019, de 18 de febrero; y 29/2021, de 25 de enero, entre otras).

El criterio de razonabilidad como elemento relevante para la determinación del nivel de diligencia exigible en la comprobación de los hechos.— El nivel de diligencia exigible en la comprobación de los hechos ha de venir adornado de la nota de razonabilidad, y requiere ponderar extremos tales como: si se ha acudido a la técnica del reportaje neutral; la mayor o menor repercusión de la información en el prestigio de la persona afectada; el interés público de la noticia; la condición pública o privada de la persona a la que se refiere; la fuente de la que proviene la información; las posibilidades efectivas de contrastarla; así como la existencia de resoluciones judiciales referidas a los hechos comunicados, entre los elementos a considerar (STC 52/2002, de 25 de febrero). El nivel de diligencia exigible adquiere su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre; 178/1993, de 31 de mayo; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras). También, debe de ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 28/1996, de 26 de febrero; 21/2000, de 31 de enero, entre otras). Ha de valorarse también la trascendencia de la información (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras). La utilidad social de la noticia (SSTC 28/1996, de 26 de febrero; y 21/2000, de 31 de enero). La condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado por la información (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras). El objeto de la información, si la ordenación y presentación de hechos, que el medio asume como propios, o la transmisión neutra de manifestaciones de otro (SSTC 41/1994, de 15 de febrero; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras). Finalmente, contribuyen también el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla... (SSTC 28/1996, de 16 de febrero; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras).

Significado de la veracidad de la información.— Cuando la Constitución española requiere que la información sea *veraz* no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio—, sino lo que establece es un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como *hechos* haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraude el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsee lo comunicado (STC 28/1996, de 26 de febrero).

El nivel de diligencia exigible en la comprobación de los hechos, como cuestión casuística, no se puede determinar *a priori* y con carácter general.— La contrastación de la noticia no es un término unívoco, sino que, más allá de su genérica formulación como deber, exige matizaciones casuísticas (SSTC 21/2000, de 31 de enero; y 52/2002, de 25 de febrero, entre otras muchas). La diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse *a priori* y con carácter general, sino que depende de las características concretas de la comunicación, al fin, y a las circunstancias del caso (SSTS 338/2015, de 29 de junio y 696/2015, de 4 de diciembre y SSTC 240/1992, de 21 de diciembre; y 136/2004, de 13 de julio, entre otras). (STS 31 de enero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.— Una Asociación policial demandó, por vulneración del derecho al honor, a un periodista y la empresa editora por un artículo periodístico digital titulado *Las cloacas de interior*, en el que se informaba sobre el desembarco del partido político Ciudadanos en dicha asociación. El artículo detallaba la injerencia de Ciudadanos en la asociación policial y se apoyaba en mensajes de wasap del coordinador de la asociación en Madrid y fuentes policiales que no revelaba.

El juzgado estimó la demanda, al considerar no acreditada la vinculación de la asociación con el partido político, condenando a los demandados a eliminar el artículo del periódico digital, a publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia, y a pagar a la actora cinco mil euros. La audiencia estimó el recurso y absolvió a los demandados, ya que no tenía duda del cumplimiento del deber de diligencia por parte del periodista demandado lo que habría legitimado en el ejercicio de su derecho de información que prevalecería, por ello, sobre el derecho al honor de la asociación demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (C. O. M.)

8. Derecho a la no discriminación (art. 14 CE) y derecho de asociación (art. 22 CE). El derecho de asociación, contemplado en el artículo 22 CE, comprende cuatro dimensiones: 1) una dimensión individual, que incluye el derecho a asociarse; 2) una dimensión más colectiva, que abarca el derecho a establecer la propia organización, incluyendo la posibilidad de regular estatutariamente las causas y el procedimiento para la admisión y la expulsión de los socios, sin más límites que los dimanantes de los establecidos en el ordenamiento jurídico; 3) la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; 4) un haz de facultades a los asociados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretenden incorporarse. Ahora bien, quienes pretendan ingresar en una asociación se entiende que han de conocer y aceptar en bloque las normas estatutarias a las cuales habrán de quedar sometidos. El régimen jurídico de la asociación viene determinado por los propios estatutos y por los acuerdos válidamente adoptados por la asamblea general y los órganos directivos competentes.

Por otro lado, el principio de igualdad, recogido en el artículo 14 CE, vincula no solo a los poderes públicos, sino también a otros destinatarios, si bien su grado de aplicación tiene una intensidad distinta. En el ámbito privado, los derechos fundamentales deben hacerse compatibles con otros principios, como el de autonomía de la voluntad. No obstante, esta conclusión debe modularse en los casos de asociaciones privadas que ostenten una posición privilegiada o de dominio en el ámbito económico, social o profesional, en las que la decisión de no admitir la incorporación de un socio puede generar en el afectado un perjuicio significativo y no justificado en dichos ámbitos. La jurisprudencia ha entendido que se produce esa posición «dominante» cuando: 1) la actividad desarrollada por la asociación respondía a una concesión administrativa para la explotación económica en exclusividad de bienes de dominio público, por lo que la decisión de negar el ingreso se traducían en una discriminación laboral por razón de sexo; 2) la Administración pública participaba en la organización y/o financiación de las actividades de la asociación privada; 3) la asociación pertenecía a la modalidad de cooperativa de viviendas, sujeta a su específico régimen legal, en la que la pérdida de la

condición de asociado/cooperativista comportaba simultáneamente la pérdida del derecho de adjudicación de una vivienda, con el consiguiente perjuicio económico significativo para el afectado.

Así, la discriminación por razón de sexo queda prohibida cuando se impida el ingreso en asociaciones que ostenten esa posición de privilegio en el mercado laboral, por ejemplo. Sin embargo, su proyección en el ámbito privado no significa que toda actividad que lleven a cabo particular y que suponga la intervención de una pluralidad de personas, exija una determinada participación de hombres y mujeres si es que sus promotores no la contemplan o no la consienten. (**STS de 23 de diciembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.— Una mujer presenta demanda contra la asociación Esclavitud del Santísimo Cristo, en la que solicitaba que se declarase la nulidad del artículo 1 de los estatutos de dicha asociación, por excluir a la mujer como aspirante a ser socio de la misma, vulnerándose, de esta manera, los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y de asociación. La demandada alega: 1) que no es aplicable la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación, sino el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede; 2) que el artículo 1 de los estatutos no es contrario a Derecho; 3) que no existe obligatoriedad de que una asociación religiosa sea mixta.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, al entender que la asociación debe ver limitada su autonomía organizativa y no puede erigirse como una asociación solo de hombres. La asociación interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, señalando, entre otras cosas, que ni el derecho de autoorganización de las asociaciones ni la autonomía organizativa pueden infringir normas constitucionales. La asociación recurre en casación, apuntando: 1) la infracción de los artículos 22, 14 y 16 CE, en relación con el artículo 6 LOLR; 2) la infracción de la jurisprudencia que consagra el principio de autonomía y de autoorganización de las asociaciones de carácter religioso. El Tribunal Supremo considera que la asociación demandada no tiene un carácter «dominante», pues sus actividades y fines son estricta y exclusivamente religiosos, y no económicos, profesionales o laborales. Tampoco aprecia una situación de monopolio o exclusividad en la organización de las actividades procesionales de la Semana Santa y otros actos de culto por parte de la Esclavitud del Santísimo Cristo, que es una más de las diversas hermandades y cofradías existentes, como tampoco existe impedimento canónico para poder promover la constitución de otras hermandades, con los mismos fines espirituales y religiosos, integradas por hombres y mujeres o solo por mujeres. Por todo ello, el Alto Tribunal acaba estimando el recurso de casación planteado por la asociación.

NOTA.— Sobre el derecho de asociación, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han pronunciado en infinidad de ocasiones. Cabe destacar los siguientes temas tratados en este caso: 1) la dimensión del derecho de asociación (SSTC 219/2001, de 31 de octubre; 104/1999, de 14 de junio; 56/1995, de 6 de marzo; 96/1994, de 21 de marzo; SSTs de 7 de noviem-

bre de 2008, 13 de julio de 2007, 23 de junio de 2006, 16 de junio de 2003, 18 de noviembre y 2 de marzo de 2000 y 28 de diciembre de 1998); 2) la potestad de autoorganización de las asociaciones (STC 218/1988, de 22 de noviembre); 3) las facetas de la libertad de asociación (STC 42/2011, de 11 de abril; 135/2006, de 23 de abril; 56/1995, de 6 de marzo); 4) los límites del derecho de asociación (STS de 19 de julio de 2004; SSTC 104/1999, de 14 de junio; 56/1995, de 6 de marzo; 96/1994, de 21 de marzo); 5) la ponderación entre el derecho de autoorganización asociativa y el derecho asociativo entre particulares relacionado con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (STC 177/1988, de 10 de octubre); 6) la limitación de la participación de las mujeres en una asociación (SSTS de 28 de mayo de 2008 y 15 de enero de 2007); 7) la posición dominante que impide la discriminación (SSTS de 19 de septiembre de 2002 y 8 de febrero de 2001). (S. L. M.)

9. Responsabilidad civil. Personalidad jurídica de las sociedades. Doctrina del levantamiento del velo. Carácter excepcional de su apreciación.— De acuerdo con la doctrina de la Sala, la norma general ha de ser respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por cada entidad, que no afecta a sus socios ni administradores, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley. Este carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan *numerus clausus*. En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otros, pues en la práctica cada uno de ellos requiere sus propios presupuestos y, además, pueden conllevar distintas consecuencias. Así pues, la doctrina del levantamiento del velo no justificaría por sí sola la condena a una entidad diferente del organismo notificado por el hecho de que fueran empresas del mismo grupo.

Coincidencia parcial del nombre de las sociedades pertenecientes al grupo empresarial. No es suficiente para establecer una identidad jurídica entre ellas y extender la responsabilidad a la filial. Necesidad de acreditar la existencia de abuso de la personalidad jurídica.— En el presente caso no se ve la razón por la que la sola existencia del grupo de sociedades y la coincidencia parcial en sus denominaciones permita sentar, como hace la Audiencia, una presunción de identidad jurídica y la consiguiente extensión de la responsabilidad que en su caso correspondería a la filial no demandada. De una parte, constan en los escritos de la demandada la identificación de la sociedad del grupo que es el organismo certificado de productos sanitarios y esa es la razón por la que el juzgado de primera instancia estimó la falta de legitimación pasiva de la ahora recurrente; de otra parte, no hay constancia a la vista de lo alegado de la falta de autonomía empresarial de cada sociedad a la hora de ejercer las actividades propias de su objeto social; tampoco consta la participación o colaboración de una filial en las actividades de las otras, ni cualquier otra circunstancia significativa que conduzca a concluir que ha existido abuso de la personalidad jurídica societaria o que hay razones para que una sociedad responda de las

eventuales acciones u omisiones negligentes de otra del mismo grupo. (STS de 24 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— La actora interpuso demanda contra la empresa P.I.P.E., S.L. (importadora en España de la prótesis mamaria), A.F.I. (compañía aseguradora) y el grupo de empresas T. Group (encargada de elaborar los informes derivados de la auditoría de calidad del producto en calidad de organismo notificado). El denominado «organismo notificado» es la empresa u organización designada por un Estado miembro de la UE para evaluar la conformidad de determinados productos sanitarios y garantizar su calidad, seguridad y eficacia antes de la puesta en el mercado europeo. La razón de la demanda estaba en los daños sufridos por la demandante, quien tiempo después de someterse a una cirugía de implante mamario descubrió que, debido a la mala calidad de los mismos, uno de ellos se había roto, por lo que tuvo que practicarse una nueva intervención para eliminar ambos y sustituirlos por otros adecuados. La actora reclamaba la indemnización de los daños y perjuicios, materiales y morales, ocasionados a consecuencia del indebido cumplimiento de su deber de auditoría de calidad de la entidad que ejerció de organismo notificado respecto de los implantes. En este sentido, la demandante reclamó la condena solidaria de los demandados al pago de la cantidad de 31.417 €. Las partes se opusieron alegando diversas razones y, en especial, T. alegó la falta de legitimación pasiva puesto que se trataba de una compañía perteneciente al grupo empresarial, pero con personalidad jurídica propia y que no desarrollaba los cometidos de control, los cuales constituían la actividad propia de otras sociedades del mismo grupo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, en particular, al considerar que, efectivamente, la sociedad demandada no podía asumir la representación ni defensa de los intereses de la otra que, perteneciendo al mismo grupo de empresas, realmente llevó a cabo la actividad de control. La Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso de apelación de la actora y, entendió que no existía falta de legitimación pasiva en la demandada, sino que al formar parte del grupo de empresas demandando no podía ampararse en la distinta personalidad jurídica de una y otra sociedad del grupo. Condenó a la parte al pago de la cantidad de 15.000 €. Respecto del resto de las mercantiles demandadas se había desistido en primera instancia. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la demandada. (*L. A. G. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Nulidad de producto financiero. Extensión de la nulidad al crédito vinculado.— La jurisprudencia ha admitido que, bajo determinadas condiciones que lo justifican, la nulidad de un contrato pueda extenderse y propagar su ineficacia a otros contratos vinculados. Según la STS 331/2018, de 1 de junio, en virtud del nexo de conexión que presente la celebración de diferentes contratos cabe también que la ineficacia del contrato principal o inicial

alcance a otros contratos que con aquel se encuentran en una relación de conexión o dependencia. Dicha relación de conexión puede darse por razón de diversas circunstancias, bien porque el contrato principal o inicial constituye un presupuesto o una *conditio iuris* para que el contrato posterior realice plenamente su función práctica, o bien, porque en el momento de su celebración ambos contratos cooperen necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes, supuestos de los negocios complejos y coaligados. En un supuesto muy similar al presente, la STS 136/2021, de 10 de marzo, declaró que entre los sucesivos contratos de financiación y de inversión se aprecia una unidad de intención, una vinculación funcional que, sin perjuicio de su respectiva autonomía, permite hablar de negocios coligados. La finalidad o función económico-social que se perseguía con estos solo podía lograrse a través del conjunto de esos contratos. Los préstamos constituían el instrumento mediante el que se obtenían los fondos con los que se realizaban las inversiones en productos financieros, y estos, a su vez, eran la garantía, a través de su pignoración, de aquellos préstamos, y la fuente de obtención de nuevos recursos económicos (mediante su esperada revalorización y beneficios) con los que amortizar los capitales prestados. Por esta razón, resulta artificioso pretender aislar la valoración de los contratos enjuiciados del conjunto contractual ofertado a los clientes, pues la voluntad de los contratantes se formó, declaró y formalizó en el contexto de dicho conjunto. Esta doctrina resulta de aplicación en el presente caso, en que también se aprecia una clara vinculación entre el contrato de adquisición del producto estructurado y la póliza de crédito, propia de los negocios complejos o coligados. Esta conexión muestra cómo, desde su celebración, ambos contratos cooperan necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes. Se conciertan al mismo tiempo (julio de 2007) y el estructurado se constituye con el dinero concedido por el propio banco mediante la póliza de crédito, de tal forma que la adquisición del producto estructurado es causa de la concesión del crédito, siendo la duración de esta póliza la misma que la del estructurado, tres años. Del mismo modo, la reestructuración del producto financiero complejo, sustituyendo un estructurado por otro, este último con un plazo de duración de cinco años, va acompañado de la necesaria renovación de la póliza de crédito, que también se extiende por un plazo de cinco años. El crédito se concede para permitir la inversión en el producto estructurado, así se ofreció al cliente y así fue aceptado. Esta vinculación o conexión conlleva que, en este caso, en atención a las circunstancias expuestas, la nulidad por error vicio tanto de la adquisición del producto estructurado en julio de 2007, como de su sustitución por otro producto estructurado en marzo de 2010, justifique también la nulidad del contrato de crédito constituido para adquirir el estructurado en julio de 2007 y novado con ocasión de la reestructuración de marzo de 2010. (STS de 23 de febrero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.— Isaac interpuso una demanda en la que pedía la nulidad de los contratos de suscripción de los productos estructurados (el de 2007 y el de 2010) y de la póliza de crédito de 2007, así como su renovación en 2010, por error vicio en el consentimiento, provocado por un defecto de información sobre los productos financieros complejos y los riesgos que entrañaban. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el demandante y la Audiencia estimó en parte el recurso, y con ello la demanda. Así, estima la nulidad por error vicio respecto de la adquisición de los dos productos estructurados, al entender que hubo un defecto de información sobre los riesgos concretos que podían generar, pero no extiende esta nulidad a la póliza de crédito ni a su renovación.

La sentencia de apelación es recurrida en casación por el demandante. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*J. M.^aM. F.*)

11. Contrato de permuta financiera. La ausencia de información escrita precontractual no determina por sí la existencia de un perjuicio para el cliente.— Ni la falta de acreditación de la información previa a la contratación de la permuta financiera, ni la ausencia del test de conveniencia o, en su caso, el de idoneidad, determinan por sí la existencia de error vicio, sino que lo presumen. En efecto, no impide que pueda acreditarse que, a pesar de la falta de constancia de la información precontractual y del preceptivo test, el cliente contrató con conocimiento de las características del producto y de sus riesgos (SSTS 264/2018, de 9 de mayo; 521/2020, de 14 de octubre; 356/2019, de 25 de junio; 290/2019, de 23 de mayo y 523/2018, de 24 de septiembre). Aplicada la referida doctrina a la acción ejercitada de incumplimiento contractual, debemos declarar que la ausencia de información escrita precontractual por parte del banco no generó perjuicio alguno en la parte demandante (calificable como cliente profesional), dado que conocía a través de su asesor financiero las características del producto que adquiriría, sus riesgos y las consecuencias de su cancelación (arts. 1101 y 1106 CC), unido a que la cancelación fue negociada y también con el debido asesoramiento por su empleado, la que impugnan nueve años después mediante la demanda que da origen al presente procedimiento. (**STS de 7 de febrero de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.— La sociedad limitada demandante suscribió en el año 2005 un primer swap que cancela unos días antes de su vencimiento en el año 2006 y sustituye por otro swap que cancela anticipadamente en el año 2007 y abona 521.400 euros. En la demanda, que se dirige contra el Banco de Santander, solicita, con carácter principal, la nulidad por error vicio de estos contratos. Con carácter subsidiario solicita el resarcimiento de daños y perjuicios, por incumplimiento de la entidad de informar precontractualmente sobre los riesgos del producto.

La sentencia de primera instancia estima la pretensión principal de nulidad, aunque reconoce a la mercantil demandante una cantidad algo menor que la solicitada en la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, la sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación del banco demandado, desestimó íntegramente la demanda, declaró la caducidad de la acción de nulidad, y, entrando a resolver las acciones subsidiarias, las desestimó.

La sociedad demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*J. M.^aM. F.*)

12. Condiciones generales de la contratación. Control de cláusulas con IRPH.— El carácter de condición general de la contratación de una cláusula que define el interés remuneratorio en un contrato de préstamo lo recoge la STS de Pleno 596/2020, de 12 de noviembre (también referida a un préstamo con interés referenciado al índice IRPH). Así, es posible que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación. También es posible que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Para que se dé el requisito de la generalidad de las condiciones generales de la contratación, las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o ir destinadas a tal fin. La carga de la prueba recae sobre el empresario, sin que conste negociación alguna en el presente caso.

Control de transparencia de la cláusula con IRPH.— Se ha realizado de la siguiente forma: 1.º. Publicación del IRPH en el BOE, que permite al consumidor comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades. De modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH. 2.º. Información facilitada por la entidad prestamista al consumidor sobre la evolución pasada del índice (*cf.* STJUE de 3 de marzo de 2020).

La ausencia de información directa sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores, aunque determine falta de transparencia de la cláusula, no implica necesariamente su nulidad.— Según la jurisprudencia del TJUE, cuando se trata de elementos esenciales del contrato (precio y prestación), el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, esto es, permite valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (SSTJUE de 26 febrero de 2015, 14 de marzo y 5 de junio de 2019, entre otras). Por tanto, conforme a los AATJUE de 17 de noviembre de 2021, si la cláusula que referencia el interés variable al índice IRPH adolece de falta de transparencia, ello no implica por sí misma su nulidad, sino que únicamente permite realizar el control de abusividad.

Control de abusividad.—A efectos del juicio de abusividad, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un *desequilibrio importante* entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio *contrariamente a las exigencias de la buena fe*, habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (SSTJUE de 26 de enero de 2017 y 3 de octubre de 2019).

Control de abusividad de la cláusula con IRPH.— El ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, *no puede vulnerar por sí mismo la buena fe*. Además, el Gobierno central

y varios Gobiernos autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial (SSTS 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio).

En cuanto a su posible causa de desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque para el cálculo del IRPH se toman en consideración no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, así como los diferenciales. El desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13 y STJUE de 9 de julio de 2020, a la que se remiten los AATJUE de 17 de noviembre de 2021), la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante para determinar su abusividad. La STS 585/2020, de 6 de noviembre, ha manifestado, en este sentido, que no queda justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado en todo caso por la administración pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

Parámetros para considerar abusiva una cláusula con carácter de condición general de la contratación.— Lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, a los que antes hemos hecho mención: *el desequilibrio importante y la mala fe*. Ninguno de ellos concurre en presente caso de una cláusula con IRPH. (STS de 27 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.— El 18 de septiembre de 2012, el comprador de una vivienda, para financiar su adquisición, se subrogó en un préstamo hipotecario con Kutxabank, con alguna modificación de sus condiciones. El tipo de interés era variable y estaba referenciado al índice IRPH Entidades. Asimismo, se pactó que, en caso de desaparecer el índice IRPH Entidades, sería sustituido por el índice IRPH Cajas.

El adquirente demandó a la entidad bancaria citada solicitando la nulidad por abusivas de las cláusulas del contrato relativas al índice IRPH y, en consecuencia, que se recalculase las cuotas del préstamo aplicando como índice de referencia el Euribor.

El juzgado y la audiencia estimaron la demanda. La demandada formuló recurso de casación y el Tribunal Supremo admitió el recurso, desestimando íntegramente la pretensión de la actora.

NOTA. Aunque desde 2020 el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en distintas sentencias, en el sentido de no apreciar abusividad de la cláusula de varios préstamos hipotecarios que incorporaban como índice de referencia el IRPH, *por no observarse perjuicio al consumidor ni desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*, la titular del Juzgado de Primera Instancia 17 bis de Palma de Mallorca decidió, mediante auto de fecha 4 de abril de 2022, elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE (con 18 preguntas) para que aclare, en síntesis, si la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contraria a los artículos

3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, porque al no aplicar el IRPH un diferencial negativo puede suponer una práctica abusiva, y ser oscuro y menos ventajoso para los consumidores que todos los índices de referencia. El TJUE en sentencia de 13 de julio de 2023 considera que incumbe al juez nacional pronunciarse sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso, pero proporciona al juez español las indicaciones que ha de tener en cuenta. Para apreciar la transparencia y el posible carácter abusivo de la cláusula controvertida se debe facilitar la información al consumidor contenida en la Circular del Banco de España 5/94, de la que se desprende la necesidad de aplicar al *índice de referencia*, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo, a fin de igualar el tipo de interés con el del mercado. También, el juez nacional tendrá que determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio. (I.D.–L.S.)

13. Control de transparencia de las denominadas cláusula suelo incorporadas a contratos de préstamos hipotecarios con consumidores.–

Con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, y los artículos 60.1 y 80.1 TRLGCU, las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores deben cumplir con el requisito de transparencia (STS 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan). No solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de ellas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato (SSTJUE de 21 de marzo de 2013 C-92/11; 30 de abril de 2014, C-26/13; 26 de febrero de 2015, C-143/13; y 23 de abril de 2015, C-96/14). El control de transparencia trata de impedir que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor con la inclusión de una condición general que, aun superando los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), conlleve una trascendencia jurídica o económica que le pase inadvertida por no facilitársele la información clara y adecuada sobre las consecuencias económicas y jurídicas de dicha cláusula.

Consecuencias de la falta de transparencia sobre la apreciación del carácter abusivo de las denominadas cláusulas suelo.– La falta de transparencia de una condición general incorporada a un contrato celebrado con consumidores no supone necesariamente que sea abusiva. Sin embargo, las cláusulas suelo no transparentes provocan un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, incompatible con las exigencias de la buena fe, al impedirle hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá su aplicación de bajar el índice de referencia, lo que además le priva de la posibilidad de comparar correctamente las diferentes ofertas existentes en el mercado (STS 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan).

El deber de información precontractual, y su relevancia sobre la transparencia de las condiciones generales.– En materia de transparencia lo relevante es la información precontractual proporcionada con antelación, porque es en esta fase cuando el consumidor adopta la decisión de contratar (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11; 23 de abril de 2015, C-96/14; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y

C-308/15), y tal información es la que le permite realmente comparar las ofertas (SSTS 170/2018, de 23 de marzo; 346/2020, de 23 de junio; y 22/2021, de 22 de enero, entre otras).

Cumplimiento del deber de información precontractual: insuficiencia de las advertencias notariales, de la claridad gramatical de la escritura pública, del acceso previo a la minuta notarial, y de declaraciones realizadas en la escritura sobre el reconocimiento de la previa información.— La intervención del notario con la lectura de la escritura no es suficiente para superar el control de transparencia ante la ausencia de una información precontractual (SSTS 23/2018, de 24 de enero; 9/2019, de 11 de enero; y 188/2019, de 27 de marzo, 22/2021, de 21 de enero, entre otras). El fedatario público interviene en el momento final del *iter* contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional (STS 433/2019, de 17 de julio). El control de transparencia no se supera con la simple claridad gramatical de la escritura pública (STS 483/2018, de 11 de septiembre). El deber de información precontractual no puede quedar reducido a que el prestatario tenga la posibilidad de acceder al proyecto de escritura pública con la antelación de tres días hábiles al momento de su firma (SSTS 614/2017, de 16 de noviembre; 125/2021, de 8 de marzo; y 398/2021, de 14 de junio, entre otras). Tampoco se suple tal deber con la incorporación en la escritura pública de una declaración estereotipada mediante la que el prestatario reconoce haber sido informado de las condiciones, y las acepta.

Antelación exigible a la información precontractual.— No es suficiente para cumplir el deber de información que permita superar el control de transparencia, con la entrega de un certificado de concesión del préstamo que, con independencia de que no cumpla con los requisitos de la oferta a que se refiere la Orden de 5 de mayo de 1994, fue realizada en la víspera del otorgamiento de la escritura. Tampoco basta con la entrega de la Ficha de Información Personalizada el mismo día del otorgamiento de la escritura. (**STS de 17 de enero de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— Dos personas físicas prestatarias solicitaron la nulidad de sendas cláusulas suelo incorporadas a una escritura de préstamo hipotecario otorgada en diciembre de 2008, y a otra de novación y ampliación del préstamo de marzo de 2013, y realizaron otros pedimentos consecuentes. En la copia de la escritura de 2008 que se aportó al procedimiento no aparecía en ninguna hoja la cláusula suelo aplicada, si bien constaba en ella las advertencias notariales acerca de la existencia de límites a la variación del tipo de interés. A los prestatarios se les entregó la víspera de su otorgamiento un certificado de concesión del préstamo. En cuanto a la escritura de novación de 2013, constaba con precisión los límites a la variación del tipo de interés, y se había entregado a los prestatarios la Ficha de Información Personalizada en la que figuraba el tipo de interés máximo y mínimo a aplicar, así como la cuota amortización máxima y mínima. Sin embargo, la entidad bancaria no pudo acreditar que tal entrega fuera realizada con una antelación suficiente a la firma del contrato. El juzgado estimó la demanda, pronunciamiento que sería revocado por la audiencia. El Tribunal Supremo casó la sentencia.

NOTA.— Como señala la sentencia, la Orden de 5 de mayo de 1994, *sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, estableció un régimen de información precontractual respecto de los préstamos hipotecarios suscritos con personas físicas, consistente en un folleto informativo, oferta vinculante, y el derecho a examinar el proyecto de escritura pública al menos durante tres días hábiles antes de su otorgamiento. Esta Orden fue sustituida por la Orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios*, cuyo artículo 22 reguló la Ficha de Información Personalizada que debe entregarse a todos los clientes de préstamos con la debida antelación, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. La Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 aconsejó que esta ficha debía entregarse con tres días hábiles de antelación al otorgamiento de la escritura pública, lo que no pudo acreditar la entidad bancaria. (F. S. N.)

14. Controles de transparencia y abusividad de las denominadas cláusulas suelo en préstamos hipotecarios: improcedencia al no reunir el prestatario la condición de consumidor. Ni la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, ni el TRLGDCU de 2007, ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal Supremo, establecen reglas específicas sobre la prueba de la cualidad de consumidor, porque tal condición no puede fijarse de manera apriorística, sino que por su carácter objetivo, habrá de atender de forma especial a la finalidad profesional o particular de la operación objeto del contrato, es decir, a las circunstancias del caso (STS 436/2021, de 22 de junio).

Concepto de consumidor: interpretación restrictiva.— El concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con su naturaleza y finalidad, y no con la condición subjetiva de dicha persona, dado que puede ser considerado consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. Si no constara que el bien o servicio objeto de contrato se destinara a una actividad empresarial o profesional, no puede negarse la condición de consumidor a la persona que, subjetivamente reúna los requisitos para ello: ser persona física o jurídica sin ánimo de lucro (STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17).

El consumidor en los contratos mixtos o con doble finalidad.— De acuerdo con el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, si el contrato se celebra con un objeto en una parte relacionada, y en otra no, con la actividad comercial de la persona, y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general, dicha persona deberá ser considerada como consumidor (STS 224/2017, de 5 de abril). El contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado, por lo que no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado sea mínimo y, por tanto, solo tuviera un valor insignificante en el contexto de la operación considerada globalmente (STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16).

Control de incorporación de condiciones generales de la contratación (arts. 5 y 7 de Ley 7/1998, de 13 de abril).— El control de incorporación de las condiciones generales es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer la existencia de la condición general al momento de celebrar el contrato y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal (SSTS 241/2013, de 9 de mayo y 314/2018, de 28 de mayo). La inclusión de las denominadas cláusulas suelo en escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes, suele satisfacer, salvo prueba en contrario, ambos requisitos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Solamente no superarían el control de incorporación cuando se considere probado que el adherente no pudo conocer su existencia. (STS de 18 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.— Dos personas físicas suscribieron un contrato de préstamo hipotecario en el que se había incluido una cláusula suelo, y una novación modificativa del anterior, con una ampliación del capital prestado, también con una limitación a la variabilidad del tipo de interés. Un tercio del préstamo se destinó a cancelar un préstamo previo garantizado con una hipoteca sobre una vivienda, y los dos tercios restantes a la adquisición de un local comercial y una plaza de garaje anexa. Los prestatarios solicitaron la nulidad de las cláusulas suelo y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en su aplicación. La entidad bancaria demandada alegó que no procedían los controles de transparencia y abusividad por no reunir los prestatarios la condición de consumidor, al haberse contratado el préstamo con la finalidad de adquirir un local comercial para su explotación empresarial.

En primera instancia se desestimó la demanda. La audiencia revocó esta sentencia al no haber probado la entidad demandada que la finalidad del préstamo fuera empresarial, y en que las cláusulas controvertidas no superaban el control de incorporación, al no entregarse a los prestatarios la oferta vinculante exigida por la Orden de 5 de mayo de 1994, ni haber realizado el notario una advertencia al efecto. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso por infracción procesal de la parte demandada, y desestimó el recurso de apelación interpuesto por la actora.

NOTA. La STS, de Pleno, de 27 de julio de 2022, continúa esta línea jurisprudencial en un supuesto en que la finalidad principal del préstamo estaba directamente vinculada a la actividad empresarial de los prestatarios. En la sentencia comentada se muestra la diferencia entre el control de transparencia, aplicable únicamente a consumidores, y el control de incorporación, que tutela a todo adherente, pues el primero no se supera con la claridad gramatical de la escritura, dado que en materia de transparencia lo relevante es la información precontractual, fase en la que el consumidor toma la decisión de contratar (cfr. SSTS 483/2018, de 11 de septiembre; 22/2021, de 21 de enero; y 22/2022, de 17 de enero, comentada en este número). No obstante, el artículo 5.5 LCCG parece haber mezclado el control de transparencia formal o control de incorporación, con el control de transparencia material, a raíz de la nueva redac-

ción que ha recibido por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (véase Gallego Domínguez, I., «El contrato. Introducción», en *Manual de Derecho civil*, II, dir. E. Llamas Pombo, Madrid, 2021, p. 269). (F. S. N.)

15. La facultad de los tribunales para moderar la pena convencional.— La facultad de los tribunales de moderar la pena convencional prevista en un negocio jurídico está prevista en el artículo 1154 CC. Se trata de un mandato cuya aplicación está sujeta a la concurrencia del supuesto de hecho previsto en tal precepto: que la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y la pena se haya previsto para el supuesto de incumplimiento total. Fuera de este caso, no cabe la moderación, pues hay que respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes (art. 1255 CC) y el efecto vinculante de la *lex privata* (art. 1091 CC).

Desde una perspectiva *ex ante*, propia del juicio de validez de las cláusulas penales, proyectada a las que tienen función coercitiva, sancionadora o punitiva, su validez está sujeta a los límites generales de la autonomía privada establecidos en el artículo 1255 CC. Así, una cláusula penal no cumplirá este precepto cuando el exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla. Para ello, atenderá, sobre todo, a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Respecto de este tipo de cláusulas, se admite la reducción judicial conservadora de su validez, pues no tiene ninguna relación con lo dispuesto en el artículo 1154 CC. Además, la carga de alegar y de probar que la penalidad era, desde la perspectiva *ex ante*, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC).

Desde una perspectiva *ex post*, propia del juicio de aplicabilidad, proyectada a las cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, y las que, teniendo también una función coercitiva o punitiva, no presenten el problema de validez señalado anteriormente, la jurisprudencia mantiene que, para que proceda la moderación, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate. En cambio, sí cabe la moderación judicial cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. En este caso, la carga de la prueba corresponde al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la penal (art. 217.3 LEC). (STS de 10 de diciembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.— Se interpone demanda de juicio verbal de desahucio, por el arrendador, por expiración del plazo de vigencia contractualmente pactado en el contrato de arrendamiento, acumulando la acción de reclamación de cantidad por el importe total que resulta de aplicar 500 euros diarios, a cada uno de los que transcurran desde el 1 de marzo de 2016 del incumplimiento de la obligación de entregar el local arrendado, hasta el día que dicha entrega se haga efectiva. Dicha pena había sido pactada por las partes en el contrato.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda: 1) declaró resuelto el contrato de arrendamiento; 2) decretó el desahucio; 3) condenó a la demandada y a los fiadores a abonar a la demandante la cantidad de 150 euros diarios a calcular en ejecución de sentencia, desde el 2 de junio de 2016 hasta la fecha del efectivo desalojo. La parte demandante, alegando que la documental aportada probaba su clara e inequívoca oposición a la ocupación del local y que no procedía moderar la cláusula penal, interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia, que entendió que: a) dado que la pena, atendida su cuantía diaria, cuadruplica el importe de la renta, se produce un exceso de la cuantía sobre el daño previsible; b) dicho exceso no encuentra justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla, en atención a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido verse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor.

Disconforme con la sentencia, la demandante interpuso recurso de casación. Alega que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida sobre el artículo 1152 CC, en relación con el artículo 1154 CC, al haber moderado la cantidad pactada en la cláusula penal contenida en el contrato de arrendamiento, suscrita al amparo de los artículos 1255 CC y 4.3 LAU. Según la recurrente, teniendo en cuenta que la parte arrendataria incumplió una de las obligaciones esenciales del contrato de arrendamiento (la devolución del local al concluir el contrato) y que la cláusula penal pactada por las partes lo fue para garantizar dicha obligación, ha de entenderse que se dan los requisitos del artículo 1152 CC para que sea aplicable dicha cláusula. La demandada se opone a su aplicación, al considerar que el importe es excesivo, en comparación con los daños y perjuicios producidos, y que establece un enriquecimiento injusto. El Alto Tribunal estima el recurso de casación planteado por el actor. A su juicio, la cláusula penal pactada no tiene una función coercitiva, sancionadora o punitiva, sino que tiene una mera función de liquidación anticipada de daños y perjuicios. Siendo así, para que proceda la moderación contemplada en el artículo 1154 CC, la diferencia entre la cuantía de la pena a pagar y la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el incumplimiento debe ser tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la

cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Al no demostrarse esa desproporción, el Tribunal Supremo no considera procedente la moderación.

NOTA. La doctrina jurisprudencial sobre la moderación de la pena convencional por parte de los tribunales se ha recogido en las SSTs de 13 de septiembre de 2016, 18 de junio de y 17 de abril de 2015, 20 de noviembre de 2013, 23 de octubre y 17 de enero de 2012. (S. L. M.)

16. Litisconsorcio pasivo necesario. Acción de resolución.— Con el fin de constituir adecuadamente la relación procesal, quien se oponga a interponer conjuntamente la demanda, cuando ello sea necesario, debe participar en el proceso como demandado. En el caso de dos esposos que vendieron un inmueble perteneciente a la sociedad de gananciales, una acción de resolución con causa en dicho contrato posterior al divorcio podrá ser interpuesta por uno solo de los vendedores sin la concurrencia del otro, si este último consta como demandado. Esta solución es compatible con el artículo 12.2 LEC relativo al litisconsorcio pasivo necesario, ya que su fundamento deriva de la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico-materiales. (STS de 8 de febrero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— En el año 1993 Diego y su esposa Macarena vendieron a su hijo Eugenio una nave industrial perteneciente a la masa de bienes gananciales. El pago del precio quedó aplazado debiéndose abonar en cinco anualidades. La cantidad aplazada devengaría, asimismo, cierta cantidad de intereses. En 2015 Diego envió a Eugenio un burofax donde le conminaba a reintegrar el inmueble debido a la falta del pago del precio. En junio de 2016 se dictó sentencia por el que se declaraba disuelto el matrimonio de Diego y Macarena y, por ende, la sociedad de gananciales. En noviembre de 2016 se interpuso la demanda de la que trae causa este procedimiento por la que Diego ejercitaba acción de resolución contra su hijo solicitando el reintegro de la nave, así como el pago de los intereses y una indemnización de daños. Por su lado, el demandado alegó que sí había pagado, aunque los recibos fueron firmados tan solo por su madre. Macarena apoyó a su hijo en el acto del juicio.

Si bien en primera instancia se afirmó la legitimación activa del actor, por considerar que, aunque se interpuso la acción resolutoria sin la concurrencia de su exesposa, esta podía redundar en beneficio de la sociedad postganancial, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y, a su vez la demanda. En este sentido, en segunda instancia se entendió que, al ser la acción de resolución un acto de disposición, requiere de la concurrencia de todos los comuneros.

La resolución de un contrato de compraventa es un acto de disposición cuyo ejercicio requiere del acuerdo unánime de todos los vendedores. No obstante, en el presente caso se da una situación de enfrentamiento entre ellos —divorciados y en fase de liquidación de la sociedad de gananciales—, por tanto la desestimación de la demanda por falta de legitimación activa provoca una situación de

bloqueo. La negativa a interponer la demanda a una persona que debería litigar junto a otra que, a su vez, no está dispuesta a hacerlo pondría en jaque la tutela judicial efectiva del primero. En definitiva, esta situación puede salvarse mediante el litisconsorcio pasivo necesario. (*J.F. L.M.*)

17. Responsabilidad por vicios constructivos. LOE: La reclamación judicial por defectos constructivos no impide otra demanda posterior por daños estructurales diferentes.— En una primera demanda se solicitó la reparación de los vicios constructivos comprendidos en el artículo 17.1 b) de la LOE, que afectaban a elementos comunes y privativos, con base en una pericial de un arquitecto técnico. Posteriormente, en otro procedimiento, se demandó por daños estructurales derivados de la responsabilidad del arquitecto propios del artículo 17.1 a) LOE, que no pudieron ser reclamados en el primer procedimiento. Todo ello supone que las circunstancias ulteriores, que no pudieron ser alegadas en el anterior proceso, permiten válidamente fundar en ellas una nueva acción judicial, cuando constituyan un objeto procesal distinto, sin que le alcancen los efectos de la cosa juzgada, ni la preclusión de alegaciones del artículo 400.2 LEC. Como expresa la STS de 22 de abril de 2004, cuando los hechos que sirvieron de fundamento a la primera decisión judicial cambien o se alteren *ex post*, desaparece la vinculación del juzgador que ha de dictar la segunda resolución, en tanto que la mutación sea suficiente para entender que lo ya juzgado no constituye antecedente necesario de lo que se debe juzgar. (**STS 17 de enero de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.— El propietario de una vivienda demandó a la promotora, al arquitecto y a sus respectivas aseguradoras, por vicios constructivos en su vivienda (privativos y comunes). A esta demanda se acumuló una nueva, presentada por otros propietarios, solicitando la reparación de vicios y defectos de construcción que afectaban a la cimentación y estructura del edificio. El juzgado estimó parcialmente las demandas interpuestas. En lo que respecta a la excepción de cosa juzgada planteada la rechazó por no constar *duplicidad de reclamaciones*. La audiencia desestimó el recurso sobre existencia de cosa juzgada porque ambos procesos no tuvieron el mismo, y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*C. O. M.*)

18. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Error en el consentimiento. Procede la devolución duplicada de anticipos declarada la nulidad del contrato.— La obligación de devolución del duplo de la cantidad entregada como anticipo, en un contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos de bien inmueble de uso turístico, en contra de la prohibición legal de cobro de tales anticipos, es un efecto derivado del propio artículo 11 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Pese a que el precepto prevea la devolución doblada de estos anticipos en caso de desistimiento o resolución en el plazo legalmente previsto, en absoluto está condicionada a que se ejerciten estas facultades, de suerte que procede devolver el duplo, igualmente, cuando se declare la nuli-

dad de pleno derecho del contrato. **(STS de 7 de febrero de 2022;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.— Un consumidor adquirió unos derechos de aprovechamiento por turno Silverpoint Vacations, S.L., en 2003, para lo cual, además del precio, abonó unos anticipos, prohibidos por el artículo 11 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Dicho precepto ordena, también, la restitución doblada de estas cantidades en caso de instar la resolución del contrato, o el cumplimiento, en caso de incumplimiento, en tres meses. Años después, el consumidor interpuso demanda de nulidad de pleno derecho del contrato interesando la devolución del precio y de los anticipos doblados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial limitó la restitución del anticipo a lo abonado, no al duplo, pues no se había instado la resolución contractual. Frente a ello, se interpuso recurso de casación por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia (SSTS de 20 de noviembre de 2015, 21 de julio de 2016 y 24 de abril de 2018).

Por su parte, el Tribunal Supremo reiteró su doctrina según la cual, declarada la nulidad del contrato, debe ordenarse el abono, no solo de las cuantías abonadas por el consumidor, sino también el duplo de los anticipos pagados contra la prohibición expresa del artículo 11 precitado. (*A. A. O.*)

19. Responsabilidad civil en accidentes de circulación. Lesiones sobrevenidas: Baremo.— Por sentencia de 10 de octubre de 2013, recogida en los hechos, se reconocieron 76 puntos por secuelas físicas. Es un hecho probado que concurrieron nuevas secuelas que no fueron evaluadas por la sentencia citada que puso fin al anterior procedimiento, por lo que debe reconocerse que se le ha denegado a la recurrente la indemnización por ellas, en lo que no supere los 100 puntos; en este caso 24 puntos (100-76). La reclamación por lesiones sobrevenidas en un nuevo procedimiento no faculta para obtener una indemnización que supere el límite de 100 puntos. Todo ello, a tenor del anexo del Real Decreto legislativo 8/2004 (en la redacción vigente en la fecha del accidente, el 8 de octubre de 2006), que disponía que el baremo aplicable era el incorporado a la LRCSCVM de 1995, en la redacción dada por la reforma de 2003 por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, *de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados*, que obligaba a puntuar y valorar separadamente las secuelas estéticas y fisiológicas, aun cuando luego se sumen las cantidades (SSTS de 20 de julio, 10 de octubre y 23 de noviembre de 2011); sin que el límite de 100 puntos para las fisiológicas resultase de aplicación a las estéticas (SSTS de 23 de abril de 2009; 535/2012, de 13 de septiembre; y 147/2016, de 10 de marzo). **(STS de 20 de enero de 2022;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.— La representante legal de la víctima interpuso demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de tráfico por las lesiones sufridas por su representada. Por el Juzgado se dictó sentencia el día 10 de octubre de 2013. La parte actora volvió a ejercitar acción de res-

pensabilidad extracontractual con fundamento en la LRCSCVM, en la que solicitaba una indemnización adicional por importe total de 971.749,34 €, de los cuales, y en lo que aquí interesa, 321.641 € correspondían a la aparición de nuevas secuelas y agravación de las ya reconocidas en el anterior procedimiento, y 383.450,65 € a la situación de gran invalidez.

El juzgado estimó parcialmente la demanda y, en lo que aquí interesa, desestimó la reclamación por los anteriores conceptos. Esta sentencia fue confirmada por la audiencia. La actora interpuso recurso de casación, y el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación al considerar que procedía indemnizar a la demandante los 24 puntos correspondientes a nuevas secuelas sico-físicas que no fueron evaluadas en el anterior procedimiento y no superaban el límite de los 100 puntos

NOTA. La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, *de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, estableció un nuevo modelo para valorar los daños y perjuicios causados a personas en accidente de circulación de vehículos a motor, que sigue siendo conocido como baremo, y ha supuesto una mejora manifiesta de la normativa vigente con anterioridad. Una de sus particularidades es que hace explícitos los denominados principios rectores del sistema, que constituyen la pauta hermenéutica del baremo. Actualmente, el baremo tiene carácter vinculante y su aplicación se ha extendido sin carácter obligatorio, a otras áreas del Derecho, convirtiéndose en un referente para la valoración del daño. (I.D.–L.S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

20. Derechos reales. Posesión. Acción sumaria de suspensión de obra nueva. Concepto de obra nueva.– Una obra nueva en el sentido del artículo 250.1 5.º LEC se trata de una creación, fruto del esfuerzo humano, que produce una alteración en el estado de una cosa. Una obra requiere, por tanto, un comportamiento activo de un ser humano y en ella se valoran dos elementos: en primer lugar, su importancia, entidad o envergadura y, en segundo lugar, la rapidez de su ejecución. De ahí se deduce que se requiera una alteración considerable de la situación preexistente. Por otro lado, no debe identificarse «obra» con construcción siempre y en todo lugar, sino que actuaciones como excavaciones o perforaciones pueden entrar dentro de ese concepto. La ejecución de obras de arado, roturado, labranza y regadío en una finca que se ha venido usando para el pasto de ganado altera la situación posesoria. Es más, esta obra debe considerarse de una envergadura tal que puede variar el destino de la finca. (STS de 28 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.– Hilario es el arrendatario, y por tanto poseedor, de un terreno destinado a la ganadería extensiva cuyo uso se dedicaba al pasto de ganado bovino. Los dueños de la finca iniciaron sin el consentimiento del arrendatario una serie de obras de arado y preparación de la finca para labores agrícolas, sumadas a la ins-

talación del riego por goteo, en más de cuarenta hectáreas del terreno. Al considerar estas obras –que de terminarse constituirían un lanzamiento por la vía de hecho– como una perturbación de su pacífica posesión, interpuso una acción sumaria de suspensión de obra nueva.

La cuestión central radica en la consideración de los actos de los dueños como «obra nueva o no». Si bien en primera instancia se estimaron los pedimentos del actor, no fue así en segunda instancia, puesto que no se consideraron el arado y roturado de la finca como una obra nueva de la suficiente trascendencia y relevancia.

Cabe destacar que en esta sentencia el Tribunal Supremo estima igualmente el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal relativo a la falta de motivación de la sentencia de la Audiencia Provincial. Este órgano consideró que las obras en liza no tenían la suficiente entidad para estimar la acción de Hilario, no obstante, apenas motivó por qué los trabajos de arado y regadío no tenían tal consideración. Procede, pues, a anular la sentencia cuyo tribunal deberá dictar una nueva teniendo en cuenta la resolución del motivo de casación.

Todas las instancias que conocieron de este asunto afirmaron el carácter cautelar de esta acción negándose a enjuiciar aspectos relativos a la extensión del arrendamiento. Esta naturaleza parte del interés general en proteger la apariencia de titularidad de derechos que conlleva la posesión. Su respeto consiste en un deber general de abstención, que incluye la abstención de realización de obras indebidas. En el caso de la acción sumaria de suspensión de obra nueva no se discute el mejor derecho a la posesión, sino el derecho posesorio, dejando al primero para un procedimiento futuro. (*J.F .L.M.*)

21. Nulidad y anulabilidad de los acuerdos adoptados en el ámbito de la propiedad horizontal.– De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (STS 700/2013, de 6 de noviembre), los acuerdos contrarios a los estatutos de la Comunidad o a la Ley de Propiedad Horizontal al no ser radicalmente nulos, son susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad establecido en su artículo 18 LPH. Asimismo, es doctrina jurisprudencial (STS 320/2020, de 18 de junio) que los acuerdos contrarios a otras leyes imperativas o prohibitivas serán considerados nulos de pleno derecho.

Obligatoriedad de impugnación de los acuerdos de la Junta. Los «pseudo-acuerdos».– El Tribunal Supremo defiende que no es necesario impugnar directa y formalmente un acuerdo de la Junta adoptado de forma improcedente. En concreto, recuerda que la aplicación del artículo 18 LPH no se extiende a los denominados «pseudo-acuerdos», que son aquellos que no corresponden a la competencia y ámbito de disposición de la Junta de propietarios. En este sentido, quedan excluidos de la competencia de la Junta: 1) Los actos que restrinjan o menoscaben el contenido esencial de la propiedad privativa (como constituir una hipoteca sobre todo el edificio); 2) Los actos que, aun teniendo por objeto exclusivo los elementos comunes, no formen parte de la gestión comunitaria, de entre los que se destacan «aquellos que perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al adecuado uso y disfrute de su propiedad» (STS 320/2020, de 18 de junio).

Obligación de realizar las obras de conservación necesarias.— El artículo 10.1 LPH establece la obligatoriedad de realizar trabajos y obras necesarios para mantener y conservar el inmueble y sus instalaciones, así como la posibilidad de ocupar elementos comunes durante dichas obras. Estos trabajos no requieren de un acuerdo previo de la Junta de propietarios.

Doctrina sobre el abuso de derecho.— La doctrina del abuso de Derecho exige (STS 993/2006 de 1 de febrero) «una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna». Su apreciación exige anormalidad en el ejercicio del Derecho y la voluntad de perjudicar o la ausencia de interés legítimo. En concreto, el abuso de Derecho con relación al artículo 18 LPH consiste en la utilización de la norma con mala fe, generando un perjuicio para uno de los propietarios que no reviste en interés general de la Comunidad. (STS de 12 de enero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.— Desde 2014, Edma Control S.L. es propietaria de un local comercial y de un garaje que anteriormente pertenecían a la sociedad Espiral S.L. En 1997, esta sociedad abrió un hueco y colocó una escalera metálica entre el local y el garaje, con el objetivo de permitir la comunicación entre ambos inmuebles, sin la autorización de la comunidad de propietarios. Sin embargo, esta obra fue legalizada administrativamente.

En 2015, Edma Control S.L. obtuvo una licencia de actividad para establecer un restaurante en el local y, para adecuar sus sistemas de evacuación de humos a la normativa antiincendios, llevó a cabo una serie de trabajos de termosellado de los conductos de ventilación. No obstante, de estos trabajos quedó pendiente la actuación en una rejilla en el techo del portal, por impedir el acceso al mismo una de las subcomunidades del edificio.

Posteriormente, el Ayuntamiento de Donostia requirió a Edma Control S.L. para ejecutar las obras de subsanación de las deficiencias de los conductos de ventilación bajo apercibimiento de cierre de la cocina del restaurante. Sin embargo, la subcomunidad volvió a impedir que se realizaran las obras, denegando la autorización para el acceso a la azotea y al portal necesario para la ejecución de las mismas. Asimismo, la comunidad acordó la prohibición de la actividad ajena al garaje y la remoción de su comunicación interna con el local de la planta baja.

Edma Control S.L. interpuso demanda contra la Comunidad de Propietarios en la que solicitaba que se condenase a la demandada a permitir la realización de los trabajos necesarios en las zonas comunes del edificio. La demanda se estimó tanto en primera instancia como en apelación. La Comunidad de Propietarios interpuso recurso de casación alegando la vulneración de los artículos 17, 18 y 19 LPH. Sostenía que la demandante no impugnó los acuerdos comunitarios que prohibían su acceso a las zonas comunes y vetaban la comunicación entre el local y el garaje y, por lo tanto, consideraba que dichos acuerdos habían sido sanados por el transcurso del plazo de caducidad. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (M. S. G.)

22. Registro de la propiedad. Extensión y límites de las facultades de calificación del Registrador de la Propiedad.— No entra dentro de las facultades del Registrador revisar la interpretación realizada por un tribunal, por más razonable o tuitiva que resulte la interpretación sostenida por la calificación litigiosa. (STS de 17 de diciembre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.— Ejecutada una hipoteca sobre una vivienda habitual, por un importe inferior al 70% del valor por el que salió a subasta, con adjudicación al acreedor hipotecario, por ausencia de postores, por el 60% del valor de tasación (cantidad inferior a la debida por el consumidor), se presentó el testimonio del decreto de adjudicación del letrado de la administración de justicia para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Con todo, el Registrador denegó la inscripción puesto que la adjudicación, interpretó, debía haberse producido por el 70% o la cantidad debida por todos los conceptos (lo que no se deduce de la literalidad del art. 671 LEC). El acreedor impugnó la calificación negativa al entender que el Registrador se había extralimitado en sus funciones y por ser, la resolución judicial, ajustada al artículo 671 LEC. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial rechazó que el Registrador se hubiera extralimitado y sostuvo, además, que su interpretación del artículo 671 LEC fue acorde a la mejor doctrina que aconseja interpretar ese precepto a la luz del artículo 670.4 LEC.

Por el contrario, el Tribunal Supremo concibió que el Registrador se había extralimitado pues su «función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento, es decir, no puede juzgar sobre su procedencia». Así pues, aun siendo correcta la interpretación sistemática de la norma realizada por el Registrador y más tuitiva de los intereses del consumidor ejecutado, es la autoridad judicial quien está llamada y facultada para realizar esa valoración.

NOTA. La sentencia cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile. En dicho voto, el magistrado explica que la propia exposición de motivos de la norma insistía en que la finalidad era que los deudores hipotecarios recibieran una contraprestación adecuada por el inmueble y que, siendo una vivienda habitual, no se ejecutara nunca por menos del 60% de su valor de tasación. Por lo tanto, coincide con el Registrador en que, a pesar de la literalidad del precepto, debía interpretarse que si la cantidad debida es inferior al 70% se adjudicará por el 60% o por todos los conceptos debidos si estos fueran superiores a ese 60%; y no por el 60% en todo caso, de modo que, si se debiera un 65%, el ejecutado siguiera debiendo un 5%. Además, insiste en que, el control en la calificación del cumplimiento de los porcentajes mínimos de valoración de la adjudicación está expresamente prevista en el artículo 132.4.ºLH y, a mayores, dado su carácter esencial, guarda relación con la debida congruencia con el procedimiento del artículo 136 RH. Por lo tanto, y siguiendo a la STS de 21 de noviembre de 2017, defendió que, entre las facultades del Registrador, se hallaba la comprobación de que la resolución judicial cumpliera con los

requisitos legales de preservación de los derechos de los titulares inscritos, lo que esta sentencia no hacía. (A. A. O.)

DERECHO DE FAMILIA

23. Momento inicial de prestación de la pensión de alimentos.— El Tribunal Supremo afirma que, según su doctrina (STS 371/2018, de 19 de junio), no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en el que la pensión se fija por primera vez y aquel en el que esta ya existe y lo que se discute es la modificación de la cuantía. En el primer caso, los alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda, mientras que, en el segundo, la resolución desplegará su eficacia desde el momento en que se dicte. El Tribunal Supremo declara que no es necesario que la parte fije el *dies a quo* de la pensión alimenticia, pues, de acuerdo con el artículo 148 CC, esta se habrá de fijar desde la interposición de la demanda cuando es la primera vez que se determina. (STS de 23 de febrero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.— Beatriz interpuso demanda de juicio de divorcio contra Alejandro, interesando, entre otras cosas, la disolución del matrimonio y el establecimiento a cargo del padre de una pensión de alimentos de 150 euros respecto del hijo común. El Juzgado de Primera instancia estimó parcialmente la demanda sin fijar pensión alimenticia alguna. Esta resolución fue recurrida en apelación por Beatriz y la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso, fijando una pensión alimenticia a cargo del padre por importe de 120 euros mensuales. La parte actora instó la aclaración de la sentencia, solicitando que se fijara el devengo de la pensión desde la interposición de la demanda, dado que era la primera vez que se establecía. La aclaración fue desestimada por auto y Beatriz interpuso recurso de casación por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo relativa al momento inicial de prestación de la pensión de alimentos en los casos en los que se instaura por primera vez. El Tribunal Supremo estima el recurso. (M. S. G.)

24. Extinción de pensión compensatoria pactada en el convenio regulador.— Es doctrina del Tribunal Supremo que el principio de la autonomía privada (cuyo fundamento se encuentra en el art. 1 CE), que proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, así como, en el artículo 10 de la referida Carta Magna, en tanto en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, y, por ende, a establecer los pactos que se consideren convenientes para configurar las relaciones jurídicas privadas, no es ajeno al Derecho de familia (SSTS 572/2015, de 19 de octubre; 392/2015, de 24 de junio). En relación con las crisis matrimoniales, el Tribunal Supremo entiende que en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC, en relación con los arts. 90, 100 y 101 CC), los cónyuges, pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales [...]. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregula-

ción de las relaciones privadas (SSTS 116/2002, de 15 de febrero; 615/2018, de 7 de noviembre; 102/2022, de 2 de febrero). También es doctrina del Tribunal Supremo que estos pactos poseen carácter vinculante (SSTS 233/2012, de 20 de abril; 134/2014, de 25 de marzo; 678/2015, de 11 de diciembre; 142/2018, de 14 de marzo). (**STS de 21 de febrero de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.– El demandante insta se declare extinguido el derecho a la pensión compensatoria a favor de su exesposa que se pactó en el convenio regulador del divorcio en el que se determina que la pensión tendría vigencia indefinidamente, salvo que se produjera un cambio sustancial en las circunstancias, entre las que se incluía que la demandada contrajere un nuevo matrimonio.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda dejando sin efecto la pensión compensatoria al dar por acreditado que la demandada mantenía una duradera relación sentimental con un tercero.

Por los mismos motivos, la Audiencia Provincial, ratifico la sentencia de primera instancia.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la demandada. Entiende el Alto Tribunal que no procede la extinción de la pensión pues la demandada no ha contraído nuevas nupcias. (*M. Z. Z.*)

25. Extinción de pensión compensatoria, fijada a favor de la demandada en un procedimiento de divorcio, por la superación del desequilibrio económico existente al tiempo de su fijación.– El Tribunal Supremo entiende que en los negocios jurídicos familiares, entre los que se encuentra la pensión compensatoria en caso de divorcio, rige la autonomía privada (SSTS 392/2015, de 24 de junio; 572/2015, de 17 de octubre; 615/2018, de 7 de noviembre) y que, además, pueden contener tantos pactos típicos, como atípicos (STS 758/2011, de 4 noviembre) subrayando el carácter vinculante de los mismos. En definitiva, la doctrina del Tribunal Supremo considera que para determinar la procedencia o no de la extinción de la pensión compensatoria, lo relevante es que el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, esté regido por el principio de la autonomía de la voluntad (sentencia 678/2015, de 11 de diciembre) y valorar si ha cambiado o no la situación respecto al momento de concesión de la pensión. (**STS de 31 de diciembre de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.– El objeto del presente proceso consiste en la petición por parte del demandante de extinción de la pensión compensatoria, fijada a favor de la demandada en un procedimiento de divorcio, con base en la superación del desequilibrio económico existente al tiempo de su fijación.

Tras un primer proceso fallido, el actor formuló nueva demanda de modificación de medidas definitivas de la sentencia de divorcio, en la que solicitaba nuevamente que se dejara sin efecto la pensión compensatoria. En esta ocasión, el juzgado de primera instancia estima su pretensión, al considerar que las circunstan-

cias económicas de la demandada han mejorado, y reduce la cuantía de la pensión.

La demandada, no conforme con la resolución, interpuso recurso de apelación, el cual fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid revocando la anterior sentencia, manteniendo la pensión fijada en el convenio.

El demandante recurre esta última sentencia, interponiendo sendos recursos, extraordinario por infracción procesal y casación, que son estimados por el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal razona que las circunstancias determinantes del desequilibrio, analizadas en la sentencia de divorcio, y que justificaron en su día la concesión de una pensión compensatoria, de duración indefinida, no se mantienen en la actualidad, por lo que procede acordar la extinción de tal medida con efectos desde la fecha de esta sentencia. (M. Z. Z.)

26. Pacto de atribución de ganancialidad.— El pacto de atribución de carácter ganancial a bienes que pertenecían privativamente a uno de los cónyuges está comprendido dentro de la amplia libertad que el artículo 1323 CC, mediante este reintegro los bienes pasan de una masa patrimonial a otra.

Derecho de reintegro del cónyuge aportante a la sociedad de gananciales.— Para que nazca el derecho de reintegro o reembolso a favor del aportante no es preciso establecer expresamente el carácter oneroso de la aportación, ya que no hay razón para presumir una donación si no se dispone que lo sea. Por el contrario, si no se ha dispuesto a título gratuito ni se ha excluido el reintegro, la regla es que toda atribución real tiene su contrapartida obligacional y genera a favor del aportante un reintegro por el valor de lo aportado al tiempo de la aportación, valor que deberá actualizarse monetariamente al tiempo de la liquidación (tal como se establece reiteradamente en los arts. 1358, 1464 y 1398.2.º CC).

El carácter oneroso de una aportación por los cónyuges a la sociedad de gananciales puede resultar tanto de hacerlo para contribuir a las cargas del matrimonio, como resultar de la solicitud de su tramitación fiscal.— Tanto la aportación patrimonial de uno o ambos cónyuges a la sociedad de gananciales, para las cargas del matrimonio; como la solicitud de su tramitación fiscal, acogiéndose a la *exención* prevista en el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados *para las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal*, pueden ser determinantes para demostrar su carácter oneroso [debe tenerse en cuenta que cuando se otorgó la escritura de aportación de bienes la administración tributaria aplicaba a las aportaciones onerosas la mencionada exención, mientras que sometía a las aportaciones gratuitas a liquidaciones impositivas por transmisiones a título lucrativo]. (STS de 10 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— La cuestión de este procedimiento consistió en si existía, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, un derecho de reintegro a favor del cónyuge que aportó bienes privativos a la sociedad de gananciales para el sostenimiento de las cargas del matrimonio, en virtud de un pacto con el otro cónyuge.

El juzgado entendió que no procedía porque en la escritura de aportación otorgada por los cónyuges no se decía expresamente que la aportación de los bienes tuviese carácter oneroso. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia, y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor al establecer que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a su favor por el valor de las aportaciones de bienes privativos por él realizadas, ya que de la escritura resulta con claridad que las partes estaban atribuyendo a la aportación carácter oneroso. (*I.D.–L.S.*)

27. Régimen de separación de bienes. Compensación por trabajo en el hogar: Requisitos.– El trabajo para la casa no es solo una forma de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, sino también un título para obtener, al finalizar el régimen de separación de bienes, la compensación prevista en el artículo 1438 CC. Su reconocimiento exige que uno de los cónyuges haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado en el hogar. En cambio, no se precisa que el otro cónyuge se haya enriquecido, pues el beneficiario de la compensación ha cumplido con su obligación legal a levantar las cargas familiares con el trabajo doméstico, y basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para que nazca la compensación (SSTS 534/2011, de 14 de julio, y 16/2014, de 31 de enero).

La dedicación al hogar debe ser exclusiva, pero no excluyente, por lo que el cónyuge que solicite la compensación puede haber compatibilizado aquella con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa; y también procede cuando tal dedicación, siendo exclusiva, tiene lugar con la colaboración ocasional del otro consorte, o con ayuda externa (STS 135/2015, de 26 de marzo).

La colaboración en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, aun cuando medie retribución, no priva de compensación a quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, sobre todo cuando tal participación se organiza en función de las necesidades de la familia. Esta colaboración en condiciones laborales precarias puede considerarse como *trabajo para la casa* de acuerdo con el artículo 1438 CC (STS 252/2017, de 26 de abril).

Criterios de cuantificación de la compensación por trabajo en el hogar.– A falta de previsión capitular, será el juez quien deba fijar la cuantía de la compensación (art. 1438 CC), para lo que el Código Civil no aporta ningún criterio. La colaboración ocasional del otro cónyuge en el cuidado de la casa y la familia, o la ayuda de terceras personas, influyen en la cuantía de la compensación. Cabe determinar su importe en función del sueldo que cobraría una tercera persona por realizar el trabajo de la casa. Y distinguir durante el matrimonio diversos periodos en función de la intensidad de la dedicación al hogar que haya mediado por parte del solicitante. (**STS de 13 de enero de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.– Un cónyuge había trabajado para la casa desde la celebración del matrimonio (2001) hasta la separación de hecho (mediados de 2019). Se dedicó totalmente al hogar desde fecha del matrimonio hasta la incorporación de la menor de sus dos hijas al colegio, en septiembre de 2009. Desde diciembre de 2017 hasta junio de 2019 estuvo dada de alta como autónoma en la actividad de venta al por menor del otro consorte, pero nunca llegó a trabajar

en dicho negocio. Desde abril de 2019 se encontraba trabajando como camarera, por cuenta ajena, los fines de semana.

El juzgado fijó como compensación, por dedicación a la familia, la cantidad de 122.790,88.€ (inferior a la solicitada por la actora), para cuyo cálculo se tomó como base el SMI durante el periodo en que aquella dedicación fue más intensa, hasta septiembre de 2009; y a partir de esta fecha, el 70 % de la mencionada retribución. La audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a quien absuelve, con fundamento en que la actora no se había dedicado a la familia en exclusiva. La actora recurre en casación y el Tribunal Supremo estima el recurso al confirmar la sentencia de primera instancia.

NOTA.— Esta sentencia trata la polémica cuestión de los requisitos exigibles para la compensación por trabajo en el hogar *ex* artículo 1438 CC. Esta materia ha sufrido una evolución jurisprudencial. Así, la STS de 11 de mayo de 2005 requería que el otro cónyuge se hubiera enriquecido a costa del trabajo doméstico de su consorte, de tal forma que no procedía aquella compensación si el primero había dedicado todos sus ingresos al sostenimiento de la familia. A partir de la STS de 14 de septiembre de 2011 no se exige el aludido enriquecimiento, y con la STS de 26 de abril de 2017 el requisito de la exclusividad a las atenciones de la familia resulta compatible con la colaboración en la empresa del otro cónyuge, equiparándose esta participación al trabajo doméstico, pues ambos suponen una contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. La doctrina mayoritaria es crítica a esta jurisprudencia al considerar que solo cabe la compensación cuando la dedicación al hogar excede de la regla de la contribución proporcional al levantamiento de las cargas prevista también en el artículo 1438 CC (véase Cuenca Casas, M., *Comentarios al Código Civil*, VIII, Valencia, 2013, p. 10.122; Asúa González, C., *Tratado de Derecho de familia*, Navarra, 2011, p. 91, y Gutiérrez Santiago, P., «Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el art. 1438 CC, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3, pp. 56 y ss.). Además, como señala Santos Morón, M.^a J., *El régimen de separación de bienes. El régimen de participación*, en *Manual de Derecho civil*, V, dir. E. Llamas Pombo, Madrid, 2021, pp. 206 y ss., carece de sentido que se reciba como compensación una cantidad superior a la que habría correspondido de estar sujeto el matrimonio al régimen de gananciales o al de participación que los cónyuges han excluido deliberadamente. (F. S. N.)

28. Filiación: maternidad no biológica por posesión de estado e interés superior del menor.— Al tiempo de recaer la sentencia extractada, el artículo 7.3 LTRHA reconocía la posibilidad de determinar una segunda maternidad, distinta de la biológica, pero únicamente en favor de la esposa de la mujer gestante. Aunque jurisprudencialmente se había admitido la posibilidad de determinar esta filiación también por posesión de estado, *ex* artículo 131 CC (SSTS 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014), en esta sentencia el Tribunal Supremo matiza su doctrina, recalcando la necesidad de que tal filiación se reconozca solo cuando lo requiera el interés superior del menor, valorado en cada caso concreto, y exigiendo un pro-

yecto de vida común de la pareja, con una posesión de estado constante confirmada por una relación materno filial continuada. (STS de 27 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— Dos mujeres (A y B) unidas como pareja de hecho suscribieron un documento de consentimiento informado, sometiéndose la primera a un procedimiento de inseminación artificial sin aportación de gametos por la segunda. Fruto de dicho procedimiento nació C, que se inscribió en el Registro Civil como hijo solo de A y con sus apellidos. Con posterioridad A y B contrajeron matrimonio, pero a los pocos meses se separaron y A se fue a vivir a casa de sus padres con C. Iniciado el proceso de divorcio a instancia de A, B no compareció y fue declarada en rebeldía, recayendo sentencia que no contenía disposiciones sobre la patria potestad de C al partir de la base de que no existía descendencia común.

Transcurridos dos años, B inició un procedimiento judicial para que se la declare madre extramatrimonial de C, al que A se opuso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, considerando acreditada la posesión de estado y declarando la filiación. Contra esta sentencia A interpuso recurso de apelación discutiendo la posesión de estado y la voluntad de B de ser madre de C y defendiendo que la filiación es contraria al interés superior del menor. El recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial, confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

A interpuso recurso de casación por infracción de las normas relativas a la filiación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo, negando la filiación de B. Razona nuestro Alto Tribunal que la determinación de una segunda maternidad distinta de la biológica requiere en principio que ambas mujeres estén casadas, conforme al artículo 7.3 LTRHA, que no era el caso de A y B al tiempo del nacimiento, y que la posibilidad de que se determine la filiación por posesión de estado en estos casos solo se admite de forma excepcional, cuando se acredite una relación materno filial continuada y vivida, sin que este fuera el caso.

NOTA.— Con posterioridad a la sentencia extractada, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI ha modificado los artículos 120 CC y 44 LRC (entre otros). De este modo, actualmente tanto el cónyuge como la pareja de hecho de la madre o persona trans gestante pueden declarar su conformidad al establecimiento de la filiación al tiempo de la inscripción del nacimiento o reconocerla extrajudicialmente ante el Encargado del Registro Civil, con independencia de su sexo. Es de reseñar, no obstante, que la reforma no ha alcanzado al artículo 7.3 LTRHA, lo que podría ocasionar dudas sobre la coordinación de estos preceptos. (C. C. S.)

29. Acogimiento y vuelta del menor a la familia biológica.— El principio de reincorporación del menor en la propia familia y el interés del menor aparecen recogidos en el artículo 172.4 CC y se aplican a la hora de proteger a los menores desamparados. No establecen mandatos genéricos por razón del

objeto, sino por razón del fin. Cuando se impugna la declaración de desamparo por la Administración, el juez debe valorar el cambio de las circunstancias que se haya producido con posterioridad al momento en que se produjo tal declaración, con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen y el derecho de los padres biológicos tienen dos características básicas: 1) no son principios absolutos cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado; 2) están subordinados al interés del menor. Así, las medidas que se adopten deben ser las más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural, pero este retorno no será aceptable cuando no resulte favorable a los intereses del menor.

Ese retorno exige que se haya comprobado previamente una evolución positiva de la misma. En este sentido, en los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse: a) el tiempo transcurrido; b) la integración en la familia de acogida y su entorno; c) el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. El artículo 20.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, atiende al beneficio que en abstracto puede reportar para los niños y adolescentes que el cuidado y la guarda sea asumida por personas de su familia. En muchos casos, puede proporcionar una mayor estabilidad de los menores, pero ello debe estar supeditado a la valoración del interés del concreto menor de que en cada caso se trate y de todas las circunstancias concurrentes. Por otro lado, el TEDH ha señalado, en el apartado 296 de la Guía sobre el artículo 8 CEDH, que la relación entre abuelos y nietos tiene una intensidad diferente a la que tienen los padres con sus hijos, por lo que requiere un menor grado de protección. **(STS de 23 de febrero de 2022;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— Los abuelos maternos de una niña, cuya tutela fue asumida por la entidad pública el 15 de enero de 2016, interpusieron una demanda de oposición a la resolución administrativa de 15 de septiembre de 2017 por la que se denegó el acogimiento de la niña por los abuelos y se suspendió el régimen de visitas que tenían concedido. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente su demanda, en el sentido de mantener la denegación del acogimiento, pero acordó la reanudación de las visitas.

La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, confirmando la decisión del Juez. Entendió que la decisión adoptada por la entidad pública era la más conveniente para el interés superior de la niña, por varios motivos: a) la falta de capacidad de los abuelos para cuidar adecuadamente de ella —cuando se confió a los abuelos la responsabilidad de supervisar de forma estricta el comportamiento de la madre, no reaccionaron como debían ante las situaciones de riesgo—; b) mantener esa decisión seguía siendo lo más recomendable a dicho interés superior, debido al buen acoplamiento de la menor en su familia de acogida durante un amplio período temporal.

Los abuelos interpusieron recurso de casación, alegando la vulneración de los artículos 15 y 18 CE y 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, 3.9 y 19 de la Convención de Derechos del Niño, y por la errónea inter-

pretación del artículo 172 CC. Solicitan que se establezca el acogimiento de la niña por los demandantes. Según el Tribunal Supremo, los principios que rigen el acogimiento y la vuelta del menor a la familia biológica deben adaptarse cuando los progenitores no pueden hacerse cargo de los hijos. En este caso, la madre tenía problemas de salud mental y terminó falleciendo, mientras que el padre se desentendió totalmente de la niña. Respecto de los abuelos, el Tribunal Supremo pone de manifiesto los siguientes hechos: 1) si bien al comienzo no se procedió por la entidad pública a declarar el desamparo de la menor, fue por el compromiso de los abuelos de supervisar a la madre; 2) posteriormente, ante una serie de circunstancias observadas durante el seguimiento realizado por la entidad pública, entre ellas, las carencias de los abuelos en esa labor de supervisión, se declaró su desamparo. Esa falta de control se evidenció en los distintos exámenes practicados a la menor con motivo de su internamiento en un centro infantil, actuación para la que los abuelos mostraron una absoluta falta de colaboración.

El Tribunal Supremo considera que la vuelta de la menor a la familia biológica supondría un evidente peligro para su desarrollo físico y afectivo, además de un riesgo de desubicación del entorno socio familiar, educativo y sanitario. Los informes periciales demuestran que la menor está adaptada a su nueva situación familiar y que el cese del acogimiento sería vivido por ella como un abandono y un rechazo de las personas que para ella suponen sus fuentes de seguridad y protección, lo que podría llevar a una regresión de todas las áreas de su desarrollo. Por tanto, el Tribunal Supremo concluye que se ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en juego en las distintas instancias, garantizándose que se proporcione a la niña el ambiente familiar y de estabilidad emocional necesaria. De ahí que acabe desestimando el recurso.

NOTA.— Respecto de la vuelta del menor a su familia de origen tras el acogimiento, se han dictado muchas sentencias. En ellas se han tratado las siguientes cuestiones: 1) el principio de reinserción del menor en la propia familia (SSTC 565/2009, de 31 de julio y 298/1993, de 18 de octubre); 2) las limitaciones del derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen (SSTS de 17 de marzo de 2016, 17 de febrero de 2012, 13 de junio de 2011 y 31 de julio de 2009); 3) las razones que desaconsejan el retorno del menor a la familia biológica (SSTS de 2 de diciembre de 2015 y 13 de junio de 2011). (*S. L. M.*)

DERECHO DE SUCESIONES

30. Legado de cosa específica.— La jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que con carácter general nuestro Código Civil, en línea con la tradición jurídica contenida en las Partidas ("luego que el testador es muerto pasa el señorío de la cosa mandada a aquel a quien es fecha la manda" –6, 19, 34–), establece que la titularidad sobre la cosa o derecho legados, siempre que sean algo específico y determinado, pasa recta vía del causante al legatario, esto es, como recuerda la doctrina, hay sucesión (particular) de causante, por el

legatario, sin mediación del heredero (SSTS 306/2019, de 3 de junio; 316/2019, de 4 de junio, y 199/2020; de 28 de mayo).

Particularidades respecto al legado de participaciones sociales.— El Tribunal Supremo, tras exponer su doctrina en relación con los artículos 882 y 885 CC, sobre el modo de adquirir los legados de cosa específica, entiende que en el caso de participaciones sociales deben concurrir, además, dos requisitos. Primero, para que la transmisión de las participaciones sociales tenga efectos frente a la sociedad, se requiere el conocimiento dicha transmisión por parte de esta. Así resulta del artículo 106. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital, al determinar que el adquirente de las participaciones sociales, a título pleno o limitado, podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que esta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen. Segundo, de conformidad con el artículo 104.2 LCS es necesario para el ejercicio de los derechos de socio estar inscrito como tal en el libro registro de socios. (**STS de 13 de diciembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.— Filomena y Josefina, legatarias de las acciones de Constantino en la Urbanizadora Villa de Turre S.L. interpusieron demanda de juicio ordinario contra esta porque, fallecido el titular de dichas acciones, se celebraron diversas Juntas Generales Extraordinarias «Universales» en las que se adoptaron varios acuerdos. Las demandantes, piden que se les declare socias de la mercantil señalada y también la declaración de nulidad de las citadas juntas celebradas y de los acuerdos en ellas adoptados, por no haber asistido Constantino.

Las sentencias de primera y segunda instancia estimaron la totalidad de las pretensiones de las demandantes pues entendían que no se cumplía el requisito esencial de la presencia o representación de la totalidad del capital social y de la totalidad de los socios, por lo que tanto las juntas como los acuerdos en ellas adoptados son nulos.

La urbanizadora demandada, interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo. (*M. Z. Z.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su correspondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía que no se enumera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las *referencias bibliográficas* se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la *bibliografía final del trabajo*:

— Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

— Capítulo de libro: DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.

— Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las *referencias bibliográficas en nota a pie de página*, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En cuanto a *abreviaturas*: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad («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 lo referente a las abreviaturas de las revistas más habituales deben citarse de la siguiente forma:

AC	<i>Actualidad Civil</i>
ADCon	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
AFDUAM	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM</i>
AAMN	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
CCJ	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
InDret	www.indret.com
PDD	<i>Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros</i>
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RDA	<i>Revista Aranzadi de Derecho Ambiental</i>
RDBB	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
RDNT	<i>Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías</i>
RdPat	<i>Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial</i>
RDC	<i>Revista de Derecho Civil</i>
RDCP	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
RDCD	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RDS	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
RDU	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
REDE	<i>Revista Española de Derecho Europeo</i>
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
RJC	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RJNot	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
RJUAM	<i>Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid</i>

En relación con las *sentencias del Tribunal Supremo o de otro Tribunal*, que en el trabajo se citen, ha de indicarse la oportuna referencia de localización y el ponente de la sentencia. Para *otros tipos de resoluciones jurídicas* también ha de indicarse la oportuna referencia de localización.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.
- Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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.