

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVII, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2024



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

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 la Presidencia, Justicia y Relaciones
con las Cortes (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 la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes

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 LXXVII, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2024



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES



MADRID, 2024

<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): 144-24-0916 (edición en papel)
144-24-0921 (edición en línea, pdf)

NIPO (M. de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes):

143-24-0054 (edición en papel)

143-24-0049 (edición en línea, pdf)

ISSN: 0210-301X (edición en papel)

2659-8965 (edición en línea, pdf)

Depósito Legal: M-125-1958

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

ÍNDICE

Pág.

Estudios monográficos

M. ^a Luisa ARCOS VIEIRA: «Las claves de la reforma del Derecho civil navarro en materia de prescripción extintiva y caducidad»	1021
María Reyes CORRIPIO GIL DELGADO: «La permanencia del viudo en la vivienda habitual tras el fallecimiento del cónyuge propietario»,	1119
José María CARDÓS ELENA: «La eficacia traslativa de la donación en el Código Civil a la luz de los antecedentes históricos y legislativos»	1181
Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN: «Todos hablan, pero pocos saben. Los alimentos y su distribución a debate»	1285

Bibliografía

LIBROS

A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
ANDRADES NAVARRO, Agustín: «Usucapión y Registro de la Propiedad», por Bruno Rodríguez-Rosado	1333
GÓMEZ BLANES, Pablo: «El gestor fiduciario – Ensayo para la formación de un arquetipo jurídico», por José Antonio Doral García	1336
VIVES VELO DE ANTELO, M. ^a Patricia: «Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación», por M. ^a Paz García Rubio	1340

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Davinia CADENAS OSUNA	1351
---------------------------------------------------------------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

COMENTARIO DE SENTENCIA

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE: «Honor y prestigio profesional: legitimad del informe leído en un Consejo de Departamento en el que se denunciaba la falta de profesionalidad del docente universitario, cuya promoción se votaba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (civil) 1572/2003, de 13 de noviembre»	1397
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Cristina ARGELICH COMELLES, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Jose María MARTÍN FABÁ, Nicolás MONTES SERRANO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLOS ZURILLA	1465
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

SENTENCIA COMENTADA

Paloma GONZÁLEZ BELUCHE: «¿El Tribunal de Justicia de la Unión Europea castiga al pasajero diligente y –también– al derrotista? Comentarios a las Sentencias del TJUE de 25 de enero de 2024, en los asuntos C-474/22 *Laudamotion c. Flight* y C-54/23 *W.Y. c. Laudamotion y Ryanair*»

Las claves de la reforma del Derecho civil navarro en materia de prescripción extintiva y caducidad

MARÍA LUISA ARCOS VIEIRA
Catedrática de Derecho civil
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN

El Derecho navarro de la prescripción ha experimentado una reforma de profundo calado a consecuencia de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril. Los cambios introducidos son numerosos y relevantes, si bien no siempre acertados y, en algunos aspectos, insuficientes; pero, en su conjunto, apuntan a un nuevo equilibrio de intereses entre el titular de la acción y el sujeto frente a quien se pretende hacer valer, que cabe inscribir en la línea de la evolución experimentada en diversos sistemas jurídicos de nuestro entorno.

PALABRAS CLAVE

Prescripción, caducidad, Derecho navarro.

The keys to the reform of the civil law of Navarre regarding extinctive prescription and expiration

ABSTRACT

Navarre's extinctive prescription law has undergone a far-reaching reform as a result of Foral Law 21/2019, of 4 April. The changes introduced

are numerous and relevant, although not always correct and, in some aspects, insufficient; but, as a whole, they point to a new balance of interests between the holder of the action and the subject against whom it is sought to be enforced, which is in line with the evolution experienced in various legal systems nearby.

KEY WORDS

Extinctive prescription, expiration, civil law of Navarre.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La regulación de la prescripción extintiva en la compilación navarra. 1. Las acciones como objeto de la prescripción extintiva. 2. ¿Prescribe la acción reivindicatoria? 3. 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–III. Las claves de la reforma del Derecho de la prescripción de Navarra. 1. El tradicional plazo de treinta años: de plazo general a plazo máximo de prescripción. 2. La revisión de los mecanismos interruptivos de la prescripción extintiva. 3. El criterio general sobre la determinación del *dies a quo*. 4. La regulación de la caducidad. 5. La suspensión de los plazos: causas. 6. Otras modificaciones en el régimen de la prescripción extintiva y la caducidad. 7. Derecho Transitorio.–IV. Recapitulación y conclusiones.–Bibliografía citada.Jurisprudencia citada.

I. INTRODUCCIÓN

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, representa la reforma de mayor calado que el Fuero Nuevo de Navarra ha experimentado desde su aprobación en 1973.

Entre las instituciones objeto de la atención del legislador, la prescripción extintiva adquiere un especial interés, y ello no solo por la importancia y la repercusión que la figura tiene *per se*, sino porque las nuevas normas suponen un cambio en el planteamiento general de la prescripción que cabe enmarcar en un contexto conformado por los procesos de reforma que han afectado a varios países de nuestro entorno –y muy limitadamente al nuestro (con la reforma del art. 1964 CC)–, la aprobación del Código civil catalán, y las tendencias apuntadas tanto en textos de *soft law* internacionales o europeos como en diversas propuestas nacionales (Comisión General de Codificación, Asociación de Profesores de Derecho Civil); todo lo cual ha reafirmado la conveniencia de reconsiderar

los parámetros que tradicionalmente han venido rigiendo la materia en el Derecho civil navarro.

En su conjunto, el régimen opta por un nuevo equilibrio entre los intereses de las partes. La reforma ha sacrificado parcialmente la seguridad jurídica que aporta un sistema intensamente objetivo, en favor de una mayor consideración a las circunstancias de cada caso que evoca el brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*, lo que se articula principalmente facilitando la interrupción de los plazos prescriptivos, o admitiendo la posibilidad tanto de suspender el decurso de un plazo como de postergar su comienzo o aplazar su final.

El beneficio que esto supone para la posición del acreedor o titular del derecho afectado se ha compensado, por una parte, con el acortamiento de la mayoría de los plazos antes vigentes y, por otra, con la incorporación de un plazo máximo que asegura que ningún derecho o acción no imprescriptible adquiera *de facto* este carácter. Esta innovación ha permitido, a su vez, eliminar la anterior prohibición de alteración convencional de los plazos.

La reforma, que confirma además la imprescriptibilidad de ciertas acciones reales (señaladamente, la reivindicatoria) presenta otras novedades de interés entre las que cabe destacar la regulación de la figura, hasta el momento meramente doctrinal, de la caducidad.

El análisis y la valoración de la reforma del régimen de la prescripción extintiva no puede, por otra parte, realizarse sin una previa aproximación al planteamiento adoptado originalmente respecto de tal institución por la Compilación navarra, y que presentaba ya desde su aprobación algunas particularidades dignas de consideración.

II. LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN LA COMPILACIÓN NAVARRA

El Fuero Nuevo de Navarra contenía desde su aprobación en 1973 una regulación de la prescripción extintiva que presentaba diferencias, algunas de ellas notables, respecto de la contemplada en el Código civil.

Se trataba de una regulación algo menos extensa que la actual; contraria a la modificación convencional de los plazos; con un particular sistema de interrupción de estos, más restrictivo en los de mayor duración; carente de preceptos generales sobre el *dies a quo*; y con un catálogo de plazos con duraciones desde los 6 meses hasta los 40 años.

Con carácter más general, destacaba en la Compilación navarra el loable esfuerzo por delimitar con precisión la institución, lo que podía observarse, por una parte, en el esfuerzo por utilizar una adecuada terminología en las antiguas leyes 26 ss. FN¹, en particular acerca del objeto de la prescripción (1); y, por otra, en el alejamiento de la prescripción extintiva respecto de la usucapición² que repercutirá en el posicionamiento del Fuero Nuevo acerca de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de ciertas acciones reales y, señaladamente, de la reivindicatoria (2).

1. LAS ACCIONES COMO OBJETO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Conforme al tenor literal de la Compilación navarra en su redacción original, prescriben las *acciones*. Es conocido el debate doctrinal que se ha mantenido en torno al objeto de la prescripción extintiva, del que parece concluirse la coincidencia de los autores en excluir de la misma a los *derechos*³ o, en otras palabras, en favor del *efecto débil* de aquella figura⁴. Se recuerda, en esta línea, que la prescripción no puede ser apreciada de oficio, ni impide el cumplimiento voluntario del deber –que seguiría siendo tal *cumplimiento*, ni convierte en indebido el pago realizado posteriormente por el deudor, quien tampoco puede alegar para reclamar su restitución el desconocimiento del transcurso del plazo o el error sobre esta circunstancia. Efectivamente, tales argumentos evidencian la posibilidad de subsistencia del derecho tras la prescripción, si se entiende esta como el mero cumplimiento del plazo en las condiciones legalmente exigidas.

Se matiza por ello que la prescripción afecta a las acciones, tal y como acepta expresamente en su origen el Fuero Nuevo. En con-

¹ Si fuera necesario para facilitar la comprensión, la referencia a los textos de las leyes en su redacción *anterior* a la reforma del Fuero Nuevo se hará, en adelante, indicando tras el número de aquellas «FN(1973)», con independencia de que tal redacción hubiera sido o no reformada en algún momento antes de 2019.

² El Fuero Nuevo ignoró la diferenciación entre «usucapición y prescripción adquisitiva» acogida en su día por la Recopilación Privada (Leyes 357 a 364), en la que se reservaba la primera para los bienes muebles y la segunda para los inmuebles: GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ *et al.*, 1971. Desde su aprobación, la Compilación utiliza ya ambas expresiones (*usucapición* y *prescripción adquisitiva*) como sinónimas, aunque es evidente la preferencia por la primera de ellas.

³ En contra, por tanto, de lo afirmado en los artículos 1930 y 1932 CC que, tras el proyecto de 1888, se refieren a «derechos y acciones». Esta era también la interpretación de De Castro, quien consideraba que es el derecho lo que se extingue y que la teoría defendida ya entonces por Díez-Picazo, en favor de limitar la prescripción a las acciones de condena, «parece no ser compatible con el sistema del Código»: 1976, p. 168.

⁴ ARROYO I AMAYUELAS, 2014, p. 242.

secuencia, se concluye que la prescripción extintiva no extingue el derecho sino solo, podría decirse, de manera indirecta, en cuanto lo hayan hecho todas las acciones derivadas del mismo afectadas por la prescripción extintiva: se dice así que si un poder jurídico no puede recibir ya ninguna protección del ordenamiento que lo concede, «no puede hablarse de poder jurídico alguno ni, por tanto, de derecho subjetivo»⁵. Obviamente, la aplicación de lo anterior dependerá de la configuración del derecho afectado en cada caso, y tendrá distintas consecuencias en función del carácter relativo o *erga omnes* de aquel.

La doctrina navarra ha interpretado tradicionalmente que la referencia a las *acciones* debe entenderse en sentido procesal⁶, esto es, como la posibilidad de requerir la tutela judicial de un derecho⁷. Explicaba en esta línea De Pablo Contreras que prescribe «el poder jurídico de recabar de los órganos jurisdiccionales la tutela y protección de un derecho subjetivo o un pronunciamiento relativo al mismo», y que en este ámbito «la acción es considerada en su vertiente procesal y más precisa, es decir, como poder jurídico que se ostenta frente al Estado o derecho al proceso»⁸.

Cordón Moreno, sin embargo, afirma que tampoco prescriben las acciones, «porque el ejercicio de una acción “prescrita” –después de transcurrido el plazo de prescripción señalado en la Ley– no determina por sí ni la inadmisión de la demanda ni el dictado, sin más, de una sentencia absolutoria con fundamento en la consideración de la prescripción como un hecho extintivo y su consiguiente apreciación de oficio»⁹.

Más modernamente, la doctrina iusprivatista ha modificado su enfoque apuntando ahora a la *pretensión*¹⁰ como objeto de la prescripción, y ampliando con ello el objeto de esta a la acción en sentido material¹¹. Esta misma noción de pretensión es acogida por la *Propuesta para la reforma de la prescripción y la caducidad* de la Sección primera de la Comisión General de Codificación¹², así

⁵ DE PABLO CONTRERAS, 1990, p. 546.

⁶ STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 20 enero 2009 (RJ 2009\1733), ponente A. OTERO PEDROUZO.

⁷ ARREGUI GIL, 1993, p. 142.

⁸ DE PABLO CONTRERAS, 1990, pp. 545-546.

⁹ CORDÓN MORENO, 2008, pp. 79-80.

¹⁰ Término que se entiende traducción del alemán *Anspruch* acuñado por WINDSCHEID a mediados del siglo XIX, como recuerda, a propósito de la reforma del Derecho catalán que lo acoge, FERRER I RIBA, 2003, p. 4.

¹¹ Aun así, llega a afirmarse incluso (por ejemplo, en Derecho alemán y en los PECL que lo inspiran) que la prescripción extintiva no extingue tampoco la pretensión, lo que explica la preferencia de esos sistemas jurídicos por el término «prescripción liberatoria»: ZIMMERMANN, 2008, p. 140, nota 4.

¹² Afirma su Exposición de Motivos: «Se define la prescripción de acciones como un modo de extinción de las pretensiones. El objeto de la prescripción de acciones es la

como por la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* en su Libro sexto¹³; la elección del término *pretensión* en ambos casos es consciente. Como se explica en la Exposición de Motivos de este segundo texto,

«Se omite deliberadamente la referencia a la prescripción de las acciones con el fin de enfatizar que la prescripción es un instituto de naturaleza material y no procesal. El deudor puede alegarla o renunciar a ella porque forma parte de la naturaleza de la deuda (es una cualidad suya) y, precisamente por eso, tales actuaciones están más cercanas a un acto negocial que a un trámite dentro de la estructura del proceso. La prescripción afecta a la pretensión, esto es, al ejercicio de los derechos relativos al cumplimiento de una prestación (un dar o hacer o un tolerar o abstenerse de hacer), derechos de naturaleza personal, ya se trate de derechos patrimoniales de crédito y reales o de derecho de familia y sucesorios (salvo que, en casos específicos, la ley los declare imprescriptibles). Los derechos absolutos o reales tienen eficacia frente a cualquiera y por consiguiente no son una pretensión. Por eso mismo tampoco prescriben negativamente. Se extinguen como consecuencia de la usucapión. Es, en su caso, la lesión del derecho real lo que puede generar pretensiones prescriptibles.»¹⁴

La delimitación del objeto de la prescripción en torno a la noción de pretensión es conveniente, en cuanto contribuye a precisar que los efectos de aquella institución exceden el contexto meramente procesal y alcanzan potencialmente a la subsistencia del derecho. Esta interpretación, más propia de los derechos continentales europeos¹⁵, es también ajustada a los sistemas jurídico-privados que coexisten en España¹⁶. Como acertadamente apuntan Domínguez Luelmo y Álvarez Álvarez¹⁷, el carácter procesal o material de la prescripción extintiva, aparte de su interés en el ámbito del Derecho internacional privado¹⁸, implica, desde la perspectiva del Derecho interno, consecuencias relevantes en cuanto a las competencias legislativas sobre la figura que la Constitución Española reserva al Estado, prácticamente de forma absoluta, en el caso de la legislación procesal.

pretensión que nace de un derecho absoluto o relativo, pero no el mismo derecho. Sin embargo, se ha considerado que esto no impide mantener la terminología tradicional del Código civil». Repárese en que lo que queda referido a las *pretensiones* no es la prescripción, sino la *prescripción de acciones* (igualmente, art. 1930. II PRPC.).

¹³ Artículo 611-1 PCC-APDC. La pretensión, objeto de la prescripción: «1. La pretensión, entendida como el derecho a reclamar de otro una acción u omisión, prescribe tras la expiración del plazo previsto legal o convencionalmente.»

¹⁴ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, pp. 244-245.

¹⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, p. 8.

¹⁶ Artículo 121-1 CCCat. Se entiende por pretensión, aclara esta norma, «el derecho a reclamar de otra persona una acción o una omisión.»

¹⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, p. 9.

¹⁸ CARTWRIGHT; VOGENAUER; WHITTAKER, 2009, p. 411.

En Navarra, la regulación de la prescripción extintiva en la Compilación de 1973 ponía ya de relieve el carácter sustancial o material de aquella, que ha quedado mejor perfilado desde abril de 2019 al introducirse ya en las normas del Fuero Nuevo sobre tal institución, y en la línea de la evolución antes descrita, ciertas referencias a las *pretensiones*.

2. ¿PRESCRIBE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA?

El Fuero Nuevo reguló la prescripción extintiva en el Título IV del Libro preliminar, mientras que las normas sobre usucapión (Leyes 356-361) se ubicaron en el Capítulo primero del Título primero del Libro III, De los bienes. La Compilación navarra se separó con ello de la opción por la agrupación de ambas figuras imperante en la doctrina y en los textos legales del siglo XIX¹⁹ –y que también acoge el Código civil español²⁰ por influencia del *Code Napoléon* (art. 2219)²¹–, uniéndose así el texto navarro a la doctrina dualista, que resalta la diferenciación entre las dos instituciones. Esta tesis ha venido imponiéndose desde el siglo XX, avalada en nuestro país por la mejor doctrina civil como Alas, De Buen y Ramos²², De Castro²³, Albaladejo²⁴, Lacruz²⁵ y Díez-Picazo²⁶;

¹⁹ Explica BUSSI (1937, p. 67) que la unificación de las prescripciones extintiva y adquisitiva, favorecida por la evolución del Derecho romano, se consolida propiamente por influencia del Derecho canónico, al exigirse en ambos casos la concurrencia de buena fe en el sujeto favorecido por la prescripción.

²⁰ Aunque lo hace solo en cierta medida puesto que, como es notorio, dedica –tras unas disposiciones comunes iniciales– capítulos independientes para regular los regímenes de la prescripción adquisitiva y de la extintiva. Tal sistemática procede del Proyecto de 1851, y responde en su origen a razones de claridad y buen orden, según explica GARCÍA GOYENA, 1852, p. 307.

²¹ El Código francés siguió con ello la opinión de DOMAT criticada, sin embargo, por otros autores como POTHIER (1880, pg. 5), o TROPLONG (1836, pg. 26). En el mismo sentido, v. el Código civil belga (CCBelg), artículos 2219 y ss., y el Código civil de Québec (arts. 2875 y ss.). Desde la reforma por Ley n.º 2008-561 de 17 de junio de 2008, el *Code français* recoge la prescripción extintiva en el título XX del libro III «Des différentes manières dont on acquiert la propriété», y la posesión y la prescripción adquisitiva en un nuevo título XXI adicionado por aquella norma.

²² ALAS, DE BUEN, RAMOS, 1916.

²³ DE CASTRO Y BRAVO, 1976, pp. 147-148.

²⁴ Entre otras obras del mismo autor, 1993, p. 242.

²⁵ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos... III-1.º*, 2000, pp. 152-153.

²⁶ Quien recuerda –como antes había hecho DE CASTRO (1976, p. 148)– que la tesis dualista, habitualmente vinculada en su origen a SAVIGNY, había sido avanzada ya por los comentaristas de las Instituciones y los pandectistas. Inicialmente, y aparte de obras posteriores del mismo autor, 1963, pp. 969-1000. El autor, sin embargo, matizará que no son instituciones radicalmente diversas (2007, p. 56).

pero también por los códigos de Alemania²⁷, Italia²⁸ y Portugal²⁹, entre otros, y continúa consolidándose en el siglo en curso: puede apreciarse también en el Código civil catalán (CCCat)³⁰ e, incluso, lo que sin duda evidencia la opinión de buena parte de la doctrina sobre el Código Civil, en la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PCC-APDC)*³¹. Contrariamente, sin embargo, la misma estructura del Código Civil se mantiene todavía en la *Propuesta para la reforma de la prescripción y la caducidad* de la Sección primera de la Comisión General de Codificación (PRPC)³².

Tiene relación con esa nítida delimitación conceptual entre la prescripción extintiva y la adquisitiva en la Compilación navarra, que la Ley 39.b) FN(1973) dispusiera que «[l]as acciones reales que no tengan establecido plazo especial sólo prescriben a consecuencia de la usucapición con la que resulten incompatibles». El interés de esta norma –sin ignorar que presenta, como es claro, un ámbito objetivo más amplio– se ha manifestado con especial intensidad respecto de la acción reivindicatoria, para la cual el Fuero Nuevo no ha previsto nunca plazo alguno de prescripción extintiva.

La reforma de 2019, en mi opinión, permite confirmar una de las interpretaciones sobre si tal precepto, prácticamente invariado en el actual primer párrafo de la Ley 35.b), equivale o no a considerar tal acción como imprescriptible; en concreto, como razonaré a continuación, la que responde afirmativamente a dicha pregunta.

La articulación de las prescripciones extintiva y adquisitiva a propósito de los derechos reales sobre bienes usucapibles ha sido objeto de un intenso debate doctrinal tanto en el ámbito del Dere-

²⁷ Conforme a la traducción inglesa del BGB publicada por el Ministerio Federal de Justicia, la prescripción extintiva se ubica en el Libro I, *General Part*, en §§ 194 y ss., mientras la usucapición se contiene en los §§ 937-945 del Libro III, *Law of Property* (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html#gl_p0029; acceso el 30.3.2024).

²⁸ Arts. 2934 y ss. para la prescripción y la caducidad, y artículos 1158 y ss. para la usucapición, estos en sede de *efectos de la posesión* y, aquellos, de *tutela de los derechos*.

²⁹ Arts. 298 y ss. sobre prescripción y caducidad, y artículos 1287 y ss. para la usucapición.

³⁰ La Exposición de Motivos de la Primera Ley informa de que el Libro primero, «bajo el epígrafe de “Prescripción y caducidad”, regula estas dos instituciones de forma más moderna y dinámica que el Código civil español, anclado todavía en concepciones romanistas y decimonónicas, y en el cual se confunden a menudo prescripción y caducidad, y no queda clara la frontera entre aquélla y la usucapición o prescripción adquisitiva». Esta segunda se contempla en el Libro quinto, artículos 531-23 y ss. CCCat.

³¹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018. «Es el momento», se afirma en el prólogo de la obra, «de mejorar la regulación del Código sobre prescripción y usucapición, sobre cuasicontratos, sobre responsabilidad extracontractual, sobre tradición, ocupación, sucesiones, sobre régimen económico matrimonial, filiación, patria potestad...» (p. 15). La Propuesta opta, en la misma línea de modernización de otros sistemas, por separar la regulación de la usucapición (Libro cuarto. De los modos de adquirir la propiedad) de la prescripción extintiva (Libro sexto. De la prescripción y de la caducidad).

³² COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN-SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, s.f.

cho común como en el navarro³³; debate que subyace en la opción acogida en el Fuero Nuevo.

En el problema descrito se observan dos manifestaciones: (a) la del efecto supuestamente prescriptivo de la usucapión consumada sobre el derecho usucapido, por una parte; y, por otra (b), la del efecto de la prescripción extintiva de la acción real sobre el derecho implicado a falta de usucapión por el poseedor demandado.

a) En el primer caso, las discrepancias se manifiestan a la hora de concretar si el efecto extintivo que produce la usucapión, vigente el plazo prescriptivo de la acción real, puede ser explicado como un supuesto de *prescripción extintiva* de dicha acción.

Y en este punto debe reconocerse que habría que encontrar una explicación para esa situación si no se admitiera que la usucapión previa a la prescripción de la acción real determina una adquisición automática del derecho por parte del usucapiente y en contra de su anterior titular, quien pierde, por tanto, la acción real pero no propiamente a consecuencia de la *prescripción* de esta, sino por la pérdida del mismo derecho. Sin embargo, es la tesis del efecto adquisitivo automático de la usucapión –que sortea el inconveniente que representa la admisibilidad de la renuncia a la prescripción consumada (art. 1935 CC y, tras la reforma, Ley 357 FN) interpretando que aquella es eficaz retroactivamente³⁴– la que se acoge preferentemente en España, tanto por la doctrina como en normas y textos recientes³⁵.

Así, el Código civil catalán dispone con toda claridad en su artículo 531-23.2 que aquel «se produce sin necesidad de que la persona que adquiere por usucapión haga ninguna actuación»³⁶. En la misma línea se sitúa la *Propuesta para la reforma de la prescripción y la caducidad* de la Sección primera de la Comisión General de Codificación (PRPC), a la vista de cuyo artículo 1937 cabe interpretar que el usucapiente que renuncia a la prescripción ganada es ya reconocido legalmente como titular del derecho en ese momento³⁷. Por su parte, la *Propuesta de Código Civil de la Aso-*

³³ Entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, 1990, pp. 25-57; DE PABLO CONTRERAS, 2000, pp. 9-50; YZQUIERDO TOLSADA, 1998.

³⁴ ALBALADEJO GARCÍA, 1993, p. 136.

³⁵ Entre los autores que optan por el efecto automático de la usucapión, LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...* III-1.º, 2000, p. 155.

³⁶ ESPIAU ESPIAU, 2008, p. 496. La renuncia a la usucapión constituye, bien una renuncia al tiempo transcurrido en una usucapión en curso (art. 531-27), bien –cuando el proceso se ha completado ya– una renuncia al *derecho usucapido* y, por ello, requiere la capacidad propia de tal acto, además de no perjudicar a los acreedores del usucapiente (art. 531-29 CCCat.).

³⁷ Artículo 1937 PRPC: «Los acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o *propietario*» (cursiva añadida).

ciación de Profesores de Derecho Civil (PCC-APDC) parece apuntar también en esta dirección³⁸.

En Navarra, igualmente, la usucapión no es tanto una modalidad de prescripción como uno de los modos de adquirir la propiedad, y en tal concepto es contemplada en la Ley 355 FN³⁹. Produce, en suma, el efecto adquisitivo que le es propio una vez se cumplen las exigencias legales pertinentes (posesión, título, tiempo, buena fe...). Sobre la base del efecto adquisitivo automático de la usucapión, carece de sentido y utilidad pretender incorporar al mismo otro, supuestamente indirecto, extintivo –por *prescripción*– de la acción reivindicatoria. Obviamente, el ejercicio de esta resultará ineficaz, pero como en cualquier otro caso en que el anterior propietario hubiera perdido el derecho que reclama⁴⁰.

b) Si bien, en contra del tenor literal de la Ley 35.b FN, las acciones reales sin plazo especial no *prescriben*, propiamente, por la usucapión contraria, cabe aún preguntarse si tales acciones quedan en cualquier caso sometidas al régimen de la prescripción extintiva, no ya por la usucapión ajena sino, simplemente, por la inactividad de su titular.

Quienes –con base en el Código civil– interpretan que existe una radical separación entre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y la usucapión del dominio consideran factible que se produzca la primera sin la segunda; esto es, que la acción real sea declarada prescrita por su ejercicio tardío, pero sin que simultáneamente el demandado reúna los requisitos para usucapir el derecho. En tales circunstancias, el titular del dominio queda desprovisto del poder de reclamarlo, sin que tampoco otro sujeto pueda hacerlo por cuanto el poseedor demandado no ha llegado a convertirse en titular; situación esta compleja que requiere cierta atención por parte de la doctrina, so pena de debilitar la tesis de la coexistencia autónoma de ambas prescripciones en el contexto de la propiedad.

Lacruz, sin dejar de reconocer que la imprescriptibilidad del dominio tiene a su favor argumentos de peso, defiende sin embargo la prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria, y resuelve las posiciones jurídicas resultantes considerando, en el

³⁸ En el artículo 400-1 (De los diferentes modos de adquirir la propiedad y los demás derechos reales), la usucapión ha dejado de ser uno de los medios por el que «pueden también adquirirse» los derechos reales (art. 609 in fine CC) para incorporarse a la relación de los modos en virtud de los cuales tales derechos «se adquieren», lo que ocurre, afirma el artículo 323-2, cuando se cumplan los requisitos exigidos en los artículos. 442-1 y ss.

³⁹ Ley 355. Adquisición de la propiedad: «La propiedad de las cosas se adquiere por acto de disposición *mortis causa* o por la entrega de las mismas hecha por su propietario en virtud de un convenio que justifique la transmisión. También puede adquirirse por la usucapión o prescripción adquisitiva, por hacerse una cosa accesoria de otra principal y por disposición de la Ley.»

⁴⁰ ALBALADEJO GARCÍA, 1990, pp. 56-57.

caso de bienes muebles, que la cosa devendría *nullius* y, con ello, *ocupable* por el poseedor actual, mientras que en el caso de los inmuebles la titularidad correspondería al Estado⁴¹. Por su parte, Albaladejo alega que, al fin y al cabo, la falta de protección eficaz de que adolecería el derecho real una vez prescrita la acción correspondiente es predicable de todos los derechos (también los de crédito) cuya acción defensiva esté prescrita⁴²; a lo que Díez-Picazo responde que la similitud de la situación del derecho de propiedad una vez prescrita la acción reivindicatoria con la de un derecho de crédito prescrito es solo aparente⁴³, y que:

«Mientras no se haya alzado, frente al propietario reivindicante, una posesión a título de dueño o, lo que es lo mismo, una posesión idónea para la usucapión, no comienza la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, que sólo tiene sentido cuando hay una lesión del derecho de dominio que exija tal acción para restaurarla, lo que, obviamente, sólo se produce cuando la posesión adversa es a título de dueño»⁴⁴.

Añadía Díez-Picazo que esta solución concordaba con la aceptada en Navarra en la ya mencionada Ley 39.b) FN(1973). Se puede compartir la idea de que, en Navarra, el derecho del propietario no resulta amenazado sin una posesión *ad usucapionem*. Pero, en mi opinión, no en el sentido de que el inicio de tal posesión determine el *dies a quo* de un supuesto plazo prescriptivo de la acción reivindicatoria, sino en el de recordar que, de consumarse, la usucapión privará al propietario de su derecho.

Ciertamente, la inactividad prolongada del titular una vez comienza la posesión del usucapiente puede conducir finalmente a la imposibilidad del primero de reivindicar su derecho, y en este aspecto el efecto se aproxima al propio de la prescripción extintiva de la acción. Sin embargo, también parece claro que vincular la prescripción extintiva de las acciones reales sin plazo, exclusivamente («sólo prescriben»), a la usucapión del derecho –como hace desde 1973 el Fuero Nuevo– es precisamente tanto como negar la prescripción extintiva autónoma de tales acciones⁴⁵. Ciertamente, como se ha explicado en líneas precedentes, la Ley 39.b) FN(1973) no describía adecuadamente el efecto propio de la situación descri-

⁴¹ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos... III-1.º*, 2000, pp. 214-215.

⁴² ALBALADEJO GARCÍA, 1990, p. 51.

⁴³ Afirma el autor que «el derecho subsistente no pasa de ser un ente abstracto: no puede reivindicar; no puede ejercitar ninguna otra acción protectora del dominio; y tampoco puede ejercitar las facultades de uso y disfrute, que por hipótesis corresponden al poseedor»: Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, p. 196.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ ARCOS VIEIRA, 1997, pp. 82-83.

ta⁴⁶: el derecho usucapido se pierde para el ya *vetus dominus*, con lo que la acción, lógicamente, se *extingue* (no *prescribe*) y solo en ese momento y no antes. La STSJ Navarra, Sala de lo civil y penal, 15/2014, de 10 de noviembre, si bien a propósito de una acción declarativa de dominio, confirma la interpretación que aquí se defiende (FD quinto⁴⁷):

«Y, en lo que concierne a nuestro derecho foral, “también la doctrina científica considera que la normativa que nos ocupa, Ley 39 b) FN, no encaja en el concepto de prescripción extintiva, de tal modo que las acciones reales que no tienen establecido plazo” “especial”, como la declarativa que estudiamos, “no prescriben en sentido estricto, si bien el demandado puede oponer, más que la prescripción de la acción, su usucapición” ajustada a las exigencias de la Ley 357 FN. Argumentos todos de la mejor doctrina que compartimos, pues entendemos que están ajustados a la dicción y espíritu de la invocada Ley 39 b) FN»⁴⁸.

La reforma de 2019 ha introducido un matiz no irrelevante en el contenido de esa norma –hoy, Ley 35.b)– al afirmar ahora que las acciones reales sin plazo especial *sólo prescriben a consecuencia «de la adquisición por usucapición» con la que resulten incompatibles*⁴⁹. Si bien podría haberse aprovechado la ocasión para abandonar ya definitivamente los términos alusivos a la *prescripción*, entiendo que el cambio introducido consolida la interpretación expuesta en la línea, por otra parte, de la tesis que parece imponerse ya con claridad en las últimas décadas.

Así, la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria se reconoce, ya sin ambages, en el artículo 544-3 CCCat.⁵⁰ Participa también de esta interpretación la PCC-APDC, cuyo artículo 661-1.3 dispone que «[t]ampoco prescriben las pretensiones a la restitución de la cosa del propietario frente al poseedor y a la petición de herencia, sin perjuicio de los efectos de la usucapición sobre los bienes concretos»⁵¹. En los mismos términos se pronuncia el *Codice civile* en su artículo 948 *i.f.*⁵². El Código civil portugués, por su

⁴⁶ Si bien, según destaca algún autor, parece obedecer a profundas raíces históricas: DE PABLO CONTRERAS, 2000, pp. 28 y ss.

⁴⁷ ROJ: STSJ NA 434/2014; ponente, A. Otero Pedrouzo. Cursiva añadida.

⁴⁸ Recuerda también esta doctrina la STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 28 noviembre 2017 (Roj STSJ NA 657/2017); ponente, J. M. Fernández Martínez.

⁴⁹ Cursiva añadida.

⁵⁰ «La acción reivindicatoria no prescribe, sin perjuicio de lo establecido por la presente ley en materia de usucapición». Para BADOSA COLL, 2012, p. 348, el artículo 544 CCCat contribuye a reforzar la plenitud del derecho de propiedad.

⁵¹ V. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, pp. 244-245.

⁵² Art. 948. Azione di rivendicazione (III): «L'azione di rivendicazione non si prescrive, salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione.» El precepto, explica BADOSA COLL, 2012, p. 347, es el precedente del artículo 544-2 CCCat.

parte, no solamente admite la imprescriptibilidad del dominio, sino igualmente la de los derechos reales limitados de uso y disfrute⁵³. Y también se inclina por la imprescriptibilidad la *Propuesta para la reforma de la prescripción y la caducidad* de la Sección primera de la Comisión General de Codificación, pretendiendo aclarar así «una vieja cuestión sobre la prescripción de la acción reivindicatoria» en su artículo 1963. I.

En suma, en Navarra la prescripción extintiva de las acciones reales sin plazo especial –y, particularmente, de las defensoras del dominio sobre bienes usucapibles– quedó excluida desde la aprobación de la Compilación, y tal posicionamiento se ha confirmado, frente a las críticas o las dudas de cierto sector doctrinal, tras la reforma de 2019. El patrimonio del propietario no se ve amenazado por su propia inactividad ante cualquier tipo de conducta posesoria que ignore su dominio, sino solo por un tipo concreto de actividad posesoria: aquella que configura un modo de adquirir el derecho por reunir los requisitos legalmente exigidos para ello⁵⁴.

3. 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

Con fecha 16 de abril de 2019 se publica en el Boletín Oficial de Navarra 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 que, a pesar de algunas incertidumbres iniciales, entró en vigor el 16 de octubre del mismo año⁵⁵.

La reforma de 2019 se aborda, explica el Preámbulo de la Ley, con el objetivo de atender a lo que se concibe como la necesidad de ajustar el contenido del Fuero Nuevo, sobre todo en alguna de sus

⁵³ Artigo 298º (Prescrição, caducidade e não uso do direito): «Os direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo aplicáveis nesses casos, na falta de disposição em contrário, as regras da caducidade.»

⁵⁴ ARCOS VIEIRA, 2020, pp. 1477 y ss. La reforma de 2019 no ha afectado a las leyes sobre usucapión en lo que aquí interesa.

⁵⁵ La noma pretendió aprobarse con una *vacatio legis* de seis meses, si bien esta fue literal y erróneamente descrita como un *plazo* dentro del cual se produciría la entrada en vigor (DF cuarta LF 21/2019). Seguramente por esa razón, el Proyecto de Ley Foral de Texto Consolidado de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra (PLFTC) –que no llegaría, sin embargo, a culminar su tramitación– consideró conveniente introducir entre paréntesis, en los preceptos que hacían genéricamente alusión a «la entrada en vigor» de la reforma, la fecha exacta de esta. De todas formas, como la comunidad jurídica había entendido ya, corrigiendo *de facto* la deficiente técnica legislativa, la entrada en vigor de la Ley Foral 21/2019 se produjo en la fecha indicada.

instituciones, a la realidad social actual. Con esta base, se propone modificar desde la descripción del sentido de la propia Compilación⁵⁶ –y, en un primer momento, el peculiar orden de prelación de las fuentes⁵⁷–, hasta cuestiones concretas del contrato de arrendamiento de cosas que cierra las leyes del FN, todo ello en una ambiciosa iniciativa revisora que afecta al mayor conjunto de preceptos de la Compilación desde su aprobación.

Sin duda, los procesos de revisión y modernización que se venían planteando en otros ordenamientos y sistemas jurídicos, tanto dentro de España⁵⁸ como fuera de ella⁵⁹, han favorecido la

⁵⁶ El Fuero Nuevo comienza ahora así: «Esta Compilación del Derecho privado foral, o Fuero Nuevo de Navarra, recoge el Derecho civil del antiguo Reino vigente a la fecha de su aprobación, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes, y ha sido actualizada de conformidad a la realidad social navarra y armonizada con el resto de las normas civiles emanadas del Parlamento de Navarra en el ejercicio de su competencia histórica». Sobre esta última noción, EGUSQUIZA BALMASEDA, 2007, p. 246 y ss.

⁵⁷ En el Anteproyecto de la Ley Foral la costumbre quedaba relegada a la segunda posición, tras «[l]as leyes de la presente Compilación y las Leyes civiles navarras», en la línea propugnada por ciertos autores críticos con el sistema derogado. Así, RUBIO TORRANO (2002, p. 20) afirmaba a principios de siglo: «habrá que pensar muy seriamente en el futuro inmediato si la persistencia de este prerrevolucionario sistema de fuentes debe mantenerse o adaptarse al signo de los nuevos tiempos» añadiendo que las razones que lo justificaban carecen hoy de consistencia por cuanto «[e]l nuevo marco constitucional ha dado cumplida respuesta a estas aspiraciones del pueblo navarro, convirtiendo en extravagantes expedientes técnicos –aunque con claro componente ideológico– que en otro tiempo sustentaron la identidad de un sistema jurídico propio y diferenciado».

Por su parte, SABATER BAYLE (2016, p. 163) añade que «sostener hoy en día que la costumbre contra ley que establece la Compilación navarra (Ley 1 FN) tenga virtualidad sobre las leyes escritas que no pertenezcan al “subsistema de fuentes” señalado en Fuero Nuevo, es una idea difícilmente justificable por no decir un absurdo jurídico».

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Foral se constata el rechazo con que fue recibida la propuesta de reposición de la costumbre a la ley. La primera de las enmiendas (UPN, GEROA BAI, EH BILDU NAFARROA, PSN, PPN e IE) defendió reasignar a la costumbre el mayor rango entre las fuentes «en cuanto símbolo de la identidad navarra y manifestación de la coherencia interna de su ordenamiento jurídico» (BOPN n.º 32, 4 de marzo de 2019), lo que finalmente fue aprobado. EGUSQUIZA BALMASEDA (2020, p. 236) valora en este sentido que «[e]l legislador foral de 2019 ha optado por desconocer la realidad normativa constitucional y lo que él mismo ha establecido en su reforma legislativa».

⁵⁸ En Derecho común, recientemente, COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN-SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, 2023; en Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; en Cataluña, Leyes 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña, y 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

⁵⁹ Son de sobra conocidos, igualmente, tanto los trabajos de armonización del Derecho de obligaciones y/o contratos europeo (PECL, DCFR) o americano (*Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* –PLDC–, 2017; *Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales*, 2015), como los instrumentos de interés en ciertos sectores de actividad (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 2016 –PICC–; *Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Nueva York 1974, ref. 1980; *Convenio de Ginebra relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera*, de 19 de mayo de 1956), o el proceso de modernización seguido en algunos países europeos (señalada-

considerable extensión del proceso actualizador del Fuero Nuevo que, más allá del Derecho de familia o de sucesiones, alcanza también a la parte general y al Derecho patrimonial y, en concreto, al de obligaciones y contratos, extensamente regulado este en la Compilación navarra y apenas objeto de reformas desde 1973. Al respecto, Rubio Torrano adelantaba en 2002 que,

«[a] mi juicio, la parte de la Compilación que necesita un estudio crítico más riguroso es la que compone el Derecho patrimonial. En esta parte de la Compilación se produce una conmixti3n difícilmente digerible de normas que responden a orientaciones distintas: desde las que tienen un claro origen romano, pasando por las que reflejan prácticas habituales en el tráfico jurídico navarro, hasta las que responden a influencias notorias de otros sistemas jurídicos como el italiano, portugués o alemán, sin olvidar las que tienen un claro anclaje histórico. Por otro lado, un buen observador de la realidad judicial navarra advertiría pronto que una parte sustancial de las resoluciones judiciales recaídas en nuestra Comunidad tienen que ver con leyes de la Compilación relativas a este campo; todo ello sin olvidar que por desconocimiento o por falta de una real comprensión de las normas forales, se prescinde, con alguna frecuencia, de preceptos de la Compilación, que son sustituidas por otros del Código civil»⁶⁰.

Efectivamente, la conveniencia de revisar el Derecho patrimonial contenido en el Fuero Nuevo (Derecho de obligaciones y contratos principalmente, pero también –en menor medida– el Derecho de bienes), se ha ido haciendo más patente sobre todo a lo largo del presente siglo⁶¹.

Obviamente, la posibilidad de cualquier iniciativa legislativa navarra en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos tiene que confrontarse con el artículo 149.1.8.^a CE y atender a los límites que el mismo representa⁶², aunque es igualmente sabido que estamos aún lejos de precisar con certeza qué contenidos forman parte de las «bases de las obligaciones contractuales» (y quedan, por ello, fuera del alcance del legislador autonómico) y qué otros no⁶³,

mente, en Francia: *Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*; *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*; *Loi n.° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*; y en Alemania, Ley de 26 de noviembre de 2001).

⁶⁰ RUBIO TORRANO, 2002, p. 23. V. en la misma línea EGUSQUIZA BALMASEDA, 2007, p. 270.

⁶¹ SABATER BAYLE, 2016, pp. 163-164.

⁶² V. STC, Pleno, 132/2019, de 13 de noviembre. La sentencia no recoge, sin embargo, la opinión unánime del Tribunal, como evidencian los cuatro votos particulares suscritos por la mitad de sus magistrados.

⁶³ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2007, p. 264.

lo que quizá explique la sensación de cierta tolerancia o permisividad hacia la conservación, modificación y desarrollo de los contenidos del Derecho de obligaciones y contratos que parecen haberse consolidado, provengan o no del derecho histórico, a través de su incorporación en el texto original de la –preconstitucional– *Compilación navarra*⁶⁴.

En el contexto descrito, el Dictamen 23/2019, de 20 de mayo, del Consejo de Navarra, ha avalado la constitucionalidad de la reforma de 2019 en su conjunto con algunos matices que, en cualquier caso, no alcanzan a la nueva regulación de la prescripción y la caducidad, afirmándose que:

«Las normas novedosas que se han introducido sobre la influencia indebida –en la Ley 21–, el inicio del cómputo de prescripción de las acciones y su plazo máximo –Ley 23 párrafos tercero y cuarto–, la definición de los supuestos de suspensión de la prescripción –Leyes 36, párrafo segundo–, la detallada regulación sobre la caducidad de las acciones sujetas a ésta, el cómputo de plazos, la apreciación de oficio o su suspensión –Leyes 38, 39, 40 y 41 del FN–, **cabe pensar que se acomodan al canon de constitucionalidad. Su evidente conexión institucional** con el régimen de la declaración de voluntad y **con las figuras de la prescripción y caducidad que se encontraban ya incorporadas a la *Compilación de Derecho civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra* a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 (Leyes 19 y 26) lo abona, suponiendo la acción normativa el desarrollo orgánico propio de estas instituciones conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional (SSTC 88/1993, 153/1993 y 95/2017)»⁶⁵.**

III. LAS CLAVES DE LA REFORMA DEL DERECHO DE LA PRESCRIPCIÓN DE NAVARRA

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*, introduce varios cambios de interés en las derogadas Leyes 26 a 41; cambios que se enmarcan en el contexto de las reformas legislativas en sistemas jurídicos próximos, así como en

⁶⁴ RUBIO TORRANO, 2002, p. 23.

⁶⁵ Pp. 56-57 (resaltado añadido). La *alerta* que «desde una perspectiva técnico-jurídica» se emite más adelante en este Dictamen (v. pág. 58) en relación con «algunos aspectos de la redacción» de la Ley 36 FN (en sede de prescripción extintiva) no es, sin embargo y salvo error, objeto de mayor aclaración.

Las normas ahora vigentes sobre prescripción y caducidad del Fuero Nuevo no fueron tampoco impugnadas en el recurso de inconstitucionalidad resuelto por STC 157/2021, de 16 de septiembre de 2021.

diversos trabajos y propuestas sin carácter normativo que, en su conjunto, inciden en la conveniencia de afrontar la revisión de las normas vigentes en materia de prescripción extintiva.

La nueva regulación pasa a tener diecinueve leyes, esto es, tres más que la derogada, y divide el título en dos capítulos: «De la prescripción de las acciones» (Leyes 23 a 37) y «De la caducidad de las acciones» (Leyes 38 a 41).

Esto apunta ya a una de las características del nuevo texto: la regulación específica de la caducidad, hasta ahora meramente aludida en la Ley 26 FN(1973). La reforma reduce además el catálogo de plazos vigente con anterioridad; acorta el plazo general de prescripción; introduce un plazo máximo de duración para cualesquiera acciones prescriptibles; revisa los mecanismos de interrupción; y acoge por primera vez la suspensión de los plazos. Todo ello, acompañado de otros cambios de menor alcance pero asimismo de interés y en la línea de la evolución seguida por sistemas jurídicos del entorno⁶⁶.

1. EL TRADICIONAL PLAZO DE TREINTA AÑOS: DE PLAZO GENERAL A PLAZO MÁXIMO DE PRESCRIPCIÓN

Por lo que respecta al régimen de la prescripción extintiva, los dos cambios más notables introducidos por la Ley Foral 21/2019 son probablemente los que tienen que ver con el plazo tricenal antes recogido en la Ley 39 FN(1973).

1.1 La revisión del plazo general de prescripción

Por una parte, el plazo de prescripción general de las acciones personales se reduce drásticamente, desde treinta hasta cinco años. Sin duda, esta reforma constituye un acierto por cuanto carece de todo sentido, desde la perspectiva de la justificación de la propia institución, establecer con carácter de plazo de *prescripción* –susceptible de interrupción, por tanto– un periodo de tal extensión⁶⁷.

⁶⁶ En su conjunto, se aprecia una notable influencia del régimen catalán resultante de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, que es, como explica FERRER I RIBA (2003, p. 3), un híbrido que conserva por una parte la influencia del Código civil español en aspectos como la legitimación para alegar y hacer valer la prescripción, el otorgamiento de efectos a la prescripción en perjuicio de cualquier persona «y, sobre todo, en la generosidad con que se sigue admitiendo la interrupción por reclamación extrajudicial», pero que incorpora a su vez novedades influidas por la reforma de 2001 del BGB y por los PECL.

⁶⁷ En el mismo sentido, ABÁRZUZA GIL, 2016, p. 501.

El plazo general antes vigente en Navarra (treinta años) tenía su origen en la *præscriptio triginta annorum* romana⁶⁸, lo que explica que coincida con el que establecían el BGB antes de la reforma de 2002, el *Code* francés antes de la reforma de 2008 y la Compilación catalana en el artículo 344, derogado desde el 1 de enero de 2004. En todos los casos, la doctrina había puesto de manifiesto la excesiva duración de dicho plazo⁶⁹.

Por lo que respecta a la opción acogida en Navarra tras la reforma (cinco años) coincide, como es sobradamente conocido, con el plazo vigente para el Derecho común tras la reforma introducida en el artículo 1964 CC en el año 2015 –lo que favorece una deseable unificación del plazo en el caso de las acciones personales sin plazo especial en ambos sistemas–; e igualmente con el establecido en el *Code* francés (art. 2224).

Al margen de los plazos considerablemente más largos que acogen ciertos ordenamientos, es indudable que el plazo quinquenal se encuentra en la línea de la tendencia predominante, que se mueve en el rango de tres a cinco años⁷⁰, si bien dentro del mismo es más frecuente la opción por los plazos más cortos. Así, en España, el plazo general de tres años es la opción acogida por la PCC-APDC (art. 612-1). Por lo que respecta a los trabajos de elaboración de un nuevo Código mercantil, el plazo que defendía el Anteproyecto, de cuatro años, fue después reducido a tres en la *Propuesta del Anteproyecto de Ley de Código mercantil tras el dictamen del Consejo de Estado*, presentada por la Sección segunda de la Comisión General de Codificación en 2018 (v. sendos arts. 712-1), recuperando con ello la opción de la primera propuesta de 2013.

Fuera de España, la preferencia por el plazo trienal se encuentra en los Principles of European Contract Law (PECL), artículo 14:201; el Draft Common Frame of Reference (DCFR), artículo III.–7:201; los UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016 (PICC), artículo 10.2-1; o los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales (art. 9.2-1). Tal plazo ha sido acogido también en Alemania como plazo general para acciones personales (§ 195 BGB⁷¹), y es asimismo el que se propuso,

⁶⁸ RODRÍGUEZ MORATA, 1993, pp. 15 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, 2000, p. 12.

⁶⁹ V. ALBIEZ DOHRMANN, 2002, pp. 1142 y 1154; PICOD, 2009, p. 10; ABRIL CAMPOY, 2011, p. 23.

⁷⁰ Un rango de dos a cinco años recomienda ZIMMERMANN (2008, p. 147) quien señala que el plazo de tres años es razonable en el ámbito internacional.

⁷¹ El BGB dispone además de plazos de diez y treinta años para ciertas acciones personales y reales (§§ 196 y 197). Como explica SCHLECHTRIEM (2002, II.1), no prosperó la intención inicial de establecer el plazo de tres años como plazo general con limitadas excepciones, y finalmente se optó por la solución vigente que combina tal plazo –dotado de un particular *dies a quo* (§ 199.1)– con plazos máximos de diez o treinta años en función de las acciones, y otros especiales.

aunque sin éxito, para el Derecho inglés desde la Law Commission de cara a una eventual reforma de la Limitation Act 1980⁷².

Se desmarca de esa línea mayoritaria la *Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías* de 1974 –texto enmendado en 1980– (CLPISG⁷³), en favor del plazo de cuatro años (art. 8)⁷⁴.

Por encima de este rango (tres-cinco años) se sitúa el Código civil catalán, que opta por un plazo general de prescripción de diez años (art. 121-20), al igual que el *Codice* (art. 2946 CCIt.), el Código suizo de las obligaciones (CO; art. 127), el Código civil belga (en sentido parcialmente coincidente)⁷⁵, y el Código portugués⁷⁶.

Con la reforma de la Compilación navarra queda, por tanto, reducido a la sexta parte el plazo antes en vigor para, por ejemplo, las acciones de responsabilidad contractual sin plazo especial⁷⁷, las pretensiones restitutorias derivadas de enriquecimientos carentes de causa (Ley 508)⁷⁸, la impugnación de tasación de costas⁷⁹, la

⁷² 2001, pp. 65-66.

⁷³ CNUDMI, *Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Nueva York, 1974 (texto enmendado, 1980), Naciones Unidas, Nueva York, 2012 (<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/limit-conv-s.pdf>).

⁷⁴ El *Commentary on the Convention on the Limitation period in the International Sale of Goods* (A/CONF.63/17) explica a propósito de este artículo que, a la hora de establecer la duración del plazo, se tuvo en cuenta tanto la necesidad de seguridad jurídica como las complicaciones inherentes a la distancia, la diferencia de regímenes legales y la dificultad lingüística. (<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/vol10-p145-173-e.pdf>; acceso el 29.2.2024).

Como apunta ZIMMERMANN (2008, p. 144), esta Convención, que ha tenido un éxito mucho menor que la relativa a la venta internacional de mercancías, se circunscribe a un tipo específico de pretensión, lo que impide que pueda servir de modelo para un régimen general de la prescripción que sí contienen, en cambio, los PECL.

⁷⁵ Tras la reforma por ley de 10 de junio de 1998 se acoge tal plazo decenal para las acciones personales en el artículo 2262 bis; con la excepción de la acción de responsabilidad extracontractual, que tiene un plazo de cinco años. El plazo general de las acciones reales es de treinta años (art. 2262).

⁷⁶ El plazo ordinario de prescripción es de veinte años (art. 309).

⁷⁷ La Ley 499 FN hoy vigente carece de plazo especial, al igual que su precedente anterior a la reforma. La STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 18 mayo 2005 (Roj: STSJ NA 633/2005, ponente J. A. Álvarez Caperochipi) señala, a propósito del contrato de obra, que «como se argumenta en el recurso, podría ser incoherente fraccionar el régimen de aplicación de una acción que no tiene regulación específica en el derecho Navarro, aplicando una norma del régimen de prescripción propia de las acciones reguladas en la compilación. Sin embargo en el presente caso la acción ejercitada para exigir el exacto cumplimiento y la denuncia del defectuoso cumplimiento del contrato de obra tiene perfecto engarce el derecho foral Navarro, en la Ley 493 FNN, que impone la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones. Parece entonces coherente reconocerle el plazo general de prescripción de las acciones que no tiene un plazo general previsto en el derecho Navarro (Ley 39)». V. asimismo STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, 11 junio 2009 (Roj: STSJ NA 587/2009, ponente M. A. Abárzuza Gil).

⁷⁸ V. STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 20 enero 2009 (Roj: STSJ NA 1/2009, ponente A. Otero Pedrouzo).

⁷⁹ STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, 8 febrero 2008 (Roj: STSJ NA 205/2008, ponente J. M. Fernández Martínez); SAP Na (Sección 1.ª) 30 diciembre 2009 (Roj: SAP NA 971/2009, ponente M. E. Erice Martínez).

acción de repetición por nulidad de cláusula abusiva⁸⁰, o la acción de responsabilidad civil *ex delicto*⁸¹; además de las acciones a las que la Ley 35 FN resulte de aplicación supletoria como, señaladamente, las derivadas de contratos mercantiles cuando resulte aplicable a ellas el «derecho común» al que alude el artículo 943 CCom⁸².

1.2 La incorporación de un plazo máximo de prescripción

Por otra parte, la reforma introduce una innovación igualmente plausible, consistente en la fijación de un plazo máximo tras el cual, se dice ahora, la pretensión «se extingue en todo caso» (Ley 23 *i.f.* FN⁸³).

Lo que el Preámbulo de la Ley Foral 21/2019 (II.4) describe como «plazo máximo de prescripción», es una figura desconocida hasta el momento en Derecho civil navarro, que se ha descrito en el contexto del Derecho catalán –también en alguno de los informes emitidos a lo largo del procedimiento de elaboración de la Ley Foral 21/2019⁸⁴– como «plazo de preclusión»⁸⁵, *long-stop* en el del derecho inglés⁸⁶, o *délai butoir* en el del derecho francés⁸⁷.

El Código civil español no contempla tampoco esta figura, aunque en el ámbito más amplio del Derecho privado general sí pueden encontrarse algunas normas que incorporan ese tipo de plazos. De hecho, el artículo 311 LH se anticipó a la evolución del Derecho de

⁸⁰ Por todas, SSAP Na (Sección 3.ª) 19 diciembre 2023 (Roj: SAP NA 1410/2023, ponente D. Rodríguez Antúnez) y 25 abril 2023 (Roj: SAP NA 90/2023, ponente E. J. Echarandio Herrera).

⁸¹ En favor de la aplicabilidad del plazo general a la acción de responsabilidad civil *ex delicto* cabe argumentar que la materia no se encuentra excluida de la competencia de Navarra, que el Código Penal tampoco hace una remisión expresa al Código civil en su artículo 109, y que no parece que el sometimiento de la acción al plazo general vigente en el Fuero Nuevo atente contra principios constitucionales que, por otra parte, admiten una situación equivalente en el ámbito del Derecho mercantil: ya para el Derecho navarro anterior a la reforma, ARCOS VIEIRA, 2002, p. 87. Con el Derecho vigente, el plazo que se aplicará será, en cualquier caso, el quinquenal que también dispone el artículo 1964 CC.

⁸² V. STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 8 septiembre 2014 (Roj: STSJ NA 286/2014, ponente M. A. Abárzuza Gil), y jurisprudencia citada en ella. Más recientemente, SAP Na (Sección 3.ª) 20 noviembre 2023 (Roj: SAP NA 1266/2023, ponente J. S. Delgado Cruces).

⁸³ Ley 23. IV FN: «Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o de interrupción de la prescripción».

⁸⁴ *Informe sobre las alegaciones presentadas al texto del Anteproyecto de Ley Foral de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo*, de 28 de enero de 2019 (https://gobiernoabierto.navarra.es/sites/default/files/22_informe_contestacion_alegaciones_colegios_prof._y_tsjn._fuero_nuevo.pdf, último acceso, 1.4.2024).

⁸⁵ Así, expresamente, en el artículo 121-24 CCCat. Entre la doctrina, por todos, CAÑIZARES LASO, 2018, p. 101; LAMARCA I MARQUÈS, 2004, p. 5.

⁸⁶ THE LAW COMMISSION, 2001, p. 66.

⁸⁷ FRICERO, 2009, p. 7; PICOD, 2009, p. 12.

la prescripción al establecer un plazo máximo de vida de la acción –independiente de su prescripción extintiva– a propósito de la responsabilidad civil de los registradores⁸⁸. Mucho más recientemente, otro precepto similar se incorpora a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) a través de su artículo 35. I⁸⁹.

Con independencia de la denominación más apropiada para el mismo⁹⁰, la fijación de un plazo máximo emerge como una exigencia de la seguridad del tráfico en los nuevos sistemas de prescripción⁹¹, que se muestran coincidentes en la opción por matizar la objetividad característica del régimen más tradicional de aquella institución introduciendo en él tintes más o menos subjetivos.

Sea cual sea la opinión que esto merezca, es indudable que en el siglo XXI se está imponiendo la preferencia por –unificar y con alguna excepción– acortar los plazos disponibles en cada ordenamiento. Esta tendencia parece requerir, en compensación, que se tomen en consideración las circunstancias del caso, destacadamente en aspectos de la prescripción como la determinación del *dies a quo* del cómputo de los respectivos plazos, y el reconocimiento (o, la generalización, allí donde ya existiera) de la suspensión.

A su vez, la mayor flexibilidad que, sin duda, resulta de ello para el conjunto del sistema recibe a través del plazo máximo el límite a falta del cual podría verse comprometida la seguridad jurídica⁹². Por esto mismo, dicho plazo puede resultar perfectamente aplicable a la institución de la caducidad, si se admite también para esta –como no es infrecuente y está previsto para el Derecho navarro tras la reforma– la influencia de las condiciones subjetivas del titular afectado a través de las figuras de la suspensión o de la postergación del *dies a quo* que, *de facto*, prolongan la duración del plazo de caducidad legalmente establecido.

No se ha contemplado tal plazo máximo, sin embargo, para el régimen de la caducidad del Fuero Nuevo en la Ley Foral 21/2019

⁸⁸ El precepto dispone que la acción «no durará en ningún caso más tiempo que el señalado por el Código Civil para la prescripción de las acciones personales, contándose desde la fecha en que la falta haya sido cometida». V. STS, Sala de lo civil, 21 octubre 2013 (Roj: STS 5106/2013, ponente, S. Sastre Papiol).

⁸⁹ El artículo fue añadido por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

⁹⁰ Quizá el término «plazo de preclusión», de origen procesal, sea más conveniente para los plazos que afectan, no tanto al ejercicio de derechos o acciones, sino al cumplimiento de cargas (por ejemplo, art. 1014 CC): así, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 91-92. En ese sentido se encuentra próximo al plazo de caducidad, como hace notar PUIG BRUTAU (1986, pp. 8 y 19), quien describe el plazo preclusivo como «el plazo dentro del cual puede realizarse un acto con eficacia jurídica».

⁹¹ En el mismo sentido, ALBIEZ DOHRMANN, 2002, p. 1157.

⁹² En el caso de los PICC (p. 355), por ejemplo, se reconoce que los objetivos del plazo máximo «are the restoration of peace and the prevention of speculative litigation where evidence has faded». Como eficazmente explica ZIMMERMANN (2008, p. 147), «en algún momento, las partes deben poder considerar cerrado el incidente».

pero sí, por ejemplo, en el Derecho catalán. Tras incorporar el plazo «de preclusión» (art. 121-24 CCCat) entre los artículos dedicados a la prescripción extintiva, el hecho de admitir después la posibilidad de que también el *dies a quo* del plazo de caducidad varíe en función de si «la persona titular puede conocer razonablemente las circunstancias que fundamentan la acción y la persona contra la cual puede ejercerse», es lo que determina que tenga sentido la remisión al artículo 121-24 en materia de preclusión (art. 122-5.1 CCCat.)⁹³.

En Navarra el plazo de treinta años se inserta por la Ley 23 FN en el régimen de la pretensión «susceptible de prescripción» y, a diferencia del Derecho catalán, ningún precepto en materia de caducidad efectúa otra remisión a dicho régimen que no sea a las causas de la suspensión, recogidas en distinta norma. Habrá que esperar a la interpretación que vaya a imponerse respecto de esta omisión, pero no cabe ignorar que la posibilidad de suspender el plazo de caducidad, expresamente admitida ahora en la Compilación navarra⁹⁴, introduce en esta figura el riesgo de una prolongación indefinida del plazo, lo que resulta contrario a la esencia de la propia institución y aconsejaría extender a esta el plazo máximo en los mismos términos que para la prescripción extintiva.

En tanto el plazo máximo aporta un límite a la consideración de factores subjetivos y circunstanciales de las pretensiones, no es casual que el *dies a quo* del mismo no siga la tendencia subjetivista en alza, y se mantenga con todo rigor anclado en circunstancias puramente objetivas (*actio nata*)⁹⁵. Así lo prevé ahora el último párrafo de la Ley 23 FN:

«Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o de interrupción de la prescripción».

Normas similares se encuentran igualmente en los textos que recogen un plazo de este carácter. De hecho, el párrafo transcrito mantiene una notable similitud con el artículo 121-24 CCCat.⁹⁶,

⁹³ Con todo, en la práctica la aplicación del plazo de preclusión tendrá mayor sentido en los supuestos de caducidad convencional o de caducidad legal sobre relaciones jurídicas disponibles, porque es en estos en los que cabe la suspensión y la prolongación de los plazos legales con el riesgo consiguiente de excesiva duración de las acciones o los derechos. V. NASARRE AZNAR, 2012, pp. 675-676.

⁹⁴ V. *infra* 2.4.

⁹⁵ ZIMMERMANN, 2008, p. 147.

⁹⁶ Art. 121-24 CCCat: «Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido en la misma causas de suspensión o de que las personas legitimadas para ejercerla no hayan conocido o no hayan podido conocer los

pero en la misma línea de establecer un *dies a quo* objetivo para este plazo se pronuncian también el artículo 2232. I CCFr, al fijar como tal el día del nacimiento del derecho⁹⁷; los Principios UNIDROIT y los Principios OHADAC al referirse al día en que el derecho puede ser ejercitado⁹⁸; el Código suizo de las Obligaciones en cuanto al inicio del cómputo de los que describe como plazos de prescripción *absolus*; o, en términos similares, la PCC-APDC⁹⁹. En el Derecho civil español, la diferencia entre el carácter subjetivo del *dies a quo* del plazo de prescripción, y el objetivo más característico del plazo máximo se aprecia perfectamente en los ya citados artículos 311 LH (responsabilidad civil de los registradores) y 35. I LCD (acciones de competencia desleal).

Cabe preguntarse por la consecuencia jurídica que debe anudarse a la incorporación de este tipo de plazos. En algunos de ellos se dispone que «la acción no durará más tiempo que» (art. 311 LH), o que la pretensión «se extingue en todo caso por el transcurso de» cierto periodo de tiempo (art. 121-24 CCCat; Ley 23 FN), lo que parece indicar un efecto extintivo *ope legis*. Sin embargo, para el Derecho catalán se ha matizado que, aunque el artículo 121-24 CCCat afirme que la pretensión «se extingue en todo caso», ello no ocurre automáticamente, ni significa que el plazo de preclusión deja de ser un plazo de prescripción para convertirse en uno de caducidad o de garantía¹⁰⁰. Aquel plazo máximo —explica la doctrina catalana¹⁰¹— lo es de *prescripción*, por lo que no extingue el derecho, no será apreciado de oficio por el juez, y permite considerar *debido* cualquier pago posterior.

En otros sistemas se dispone para el plazo máximo o de preclusión, por ejemplo, que «[l]e report du point de départ, la suspen-

datos o las circunstancias a que hace referencia el artículo 121-23, en materia de cómputo de plazos».

⁹⁷ «Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit», en lugar de aquel en el que el titular «a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer», propio del plazo general de cinco años (art. 2224 CCFr.).

⁹⁸ Arts. 10.2-2 y 9.2-3, respectivamente.

⁹⁹ Con algunas excepciones recogidas en el propio precepto, conforme al artículo 615-1.1 tal plazo de quince años se contará «desde que la pretensión puede ser jurídicamente ejercida o, para la pretensión de indemnización de daños, desde que se produce la conducta dañosa.»

¹⁰⁰ El plazo de preclusión así entendido —como plazo de prescripción— mantiene una cierta semejanza con el plazo de prescripción calificado como *absolu* o *subsidaire* del Código de Obligaciones suizo, reformado en la materia por ley de 15 de junio de 2018 (en vigor desde el 1 de enero de 2020). El plazo *absolu* previsto para algunas acciones (básicamente, de responsabilidad civil: v. arts. 60 y 128.a) es considerablemente más largo que el plazo *relatif* de esas acciones, y tiene un *dies a quo* objetivo a diferencia de estas; aunque además puede ser interrumpido comenzando en tal caso un nuevo plazo del mismo tipo: MÜLLER, SCHALLER, 2019, p. 86.

¹⁰¹ V. al respecto LAMARCA I MARQUÈS, 2012, pp. 628-629.

sion ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de» (art. 2232 CCFr); que «el plazo de prescripción en todo caso expirará a más tardar» (art. 23 CLPISG); que aquel «cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry (...), to more than» (arts. 14:307 PECL y III.-7:307 DCFR), o que «no puede prolongarse por más de» (art. 615-1 PCC-APDC)¹⁰².

En todos estos casos, la ley describe con mayor precisión que el transcurso del plazo establecido supone la confirmación de la prescripción definitiva de la pretensión. Pero, en contra de lo afirmado por cierta doctrina catalana, el plazo máximo no parece ser, *per se*, un «plazo de prescripción». Muy claramente lo explica la Exposición de Motivos del último de los textos apuntados (PCC-APDC):

«Es necesario establecer un plazo máximo más allá del cual la pretensión debe considerarse prescrita, al margen de que con el juego de la interrupción y de la suspensión pudiera reputarse como no prescrita. Se trata de una regla de cierre del sistema, que trata de evitar que el plazo de prescripción se prolongue en exceso, incluso indefinidamente, afectando así a la seguridad jurídica, especialmente en el caso de suspensión por ignorancia del titular de la pretensión. *Este plazo no es un plazo de prescripción, ni un plazo transcurrido el cual la pretensión se extingue, sino el momento temporal máximo a partir del cual debe considerarse la pretensión prescrita*»¹⁰³.

A lo anterior cabría matizar, sin embargo, que si tal plazo máximo o de preclusión se aplicase igualmente a la caducidad –como ocurre en Cataluña y propone igualmente la PCC-APDC– lo que debe entenderse es, propiamente, no tanto que aquel supone «el momento temporal máximo a partir del cual debe considerarse la pretensión prescrita», sino que dicho plazo pone fin, sin alterarlo, a aquel al que se aplique en cada caso: representa, en suma, la máxima elasticidad de los plazos sometidos a tal límite.

Por otra parte, es obviamente posible que la norma restrinja la eficacia de ese límite máximo, especificando las circunstancias en las que se aplicará. En esta línea, tanto el artículo 14:307 PECL como el artículo III.-7:307 DCFR configuran el *maximum length of period* como un plazo más allá del cual no puede extenderse el de prescripción «by suspension of its running or postponement of its expiry». Ello deja al margen de dicho límite máximo los casos de *interrupción* (lo reconoce expresamente el DCFR), que podrían por tanto sucederse indefinidamente dando lugar a sucesivos reini-

¹⁰² En esta misma línea puede entenderse la referencia a un *maximum limitation period* (art. 10.2 PICC 2016).

¹⁰³ Cursiva añadida.

cios de los plazos (esto es, a nuevos plazos), aunque en esos textos los medios para conseguir este efecto interruptivo se limitan al reconocimiento del deudor y la demanda de ejecución¹⁰⁴.

A la vista del tenor literal de las normas que abordan este aspecto en los distintos textos y cuerpos legales, resultará necesario valorar en cada caso el alcance del que se haya querido dotar al plazo máximo/de preclusión. Frente a los que se pronuncian con claridad al respecto –por ejemplo, además de los antes citados, pero en sentido contrario, el artículo 2232 CCFr¹⁰⁵– algunos de los textos suscitan ciertas dudas a la doctrina¹⁰⁶.

En Navarra, la Ley 23 FN indica con claridad que el plazo máximo se contabiliza «con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o de interrupción de la prescripción», lo que obviamente resuelve cualquier duda sobre la posibilidad de evitar dicho plazo a través de los procedimientos interruptivos. La opción debe considerarse un acierto, dada la facilidad con que puede obtenerse tal efecto interruptivo (mediante la interposición de la demanda, la presentación de una solicitud de conciliación, el inicio del procedimiento arbitral, la reclamación extrajudicial y el reconocimiento expreso o implícito del derecho o de la obligación: Ley 36 FN).

La Compilación navarra sigue al Código civil catalán en la descripción de la eficacia del plazo de preclusión: «Cualquier preten-

¹⁰⁴ Explican DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009, nota 52) que la traducción española del artículo 14:307 PECL induce a confusión, «ya que traduce la expresión “The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or *postponement of its expiry* (...)”, por “El plazo de prescripción no podrá prolongarse por suspensión o por interrupción [...]”. Aparte de los casos de suspensión, el precepto no se refiere a la interrupción (*renewal*) regulada en los artículos 14:401 y 14:402, sino a los supuestos de *postponement of expiry* regulados en los inmediatamente anteriores artículos 14:304 a 14:306».

¹⁰⁵ Precepto que dispone con total claridad que «[I]e report du point de départ, la suspension ou l’interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit».

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, el artículo 121-24 CCCat: «Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido en la misma causas de suspensión o de que las personas legitimadas para ejercerla no hayan conocido o no hayan podido conocer los datos o las circunstancias a que hace referencia el artículo 121-23, en materia de cómputo de plazos.»

Algunos autores interpretan que se sitúa en la línea de los PECL y el DCFR, esto es, excluyendo del plazo de preclusión los supuestos de interrupción, no mencionados en el precepto (DOMÍNGUEZ LUELMO, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, p. 19), lo que parece confirmar la referencia legal al transcurso «ininterrumpido» del tiempo señalado desde el nacimiento de la pretensión (LAMARCA I MARQUÈS, 2012, p. 629). Dado el tenor literal del precepto catalán, resultaría efectivamente un poco forzada la interpretación contraria (esto es, que el plazo de preclusión se cumple en todo caso treinta años después del nacimiento de la pretensión, haya o no interrupciones, y que la referencia posterior a la suspensión se hace meramente *ad exemplum*) aunque, en esa línea, Lamarca apunta el argumento de que en caso de interrupción infructuosa podría quizá entenderse que una misma pretensión se ejercita durante un periodo superior al máximo establecido.

sión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso de treinta años desde su nacimiento» (Ley 23 FN). Parece razonable, a la vista de la interpretación que se impone en los sistemas jurídicos que contemplan tal tipo de plazo, que también para el Fuero Nuevo deba considerarse que el plazo máximo determina el momento en que la pretensión se tendrá por definitivamente prescrita, si el sujeto pasivo lo hace valer tempestivamente¹⁰⁷. A diferencia de lo dispuesto en Cataluña (así como en los PECL y el DCFR), como se ha explicado, la Ley Foral 21/2019 no discrimina en la aplicación del plazo máximo entre las posibles causas de prolongación de los plazos de prescripción¹⁰⁸, por lo que el efecto de dicho plazo será para el Derecho civil navarro notablemente más intenso.

En principio, el plazo máximo no parece asimilable al descrito en ocasiones como «plazo de garantía»¹⁰⁹; por ejemplo, el plazo decenal del artículo 144 TRLGDCU, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos; el también decenal del artículo 1591 CC para el caso de ruina de edificios; o los plazos del artículo 17 LOE por daños causados en el proceso de edificación¹¹⁰. Sin perjuicio de que sus efectos prácticos coincidan en cierta medida con el plazo máximo/de preclusión, la diferencia entre ambos tipos radica en que, en este (plazo máximo), el *dies a quo* está siempre relacionado con la existencia de la acción o pretensión sometida a prescripción, si bien habitualmente determinado conforme a un criterio objetivo; mientras que en aquel (plazo de garantía) el momento inicial se hace depender de un hecho ajeno al nacimiento de la acción (por ejemplo, la puesta en circulación de un producto defectuoso, la conclusión de la construcción o la recepción de la obra). En consecuencia, aunque el denominado plazo de garantía configura un periodo de cobertura dentro del cual debe ejercitarse una pretensión, lo que se pretende con tal plazo no es fijar un periodo *máximo* para la vigencia temporal de tal pretensión una vez existe, sino marcar un término final que condiciona incluso su propio nacimiento (la acción debe, ya sea solo nacer, o nacer y además ejercitarse dentro del plazo)¹¹¹.

¹⁰⁷ Al no resultar en Navarra aplicable el plazo máximo a la caducidad, no es preciso introducir matices a esta afirmación.

¹⁰⁸ Cuando menos, su aplicación también en caso de interrupción del plazo en curso es indudable, como resulta con toda claridad de la Ley 23. IV FN.

¹⁰⁹ STS, Sala de lo Civil, 18 diciembre 2018 (Roj: STS 4248/2018, ponente, E. Baena Ruiz).

¹¹⁰ V. DOMÍNGUEZ LUELMO, 2019, pp. 153 y ss.

¹¹¹ En este punto no coincido, por tanto, con la tesis que identifica ambos tipos de plazos. Así, por ejemplo, LAMARCA I MARQUÈS, 2012, p. 627. La STS, Sala de lo civil, 11 marzo 2020 (Roj: STS 776/2020, ponente E. Baena Ruiz), casa la sentencia recurrida porque, dice, «parece confundir garantía y prescripción que son dos instituciones de contenido

Sin embargo, aún puede plantearse la duda de si el plazo máximo, cuyo *dies a quo* es el de *nacimiento* de la acción (Ley 23. IV FN), se computa también con independencia del aplazamiento del *dies a quo* del plazo de prescripción que contempla el párrafo inmediatamente anterior de la misma norma (cognoscibilidad de los hechos que fundamenten la acción y la persona contra la que deba dirigirse); circunstancia esta que no solo no es –obviamente– un supuesto de interrupción, sino que tampoco se configura propiamente como causa de suspensión (cfr. Ley 36. II). Al margen de que resulte discutible la opción por vincular la cognoscibilidad al *dies a quo* del plazo de prescripción, en lugar de a la suspensión de un plazo con un *dies a quo* objetivo, creo que aquella no debería extender sus consecuencias hasta una indeseable excepción al límite temporal máximo del plazo tricenal, y que esta interpretación resulta además compatible con la expresión «en todo caso» del párrafo IV de la Ley 23, así como con la consideración de que las referencias a la suspensión y la interrupción pueden considerarse –sin forzar el tenor literal de la norma– como meramente ejemplificativas.

Sobre la base de la interpretación anterior, dado que el plazo máximo computa siempre –no así el de prescripción– desde el propio nacimiento de la acción, pudiera ocurrir que aquel transcurra por entero antes, incluso, de que este hubiera comenzado a correr (por no haberse dado las condiciones exigidas en la Ley 26 FN para la fijación del *dies a quo*). De ser así, resultaría ciertamente impropio en tales casos considerar al primero como un plazo *máximo* de prescripción –puesto que esta ni siquiera habría comenzado–, asemejándose en cambio a la noción de plazo de garantía antes mencionada. Con esta salvedad, en los supuestos habituales (plazo de prescripción en curso) el transcurso de los treinta años determinará que el demandado pueda hacer valer la prescripción extintiva de la acción ignorando cualesquiera alegaciones en contra por parte del titular.

Al margen de lo anterior, la fijación en Navarra del tiempo máximo de vida de una pretensión, con carácter general (esto es, para toda acción no imprescriptible), en treinta años (Ley 23 FN) resulta de nuevo excesiva en lo atinente a las acciones personales¹¹². Basta comparar la opción acogida por la Ley Foral 21/2019 con la ya vigente en otros sistemas, o con las propuestas en textos de *soft law*, para apreciar que la opción de aquella (y a excepción

y significación jurídica diferente»; en el caso, en materia de responsabilidad por vicios ruinosos.

¹¹² En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, 2002, p. 213.

del Código civil de Cataluña que, por otra parte, ya ha sido también objeto de algunas críticas¹¹³), no es compartida por ninguno de estos, con los que se mantienen diferencias tanto en lo referente a la duración –inferior en otros textos y cuerpos legales¹¹⁴–, como en cuanto a su ámbito objetivo, por limitarse tal plazo en otros sistemas solo a ciertas pretensiones¹¹⁵.

Al respecto cabe hacer notar que el texto del Anteproyecto de reforma preveía un plazo máximo de quince años, pero tal plazo resultó objeto de alguna crítica en la fase de alegaciones. Se decía por el alegante que:

«[m]e parece que es un error extinguir la acción judicial por el simple trascurso de los 15 años desde su nacimiento, con independencia de las interrupciones que se hayan podido producir. Seguramente son motivos de seguridad jurídica los que han llevado a los redactores del Anteproyecto a llegar a esta conclusión, pero pienso que *de facto* es privar de toda eficacia a la interrupción de la prescripción y quedaría virtualmente ineficaz ante tal regulación. Sabemos que en el foro no es corriente mantener acciones con una pendencia tan larga para su reclamación, pero sí que es cierto que hay casuística que nos lleva a planteamientos que a veces duran muchos años, por muy diversos motivos, y el actor diligente que ha tenido que interrumpir la prescripción de la acción se vería totalmente frustrado ante esta regulación»¹¹⁶.

¹¹³ CAÑIZARES LASO, 2024; VAQUER ALOY, 2004, p. 4957. Apunta LAMARCA I MARQUÈS (2012, pp. 627-628) que «[l]a durada de trenta anys sembla un intent de no deixar totalment de banda en dret català el termini de vigència mil·lenària de l'Usatge *Omnes Causa* i de mantenir-ne l'essència».

¹¹⁴ Así, por ejemplo, en Francia tal plazo se ha establecido en veinte años, con las excepciones señaladas en el artículo 2232 *Code*; en los Principios OHADAC, en quince años; y en la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, en diez años, igual que en los *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016* (art. 10.2-2). El BGB lo fija igualmente en diez años, salvo ciertas acciones a las que reserva un plazo máximo de treinta años (§§ 195 y 197). El CO contempla para acciones de daños plazos máximos de diez y veinte años, en función de aquellos (arts. 60 y 128 a). Resulta anormalmente breve, entonces, el plazo de preclusión resultante de la remisión que el artículo 311 LH contiene al artículo 1964 CC, una vez reducido de quince a cinco años el de este precepto en la reforma de 2015.

¹¹⁵ Los PECL establecen un plazo de preclusión general, de diez años, y otro de treinta exclusivamente para reclamaciones por daños personales; pero el sometimiento a tales límites no afecta a los supuestos de suspensión por inicio de procedimientos judiciales o similares, como el arbitraje (art. 14:307).

En parecidos términos, Alemania mantiene un plazo de preclusión de treinta años, pero con un régimen complejo que excluye de tal plazo, en favor de otro decenal, cierto tipo de acciones (v. § 199 BGB). El plazo de treinta años –explica ALBIEZ DOHRMANN, 2002, pp. 1157-1158– «se aplica a pretensiones indemnizatorias por actos ilícitos (ya lo preveía el antiguo § 852), por actos de riesgos y por lesiones del deber nacido de una relación obligatoria».

¹¹⁶ Opinión recogida sin indicación de la identidad del alegante en el documento *Alegaciones Colegios Profesionales* accesible en el sitio del Proyecto (<https://gobiernoabierto.navarra.es/es/gobernanza/proyectos-de-ley-foral/proyecto-ley-foral-modificacion-actualizacion-compilacion-del>). El informe de respuesta a las alegaciones indica, sin embargo, que aquella fue emitida por Á. Ibáñez Olcoz, colegiado del MICAP.

El Servicio de Secretariado del Gobierno y Acción Formativa, en su informe de 28-1-2019¹¹⁷, transmite la valoración favorable del equipo redactor del texto a dicha alegación, expresada en los siguientes términos:

«Ley 23: Plazo máximo prescripción. Ante la consideración por parte del alegante de que el plazo máximo de prescripción, 15 años, es demasiado corto, debe ponerse de relieve su acierto y necesidad de reconsideración.

Ciertamente, dicho plazo fue el indicado inicialmente por el grupo de trabajo del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra (acta 25 de enero de 2018).

Sin embargo, aunque la propuesta de redacción elaborada y sometida al Consejo integraba dicho plazo, en sus notas se advertía de que el mismo se estimaba demasiado corto ante determinadas causas de interrupción y se indicaba que la solución en otras legislaciones como Cataluña había sido la de establecerlo en 30 años (art. 121.24 CCCat.).

Durante los debates en el pleno del Consejo (actas de 19 de septiembre y 10 de diciembre de 2018) se trató con amplitud sobre la simplificación y reducción de los plazos pero, sin embargo, se omitió el tratamiento de esta cuestión.

Partiendo de ello, a la hora de valorar lo alegado al respecto, debe reconocerse que, con carácter general, dicho plazo es demasiado corto. Pero es que, además, resulta muy importante destacar que en el seno del pleno del Consejo se consideró que debía mantenerse el plazo en 20 años de la acción hipotecaria (inicialmente propuesto en 10 años) de manera que ello implica una importante incoherencia entre dicho plazo y el máximo de 15 años previsto en la Ley 23 toda vez que es evidente que ya no puede afirmarse que *cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso de quince años desde su nacimiento* cuando, a la vez, se está estableciendo en el mismo texto un plazo de prescripción de 20 años. Más al contrario, si se establece un plazo de 20 años para la acción hipotecaria, necesariamente el máximo de la Ley 23 debiera ser superior a 20 años porque, de lo contrario, se estaría además afirmando indirectamente que el plazo de prescripción de la acción hipotecaria no es susceptible de suspensión e interrupción.

De esta manera, y sin dejar de considerar adecuado establecer un plazo máximo de preclusión, ya que de lo contrario las sucesivas interrupciones pueden situarnos *de facto* en un marco de imprescriptibilidad (así se sostiene por opiniones autorizadas), debe estimarse la alegación en el sentido de establecer un plazo mayor en la Ley 23 el cual, a su vez, se considera que debe ser de treinta años, por ser el que guarda una mejor *proporción* con los plazos más cortos que se establecen para cada acción.»

¹¹⁷ Informe sobre las alegaciones presentadas al texto del Anteproyecto de Ley Foral de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, accesible en https://gobiernoabierto.navarra.es/sites/default/files/22_informe_contestacion_alegaciones_colegios_prof._y_tsjn._fuero_nuevo.pdf.

Los argumentos del equipo redactor son, cuando menos en cierta parte, perfectamente atendibles. Es así indiscutible la incoherencia que resultaría de combinar un plazo máximo –general– con otro especial de prescripción que lo superase; y muy acertada igualmente la observación de que, equiparando la duración del plazo más largo admitido en un sistema, con la duración del plazo máximo –y teniendo en cuenta que el comienzo de este coincide con el nacimiento de la acción, y no con el *dies a quo* de la Ley 23 FN, que podría ser posterior– perdería todo sentido cualquier posibilidad de suspensión o interrupción de aquel, que se aproximaría entonces, puede añadirse, a un plazo de caducidad en el sentido de que el plazo correría inexorablemente¹¹⁸. Al margen de que nada parece impedir a la Ley limitar el ámbito del plazo máximo excluyendo del mismo las acciones o pretensiones que considere oportuno (o establecer diversos plazos máximos en función del tipo de pretensión¹¹⁹), es cierto que, si se pretende establecer dicho plazo con carácter general, estos argumentos deben ser tenidos en cuenta.

Resulta menos evidente, en cambio, la afirmación de que el plazo tricenal es «el que guarda una mejor “proporción” con los plazos más cortos que se establecen para cada acción», que carece de ulterior explicación o razonamiento. Puede oponerse, por ejemplo, que aunque ciertamente el plazo de preclusión en Cataluña tiene la misma duración que el establecido tras la reforma del Fuero Nuevo (treinta años), allí la duración del plazo general de prescripción extintiva duplica al contemplado en Navarra (diez años frente a cinco, respectivamente). Con un plazo general de prescripción de tres años, en cambio (más próximo al quinquenal del Fuero Nuevo), la PCC-APDC opta por un plazo de preclusión de quince. Sobre esta cuestión, Lamarca i Marquès hace referencia al criterio de Zimmermann, quien considera que el plazo máximo no habría de exceder en cuatro o cinco veces la duración del plazo general de prescripción, lo que supondría para Navarra un plazo de veinte o veinticinco años¹²⁰. El propio Zimmermann explica que el plazo máximo podría establecerse entre diez y treinta años pero que, dentro de ese rango, «cada vez con mayor frecuencia la elección del plazo más largo sólo parece razonable para las pretensiones de daños personales»¹²¹.

En cualquier caso, sería de utilidad conocer los argumentos vertidos en el seno del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de

¹¹⁸ Obviamente, siendo de prescripción, el plazo se sometería a tal régimen en lo restante (p. ej., necesidad de alegación).

¹¹⁹ Así, en artículos 60 y 128.a CO.

¹²⁰ LAMARCA I MARQUÈS, 2012, p. 627, nota 6.

¹²¹ ZIMMERMANN, 2008, p. 147.

Navarra acerca de la determinación del plazo máximo y las razones que sustentaron su primera opción por el plazo de quince años pero, lamentablemente, al no haberse publicado las actas a que hace referencia el informe, tal información no es accesible.

No parece que la desaparición de la prohibición de modificar los plazos legales de prescripción, que tras la reforma de la Ley Foral 21/2019 abre la posibilidad de alterarlos convencionalmente, pueda interpretarse en el sentido de admitir igualmente la modificación del plazo máximo. Tratándose de un plazo que se incorpora al sistema como un límite infranqueable que garantiza la existencia de un final para toda pretensión jurídica, cualquier posibilidad de pactar al respecto hubiera debido venir acompañada, a su vez, de sus propios límites temporales¹²², a falta de los cuales considero debe interpretarse que la voluntad del legislador navarro fue la de rechazar la modificabilidad convencional de aquel. Esto parece claro respecto de la ampliación del plazo máximo. En cuanto a la posibilidad contraria (acortamiento convencional), parece debe alcanzarse la misma respuesta negativa. Con independencia de que no cabría fijar convencionalmente un plazo máximo más corto que el de prescripción de la pretensión de que se tratase en cada caso, del informe recientemente aludido –que en ningún momento plantea ni toma en consideración un eventual acuerdo entre los interesados– cabe deducir que la intención del legislador al introducir un plazo máximo fue establecer un plazo general e inmodificable.

2. LA REVISIÓN DE LOS MECANISMOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

La reforma del Fuero Nuevo simplifica y moderniza, además, los medios de interrupción de la prescripción, respecto de los cuales la Compilación navarra presentaba en su redacción original la particularidad de establecer distinciones en función de la duración del plazo interrumpido.

Conforme a la derogada Ley 40 FN(1973):

«La prescripción de veinte o treinta años se interrumpe por la notificación de la demanda al demandado; la de cuarenta años, por la contestación de éste a la demanda. En todo otro plazo estableci-

¹²² Así, en los PICC, que admiten que el plazo máximo pueda extenderse desde los diez hasta los quince años, o reducirse hasta, como mínimo, cuatro años (art. 10.3-2). La duda sobre la modificabilidad del plazo máximo o de preclusión es por ello mayor en los sistemas que, como el catalán, han establecido límites legales para la ampliación o reducción de los plazos de prescripción, en los que cabe entonces preguntarse si, dentro de tales límites, la posibilidad se extiende a aquel plazo. Para FERRER I RIBA la cuestión es, en Cataluña, opinable, aunque se inclina por la respuesta negativa (2012, p. 360).

do para el ejercicio de una acción, se considera ésta ejercitada por la interposición de la demanda o acto procesal legalmente equivalente.

Asimismo, se interrumpirá la prescripción de plazos menores a veinte años por la reclamación extrajudicial dirigida al deudor. El reconocimiento de la deuda por el deudor, aunque sea implícito, en todo caso interrumpe la prescripción».

De esta ley resultaba, en consecuencia, un particular sistema de interrupción en el que el reconocimiento del deudor era el único mecanismo común a todas las acciones; la reclamación extrajudicial, en cambio, resultaba ineficaz a estos efectos en los plazos iguales o mayores a veinte años; en acciones con plazos de veinte y treinta años se requería la notificación de la demanda al demandado; y finalmente en los de cuarenta años, además, la contestación de este¹²³.

El régimen descrito se ha modificado en el sentido indicado en la Ley 36. I FN, eliminando todas esas distinciones en función de la duración del plazo afectado, e incluyendo referencias a la conciliación y el arbitraje, de forma que:

«La prescripción se interrumpe por la interposición de la demanda, la presentación de una solicitud de conciliación, el inicio del procedimiento arbitral, la reclamación extrajudicial y el reconocimiento expreso o implícito del derecho o de la obligación.»

Conforme ha recordado reiteradamente la jurisprudencia, los supuestos de interrupción no pueden interpretarse en sentido extensivo, por más que la prescripción extintiva no responda a criterios de justicia intrínseca¹²⁴.

En general, sean cuales sean las concretas causas de interrupción que se admitan como tales en cada caso por el Derecho positivo, puede apreciarse –con Fernández Urzainqui– que se reducen a dos: el ejercicio judicial o extrajudicial del derecho por parte del titular, y el reconocimiento expreso o tácito de aquel por el sujeto pasivo¹²⁵.

¹²³ Los plazos de cuarenta años recogidos antes de la reforma en el FN eran dos: el de la Ley 357 para la prescripción *adquisitiva* extraordinaria, y el de la acción para reclamar el capital del censo de la Ley 32, que la reforma ha reducido a diez en la Ley 29 hoy vigente.

¹²⁴ Por todas, SSAP Na (Sección 3.ª) 9 febrero 2023 (Roj: SAP NA 590/2023) y 13 julio 2022 (Roj: SAP NA 876/2022); ponente, en ambos casos, E. J. ECHARANDIO HERRERA.

¹²⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, 1995, p. 273.

2.1 La interposición de la demanda, la presentación de una solicitud de conciliación y el inicio de un procedimiento arbitral

a) Interposición de la demanda.

La Ley 36.I FN atribuye a la interposición de la demanda un efecto interruptivo de toda pretensión, eliminando de esta forma la distinción anterior entre plazos que se interrumpen en ese momento –solo los inferiores a veinte años–; aquellos –los de veinte o treinta años– que requieren, además, la notificación de la demanda al demandado; y finalmente los que exigen incluso la contestación a la demanda –plazos de cuarenta años–.

Es claro el paralelismo de esta causa de interrupción con el «ejercicio ante los Tribunales» del artículo 1973 CC, si bien la norma foral entiendo debe interpretarse en un sentido más restringido atendiendo al matiz que hace notar, por ejemplo, la STS, Sala de lo civil, 7 febrero 2019¹²⁶. A mi juicio, el tenor literal de la Ley 36. I FN no es, a estos efectos, indiferente. Parece que con la reforma se ha querido limitar la eficacia interruptiva a un concreto acto procesal, puesto que en el precepto derogado, en cuya redacción el legislador fue muy preciso, aquel efecto propio de la *interposición de la demanda* se extendía además a todo *acto procesal legalmente equivalente*¹²⁷.

La desaparición de esta última referencia legal expresa tras la Ley Foral 21/2019 coincide, por otra parte, con la inclusión de «la presentación de una solicitud de conciliación» y «el inicio del procedimiento arbitral» como medios igualmente interruptivos del plazo de prescripción; así como con la incorporación en la propia Ley 36 FN de la figura de la suspensión, entre cuyas causas se encuentra «la sustanciación de diligencias preliminares o de otros actos preparatorios semejantes e imprescindibles para la válida constitución de la relación jurídico-procesal». De todo ello cabe deducir que la referencia a la interposición de la demanda debe ser interpretada en sentido estricto.

Las dudas que tradicionalmente ha planteado la interrupción de la prescripción por la interposición de la demanda (en torno a la necesidad o no de la citación del demandado, la validez de la propia demanda, su presentación ante el Juez competente, etc.)¹²⁸ sur-

¹²⁶ RJ 2019\371, ponente P. J. Vela Torres.

¹²⁷ El artículo 155.2 LEC, al disponer que «[e]l domicilio del demandante será el que haya hecho constar en la demanda o en la petición o solicitud con que se inicie el proceso», evidencia que la interposición de la demanda no es el único acto iniciador de este.

¹²⁸ Por todos, OROZCO PARDO, 1995, en particular pp. 237 y ss.

gen igualmente en la interpretación de la nueva redacción de Ley 36 FN ante la evidencia de que, a diferencia del reconocimiento del sujeto pasivo, el ejercicio judicial del derecho que aquella supone representa el inicio de un proceso con resultado variable que inevitablemente se va a prolongar en el tiempo, lo que impone cuestionarse, como apunta De Fuenmayor, en qué momento se produce exactamente la interrupción, durante cuánto tiempo se prolonga esta, y de qué depende que se tenga o no como realizada¹²⁹.

Por lo que respecta a la cronología de la interrupción dependiente del inicio de un proceso judicial, ya se ha explicado que la redacción original del Fuero Nuevo vinculaba el efecto interruptivo con distintos momentos de aquel, en función de la duración del plazo prescriptivo afectado¹³⁰. En cambio, y en la línea de la mayoría de los sistemas jurídicos¹³¹, la Ley Foral 21/2019 suprime tales diferencias para remitir dicho efecto, en todo caso, a la interposición de la demanda –probablemente por evidenciar tal iniciativa la voluntad del titular de ejercer su derecho– aunque, a diferencia de muchos de aquellos, sin ulteriores previsiones. La eliminación de las alternativas que antes contemplaba la Ley 40 FN(1973) (notificación de la demanda al demandado y contestación a la demanda) en favor de la «interposición de la demanda», hace poco probable que la reforma del Fuero Nuevo haya querido referirse a un momento procesal posterior y distinto al que resulta literalmente de tal expresión: no cabe trasladar a la Ley 36 FN las dudas que puede plantear la referencia más genérica al «ejercicio ante los Tribunales» (art. 1973 CC; art. 121-11 CCCat)¹³².

Es por tanto la fecha de interposición de la demanda la que se tendrá en cuenta a efectos de la interrupción del plazo de prescripción¹³³. Cuestión distinta será determinar si basta para ello con la

¹²⁹ DE FUENMAYOR, 1974, p. 9.

¹³⁰ Ley 40 FN(1973).

¹³¹ Entre la minoría, Italia (art. 2943. I): «La prescrizione e' interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo».

¹³² En relación con el Código catalán, ESPIAU ESPIAU, 2012, pp. 466-467. Por otra parte, que la Ley 36 FN se refiera a la «interposición de la demanda» en lugar de al «ejercicio de la pretensión frente a los tribunales», impediría extender el efecto interruptivo de aquella al supuesto en que la pretensión se ejerce mediante excepción, como defiende el autor citado en comentario al artículo 121-11 CCCat.

¹³³ STS, Sala de lo civil, 5 febrero 2018 (Roj: STS 221/2018, ponente A. Salas Carceller): «las sentencias citadas coinciden en señalar el momento de presentación ante el Juzgado de la demanda de conciliación como el que determina la interrupción de la prescripción, que correrá de nuevo -en su caso- a partir del momento de celebración de dicho acto. Resulta así porque la solicitud de conciliación equivale a estos efectos al ejercicio de la acción ante los tribunales (artículo 1973 CC). La sentencia de esta sala núm. 1003/2002, de 28 octubre, mantiene la eficacia interruptiva respecto de “cualquier interpelación judicial”. No cabe deferir dicha eficacia en estos casos al momento en que la parte demandada de conciliación conoce la presentación de la solicitud, como no cabe hacerlo si se trata de

mera presentación de la demanda, o si se requiere de algún acto procesal posterior lo que, entonces, supondría retrotraer la fecha de la interrupción al acto inicial. La reforma del Fuero Nuevo, sin embargo, nada dice, por ejemplo, acerca de la necesidad de que la demanda sea admitida a trámite; ni sobre la irrelevancia de que la demanda haya sido presentada ante órgano judicial incompetente (Francia, Italia¹³⁴), o de que sea anulada por vicios de procedimiento (Francia, Cataluña, Portugal¹³⁵).

En el Derecho mercantil, el artículo 944. II CCom¹³⁶ prevé expresamente que la prescripción se tendrá por no interrumpida a causa de la interpelación judicial, «si el actor desistiese de ella, o caducara la instancia, o fuese desestimada su demanda»; precepto cuya vigencia, confirma el Tribunal Supremo¹³⁷, no se ha visto afectada por la prevalencia del artículo 1973 CC a efectos del reconocimiento de la reclamación extrajudicial como mecanismo hábil para la interrupción de los plazos. Para el ámbito jurídico-civil el criterio del artículo 944. II CCom parece inseguro, probablemente porque la doctrina oscila entre los parámetros objetivos tradicionales de la prescripción extintiva, y los subjetivos que vienen impulsados por las doctrinas revisoras de aquellos, y tal situación obtiene un lógico reflejo en la jurisprudencia del Alto Tribunal. La Ley de Enjuiciamiento Civil, por otra parte, tampoco aporta argumentos sólidos para adoptar una solución: solo para el concreto supuesto de caducidad en la primera instancia, el artículo 240.2 dispone que «se entenderá producido el desistimiento en dicha instancia, por lo que podrá interponerse nueva demanda, sin perjuicio de la

la propia presentación de la demanda. La naturaleza de la prescripción de acciones, en cuanto implica una presunción de abandono del derecho por aquél a quien corresponde su ejercicio, no se compadecería con la exigencia del exacto conocimiento por el demandado cuando se trata de una actuación ante los tribunales, pues quien reclama es ajeno a la mayor o menor celeridad en la comunicación judicial al demandado.»

¹³⁴ Art. 2241 CCFr; artículo 2943 CCIt. En Francia, explica FRICERO (2009, p. 7) que, según la jurisprudencia, el efecto interruptivo queda excluido si la demanda se presenta ante una jurisdicción no ya incompetente, sino *inexistente*.

¹³⁵ Art. 2241 CCFr: «l'acte de saisine de la juridiction» a cuya anulación se refiere la norma, puede ocasionar en opinión de FRICERO cierta confusión puesto que la *saisine* se produce realmente en un momento del procedimiento posterior a la interposición de la demanda; pero en aquel artículo debe, a juicio de la autora, interpretarse como referido a aquella (2009, p. 8).

En Cataluña no impide la interrupción el defecto procesal que afecte al ejercicio judicial de la pretensión, aunque el reinicio del plazo se produce desde ese mismo momento (art. 121-14); lo cual, como indica PUIG BLANES (2011, p. 88), presenta el inconveniente de que, cuando se dicta la resolución que no entra a valorar el fondo del asunto, el nuevo plazo habrá transcurrido ya al menos en parte.

En sentido similar –admitiendo el efecto interruptivo en los casos a los que alude, pero imponiendo al mismo tiempo el reinicio inmediato del plazo–, artículo 327.2 CCPT.

¹³⁶ Coincidente con el artículo 2243 CCFr.

¹³⁷ STS, Sala de lo civil, 27 febrero 2024 (Roj: STS 1002/2024), ponente P. J. Vela Torres.

caducidad de la acción», pero no menciona el supuesto de que esta esté sometida a prescripción. En este contexto, el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* conduciría a la admisibilidad del efecto interruptivo de las reclamaciones judiciales, en cualesquiera circunstancias (así, STS, Sala de lo civil, 7 febrero 2019¹³⁸).

En cuanto a la necesidad de que la demanda sea al menos admitida a trámite, parte de la doctrina española parece favorable a condicionar la eficacia interruptiva de aquella a este requisito¹³⁹. La cuestión tiene relación, a su vez, con la discusión acerca de la relevancia que deba asignarse al hecho de que el demandado tenga, o haya podido tener, noticia de la interposición de la demanda; materia en la que la jurisprudencia ha ofrecido respuestas diversas, si bien la más reciente se inclina hacia una tesis *mixta* (SSTS, Sala de lo Civil, 25 mayo 2010 y 3 julio 2018¹⁴⁰) que es también aceptada por los tribunales navarros (así, por ejemplo, la SAP Na, Sección 3.ª, 21 marzo 2018¹⁴¹), y que condiciona el efecto interruptivo al hecho de que la demanda hubiera llegado a conocimiento de los demandados.

El fundamento de la doctrina hoy prevalente se sitúa en la exigencia de que, para producir el efecto de reinicio del plazo prescriptivo, la voluntad del titular de conservar el propio derecho debe exteriorizarse y resultar accesible al sujeto frente a quien se pretende hacerlo valer. Esta tesis, si bien no es unánime¹⁴² y resulta discutida en el contexto de la reclamación extrajudicial, resulta congruente con la doctrina jurisprudencial que ha rechazado para los supuestos de solidaridad impropia la aplicación del artículo 1974 CC, exigiendo la notificación individualizada del acto interruptivo frente a cada uno de los eventuales responsables, so pena de la prescripción extintiva de la acción frente a quienes no fueron cono-

¹³⁸ Roj: STS 339/2019, ponente P. J. Vela Torres.

¹³⁹ La necesidad de admisión se aplica para reconocer el efecto interruptivo a la solicitud de conciliación: v. *infra* b). Se recuerda también desde esta posición favorable a tal requisito el artículo 410 LEC, conforme al cual el comienzo de la litispendencia «se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida». Para el Derecho catalán, v. ESPIAU ESPIAU, 2012, p. 467.

¹⁴⁰ Roj: STS 2893/2010, ponente J. A. Xiol Rios, y Roj: STS 2635/2018, ponente J. A. Seijas Quintana, respectivamente.

¹⁴¹ Roj: SAP NA 413/2018, ponente J. G. Gabaldón Codesido.

¹⁴² La citada STS, Sala de lo civil, 7 febrero 2019, parece considerar el conocimiento de la demanda por el demandado indiferente de cara a la interrupción del plazo: «como dice la sentencia 62/2018, de 5 de febrero, la naturaleza de la prescripción de acciones, en cuanto implica una presunción de abandono del derecho por aquel a quien corresponde su ejercicio, no se compadece con la exigencia del exacto conocimiento por el demandado cuando se trata de una actuación ante los tribunales, pues quien reclama es ajeno a la mayor o menor celeridad en la comunicación judicial al demandado, o a la eficacia de la citación o emplazamiento intentados».

cedores de la voluntad conservativa del titular. La interrupción del plazo de prescripción puede deberse asimismo al inicio de un proceso penal por los mismos hechos, lo que se relaciona con la interposición de la denuncia penal y sin que, a estos efectos, resulte relevante «el número y la entidad de las actuaciones que integren el proceso penal antecedente» (STS, Sala de lo civil, 18 marzo 2016¹⁴³).

Como queda expuesto, la interposición de la demanda se mantiene en el Fuero Nuevo, tras la reforma, como causa de *interrupción* del plazo prescriptivo, respetando así la eficacia tradicionalmente asignada a tal iniciativa¹⁴⁴. Debe hacerse notar, sin embargo, la tendencia que se aprecia en los últimos tiempos, en unos casos, a asignar a la reclamación judicial ya no una eficacia interruptiva sino meramente suspensiva, que se prolongaría desde el inicio del procedimiento hasta su conclusión¹⁴⁵ —con la posible variante de añadir un periodo suplementario tras esta¹⁴⁶—; o, en otros, a restringir el efecto interruptivo solo a la demanda «de ejecución» y para la prescripción específica de las pretensiones declaradas por sentencia o laudo¹⁴⁷.

Si bien es todavía hoy minoritaria, la tesis contraria al efecto interruptivo de la interposición de la demanda presenta a juicio de algunos autores ventajas no desdeñables¹⁴⁸ y cierta lógica a la vista de la eficacia reconocida a demandas irregulares, así como —en su caso— de la admisión de la suspensión de los plazos. Ofrece además la utilidad de permitir unificar la respuesta procedente ante iniciativas como el comienzo del proceso judicial, el del proceso

¹⁴³ Roj: STS 1161/2016, ponente A. F. Pantaleón Prieto.

¹⁴⁴ Explica DE CASTRO (1976, p. 171) que el Tribunal Supremo, antes de la aprobación del Fuero Nuevo, consideraba que en Navarra, por aplicación del Derecho romano, la interrupción de la prescripción requería, además de la interposición de la demanda, «la citación, notificación o enteramiento de la reclamación judicial; es decir, que la reclamación ha tomado estado judicial, previa demanda o instancia».

¹⁴⁵ Art. 14:302 PECL; artículo 10.5 PICC. Parece que se inclina asimismo por la suspensión y no por la interrupción la CLPISG, aunque en su versión en castellano el artículo 13 dispone que tras el inicio de un procedimiento judicial «el plazo de prescripción dejará de correr»; y que «cesará de correr» por el inicio de un procedimiento arbitral (art. 14), lo que admite en principio las dos posibles interpretaciones. Sin embargo, ambos casos equivalen a las expresiones «shall cease to run» de la versión inglesa —en normas bajo la rúbrica «Cessation and extension of the limitation period»—, y «cesse de courir» en la versión francesa —con la rúbrica sobre «Cessation du cours et prolongation du délai initial»— lo que avala la interpretación expuesta.

¹⁴⁶ Así, por ejemplo, en el § 204 BGB, donde se asigna a tal tipo de reclamación un efecto suspensivo que no concluye, sin embargo, al mismo tiempo que el procedimiento, sino que se prolonga seis meses después del final de aquel; criterio criticado por ZIMMERMANN, quien considera que no hay razón alguna para colocar al acreedor en una posición mejor de la que tendría si no hubiera ejercido judicialmente su pretensión: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones...*, cit., p. 165.

¹⁴⁷ Art. 14:402 PECL y artículo 613-2 PCC-APDC.

¹⁴⁸ VAQUER ALOY, 2004, pp. 4970 y 4974; HINESTROSA, 2006, p. 153.

arbitral, el de la mediación y el de la conciliación; todas ellas igualmente indicativas de la voluntad del titular de la pretensión de hacerla valer, e igualmente determinantes entonces, si se aceptase dicho planteamiento, de la suspensión del plazo de prescripción. Por lo que respecta a los procedimientos judicial, arbitral y de mediación, es precisamente el efecto suspensivo de la prescripción la opción asumida en la PCC-APDC, en su artículo 614-5¹⁴⁹. Esta propuesta asigna igualmente dicho efecto al inicio de las actuaciones penales, respecto de las acciones civiles que deriven de los mismos hechos (art. 614-6), lo que parece ofrecer la respuesta más equilibrada a la situación actual y en particular por lo que atañe a la reclamación de daños siempre que, como es el caso, se unifique el plazo de las acciones de responsabilidad civil (que para la citada propuesta sería el de tres años).

En cualquier caso, conviene distinguir el efecto suspensivo que tal tendencia propugna para la interposición de la demanda, del efecto que produce el inicio del proceso judicial –cuando es admitido como causa de *interrupción*– sobre el tiempo que transcurre desde ese momento hasta la conclusión de aquel; efecto que, más propiamente, es solo la prolongación del efecto interruptivo y no una verdadera suspensión.

b) Conciliación y arbitraje.

A diferencia de la mediación –que se reconoce como causa de suspensión¹⁵⁰– la Ley 36.I FN atribuye efecto interruptivo a la solicitud de conciliación y al inicio del procedimiento arbitral. Las razones que se explicitan en la Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles para justificar el efecto suspensivo de la mediación¹⁵¹ no se han considerado extensibles a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos indicados, para los que se ha preferido la opción, ciertamente avalada por la doctrina jurisprudencial dominante, de equipararlos con la interposición de la demanda¹⁵². La diferencia de trato resultante favorece,

¹⁴⁹ También, en sentido similar, la CLPISG, cuya traducción española explica que el inicio de un procedimiento arbitral o judicial hace que el plazo *deje de correr* (arts. 13 y 14).

¹⁵⁰ V. *infra* 2.4.2.

¹⁵¹ V. Preámbulo III: «El marco flexible que procura la Ley pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes procesales posteriores ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. Así se manifiesta en la opción de la suspensión de la prescripción cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados».

¹⁵² Sobre la conciliación, y aplicando el Fuero Nuevo en la redacción anterior a la reforma, v. STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 21/2023 de 18 diciembre (Roj: STSJ

entiendo, a quienes opten por la conciliación o el arbitraje, en cuanto mecanismos que producen el efecto, más intenso y favorable al titular de la pretensión, de reiniciar el plazo de la acción, en detrimento de la mediación que meramente lo suspende.

En cualquier caso, la opción de la Ley Foral 21/2019 coincide, por lo que atañe a la conciliación, con las previsiones de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), cuyo artículo 143 atribuye expresamente efecto interruptivo a la solicitud de conciliación judicial¹⁵³.

Cabe añadir, sin embargo, que el citado artículo 143 LJV –en la línea del precedente artículo 479 LEC 1881– anuda tal efecto a la «presentación con ulterior admisión» de la mencionada solicitud, matiz inexistente en la citada Ley Foral, pero que deberá acogerse igualmente si se acepta el carácter procesal de la materia¹⁵⁴. Sobre esta base, aquella conclusión no parece poder eludirse invocando la salvedad contemplada en el inciso «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» del artículo 149.1.6.^a CE.

Por otra parte, puede plantearse la cuestión del alcance que deba reconocerse a la conciliación extrajudicial¹⁵⁵. Puede defenderse la aplicación en estos casos del efecto interruptivo contemplado en la Ley 36.I FN a la vista de su texto (*ubi lex non distinguit...*), e igualmente con base en el razonamiento de que tal es, también tras la reforma, la consecuencia de la reclamación extrajudicial del titular del derecho afectado a la que aquella iniciativa podría asimilarse en última instancia.

En cuanto al procedimiento arbitral, el efecto interruptivo se predica de su inicio, lo que obliga a tomar en consideración el artículo 27 (Inicio del arbitraje) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA): «Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento

NA 733/2023), ponente J. M. Fernández Martínez.

¹⁵³ En la misma línea se pronuncia el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 respecto del arbitraje y la mediación, igualmente considerados en ese texto causas de interrupción y de suspensión, respectivamente (arts. 713-1 y 713-3 APCM), aunque ninguno de ellos aparecía recogido en la previa *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación de 2013* (v. arts. 711-1 y ss.). Por otra parte, la omisión de la referencia a la conciliación en el Anteproyecto es comprensible al ser este anterior a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

¹⁵⁴ V. DF vigésima LJV. Sobre las dificultades y los desajustes que plantea la compleja relación entre la LJV y los derechos civiles autonómicos v. PARRA LUCÁN, 2016, pp. 127-175.

¹⁵⁵ V. al respecto los artículos 81 a 83 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, y el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, todos ellos redactados en su versión vigente por la LJV (DFFF undécima y duodécima, respectivamente).

de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje».

Señala Espiau Espiau¹⁵⁶ cómo el artículo 11.3 LA reserva a las partes, en cualquier caso, la posibilidad de solicitar y obtener de un tribunal la adopción de medidas cautelares, ya sea durante el procedimiento arbitral o con anterioridad a su inicio. En este segundo caso, tal solicitud, entiende el autor, debe tener asimismo eficacia interruptiva, en la medida en que ponga de manifiesto la voluntad de ejercitar la pretensión. Conforme al Derecho civil navarro tal solicitud, si no cumple los requisitos de la Ley 36. II FN (que impone la *suspensión* de los plazos «[d]urante la sustanciación de las diligencias preliminares o de otros actos preparatorios semejantes e imprescindibles para la válida constitución de la relación jurídico-procesal»), podría alcanzar el efecto más intenso (interrupción) en el caso de que se ajuste a los parámetros exigibles para la reclamación extrajudicial.

2.2 La reclamación extrajudicial

Es sabido que la opción acogida por el Derecho civil español, permitiendo que la reclamación extrajudicial del titular produzca el mismo efecto que, por ejemplo, el inicio de un procedimiento judicial, no es compartida por la mayoría de ordenamientos¹⁵⁷, y tampoco, en España, por el Código de Comercio (que no la incluye entre los mecanismos interruptivos en su art. 944) ni por un destacado sector de la doctrina iusprivatista, lo que puede comprobarse a través de la PCC-APDC, en la que se ha excluido definitivamente tal posibilidad.

Obviamente, no cabe ignorar que con esa admisión se concede una posición muy ventajosa al titular amenazado por la prescripción, quien puede prolongar la vigencia de su pretensión indefinidamente y con un coste mínimo, reducido prácticamente a la carga de la prueba de la reclamación extrajudicial. Como explica De Castro, este medio interruptivo «ha permitido una interpretación finalista amplia de las causas de interrupción», admitiendo a este efecto cualesquiera actos que exteriorizaran la voluntad del acreedor contraria a la dejación de su derecho¹⁵⁸.

¹⁵⁶ ESPIAU ESPIAU, 2012, p. 470.

¹⁵⁷ Entre ellos, Portugal, Italia y Francia. Como apunta DE CASTRO Y BRAVO (1976, p. 160), probablemente esta causa de interrupción –que se incorpora en el proyecto de 1888– recogió la práctica vigente «pues Las Partidas, que regulan con cuidado la interrupción de la prescripción, señala como la última de sus causas que “el señor del debdo gelo demandase delante de amigos o de avenidores”».

¹⁵⁸ DE CASTRO Y BRAVO, 1976, pp. 162-163.

En el contexto de la evolución que está experimentando en general el régimen de la prescripción extintiva –caracterizado por el acortamiento de los plazos, la incorporación de la suspensión y la fijación de plazos máximos o de preclusión–, la actitud respecto de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción oscila entre (1) un menor recelo ante su admisibilidad, y (2) la presión contraria en favor de su eliminación.

(1) Lo primero (menor rechazo al efecto interruptivo) se debe a que, con los nuevos planteamientos, la posición del titular del derecho se ve en cierta medida debilitada por comparación con la que disfrutaba con el sistema tradicional, resultando ya imposible la dilatación ilimitada del tiempo de vida de su pretensión, la cual siempre encontrará ahora el límite legal e infranqueable del plazo máximo/de preclusión. Cuando se dan estas condiciones, o cuando se arbitran cualesquiera otras medidas que impidan la infinitud del plazo, cabe admitir cierto reconocimiento del alcance interruptivo de su reclamación extrajudicial como ocurre, por ejemplo, en el Derecho civil catalán, que acepta la eficacia interruptiva de aquella en su artículo 121-11.

En el Derecho privado general, un claro ejemplo de la mayor admisibilidad de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción lo proporciona el Derecho mercantil. Frente a la ya indicada posición del vigente Código de Comercio, el APCM optó por incorporar la reclamación extrajudicial (escrita) como causa de interrupción, junto a la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor, el inicio de un procedimiento arbitral y el reconocimiento de las obligaciones (art. 713-1 APCM). Se acogía así expresamente el criterio ya asentado por la doctrina del Tribunal Supremo que, desde que la Ley 19/1985 remitiera al artículo 1973 CC –y no al artículo 944 Ccom– las causas de interrupción de la prescripción de las acciones cambiarias, ha sorteado el tenor literal de este último precepto (con argumentos variados como lo difuso de la distinción entre obligaciones civiles y mercantiles en ciertos casos; la remisión del artículo 943 CCom al Derecho común; o la condición de norma posterior del artículo 1973 CC, entre otros) para admitir la eficacia interruptora de la reclamación extrajudicial también para las acciones derivadas de contratos mercantiles¹⁵⁹.

Esta tendencia a la unificación de las causas de interrupción de la prescripción en los ámbitos civil y mercantil (en favor del régi-

¹⁵⁹ Entre otras, SSTS, Sala de lo civil, 7 enero 2011 (Roj: STS 65/2011, ponente F. Marín Castán); 6 octubre 2006 (Roj: STS 6261/2006, ponente V. L. Montés Penadés); 14 abril 2003 (Roj: STS 2645/2003, ponente A. Romero Lorenzo); núm. 1001/2002 de 28 de octubre (Roj: STS 7132/2002, ponente A. Gullón Ballesteros).

men menos restrictivo del primero) es evocada de nuevo en la STS, Sala de lo civil, 7 febrero 2019¹⁶⁰, con base en los argumentos siguientes:

«i. La reclamación extrajudicial fue introducida *ex novo* por el Código civil (que es cronológicamente posterior al Código de comercio).

ii. La infracción del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE, que se produciría en otro caso, si se tratara peor al acreedor mercantil que al acreedor civil, cuando ambos se encuentran en la misma situación.

iii. No se aprecia razón de especialidad por la que deba prevalecer el principio de que la ley especial deroga a la general.

iv. La previsión del mencionado artículo 89 LCCh, que en palabras de la sentencia 1046/1995, supone una decidida apuesta en favor de la estimación unitaria de la institución».

El Alto Tribunal defiende, por tanto, la aptitud de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción más allá del ámbito de las obligaciones cambiarias, en la línea asentada por jurisprudencia anterior¹⁶¹, conforme a la cual «[e]sta doctrina está en armonía con la jurisprudencia que considera que el artículo 1973 CC contempla una causa natural de interrupción de la prescripción fundada en la existencia de actos conservativos y defensivos del derecho del titular».

(2) El segundo de los polos de la tensión actual respecto de la reclamación extrajudicial defiende su exclusión como causa de interrupción del cómputo de los plazos. En España, como se apuntaba en líneas precedentes, frente a cierta tendencia a extender el efecto interruptivo de ese tipo de iniciativa del titular que reconoce el artículo 1973 CC, un sector de la doctrina civilista se muestra partidario de la opción contraria, que no carece de sólidos argumentos.

A esta tendencia responde la redacción inicial del Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶², origen de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que redujo de quince a cinco años el plazo del artículo 1964 CC. La Exposición de Motivos afirmaba en su apartado V:

«A partir de los trabajos de la Comisión General de Codificación, se acorta el plazo general de las acciones personales del artículo 1964, estableciendo un plazo general de cinco años. Además, se modifica el artículo 1973 del Código Civil, sobre el régi-

¹⁶⁰ Roj: STS 339/2019, ponente P. J. Vela Torres.

¹⁶¹ V. STS, Sala de lo civil, 8 abril 2010 (Roj: STS 2040/2010), ponente J. A. Xiol Rios, y jurisprudencia citada en ella.

¹⁶² Proyecto de Ley 121/000133.

men de interrupción de la prescripción, con la finalidad que (*sic*¹⁶³) las reclamaciones extrajudiciales sucesivas puedan demorar el plazo legal de prescripción. Con ello se obtiene un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo».

En este caso, tal equilibrio –a falta de la figura de un plazo máximo de prescripción y, posiblemente, con la misma consecuencia práctica que pretendía el APCM, que tampoco contempla tal plazo, al limitar la eficacia interruptiva de la reclamación extrajudicial a una única ocasión¹⁶⁴– se pretendía conseguir añadiendo un segundo párrafo en el artículo 1973 CC del siguiente tenor:

«El plazo de prescripción no se entenderá interrumpido si transcurrido un año desde la reclamación extrajudicial el deudor no hubiese cumplido y el acreedor no hubiese reclamado judicialmente su cumplimiento».

Finalmente, como es sabido, tal reforma no prosperó.

La LCTTM ha aportado una especial contribución en esta materia: si bien reconoce en su artículo 79.3 cierta eficacia a la reclamación extrajudicial escrita, ello es al efecto de la suspensión del plazo de prescripción, no de su interrupción (cfr. art. 1973 CC)¹⁶⁵.

Se entiende por todo ello, y a la vista de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PCC-APDC) de 2018, que no resulta fácil adelantar el sentido en el que evolucionará el Derecho civil común en este punto. En esta Propuesta, el Libro sexto –De la prescripción y de la caducidad–, recoge como causas de interrupción de la primera, únicamente, el

¹⁶³ Se trata sin duda de una errata. Probablemente quería decirse «con la finalidad de evitar que», o expresión similar.

¹⁶⁴ «Evitando de esta forma», explica la Exposición de Motivos del APCM, «que se pueda mantener un crédito con duración indeterminada, mediante requerimientos extrajudiciales sucesivos». El requerimiento deberá además constar por escrito: artículo 713-1.2. También exige forma escrita para que la reclamación extrajudicial interrumpa el plazo de prescripción el artículo 32.2 del Convenio de Ginebra de 19 de mayo 1956, sobre contrato de transporte internacional de mercancías por carretera –CMR– (RCL 1974/980).

¹⁶⁵ Por otra parte, como señala EMPARANZA SOBEJANO (2017, IV), «a la vista de la consolidada orientación jurisprudencial que iguala el tratamiento de la interrupción de la prescripción, cualquiera que sea la naturaleza del contrato del que emane la acción susceptible de prescribir, la alusión a que la prescripción de las acciones del contrato se interrumpirá por las causas señaladas para los contratos mercantiles no se adecúa a los parámetros jurisprudenciales consagrados desde hace tiempo en nuestro ordenamiento y genera, por ello, notable confusión sobre el auténtico alcance del precepto, porque no se sabe si simplemente pretende mantener una coherencia formal con el régimen actualmente vigente en esta materia, o aspira a excepcionar por vía legal la tendencia jurisprudencial unificadora predominante. A nuestro juicio, habría que inclinarse por pensar que no aporta nada nuevo y que no habría de tenerse en cuenta a la vista del pronunciamiento categórico de nuestra jurisprudencia favorable a propugnar que los escritos extrajudiciales sirven para interrumpir el plazo de prescripción tanto de las acciones nacidas de contratos civiles como mercantiles».

«reconocimiento de la deuda realizado por el deudor ante el acreedor» (art. 613-1) y la interposición de una demanda ejecutiva o cualquier actuación en el proceso de ejecución tendente a hacer efectiva la pretensión (art. 613-2¹⁶⁶). Su Exposición de Motivos, como no podía ser de otra forma, explica la exclusión de la reclamación extrajudicial:

«Si fuera una causa de interrupción se colocaría al acreedor en una posición muy privilegiada, que rompería el pretendido equilibrio de intereses entre el acreedor y el deudor. Pues bastaría que el acreedor reclame extrajudicialmente en las fechas oportunas para mantener indefinidamente abierto el conflicto. Además, en tal caso la suspensión carecería de sentido, ya que sería suficiente una simple reclamación extrajudicial para conseguir que el plazo comenzara de nuevo. Por estas razones, la reclamación extrajudicial no es causa de interrupción»¹⁶⁷.

La primera de las objeciones («bastaría que el acreedor reclame extrajudicialmente en las fechas oportunas para mantener indefinidamente abierto el conflicto») tiene un alcance solo relativo desde la perspectiva de un texto que, además de reducir sensiblemente la duración de los plazos, incorpora un plazo máximo de prescripción, aunque es cierto que tal plazo no se aplica en ciertos supuestos: para estos, por tanto, aún cabría teóricamente la posibilidad de que sucesivas interrupciones del plazo prolongaran la vigencia de la pretensión indefinidamente¹⁶⁸.

La objeción de mayor calado a la admisión de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de los plazos es la segunda de las aludidas en el texto transcrito: efectivamente, la incorporación en el sistema de una vía que permite al titular del derecho, de una manera tan sencilla, producir en su favor un efecto tan radical sobre el cómputo del plazo, puede privar de sentido a otras medidas propias del régimen de la prescripción extintiva, y en especial a la previsión de las causas de mera suspensión del plazo.

Tal ocurre, precisamente, con el régimen de la prescripción del Fuero Nuevo surgido tras la reforma de 2019¹⁶⁹. Bastará así una sucesión controlada de reclamaciones extrajudiciales para, por

¹⁶⁶ Se exceptúa el caso de desistimiento.

¹⁶⁷ El criterio expuesto se reafirma por sus autores frente a las sugerencias recibidas en favor de la conservación de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción: v. MARÍN LÓPEZ, ARROYO AMAYUELAS, 2020.

¹⁶⁸ Conforme al artículo 615-1.2 PCC-APDC, el plazo máximo de prescripción no se aplicaría a las pretensiones de indemnización de daños personales; a los casos de interrupción por interposición de demanda ejecutiva (art. 613-2); ni a los de suspensión de las pretensiones de incapaces frente a sus representantes o protectores (art. 614-3), o suspensión por inicio de procedimiento judicial o arbitral (art. 614-5), o penal (art. 614-6).

¹⁶⁹ E igualmente con el régimen del Código catalán.

ejemplo, desarticular la desventaja que la mediación –en tanto causa de mera suspensión– presenta frente a los procesos judiciales o arbitrales –estos, causas de interrupción–¹⁷⁰.

En Navarra, en principio, dada la ausencia de requisitos adicionales, cualquier conducta extraprocesal, expresa o no, es apta para interrumpir la prescripción siempre que se ajuste a los parámetros señalados por la reiterada doctrina jurisprudencial conforme a la cual, como recuerdan las SSTs, Sala de lo civil, 26 febrero y 22 abril 2024¹⁷¹, con cita de otras anteriores, si bien no se requiere fórmula instrumental alguna, sí es necesario que los actos conservativos del derecho realizados por el acreedor se practiquen «a través de un medio hábil y de forma adecuada»; que se identifique el derecho que se quiere conservar, la voluntad de reclamar su cumplimiento y la persona frente a la que se pretende hacerlo valer; y que, en tanto declaración *recepticia*, tal voluntad conservativa llegue a conocimiento del deudor o, más propiamente, pueda ser conocida por este¹⁷². El carácter recepticio de la declaración de voluntad alude a un requisito de la eficacia interruptiva de la reclamación extrajudicial, pero no determina el momento en el que se entiende producida la interrupción; momento que parece debe retrotraerse hasta la fecha en la que se exterioriza la voluntad del titular de reclamar, con independencia de la de su recepción¹⁷³.

Por último, la reforma de la Compilación, lejos de eliminar la reclamación extrajudicial como modo de interrupción de la prescripción, ha optado contrariamente por la ampliación de su ámbito de eficacia, dado que la Ley 36 FN, por una parte, la hace aplicable a cualesquiera plazos de prescripción en contra de la anterior limitación a los menores de veinte años¹⁷⁴; y, por otra, ha eliminado la

¹⁷⁰ En cierta medida, puede decirse que resulta incongruente ampliar las causas de interrupción y, al mismo tiempo, acoger la posibilidad de suspensión con la amplitud con que lo hace actualmente la Compilación navarra. De alguna forma, puede aceptarse con OROZCO PARDO (1995, p. 128) que la suspensión y la interrupción se excluyen mutuamente. Un reconocimiento amplio de la posibilidad de suspender los plazos prescriptivos parece debe ir acompañada de una limitada aceptación de la posibilidad de interrumpirlos, como ocurre en la PCC-APDC.

¹⁷¹ Roj: STS 952/2024, ponente J. L. Seoane Spiegelberg, y Roj: STS 2098/2024, ponente R. Sarazá Jimena, respectivamente.

¹⁷² La STS, Sala de lo civil, 2 marzo 2020 (Roj: STS 702/2020, ponente E. Baena Ruiz), considera recibidos los telegramas remitidos al domicilio del demandado quien, sin embargo, no atendió los avisos que le fueron entregados. En el mismo sentido, a propósito del régimen catalán, ESPIAU ESPIAU, 2012, p. 473. La interrupción de la prescripción es una cuestión de hecho, correspondiendo la carga de su prueba a quien la alega; por todas, STS, Sala de lo civil, 5 febrero 2019 (Roj: STS 342/2019), ponente E. Baena Ruiz).

¹⁷³ PUIG BLANES, 2011, p. 87; OROZCO PARDO, 1995, p. 281.

¹⁷⁴ Ciertamente, la Ley Foral 21/2019 ha eliminado los plazos de prescripción extintiva superiores a veinte años que establecía el Fuero Nuevo antes de la reforma, pero sí mantiene el plazo de veinte años para la acción hipotecaria, que podrá ser ahora interrumpido mediante reclamación extrajudicial.

referencia expresa al *deudor* antes contenida en la Ley 40 FN(1973) y que permitía –junto a la demostrada inoperancia de una interpretación contraria que pudiera sostenerse conforme al Código civil¹⁷⁵– restringir su utilidad a las acciones personales. Actualmente, en consecuencia, la reclamación extrajudicial es ya un medio apto en Derecho navarro para la interrupción de la prescripción de cualesquiera pretensiones y con cualesquiera plazos.

2.3 El reconocimiento expreso o implícito del derecho o de la obligación

Es esta, como es lógico, una conducta universalmente aceptada a los efectos de impedir la prescripción de la pretensión, de la que puede decirse¹⁷⁶, evocando cierta doctrina española al respecto, que rompe ese «silencio de la relación jurídica» que para algunos justifica la prescripción. Los matices pueden encontrarse al decidir si es o no necesaria la concurrencia de algún requisito para la eficacia del reconocimiento del sujeto pasivo, lo que en la reforma del Fuero Nuevo se resuelve en favor de un régimen nada restrictivo que, atendiendo a lo expresamente dispuesto, no condiciona en absoluto tal eficacia.

Junto al reconocimiento *expreso* el Fuero Nuevo admite también el reconocimiento *implícito* que, como hacía ver De Castro, es más habitual en la práctica¹⁷⁷. El primero no requiere, a la vista del tenor literal de la Ley 36 FN, ninguna forma especial, por lo que podrá ser incluso verbal¹⁷⁸. En cuanto al segundo, debe entenderse referido a cualesquiera conductas del sujeto pasivo que no se expliquen sino en virtud de un previo reconocimiento por su parte: así puede ocurrir, tomando los ejemplos del artículo 20.2 CLPISG y de los artículos III-7:401 DCFR y 14:401 PECL, en el caso de que aquel proceda al pago de intereses derivados de la deuda en cuestión o al cumplimiento parcial de esta, o constituya alguna garantía; también cuando el deudor solicita plazo o nuevas formas de pago¹⁷⁹. El artículo 121-10 CCCat dispone que la renuncia a la prescripción que se lleve a cabo durante la vigencia del plazo aún no consumado produce los efectos de la interrupción¹⁸⁰, si bien parece más adecuado distinguir la renuncia –solo posible una vez

¹⁷⁵ ARREGUI GIL, 1993, p. 201.

¹⁷⁶ OROZCO PARDO, 1995, p. 285.

¹⁷⁷ DE CASTRO Y BRAVO, 1976, p. 163.

¹⁷⁸ La forma escrita es exigida en algunos textos; así, por ejemplo, en el artículo 20.1 CLPISG.

¹⁷⁹ V. DE CASTRO, en referencia a Las Partidas (1976, p. 163).

¹⁸⁰ V. asimismo artículo 121-12 CCCat.

consumada la prescripción– del reconocimiento –solo eficaz a efectos de la interrupción antes de ese momento– como ya aconsejara De Castro.

Será aplicable a estos casos –reconocimiento implícito– la conocida doctrina jurisprudencial que exige que se manifieste a través de actos que inequívocamente indiquen la voluntad de reconocer el derecho¹⁸¹; o, como explica la STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, 21 octubre 2022¹⁸², «que afirme, admita o muestre la conformidad del obligado con la existencia, vigencia y exigibilidad de la deuda pendiente a su cargo, si no su disposición misma a actuar como requiere su efectividad». No parece exigible, dado el silencio legal, que el reconocimiento se lleve a cabo «vis-à-vis the creditor», como exigen los artículos III-7:401 DCFR y 14:401-1 PECL y, en la misma línea, el artículo 613-1 PCC-APDC («ante el acreedor»).

La redacción de la norma hoy vigente, que vincula la interrupción del plazo a un reconocimiento «expreso o implícito», parece vedar la admisibilidad del reconocimiento *tácito*, que cabía admitir con la redacción derogada al referirse entonces esta al reconocimiento «aunque sea implícito» [Ley 40. II FN(1973)]¹⁸³.

Por otra parte, tras el reconocimiento el plazo se reinicia, lo que supone el nuevo comienzo del mismo plazo antes en curso, a diferencia, por ejemplo, de los PECL, conforme a los cuales el plazo que comienza tras la interrupción por reconocimiento es siempre el general de tres años¹⁸⁴.

A las causas de interrupción de la prescripción expresamente reconocidas tras la reforma de la Compilación navarra puede añadirse la declaración de concurso que, conforme al artículo 155 TRLC, interrumpe la prescripción tanto de las acciones contra el deudor (art. 155.1), como de las acciones «contra socios y contra los administradores, los liquidadores, la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, y la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, así como contra los auditores de la persona jurídica concursada y

¹⁸¹ En este sentido, artículo 325.2 CCPt.

¹⁸² Roj: STSJ NA 548/2022, ponente F. J. Fernández Urzainqui.

¹⁸³ Expresamente incluye el reconocimiento tácito como admisible, en aplicación de las normas ya derogadas, la STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, 21 octubre 2022 (Roj: STSJ NA 548/2022), ponente F. J. Fernández Urzainqui (FD segundo.2).

¹⁸⁴ Con algunos matices: v. artículo 14:401 (2) PECL.

aquellas otras cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley» (art. 155.3)¹⁸⁵.

3. EL CRITERIO GENERAL SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL DIES A QUO

La reforma ha incorporado al Fuero Nuevo una norma general sobre la determinación del *dies a quo* de los plazos de prescripción, inexistente en el texto original de la Compilación. Actualmente, la Ley 23. III FN, que encabeza las normas relativas a la prescripción, dispone que «[s]alvo disposición legal especial, los plazos de prescripción se contarán, una vez que las acciones puedan ser ejercitadas, desde que su titular conozca o haya podido razonablemente conocer los hechos que la fundamentan y la persona contra la que deba dirigirse».

Se asume de esta forma, ya como criterio general, el de la cognoscibilidad, por parte del titular de la acción, tanto de los hechos que fundamentan la pretensión como del potencial demandado, abandonando el tradicional criterio de la *actio nata* asumido, en mi opinión, por el artículo 1969 CC y aplicado en Navarra hasta la entrada en vigor de la Ley Foral 21/2019.

Esta opción ahora acogida por el Fuero Nuevo se adhiere, prácticamente de forma literal, a la doctrina que el Tribunal Supremo viene ya aplicando¹⁸⁶ en consonancia con los planteamientos (no exentos de detractores) de un sector doctrinal ciertamente creciente. Esta doctrina en auge se articula sobre la base de una reinterpretación en clave subjetiva, seguramente desarrollada a impulsos del Derecho del consumo¹⁸⁷, de la elástica referencia a la *posibilidad de ejercicio* a que alude aquel precepto del Código civil; doctrina que, en el ámbito del Derecho común, alcanzaría, en opinión de algún autor¹⁸⁸, incluso a desmentir la opinión general de que la suspensión de los plazos no se encuentra contemplada en dicho cuerpo legal¹⁸⁹.

¹⁸⁵ No se interrumpirá, por el contrario, la prescripción en perjuicio de los deudores solidarios, los fiadores ni los avalistas, tal y como aclaraba el derogado artículo 60.2 LC tras la reforma operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre. En la CLPISG, el plazo *deja de correr* con motivo de la quiebra del deudor, o toda situación de insolvencia relativa a la totalidad de sus bienes (art. 15.b), lo que se refiere a la suspensión, y no a la interrupción del plazo.

¹⁸⁶ Por todas, STS, Sala de lo civil, núm. 1200/2023 de 21 de julio (Roj: STS 3538/2023), ponente J. L. Seoane Spiegelberg

¹⁸⁷ CAÑIZARES LASO, 2024.

¹⁸⁸ MARÍN LÓPEZ, 2024, pp. 121 y ss.

¹⁸⁹ DEL OLMO, 2014, pp 405 y ss.

Tras la reforma, el posicionamiento del Fuero Nuevo es, puede decirse, el inverso al que la doctrina tradicional –doctrina que considero preferible, en términos generales, como interpretación del Código civil– deduce de las normas de este cuerpo legal sobre el *dies a quo* de las acciones. De esta forma, en lugar de disponer un criterio objetivo por defecto (art. 1969 CC, *actio nata*) y disposiciones específicas para acciones determinadas (arts. 1968, 1970, 1971, 1972), el Fuero Nuevo acoge ahora el criterio subjetivo con carácter general, y excluye del mismo a las acciones con normas especiales al respecto, para las cuales el *dies a quo* se determinará con arreglo a sus propias previsiones.

Ocurre, sin embargo, que esta excepción rige para un considerable número de acciones. Así, entre otros casos, el *dies a quo* del plazo para exigir el pago de deudas por servicios profesionales prestados y géneros o animales vendidos por un comerciante a quien no lo sea se mantiene en la prestación del servicio o entrega de la cosa (Ley 25)¹⁹⁰; para reclamar el capital en un préstamo oneroso, en la fecha a partir de la cual fuera exigible (Ley 26 FN); para las acciones rescisorias, en la fecha de perfección del contrato (Leyes 30 y 31); para la acción de anulabilidad, en el momento en que cesó la violencia o intimidación o desde que quien prestó el consentimiento viciado tuvo conocimiento del error o el dolo (Ley 31); y para la acción de saneamiento, desde la entrega de la cosa (Ley 32)¹⁹¹.

Precisamente una de las acciones excluidas del *dies a quo* vinculado a la cognoscibilidad resulta ser, en contra de una doctrina en expansión en el Derecho común¹⁹², la acción de responsabilidad aquiliana, para la que la Ley 507 FN –fiel al criterio que la doctrina tradicional deduce de la combinación de los artículos 1968 y 1969 CC–, sigue limitando la cognoscibilidad exigible al demandante al perjuicio sufrido sin incluir, por tanto, al potencial demandado¹⁹³.

¹⁹⁰ En la línea, por tanto, del artículo 1967 CC: STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, 10 mayo 2022 (Roj: STSJ NA 128/2022), ponente F. J. Fernández Urzainqui.

¹⁹¹ Especifica la norma que el plazo comienza desde la entrega *real* porque, como explica la STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 21 octubre 2022 (Roj: STSJ NA 548/2022, ponente F. J. Fernández Urzainqui), es esta la única que permite al comprador examinar el objeto del contrato.

¹⁹² Comparto las reflexiones de PASQUAU LIAÑO (2022, pp. 656 y ss.) en torno a la supuesta necesidad de identificar al responsable para que comience el cómputo del plazo prescriptivo de la acción aquiliana.

¹⁹³ Ley 507 FN: «Responsabilidad extracontractual. Quien por su negligencia o actividad arriesgada cause daño en la persona, patrimonio o interés ajenos deberá indemnizarlo según las circunstancias de cada caso.

Cuando el daño fuera producido por una pluralidad de agentes y no pudiera individualizarse la relevancia de cada acción en el resultado dañoso responderán todos ellos de forma solidaria.

En el contexto de una reforma del calado de la experimentada por el Fuero Nuevo, creo que es razonable entender que se ha aceptado conscientemente tal exclusión, máxime valorando que sí se ha incorporado a la Ley 507 FN (aunque con cierta impropiedad) el caso especial de los daños continuados¹⁹⁴. En cualquier caso, considero un acierto, buscado o no, el criterio finalmente resultante.

Por lo que respecta a la responsabilidad contractual, la ausencia de norma especial al respecto determina que, contrariamente a la acción de responsabilidad extracontractual, el cómputo del plazo de la acción sí tenga condicionado su comienzo a la cognoscibilidad del potencial demandado.

En conjunto, sin embargo, y aun desde un planteamiento crítico con la incorporación en la determinación del *dies a quo* de los plazos prescriptivos de circunstancias subjetivas del acreedor (así, la cognoscibilidad, cabe admitir que la opción acogida por el Fuero Nuevo resulta, al menos (y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho común), compensada con otras medidas, también novedosas, que evitan un mayor desequilibrio de la posición de las partes en favor del demandante (plazo máximo de prescripción con *dies a quo* objetivo, reducción general de la duración de los plazos...).

4. LA REGULACIÓN DE LA CADUCIDAD

La carencia de regulación específica de la caducidad es patente en el Derecho español, aunque debe admitirse que el régimen definido doctrinalmente tampoco parece haber planteado especiales problemas de aplicación. De todas formas, al igual que ocurre en el caso del proceso modernizador al que se ha sometido la Compilación navarra, también los que implican a otros textos normativos españoles asumen la conveniencia de incorporar en estos los caracteres de la figura¹⁹⁵.

Con carácter general, cabe observar que el Fuero Nuevo, antes y después de su reforma, se refiere a las *acciones* como objeto de la caducidad, equiparándola en este sentido a la prescripción extintiva. Como ocurre con esta última, sin embargo, también respecto de

La acción para exigir la indemnización prescribe al año cuyo cómputo se iniciará, una vez que pueda ser ejercitada, desde el momento en que se conoció el daño o pudo determinarse el concreto alcance de sus consecuencias. En supuestos de daños continuados, el «dies a quo» vendrá constituido por el momento en que tenga lugar su definitiva determinación.»

¹⁹⁴ No hay, en cambio, alusión alguna en la Ley 507 a los daños permanentes.

¹⁹⁵ Así, por ejemplo, la PCC-APDC, en el Título II de su Libro Sexto (arts. 620-1 a 620-4); el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 (APCM) en los artículos 720-1 a 720-4; y el CCCat, en el Libro I, título II, capítulo II (arts. 122.1 a 122.5).

la caducidad se aprecia una tendencia a incorporar en las normas los resultados del interés de la doctrina por delimitar su objeto con mayor precisión. Se observa en este sentido una cierta evolución desde la posición de autores como De Pablo Contreras y Arregui Gil, que a finales del pasado siglo relacionan la caducidad de las acciones con el ejercicio *judicial* de los derechos¹⁹⁶. Díez-Picazo, sobre la base de que también la caducidad, como la prescripción, afecta a las pretensiones en sentido material, excluye por ello de un concepto estricto de la primera determinados actos de declaración de voluntad que puedan estar sujetos a ciertos plazos para su emisión. Advierte el autor que lo que la doctrina ha definido como, *prima facie*, «una tríada sistemáticamente impecable: acciones declarativas, imprescriptibles; acciones constitutivas, caducables; y acciones de condena, prescriptibles», no puede mantenerse, dado que la ley puede decidir en cada caso el régimen aplicable al margen de tal división; y juzga más relevante en este ámbito la consideración del carácter general (caducidad) o particular (prescripción extintiva) de los intereses que pretendan protegerse prioritariamente (la certidumbre de las situaciones jurídicas o la defensa frente a reclamaciones antiguas, respectivamente)¹⁹⁷.

Por mi parte, sin obviar la posible repercusión de los diferentes tipos de intereses en juego, considero más ajustada la interpretación que defiende Rubio Torrano, en la línea de lo también afirmado por Gómez Corraliza¹⁹⁸ y De Castro¹⁹⁹; interpretación que ayuda además a entender por qué la caducidad no parece ser objeto de las mismas reticencias que la prescripción extintiva, ni tampoco parece haber sido cuestionada en cuanto a su «justicia intrínseca». En palabras del primer autor:

«A mi juicio, la prescripción encuentra su razón de ser más que en los derechos mismos sobre los que opera en el sistema jurídico dentro del cual se integra. Es decir, no son tanto consideraciones propias de los derechos afectados las que explican –incluso, justifican– el efecto prescriptivo, cuanto demandas del orden jurídico, imprescindibles para el buen funcionamiento del sistema. Razones como la certidumbre de los derechos, la seguridad jurídica o la paz social pueden abonar que unos derechos no ejercidos durante un largo periodo de tiempo puedan ser paralizados más tarde. Por el contrario, la caducidad no atiende tanto a datos externos a los derechos, cuanto a razones internas de los mismos. Algunos derechos o facultades integran en su contenido el elemento temporal como

¹⁹⁶ DE PABLO CONTRERAS, 1990, p. 590; ARREGUI GIL, 1993, p. 148.

¹⁹⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 79-80. Para el Derecho navarro, compare este criterio ARREGUI GIL, 1993, pp. 148-149.

¹⁹⁸ GÓMEZ CORRALIZA, 1990, pp. 153-157.

¹⁹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, 1976, p. 174.

parte sustancial y configuradora de los mismos: en estos casos, el ejercicio temporal del derecho no constituye una exigencia del sistema jurídico dentro del cual se integran, sino su fundamento»²⁰⁰.

Entiendo que es este razonamiento el que, en la práctica, parece ha acabado por imponerse a la hora de regular –o proponer regulaciones sobre– la caducidad. Una prueba de ello puede encontrarse en la Explicación de Motivos de la PCC-APDC, que, en un sentido coincidente con el planteamiento de Rubio Torrano, afirma que:

«Los poderes de configuración que caducan son los que nacen con un plazo prefijado de existencia, ya sea por disposición de la ley o por voluntad de los particulares. La caducidad es diferente de la prescripción, que se aplica a la pretensión sin un plazo determinado de vigencia y, por lo tanto, se entiende que el derecho es ejercible de manera indefinida; precisamente por eso la inactividad del titular legítima al deudor a oponerse al ejercicio de la pretensión»²⁰¹.

Sobre la base de considerar que la caducidad es el régimen adecuado en principio para los derechos o, más en general, para los poderes jurídicos en los que el elemento temporal es sustancial, se entiende igualmente que la doctrina del Código Civil venga apreciando, al revisar el catálogo de derechos y acciones caducables, que no todos ellos parecen responder a una misma estructura.

En este punto los autores no se muestran plenamente coincidentes acerca de los plazos que son propiamente plazos de caducidad. Sí parece aceptarse hoy generalmente la adecuación de dicha figura en el caso de los llamados «derechos potestativos» o «poderes de configuración jurídica» que, procesalmente, se corresponderían con las llamadas acciones constitutivas, aunque no cabe negar que aquellas son categorías cuyo reconocimiento arrastra, desde hace décadas, ciertas vacilaciones²⁰². Del ejercicio –unilateral y en plazo– de ese tipo de poderes resultaría, conforme a la doctrina dominante, la creación, la modificación o la extinción de situaciones jurídicas.

La PCC-APDC opta por esta vía al disponer en su artículo 620-1 (Los poderes jurídicos objeto de la caducidad) que «[l]a caducidad extingue los poderes jurídicos que nacen con una duración determinada y cuyo ejercicio faculta a su titular para configurar unilateralmente una situación jurídica». Por su parte, el Código civil catalán alude a «las acciones y los poderes de configuración jurídica» (art. 122-1. Caducidad de acciones y otros poderes jurídicos), entendidos estos segundos (EM) «como facultades que la per-

²⁰⁰ RUBIO TORRANO, 1995, pp. 45-46.

²⁰¹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, p. 252.

²⁰² Sería, dice DE CASTRO, salir de una dificultad para entrar en otra (1976, p. 178).

sona titular puede ejercer para alterar la realidad jurídica, que nacen con una duración predeterminada y que no necesitan la actuación ajena.»

Al margen de lo anterior, en Derecho navarro es necesario distinguir la extinción de derechos por caducidad, de su extinción por *no uso*, posibilidad esta segunda que el Fuero Nuevo contemplaba inicialmente en la Ley 25: esto es, inmediatamente antes, pero fuera, del título sobre prescripción de acciones, y que ahora se ha trasladado con algún matiz a la Ley 16 FN²⁰³.

La extinción por no uso o, en su dicción actual, «falta de ejercicio», sobre todo aplicable en el contexto de los derechos reales²⁰⁴, y en especial de los que implican un uso permanente aun no continuado²⁰⁵, adquiere todo su sentido en los *iura in re aliena*, limitaciones del dominio que se entienden injustificadas si no aportan a su titular la utilidad que están llamadas a producir²⁰⁶. Es posible entonces que se establezca (deberá hacerse por pacto, por costumbre o por ley) un plazo, más allá del cual el derecho se extingue y las facultades que comprende vuelven al titular del dominio, posibilitando de esta forma que, ya sea en manos del propietario o en las de un nuevo titular del derecho limitado, tales facultades se activen y que se impulse con ello la productividad de los bienes.

El Fuero Nuevo –con apenas diferencias entre el texto anterior y el posterior a la reforma– contempla la extinción por no uso para las servidumbres (Ley 406. III), el usufructo (Ley 421) y, por remisión a este, los derechos de habitación, uso y otros similares de aprovechamiento parcial de cosa ajena (Ley 423.3). No se trata, por tanto, de derechos que nacen con un periodo de tiempo predeterminado de vigencia –lo que parece caracterizar a los poderes jurídicos sometidos a caducidad–; de ser este el caso, concluido dicho plazo el derecho se extingue, se haya usado o no. La extinción por no uso, en cambio, actúa más bien como un presupuesto para la conservación del derecho, sea cual sea la duración prevista

²⁰³ Ley 25 FN(1973). No uso: «Los derechos pueden extinguirse por la falta de uso en los casos previstos por el pacto, la costumbre o la Ley.»

Ley 16 FN. Extinción de derechos por falta de ejercicio: «Los derechos pueden extinguirse por la falta de ejercicio cuando así se hubiera pactado o en los casos previstos por la ley.»

Se contempla también el no uso en el artículo 298 del Código civil portugués (*Prescrição, caducidade e não uso do direito*), en su punto 3, para ciertos derechos reales limitados que se extinguen por dicha razón siendo, en cambio, imprescriptibles.

²⁰⁴ Recuerdan tanto RUBIO TORRANO (2002, p. 64) como DE PABLO CONTRERAS (1990, p. 542), que la extinción por no uso es igualmente aplicable (lo que dependerá siempre de que se haya pactado, o dispuesto así por la costumbre o la ley) a los derechos de crédito que implican el uso de un bien, como el arrendamiento.

²⁰⁵ D'ORS PÉREZ-PEIX, 1993, p. 134.

²⁰⁶ Cabe señalar que el Código portugués admite la posibilidad de extinción por no uso incluso para el derecho de propiedad (art. 298.3.º).

para el mismo. Así, por ejemplo, en el caso de extinción por no uso pactada entre los interesados al constituir precisamente un derecho real de *uso*, la cláusula que determine el plazo a tener en cuenta de cara a dicho pacto no contendrá la duración del derecho, sino una causa de resolución del mismo²⁰⁷.

4.1 Acciones sujetas a caducidad

El Fuero Nuevo detalla ahora las acciones sujetas a plazos de caducidad en la Ley 38. Es esta una diferencia respecto del texto anterior a la reforma, en el cual dichas acciones se localizaban *por exclusión*.

Efectivamente, de la derogada Ley 26 FN²⁰⁸ se deducía que todos los plazos de prescripción se encontraban recogidos en las leyes inmediatamente siguientes, y que el resto de las acciones, o eran imprescriptibles «por declaración de la ley» –Ley 41 FN(1973)– o caducaban, ya sea por establecerlo así una norma expresamente²⁰⁹, ya –en caso de silencio legal sobre el carácter del plazo– porque las acciones que tenían uno señalado «no podían ejercitarse» una vez transcurrido el mismo²¹⁰.

Aplicando el razonamiento anterior, eran plazos de caducidad los recogidos en ciertos preceptos del Fuero Nuevo, en su redacción previa, como las Leyes 69, 70 y 164²¹¹. En el caso de las Leyes 59 y 65 FN(1973) la calificación de los respectivos plazos necesitaba una reflexión más detenida²¹². Así:

En el primer caso (Ley 59 FN, en su redacción anterior²¹³), se abordaba la impugnación de actos celebrados por uno de los cónyu-

²⁰⁷ Y entonces, explica D'Ors, con efectos más personales que reales: 1993, p. 136.

²⁰⁸ Ley 26 FN(1973). Caducidad. Prescripción.- «Las acciones que tienen un plazo establecido no pueden ejercitarse después de transcurrido. Todas las acciones que no sean imprescriptibles por declaración de la Ley, prescribirán en los plazos que se establecen en el presente Título».

²⁰⁹ Tal ocurría, antes de la reforma, en las Leyes 458 (plazo del retracto gentilicio), 462 (tanteos y retractos voluntarios), 503. II (ventas efectuadas a carta de gracia o con pacto de retro), o 572 (facultad de disentir de la compraventa).

²¹⁰ ARCOS VIEIRA, 2002, p. 66.

²¹¹ No lo eran los de las acciones edilicias, a pesar de lo afirmado en la STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 18 mayo 2005 ((Roj: STSJ NA 633/2005, ponente J. A. Alvarez Caperochipi). La Ley 35 FN(1973) disponía con toda claridad que «[l]as acciones de saneamiento *prescriben*: la redhibitoria, a los seis meses y la “*quanti minoris*”, al año» (cursiva añadida). La reforma de la Compilación ha ratificado el carácter de estos plazos en su Ley 32, si bien unificando ambos en la duración superior, de un año.

²¹² ARCOS VIEIRA, 2002, p. 66.

²¹³ Ley 59 FN(1973). Ratificación. «Los actos realizados por uno de los cónyuges sin el necesario consentimiento del otro, podrán ser ratificados por éste o sus herederos, y serán válidos si aquél o éstos no los impugnaren dentro del plazo de cuatro años, a contar del día de la disolución del matrimonio o de la separación legal».

ges sin el necesario consentimiento del otro; actos que la propia ley calificaba como *válidos* salvo impugnación en plazo. Se trataba, por tanto, de actos *anulables*, para los que existía una previsión general y con el mismo plazo en la derogada Ley 34 (las acciones de impugnación de actos anulables «prescriben a los cuatro años»). En suma, la mencionada Ley 59 recogía un supuesto concreto del tipo de acciones contempladas genéricamente en la Ley 34 y, por ello, contemplaba un plazo de prescripción, y no de caducidad²¹⁴.

En el segundo caso, el párrafo quinto de la Ley 65 FN(1973), a propósito de la acción de que disponen los hijos, el administrador judicial o el Ministerio Fiscal para pedir rendición de cuentas a los padres al término de la administración de los bienes, disponía literalmente que dicha acción «prescribirá a los tres años». Ciertamente, el plazo no aparecía entre las –entonces– Leyes 27 a 41, como debería haber ocurrido según el propio dictado de la Ley 26 FN(1973) y al igual que todo otro plazo de prescripción. Pero entiendo que esto se debía a que tal plazo se incorporó a la Ley 65, por vez primera, con la reforma introducida por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril; y que su no inclusión en el Libro preliminar obedecía a un mero lapsus del legislador que no obstaba al reconocimiento del carácter prescriptivo del plazo expresamente admitido en la citada norma²¹⁵.

La Ley Foral 21/2019 ha aportado cierta claridad respecto a las acciones sometidas a plazos de caducidad, al incluir en la Ley 38 FN una relación de estas²¹⁶. En buena parte, de todas formas, son acciones cuando menos equivalentes a las que ya se consideraban sujetas a este régimen, esto es, acciones de filiación, de retracto, y de revocación de donaciones. La reforma no ha aprovechado la ocasión de configurar como plazo de caducidad el anual propio de las acciones de retener o recobrar la posesión (Ley 33) que, en la medida en que se identifiquen con las denominadas acciones de

²¹⁴ En contra, ARREGUI GIL, 1993, p. 152.

²¹⁵ ARCOS VIEIRA, 2002 p. 68.

²¹⁶ Conforme a la Ley 38 FN son las siguientes:

«1. La oposición al reconocimiento y las acciones de impugnación y de declaración de la filiación, conforme a lo dispuesto en las Leyes 54, 56 y 57.

2. La acción para solicitar la rendición de cuentas y el resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a los progenitores por la administración de los bienes de sus hijos, conforme a lo dispuesto en la Ley 66.

3. La acción para exigir por el cónyuge no deudor que el embargo por deudas del otro sobre bienes comunes de la sociedad de conquistas sea sustituido por el embargo de la parte que al deudor le corresponda en dicha sociedad, conforme a lo dispuesto en la Ley 93.

4. La acción de revocación de las donaciones, conforme a lo dispuesto en la Ley 163 último párrafo.

5. Las acciones de retracto, conforme a lo dispuesto en las Leyes 383, 390, 392, 446, 451 y 458».

«tutela sumaria» de la posesión (art. 250.1.4.º LEC), se considerarían sometidas a tal tipo de plazo conforme a una línea doctrinal y jurisprudencial que se ha impuesto en el ámbito del Derecho común sobre la base de lo dispuesto en el artículo 439 LEC²¹⁷.

Cabe destacar, sin embargo, la respuesta que aporta la actual Ley 34 FN a las dos acciones recientemente referidas.

En el primer caso –impugnación de actos celebrados por uno de los cónyuges sin el necesario consentimiento del otro–, se corrige ya la omisión del plazo de prescripción entre las normas que regulan esta institución. De esta forma, la Ley 34 FN incorpora expresamente a las acciones prescriptibles el plazo ahora recogido en la Ley 79. V FN²¹⁸, confirmando la interpretación que defendía tal criterio con anterioridad.

En el segundo caso –acción «para solicitar la rendición de cuentas y el resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a los progenitores por la administración de los bienes de sus hijos»–, por el contrario, el plazo se declara tras la reforma como de caducidad.

Ello no resulta directamente de lo que dispone la Ley 66 FN –a la que remite la Ley 38–, puesto que en el párrafo II de aquella meramente se afirma que los hijos, el administrador judicial o el Ministerio Fiscal pueden ejercitar tal acción «en el plazo de los tres años siguientes». En la Ley 66, por tanto, el plazo señalado ya no se califica en forma alguna, a diferencia de lo que ocurría en la derogada Ley 65 FN(1973) que, como se ha indicado en líneas precedentes, lo consideraba expresamente un plazo de prescripción (de cuatro años). La mera falta de calificación permitiría aún aplicar la presunción de prescriptibilidad de la Ley 23. II FN, pero esto queda ya vedado por la Ley 38, que no permite albergar duda alguna acerca de que tal plazo debe ser considerado como de caducidad.

El cambio que se introduce con ello empeora, claramente, la posición de la parte demandante, esto es, la que representa los intereses de los hijos *in potestate*, a quienes se supone que la norma pretende proteger. Efectivamente, en primer lugar es mucho más conveniente para estos, o para quien deba asumir la gestión de sus

²¹⁷ CAVANILLAS MÚGICA, 2013, p. 13330. Con toda claridad reitera la tesis del plazo como plazo de caducidad el ATS, Sala de lo Civil, 13 diciembre 2023 (Roj: ATS 17079/2023, ponente I. Sancho Gargallo). V. SAP Na (Sección 3.ª) 21 diciembre 2023 (Roj: SAP NA 1440/2023), ponente D. Rodríguez Antúnez.

²¹⁸ Ley 79. V FN: «Confirmación. Los actos realizados por uno de los cónyuges sin el necesario consentimiento o asentimiento del otro o de la suplencia judicial podrán ser confirmados por el cónyuge cuya intervención se omitió o por sus herederos, pero únicamente serán válidos si aquel o estos no los impugnaren dentro del plazo de cuatro años desde la separación legal o la disolución del matrimonio».

intereses, disponer de un plazo de prescripción –apreciable solo previa excepción del demandado y susceptible de interrupción– que de caducidad. Además, hay que tomar en consideración que, tanto la Ley 65 derogada como la nueva Ley 66 FN, contemplan dos pretensiones: la de rendición de cuentas y la de indemnización de daños, ambas dirigidas frente a los administradores del patrimonio del menor, y que entiendo deben distinguirse a estos efectos.

Por una parte, que la acción de rendición de cuentas frente a los padres administradores se someta a un plazo de caducidad o de prescripción depende del sentido que quiera reconocerse en aquella pretensión. Sí cabe señalar que el artículo 168 CC dispone expresamente que dicha acción «prescribirá a los tres años»²¹⁹. Como es sabido, el uso de términos referentes a la prescripción en el Código Civil es menos riguroso y no obsta a que la interpretación doctrinal ajuste su significado y los explique en clave de caducidad, si procede. Ello explica que la doctrina no sea totalmente uniforme en torno al carácter del plazo del artículo 168 CC, según pone de manifiesto Díez García²²⁰.

Partiendo de esta interpretación para el Código Civil, un plazo igual (de prescripción y tres años) recoge el Código civil catalán para reclamar la rendición de cuentas al tutor, al curador y al asistente –artículos 222-49, 223-10 y 226-6 CCCat, respectivamente–, y lo hace mediante una expresión (art. 222-49) prácticamente idéntica a la de la Ley 66 FN («pueden reclamar la rendición de cuentas durante tres años»), lo que inmediatamente se aclara en el sentido de que «[e]l cómputo de la “prescripción” de la acción no se inicia hasta el momento en que haya cesado la convivencia entre el tutelado y el tutor»²²¹. Para el caso de la administración de los padres, dispone ya con toda claridad el artículo 236-24 CCCat que la acción «prescribe a los tres años». Exactamente el mismo plazo se dispone para esta acción en el artículo 99.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA)²²², así como, para la de rendición de cuentas del tutor, en su artículo 145.2. También la PCC-APDC propone un plazo de prescripción y tres años para la acción para exigir

²¹⁹ En términos absolutamente coincidentes en cuanto al carácter del plazo, por tanto, con los de la derogada Ley 65 FN.

²²⁰ Díez GARCÍA, 2013, p. 1743. Aunque, como afirma esta autora, «[e]n atención al principio de favorecer el interés del menor –interés o beneficio que preside e inspira la regulación de la patria potestad–, habrá de atenderse a los términos literales de este artículo 1968 y entender que el plazo es de prescripción y no de caducidad».

²²¹ Cursiva añadida.

²²² Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

rendición de cuentas al tutor o al curador y, por remisión, al asistente con funciones de administración patrimonial²²³.

Parece claramente minoritaria, en consecuencia, la preferencia acogida en Navarra por la consideración del plazo de la acción de rendición de cuentas como de caducidad. Posición que acaso sería posible defender para el Código Civil, a pesar del tenor literal del artículo 168 y sobre la base de la imprecisión con que se utilizan en él los términos en esta materia, pero que claramente está siendo superada en favor de la opción por la prescripción extintiva a lo largo del presente siglo.

Por otra parte, en cuanto a la acción para reclamar por los daños causados a consecuencia de la administración del patrimonio ajeno, la reforma del Fuero Nuevo ha dotado a esta acción de responsabilidad de un régimen notablemente peculiar, separándose radicalmente tanto del de la acción de responsabilidad extracontractual –acción que, conforme a la Ley 507 FN a la que remite la Ley 34 del mismo texto, queda sujeta a un plazo de prescripción de un año²²⁴–, como del de la acción de responsabilidad contractual sin plazo específico, que es de cinco años e igualmente de prescripción.

La derogada Ley 65 FN unificaba esa pretensión con la exigencia de rendición de cuentas para afirmar que tal *acción* prescribirá a los tres años, lo que los textos que se han citado más arriba aplican únicamente a la segunda. Sí se refiere expresamente a la acción de reclamación de daños, separadamente de la acción de rendición de cuentas, el artículo 96.4 CDFA y, una vez más, con un plazo de prescripción de tres años; el mismo, por otra parte, que rige la acción para reclamar la indemnización que proceda a quienes desempeñen cargos tutelares (art. 106.2 CDFA).

En suma, sin ignorar que el legislador siempre puede decidir qué tipo de plazo procede aplicar a cada acción²²⁵, la opción por un plazo de caducidad para exigir la debida rendición de cuentas y/o la indemnización de los daños a los progenitores supone una modificación del régimen anterior, cuando menos, desfavorable para los intereses de los hijos, y cuyas ventajas no alcanzan a entenderse, además de carecer de precedentes en los trabajos de

²²³ Arts. 174-15.6 y 177-4 PCC-APDC. Parece que también se extendería la norma al caso del representante del ausente (art. 191-5). Salvo error, no se aprecia determinación del plazo en la norma relativa a la administración de los padres (art. 254-7).

²²⁴ No se ha introducido en este sentido cambio alguno respecto de lo dispuesto previamente en las Leyes 488 y 38 FN(1973).

²²⁵ La atípica caducidad de la acción de reclamación de daños en casos de intromisiones ilegítimas (art. 9.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo), o la del artículo 43 CC, son ejemplos de ello.

actualización –recientes o en curso– de los sistemas jurídicos coexistentes en España²²⁶.

4.2 Régimen de la caducidad

Tras la reforma de 2019, el Fuero Nuevo dedica cuatro leyes a la caducidad. Acompañan a la primera de ellas –que relaciona las acciones sometidas a este régimen por remisión a las normas donde se encuentran recogidas– sendos preceptos sobre cómputo de los plazos, apreciabilidad de oficio y suspensión.

La Ley 39, que se limita a disponer que «[l]os plazos de caducidad señalados por meses o años se contarán de fecha a fecha», parece prescindible. Cuando menos, cabe preguntarse por qué razón tal precepto se incluye solo entre las normas específicas de la *caducidad*²²⁷. Por otra parte, la formulación de un precepto como el indicado parece aportar poco a la claridad del sistema si no aparece completado con previsiones específicas para los supuestos verdaderamente conflictivos como, por ejemplo, la determinación del *dies a quo*, la falta de fecha equivalente a la inicial en el mes final, o las dudas sobre la inclusión o exclusión de festivos —especialmente cuando lo es el último día del plazo²²⁸—, entre otros. En este sentido resulta más completo lo dispuesto en el artículo 122-5 CCCat., donde se da respuesta a este tipo de cuestiones específicamente para la caducidad repitiendo por otra parte literalmente, como parece no podría ser de diversa forma, lo ya dispuesto también específicamente para la prescripción extintiva en el artículo 121-23.2 y 3²²⁹.

A falta de norma *ad hoc* para estas otras cuestiones sobre el cómputo del plazo de caducidad en el Fuero Nuevo, es claro que

²²⁶ Ciertamente, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, en comentario a la Ley 65 FN(1973), afirmaba que la responsabilidad de los padres «se podrá hacer efectiva en el plazo de (caducidad) de tres años», aunque sin argumentar tal interpretación correctora de la norma (2002, p. 183). Quizá sea la adopción, como punto de partida, de la interpretación del plazo del artículo 168 CC como de caducidad –posición que, como se ha indicado, no es indiscutida ni viene avalada por el tenor literal del precepto– lo que explicaba tal afirmación respecto del precepto navarro.

²²⁷ En cualquier caso ¿es que se computarán de otra forma, por ejemplo, los plazos de la acción hipotecaria (20 años), de impugnación de actos anulables (4 años), o de responsabilidad aquiliana (1 año), sometidas a plazos de prescripción?

²²⁸ Supuesto expresamente previsto en algunos ordenamientos para extender el plazo al primer día hábil siguiente (art. 2963 CCl., art. 712-3.2 APCM).

²²⁹ Explica PUIG BLANES (2011, p. 100) que el artículo 121 CCCat fija un criterio exclusivamente para la prescripción (para la caducidad, en el art. 122), porque este es un ámbito en el que no se discute la competencia del legislador catalán; se evita con ello tanto el riesgo de que, de legislar con carácter más general sobre cómputo de plazos, se considere que se invade la competencia exclusiva del Estado sobre la «aplicación y eficacia de las normas jurídicas» (art. 149.1.8.ª CE), como la necesidad de recurrir al derecho estatal supletorio.

las conclusiones serán en la práctica coincidentes con las que el Código catalán recoge en los puntos 2 y 3 del artículo 122-5²³⁰, y ello por aplicación de los criterios del artículo 5 CC, precepto aplicable en Navarra como Derecho supletorio para el cómputo de cualesquiera plazos civiles²³¹ y, a lo que parece, inspirador del correspondiente catalán.

Por su parte, la Ley 40 FN, desarrollando el régimen al que queda sometida la caducidad, dispone que esta «podrá ser apreciada de oficio por los Tribunales»²³². El término resaltado no es irrelevante, e introduce en el contenido del precepto algunas interrogantes que requieren determinar de qué depende aquella posibilidad meramente apuntada por la norma.

La pregunta no obtiene respuesta en las leyes sobre caducidad. Podría acaso pensarse lo contrario al leer el precepto completo: «La caducidad podrá ser apreciada de oficio por los Tribunales previa audiencia de la partes contendientes afectadas por ella». Pero esa primera impresión no sería acertada.

El contenido de la norma resulta similar al del artículo 620-4 PCC-APDC (Apreciación de oficio):

«Cuando procede de oficio un pronunciamiento sobre la caducidad de los poderes jurídicos indisponibles se insta a las partes para que aleguen lo que convenga a su derecho, y, en particular, si existen causas de suspensión.»

Con mejor técnica que la Ley Foral 21/2019, la Propuesta de la APDC confirma que la determinación de que, en un concreto caso de caducidad, procede la apreciación de oficio opera como un *prius* respecto de la audiencia a las partes, por lo que aquella no puede ser explicada a través de esta. Y permite adelantar que, conforme a los criterios doctrinales más actuales, no todo plazo de caducidad va a resultar apreciable de oficio, por lo que es este un aspecto que habría requerido de una mayor atención por parte del legislador.

Dejar sin respuesta la pregunta sobre cuándo la caducidad *podrá no ser apreciada de oficio* no solo resulta difícil de justificar a la vista de la inclusión de otros preceptos absolutamente innecesarios (la Ley 39 FN ya se ha mencionado como ejemplo de ello), sino que, lo que es sin duda más relevante, parece venir desaconse-

²³⁰ Art. 122-5 CCCat. Cómputo del plazo y preclusión: «2. En el cómputo del plazo de caducidad no se excluyen los días inhábiles ni los festivos. El cómputo de días se hace por días enteros. El día inicial se excluye y el día final debe cumplirse totalmente.

3. El cómputo de meses o años se hace de fecha a fecha. Si en el mes del vencimiento no existe el día correspondiente al inicial, se considera que el plazo finaliza el último día del mes.»

²³¹ Ley 6 FN.

²³² Cursiva añadida.

jado desde la perspectiva de la seguridad jurídica subyacente en la propia institución.

A falta de más información sobre las deliberaciones del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra, cabe presumir que en ellas se tomaran en consideración los trabajos previos, tanto de ámbito autonómico como estatal y supranacional, que revisan los regímenes de la caducidad en sus respectivos ámbitos de aplicación. Resultan de especial interés el Código catalán y la Propuesta de Código civil de la APDC:

- Código civil catalán

El Código civil de Cataluña ha optado, en lo que atañe al régimen de la caducidad, por establecer algunas diferencias en función de si la relación jurídica a la que afecta aquella es o no disponible, clasificación que sin embargo no se desarrolla legalmente²³³.

El régimen tradicional de la caducidad, que ha venido rigiendo en el ordenamiento español a falta de normas específicas, se encuentra allí reflejado en el que se atribuye ahora a las relaciones jurídicas *indisponibles*. En estas, la caducidad «debe ser apreciada de oficio» por los tribunales (art. 122-2.2), sin que quepa en tales casos ni la suspensión del plazo por las causas legalmente previstas, ni cualesquiera pactos entre las partes que pretendan alterar la duración dispuesta por ley, o introducir nuevas causas de suspensión.

Por el contrario, en el caso de las relaciones jurídicas disponibles el régimen diseñado se aproxima considerablemente al típico de la prescripción extintiva, al desaparecer una de las características más notables: en estos supuestos, explica la norma, «la caducidad *no debe ser apreciada de oficio* por los tribunales, sino que debe ser alegada por una persona legitimada» (art. 122-3.2)²³⁴. Los plazos de caducidad en estas relaciones se suspenden por las mismas causas que la prescripción extintiva, además de por las que puedan convenir los interesados (art. 122-3.1). En suma, parece que la única diferencia entre este tipo de plazo de caducidad en

²³³ Como explica NASARRE AZNAR (2012, pp. 655 y 661), el Código catalán se separa con esa distinción de la línea seguida por el TS, y, por lo que respecta a la caducidad en relaciones indisponibles, se acerca al modelo de la *decadenza* italiana. Salvo los derechos fundamentales de la persona y los relativos al estado civil, que son claramente indisponibles, el autor considera que para el resto de los derechos la calificación dependerá de una serie de criterios a valorar en cada caso; y aporta, sin ánimo exhaustivo, sendos listados de relaciones jurídicas indisponibles y disponibles en el comentario de los artículos correspondientes del Código catalán. Por su parte, PUIG BLANES (2011, pp. 69 y 104) apunta que los derechos disponibles son esencialmente patrimoniales, mientras que son indisponibles las relaciones jurídicas que afectan al estado civil, a derechos fundamentales y a menores, entre otras.

²³⁴ Cursiva añadida.

relaciones disponibles y el de prescripción extintiva es la imposibilidad, en el primer caso, de interrupción; aunque la posibilidad de suspender, incluso convencionalmente, el plazo de caducidad puede paliar en buena medida la potencial trascendencia de tal disparidad. Téngase en cuenta que el *dies a quo* del plazo se regula de manera uniforme para todas las caducidades, y que también es aplicable a todas ellas el plazo de preclusión de treinta años²³⁵.

Distinta a las modalidades de caducidad descritas es la posibilidad de que las partes pacten para establecer plazos de caducidad, admitida en el artículo 122-4 CCCat («Caducidad convencional»), lo que se regirá por el propio pacto y, supletoriamente, por el régimen de la caducidad propio de las relaciones jurídicas disponibles²³⁶.

En el Derecho catalán, por tanto, y como es lógico, no existe una supuesta *posibilidad* de apreciar de oficio la caducidad: los tribunales *vienen obligados a hacerlo*, cuando de una relación indisponible se trata, y *quedan obligados a no hacerlo*, en otro caso. Y tal es la respuesta técnicamente correcta, a mi juicio.

Cuestión diferente es que el juez vaya o no a escuchar a las partes al respecto: en el caso de las relaciones disponibles, ello es inevitable porque debe ser alegada por aquel a quien beneficie; en el de las indisponibles, y a pesar del silencio legal, lo será también una vez decidido por el legislador que se aplican al plazo de caducidad todas las causas de suspensión legalmente previstas, sobre las que el juez deberá indagar antes de concluir si el plazo ha transcurrido en su totalidad.

- Propuesta de Código civil de la APDC.

Este último aspecto (la repercusión de la admisión de causas de suspensión para la caducidad) sí está muy claramente previsto, como se ha indicado ya, en la Propuesta de Código Civil de la APDC²³⁷.

²³⁵ La Exposición de Motivos CCCat. da cuenta de esa proximidad: «La prescripción extingue las pretensiones, tanto si se ejercen en forma de acción como de excepción. La caducidad, en cambio, se aplica a los poderes de configuración jurídica, entendidos como facultades que la persona titular puede ejercer para alterar la realidad jurídica, que nacen con una duración predeterminada y que no necesitan la actuación ajena. La caducidad imposibilita su ejercicio y puede producirse tanto en los casos de relaciones jurídicas indisponibles como en los de relaciones jurídicas disponibles. En este último caso, la caducidad presenta unas semejanzas con la prescripción que aconsejan aplicar algunas de sus normas.»

²³⁶ PUIG BLANES, 2011, p. 106. En el mismo sentido, el artículo 720-2.1 APCM: «Son válidos los pactos que establezcan supuestos especiales de caducidad, modifiquen su régimen legal o en los que se renuncie a ella, siempre que no se trate de materia sustraída a la disponibilidad de las partes.»

²³⁷ Art. 620-4 Apreciación de oficio: «Cuando procede de oficio un pronunciamiento sobre la caducidad de los poderes jurídicos indisponibles se insta a las partes para que

Por lo demás, la PCC-APDC sigue la estela del Código catalán en cuanto a la figura de la caducidad, en particular incorporando la misma diferenciación entre situaciones jurídicas disponibles y situaciones jurídicas indisponibles para los interesados. La explicación sobre este punto está, sin embargo, mucho más detallada en la Exposición de Motivos de la Propuesta:

«No se ha considerado conveniente establecer un régimen jurídico unitario para todo tipo de poderes derechos (*sic*) jurídicos, sino que se distingue según la materia a la que se refieran tales poderes sea disponible o indisponible por los interesados. Si la materia es disponible y, por tanto, afecta exclusivamente a intereses privados, no se ve la razón por la cual el régimen de la caducidad no deba aproximarse al de la prescripción. No parece determinante el dato de que si el poder nace con un plazo de duración determinado nada debería alterarlo en aras a la certidumbre de las relaciones jurídicas pendientes de modificación, precisamente porque los intereses afectados son privados. Si se opta por esa solución, como se hace, queda más diluido el problema de saber cuándo un plazo es de prescripción o de caducidad. Por el contrario, puede introducir dudas tener que determinar en cada caso qué es y qué no es materia disponible.

Esta distinción tiene relevancia en materia de plazos. Si la materia es disponible, las partes pueden pactar los plazos de caducidad, tanto si la ley prevé un plazo de ejercicio para el poder jurídico como si no. En la medida en que sea posible (cuando se trate de alargar o acortar los plazos legales), rigen los límites a la autonomía de la voluntad establecidos para la prescripción. Por otra parte, el *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad es el mismo que el de la prescripción: desde que el poder jurídico se pueda ejercer jurídicamente. Como a la caducidad se le aplican las causas de suspensión de la prescripción, en realidad el plazo no comienza a correr hasta que el titular del poder jurídico conoce o puede diligentemente conocer los hechos que fundamentan el poder.

En cuanto al régimen jurídico de la caducidad, se le aplica el mismo de la prescripción, siempre que sea posible. Ello significa, por tanto, que a la caducidad se le aplican las causas de suspensión de la prescripción y también, como expresamente se indica, el régimen de la duración máxima del plazo de prescripción del artículo 6151. Sin embargo, cuando el poder jurídico recae sobre una materia indisponible, la caducidad no se interrumpe, ni puede ser objeto de pacto o de renuncia (lo que sí sucede cuando la materia es disponible).

Si la materia a la que afecta el poder jurídico es disponible, la caducidad debe ser alegada por la parte a la que esta beneficie. En cambio, si la materia es indisponible, el juez puede actuar de oficio, pero antes de dictar sentencia debe dar plazo a las partes para que estas puedan alegar lo que convenga a su derecho; en particular las causas de suspensión que en su caso procedan. Se trata de no infringir el artículo 24 CE»²³⁸.

aleguen lo que convenga a su derecho, y, en particular, si existen causas de suspensión.» Se trata, como concluye la Exposición de Motivos, «de no infringir el artículo 24 CE».

²³⁸ PCC-APDC, 2018, pp. 252-253.

En suma, la reforma del Fuero Nuevo, sin negar la evidente mejora respecto del texto anterior, ha recogido un régimen aún limitado e insuficiente de la caducidad, que incluye alguna norma superflua (Ley 39) y carece en cambio de previsiones sobre aspectos de indudable interés recogidos en otros textos y cuerpos legales: por ejemplo, sobre la diferenciación entre un régimen de caducidad imperativo propio de situaciones jurídicas indisponibles, y otro que se ha calificado como de *caducidad impropia*, adecuado para relaciones disponibles en las que cabe asimismo reconocer la prioridad del pacto entre los interesados; o sobre la posibilidad de pactar alterando el régimen de caducidad legalmente previsto (ampliación de los plazos, por ejemplo²³⁹); o acerca de la viabilidad de la caducidad de origen meramente convencional²⁴⁰. Aunque no parece dudosa la admisibilidad de la autonomía privada en este ámbito, siquiera al amparo del principio del *paramiento ley vienze* propio del Derecho civil navarro²⁴¹, sí convendría haber aprovechado la oportunidad que ha brindado esta extensa reforma para haber aclarado con mayor precisión los contornos de la caducidad²⁴².

La referencia de la Ley 40 FN a que la caducidad *podrá* ser apreciada de oficio por los tribunales no tiene, en suma, un significado claro²⁴³. El Preámbulo de la Ley Foral 21/2019 parece indicar

²³⁹ V. sobre la ampliación de los plazos de caducidad RUBIO TORRANO, 1995, pp. 71-77; y GÓMEZ CORRALIZA, 1990, pp. 314-324. El Tribunal Supremo recurre a la expresión «caducidad atenuada» para referirse a los supuestos en que se admite una cierta relajación de alguno de los requisitos típicos de la figura, incluida la imposibilidad de interrupción de un plazo de ese carácter en ocasiones matizada por el Alto Tribunal; si bien en estos casos, como acertadamente apunta la STS, Sala de lo Civil, 5 julio 2010 (Roj: STS 5403/2010, ponente R. Gimeno-Bayón Cobos), «en realidad se trata, más que de admitir la interrupción del plazo de caducidad, de entender ejercitada la acción en aquellos supuestos en los que el ordenamiento positivo exige que la presentación de la demanda inicial del proceso esté precedida de ciertas actividades administrativas e incluso procesales».

²⁴⁰ Con la reforma desaparece una de las utilidades que en el sistema derogado podía proporcionar la caducidad convencional, con la que se podía eludir la antes vigente prohibición de modificar los plazos legales de prescripción extintiva [Ley 27 FN(1973)]: ARCOS VIEIRA, 2002, p. 67. Tal prohibición desaparece de la Ley 24. I FN, que se limita a prohibir «cualquier pacto que implique una renuncia anticipada o indefinida a la prescripción», admitiendo ya, *a contrario*, la validez del acuerdo en otro caso.

Sin duda, la propia noción de *caducidad convencional* es discutible, aunque parece claro que debe en cualquier caso limitarse a las relaciones jurídicas disponibles. Sobre las tesis acerca de la admisibilidad de la caducidad convencional, GÓMEZ CORRALIZA, 1990, pp. 170-192. V., asimismo, RUBIO TORRANO, 1995, p. 82. Como de alguna forma ambos autores –entre otros– reconocen, en el fondo las dudas no se suscitan en torno a la posibilidad de establecer por convenio plazos preclusivos, que no parece rechazarse por la doctrina ni por la jurisprudencia sobre el Código civil, sino en cuanto a la viabilidad de configurar tal régimen como verdadera *caducidad* aun convencional.

²⁴¹ Recogido en la Ley 7 FN.

²⁴² ARCOS VIEIRA, 2002, p. 67.

²⁴³ En realidad, tampoco la jurisprudencia parece haber mantenido un criterio unánime sobre el alcance de la apreciabilidad de oficio de la caducidad o del litisconsorcio

que lo que el legislador navarro pretendía era recoger legalmente el régimen doctrinalmente admitido en Derecho común para la figura (apreciación de oficio, insusceptibilidad de interrupción) con la novedad de la suspensión. La rúbrica de la norma («apreciación de oficio») coincide con la del artículo 620-4 PCC-APDC, texto en el que, sin embargo, este precepto complementa lo dispuesto en el inmediatamente anterior, que dispone que la caducidad en materia indisponible «es apreciable de oficio» (art. 620-3 PCC-APDC): es en esta en la que, explica el artículo 620-4, el órgano judicial insta a las partes a que aleguen lo que convenga a su derecho.

Si la Ley 40 FN pretendía recoger este régimen —el generalmente predicado de la caducidad en Derecho común, y limitada en la PCC-APDC y el Código catalán a la caducidad en materia indisponible—, cabe entender, por una parte, que la *posibilidad* a que alude la Compilación navarra se contrapone a la *imposibilidad* de acogimiento de oficio que se predica de la prescripción extintiva; y, por otra, que el Derecho navarro ha dejado pasar la ocasión de incorporar la división aceptada por aquellos textos —y antes de estos, por una autorizada doctrina²⁴⁴— en función de la disponibilidad o indisponibilidad de los poderes jurídicos implicados. El Fuero Nuevo contempla, entonces, solo la caducidad legal, y considera que esta se rige por el régimen hoy más frecuentemente reservado a la que afecta a materias indisponibles.

En cuanto a la referencia a la previa audiencia de las partes, esta sí se encuentra plenamente justificada una vez se admite expresamente que el cómputo del plazo de caducidad pueda verse alterado por la concurrencia de causas de suspensión²⁴⁵. Los plazos de caducidad legal, en cualquier caso, no son en Derecho navarro susceptibles de interrupción (Ley 41), lo que está también en la línea del pensamiento dominante aunque no unánime²⁴⁶. De hecho, la PCC-APDC admite implícitamente tal posibilidad cuando dispone en su artículo 620-3.2 que la caducidad no se interrumpe cuando la materia es indisponible, lo que permite entender lo contrario en otro caso.

pasivo necesario, como hace notar, para el caso de la caducidad, ROJAS ABASCAL (2018).

²⁴⁴ Por todos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 83.

²⁴⁵ V. *infra*, 2.4. Tampoco en este caso —cuando el juez escucha a las partes para dar opción a que aleguen la existencia de plazos durante los cuales el cómputo haya quedado en suspenso— procede decir que el órgano judicial *puede* apreciar la caducidad de oficio: o aquel lo está haciendo así cuando escucha a los interesados, o no.

²⁴⁶ El Código francés admite expresamente la *interrupción* de la caducidad (*délai de forclusion*), equiparando a esta con la prescripción a esos efectos, en los casos previstos en los artículos 2241 y 2244 CCFr.

5. LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS: CAUSAS

Algunas de las novedades relevantes introducidas en el Derecho navarro de la prescripción por la Ley Foral 21/2019 suponen la asunción de la tendencia, manifestada doctrinal y jurisprudencialmente también en el ámbito del Derecho común, favorable a la subjetivación del Derecho de la prescripción, esto es, a la consideración de las circunstancias concretas del titular del derecho a la hora de concretar el inicio y la duración de esos plazos, evitando el rigor (para un sector doctrinal, excesivo) resultante de parámetros más objetivos.

Sin perjuicio de un análisis más pormenorizado de la figura de la suspensión contemplada en la Ley 36 FN, cabe indicar que tal tendencia se ve reflejada, además de en los criterios para la determinación del *dies a quo* a los que ya se ha hecho referencia, en la previsión legal de la posibilidad de detener en ciertos casos de forma temporal el cómputo de los plazos y reanudarlo posteriormente, como alternativa frente al efecto de reinicio del cómputo característico de la interrupción.

Sin perjuicio del alcance que quepa reconocer al acuerdo de las partes en orden a la suspensión de los plazos²⁴⁷, el Fuero Nuevo relaciona las causas legales de suspensión en su Ley 36. Esta norma se ha visto afectada, con posterioridad a la reforma de 2019, por la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos²⁴⁸, recogiendo actualmente ocho circunstancias que detienen temporalmente el cómputo de un plazo o, lo que puede resultar asimilado a la suspensión de un plazo ya comenzado, posponen su inicio. El catálogo de causas de suspensión debe considerarse taxativo.

Cabe destacar que la suspensión que la Ley 36 incorpora al régimen legal de la prescripción extintiva se extiende a la caducidad en virtud de la Ley 41²⁴⁹. En ambos casos, el efecto suspensivo se producirá cuando se den los supuestos siguientes:

- a) La solicitud de beneficio de asistencia jurídica gratuita.

Tal iniciativa suspenderá el cómputo del plazo en curso desde su presentación y hasta la designación definitiva de abogado y pro-

²⁴⁷ Admiten tal posibilidad UREÑA MARTÍNEZ, 1997, pp. 243 y ss. y OROZCO PARDO, 1995, p. 128.

²⁴⁸ Dicha Ley Foral reformó una treintena de preceptos del Fuero Nuevo, y ha derogado la Ley 227.

²⁴⁹ Ley 41. «Suspensión. Los plazos de caducidad, una vez iniciados, no son susceptibles de interrupción pero sí deberán suspenderse, además de en los casos específicamente contemplados en otras leyes de la presente Compilación, en los mismos supuestos previstos para los plazos de prescripción en el párrafo segundo de la Ley 36».

curador; más precisamente, hasta la notificación de estas²⁵⁰. La admisión de esta causa de suspensión plantea, sin embargo, ciertas dudas en cuanto a su compatibilidad con lo dispuesto en el artículo 16.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Este precepto, en cuanto dictado al amparo de competencias exclusivas del Estado²⁵¹, apenas admitiría legislación autonómica en la materia, sin que la posibilidad prevista para el ámbito de la legislación procesal²⁵² parezca justificar un régimen especial en este caso.

b) La sustanciación de diligencias preliminares u otros actos preparatorios semejantes e imprescindibles para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, y la tramitación de reclamaciones administrativas previas que resulten preceptivas.

En ambos casos, como puede comprobarse, el efecto suspensivo se deriva de su carácter necesario o preceptivo, que impide al titular evitar tales actos o procedimientos. Por lo que respecta a las diligencias preliminares, la consideración como causa de suspensión en la Ley 36 FN se aleja de la jurisprudencia dominante, que defiende su asimilación al ejercicio de la acción y, con ello, su efecto interruptivo²⁵³.

En relación con la reclamación administrativa previa, la asignación de eficacia suspensiva reitera la tendencia que se acaba de referir al abandonar su valoración como causa de interrupción de los plazos de prescripción. En cualquier caso, aquel efecto se limita igualmente a los casos en que la reclamación previa resulte *preceptiva*²⁵⁴.

Es claro que la opción acogida por el Fuero Nuevo resulta menos favorable al titular en caso de ejercitar una acción sometida a un plazo de prescripción extintiva, plazo que quedará así pendiente de reanudación y no ya de reinicio; aunque, contrariamente, será más favorable a ese mismo sujeto cuando su derecho se vea afectado por un plazo de caducidad que, por la vía de la suspensión, podrá extenderse más allá del término inicialmente previsto.

²⁵⁰ STS, Sala de lo Civil, 9 abril 2024 (Roj: STS 1823/2024), ponente M. A. Parra Lucán.

²⁵¹ V. Disposición adicional 1.ª de la Ley 1/1996.

²⁵² Las «necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.6.ª CE).

²⁵³ V. por todas, STS, Sala de lo civil, 10 junio 2020 (Roj: 2200/2020), ponente J. L. Seoane Spiegelberg.

²⁵⁴ La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas eliminó tal trámite en las vías civil y laboral, por su escasa utilidad práctica.

c) La falta de representación legal de los titulares menores de edad, o la falta del apoyo necesario en el caso de titulares con discapacidad.

Estas causas legales de suspensión entroncan con los supuestos típicamente aludidos con el aforismo *contra non valentem agere non currit praescriptio* y, a través de él, con una visión de la institución de la prescripción extintiva como sanción a la inactividad del titular afectado²⁵⁵. Al tratarse de titulares que, necesitando apoyo o representación legal para el ejercicio de sus derechos, carecen de aquellos, se justifica paralizar el cómputo del plazo durante el tiempo en que esa situación persista.

El carácter suspensivo de los plazos de las situaciones indicadas no se ha visto acompañado de ninguna medida adicional que, por ejemplo, garantice siempre un periodo de tiempo mínimo subsistente una vez se proporciona al titular el apoyo o la representación legal que precise²⁵⁶. De esta forma, si la necesidad de tales medidas (en particular, en los supuestos de discapacidad) se materializa en fechas ya cercanas al final del plazo, cuando aquellas se establezcan se dispondrá solo del tiempo aún pendiente, sea cual sea; la alternativa de la reclamación extrajudicial compensará tal efecto, garantizando una mejor gestión de los intereses en juego, únicamente para el caso de los plazos de prescripción extintiva.

d) La constancia formal del inicio de un proceso de mediación.

Entre los procedimientos de resolución alternativa de conflictos, la mediación es la única que, en Navarra, incide en los plazos, también de caducidad, suspendiendo su cómputo. Como la misma Ley 36 FN dispone, la presentación de una solicitud de conciliación y el inicio del procedimiento arbitral tienen efecto interruptivo de la prescripción extintiva.

Frente al artículo 4 de la Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LMACM), que anuda el efecto suspensivo a la constancia de la recepción de la *solicitud* por el mediador o el depósito ante la institución de mediación, en su caso, la Ley 36 FN opta por vincularlo a la constancia formal del *inicio* del proceso que, en virtud del artículo 19 LMACM, se produce con la sesión constitutiva en la que las partes declaran aceptar la mediación y asumir sus consecuencias.

²⁵⁵ DEL OLMO GARCÍA, 2014, p. 401.

²⁵⁶ Así, por ejemplo, artículo 210 BGB; artículo 14:305-1 PECL; artículo III.-7:305 DCFR.

El matiz puede implicar consecuencias de interés, en tanto cabe pensar en la posibilidad de una solicitud de mediación que no venga seguida del inicio del proceso, supuesto que quedaría fuera de la norma navarra.

e) La falta de designación de defensor judicial del patrimonio hereditario.

Esta circunstancia suspende los plazos de prescripción o caducidad de derechos y acciones que se vayan a ejercitar frente al patrimonio hereditario, pero no los que pudieran ejercitarse en favor de este.

f) La fuerza mayor.

En cualquier otro caso en el que el titular de la acción o el derecho no pueda ejercitarlos a causa de circunstancias ajenas a su control²⁵⁷, se entenderán igualmente suspendidos los plazos de prescripción o caducidad, que se reanudarán cuando tales impedimentos desaparezcan²⁵⁸.

El Fuero Nuevo no ha limitado este efecto, como ocurre en otros textos u ordenamientos, a que la imposibilidad de accionar afecte al titular en un cierto periodo al final de los plazos que frecuentemente se concreta en seis meses²⁵⁹: así, por ejemplo, en el Código civil catalán (art. 121-15), o en la Propuesta de Código civil de la APDC (art. 614-2). La imposición de un límite temporal como el indicado implica considerar que, cuando el impedimento no afecta al titular en ese periodo final del plazo, aquel ha podido disponer de tiempo suficiente para defender sus intereses.

En el caso de los plazos de caducidad, la eficacia de la suspensión por fuerza mayor no solo será efectiva en cualquier momento a lo largo de aquellos, sino que no encuentra además el límite que sí está previsto para los plazos de prescripción extintiva con el plazo máximo de la Ley 23 FN²⁶⁰.

²⁵⁷ El Fuero Nuevo no desarrolla el concepto de fuerza mayor, por lo que habrá que interpretarlo a la luz de la jurisprudencia en torno al artículo 1105 CC.

²⁵⁸ Un ejemplo de suspensión de plazos por causa de fuerza mayor se recoge en la Ley 257 FN (inventario en el usufructo de viudedad).

²⁵⁹ Periodo que algunos denominan «periodo final de seguridad»: GÓMEZ CORRALIZA, 1990, pp. 238-245.

²⁶⁰ V. *supra* 2.1.2.

6. OTRAS MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LA CADUCIDAD

6.1 Las acciones imprescriptibles

Según la derogada Ley 26 FN, «[t]odas las acciones que no sean imprescriptibles por declaración de la Ley, prescribirán en los plazos que se establecen en el presente título». La norma obligaba, en consecuencia, a determinar *legalmente* qué acciones tenían ese carácter, debiendo concluirse que, en otro caso, una acción para la que ni se señalara plazo alguno ni se declarase expresamente por Ley su imprescriptibilidad, *prescribía* conforme a lo dispuesto en la Ley 39 FN(1973), norma que disponía un plazo general de prescripción de treinta años.

La doctrina científica, sin embargo, ha venido poniendo siempre de relieve la imprecisión de tal fórmula si quería entenderse en un sentido estrictamente literal. Y lo ha hecho indirectamente recordando que, además de las acciones imprescriptibles por aplicación del criterio de la anterior Ley 26 FN (esto es, por expresa indicación legal²⁶¹), hay otras que lo eran igualmente *per se*, conforme a la jurisprudencia en la materia²⁶².

Tal –acertada– interpretación ha sido incorporada al Fuero Nuevo²⁶³, al declarar ahora su Ley 23 que prescriben todas las acciones que no sean imprescriptibles «por su naturaleza o por declaración de la Ley». Serían, así, imprescriptibles *por su naturaleza* las acciones de carácter extrapatrimonial, las meramente declarativas y las derivadas de simples facultades²⁶⁴.

Ex lege, son acciones imprescriptibles las recogidas en la Ley 37 FN, que mantiene todos los supuestos antes contenidos en la derogada Ley 41 FN («las acciones de estado civil que no tengan establecido plazo para su ejercicio»: Ley 37.1; «la acción declarativa de la cualidad de heredero»: Ley 37.2; y «las acciones divisorias de los comuneros y de los coherederos y las de deslinde, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva de los bienes afectados»: Ley 37.4), e incorporando otros tres supuestos:

²⁶¹ Según la Ley 41 FN(1973), las acciones de estado civil sin plazo para su ejercicio, la declarativa de la cualidad de heredero, las divisorias de los comuneros y de los coherederos y las de deslinde, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva de los bienes afectados.

²⁶² Entre otros, CORDÓN MORENO, 2008, p. 81.

²⁶³ Explica la Exposición de Motivos de la Ley Foral 21/2019 (punto 4) que «se incluyen aquellas acciones que jurisprudencia consolidada ha declarado imprescriptibles».

²⁶⁴ Así, DE PABLO CONTRERAS, 1990, pp. 586-587. V. STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 8 octubre 1997 (Roj: STSJ NA 1408/1997, ponente F. J. Fernández Urzainqui).

a) La acción meramente declarativa del dominio (Ley 37.3 FN).

Las acciones declarativas no prescriben siempre que, como puntualiza Cordón Moreno, «se trate de una verdadera acción declarativa autónoma y exigente de un pronunciamiento diferenciado, no de una petición que constituya un simple *prius* del pronunciamiento condenatorio que se pretende»²⁶⁵. Probablemente se relaciona con este matiz la referencia que recoge el precepto a que la acción sea la *meramente* declarativa del dominio.

La razón de la imprescriptibilidad de las acciones declarativas está en que tales acciones no pretenden obtener de otro un hacer, un no hacer o un tolerar exigible en razón de la titularidad de un derecho de la parte demandante. Afirmaba en este sentido De Castro que las acciones meramente declarativas «no están comprendidas dentro de (*sic*) sentido estricto de acción (“*actio*”) empleado por los artículos 1.930, 1.932 y 1.961»²⁶⁶. En términos más actuales, se ha afirmado que dichas acciones no prescriben por cuanto en ellas no existe realmente ninguna *pretensión*²⁶⁷, al tratarse de una mera facultad del titular²⁶⁸.

Desde este punto de vista, la razón de la imprescriptibilidad de la acción prevista en la Ley 37.3 FN –declarativa del dominio– es la misma que sustenta la inclusión en esta ley de la acción recogida en el punto anterior de la propia norma (acción declarativa de la cualidad de heredero), y de la que se incorpora en el punto siguiente (nulidad radical).

Por otra vía, la STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 10 noviembre 2014²⁶⁹, había llegado a idéntica conclusión (imprescriptibilidad de la acción declarativa de dominio) recordando que la Ley 39 b) FN(1973) «no encaja en el concepto de prescripción extintiva, de tal modo que las acciones reales que no tienen establecido plazo especial, como la declarativa que estudiamos, no prescriben en sentido estricto, si bien el demandado puede oponer, más que la prescripción de la acción, su usucapión ajustada a las exigencias de la Ley 357 FN.»

²⁶⁵ CORDÓN MORENO, 2008, p. 82.

²⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO, 1976, p. 150.

²⁶⁷ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, p. 244.

²⁶⁸ PUIG BLANES, 2001, p. 70.

²⁶⁹ Roj: STSJ NA 434/2014, ponente A. Otero Pedrouzo.

b) La acción de nulidad radical de un acto o contrato (Ley 37.5 FN).

La incorporación de una referencia expresa al supuesto de la acción de nulidad radical o absoluta de un acto o contrato no parece necesaria, a la vista de lo explicado en líneas precedentes, desde el momento en que aquella es una acción de carácter meramente declarativo y, por ello, carente de una verdadera *pretensión* que justifique la limitación temporal que implica la institución de la prescripción extintiva.

De todas formas, a pesar de no ser necesaria, la expresa mención de la acción de nulidad puede quizá resultar conveniente al objeto de diferenciar su régimen del de la acción de anulación, esta sí sometida a plazo, y concretamente en Navarra de *prescripción* como explica la Ley 31 FN, precepto que se mantiene en la línea de la derogada Ley 34 pero con un contenido ahora más preciso²⁷⁰.

En suma, la acción de nulidad radical no queda sometida a plazo alguno, mientras que la de anulación de un acto o contrato queda sometida a un plazo de prescripción de cuatro años, a contar según los criterios que se especifican en la Ley 31. II FN para los vicios del consentimiento²⁷¹ y, para el resto de los casos, en la Ley 23 FN²⁷².

Por otra parte, hay que convenir con la doctrina civilista española hoy dominante que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad radical no se extiende a las que pretendan la recomposición de la situación previa a la existencia del negocio absolutamente nulo; acciones que, en cuanto a su prescripción o caducidad, quedarán sometidas al régimen que les corresponda²⁷³.

²⁷⁰ Sobre la prescriptibilidad de la acción de anulación v. STSJ Na, Sala de lo civil y penal, 8 septiembre 2014 (Roj: STSJ NA 286/2014, ponente M. A. Abárzuza Gil).

²⁷¹ El plazo se computará «desde el momento en que cesó la violencia o intimidación o desde que quien prestó el consentimiento viciado tuvo conocimiento del error o el dolo».

²⁷² Salvo disposición legal en otro sentido (la Ley 31 es una de ellas), el criterio general de la Ley 23 FN dispone que cualesquiera plazos de prescripción «se contarán, una vez que las acciones puedan ser ejercitadas, desde que su titular conozca o haya podido razonablemente conocer los hechos que la fundamentan y la persona contra la que deba dirigirse».

²⁷³ Como ya concluía ESPÍN CÁNOVAS hace más de medio siglo (1970, p. 541), «mientras la acción de nulidad es puramente declarativa, la de repetición es una acción de condena» (resaltado original). La cuestión ha adquirido un especial interés a propósito de las demandas de nulidad de cláusulas y reclamaciones de gastos en préstamos hipotecarios: v. MARÍN LÓPEZ, 2024, p. 60.

V. SSAP Na (Sección 3.ª) 24 noviembre 2023 (Roj: SAP NA 1288/2023), ponente D. Rodríguez Antúnez; y 25 abril 2023 (Roj: SAP NA 90/2023), ponente E. J. Écharandio Herrera. Por su parte, añade DE CASTRO Y BRAVO (1976, p. 150) que la prescripción de las acciones restitutorias «puede a su vez ser obstáculo para el ejercicio de las acciones declarativas, cuando ellas sean el interés que puede justificar su ejercicio».

Debe considerarse igualmente imprescriptible, con la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias para el Derecho común, la acción de simulación –absoluta o relativa– en la medida en que pretende la declaración de inexistencia del contrato simulado²⁷⁴.

c) Las acciones que pretenden el cumplimiento de la obligación contraída de elevar a público un contrato otorgado en documento privado (Ley 37.6 FN).

La imprescriptibilidad de este tipo de acciones deriva de la consideración del derecho a exigir la elevación del contrato a escritura pública (art. 1279 CC) como mera facultad, lo que –afirmaba De Castro– ya aplicaba la jurisprudencia española en la segunda mitad del pasado siglo²⁷⁵. La evocación del principio *in facultativis non datur praescriptio*, como explica Cavanillas Múgica, ha sido el expediente que ha permitido a la jurisprudencia excluir aquel precepto del Código civil de la aplicación del artículo 1964²⁷⁶.

Sin embargo, como ha tenido ocasión de matizar el Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala de lo civil, 7 julio 2017²⁷⁷, con cita de jurisprudencia anterior, «[q]ue la facultad de elevar a público un contrato otorgado en documento privado no tenga fijado un plazo de prescripción no implica que pueda ejercitarse de forma ilimitada en cualquier circunstancia y con cualquier propósito. Con independencia del tiempo transcurrido desde el otorgamiento del documento privado, para admitir el ejercicio de la facultad de elevarlo a público hay que atender a otros datos». En el caso, se confirma el rechazo de la demanda en cuanto a la elevación a público de ciertos documentos privados, a pesar de la imprescriptibilidad de la pretensión. Conforme a la doctrina que el Tribunal Supremo ratifica en esta sentencia, la estimación de una demanda con ese objetivo depende de la valoración de dos circunstancias:

«En primer lugar, resulta obvio que no puede ampararse el ejercicio de la facultad de elevar a público un contrato celebrado en documento privado cuando el contrato no se ha cumplido y las pretensiones dirigidas al ejercicio de los derechos relativos al cumplimiento de sus prestaciones hayan prescrito. En tal caso, mediante la elevación a público se estaría otorgando eficacia a unas obligaciones que ya no son exigibles.

En segundo lugar, y por el contrario, el cumplimiento íntegro de un contrato otorgado en documento privado no excluye que exista un interés legítimo en elevarlo a documento público, dados

²⁷⁴ STS, Sala de lo civil, 9 junio 2020 (Roj: STS 1590/2020, ponente J. L. Seoane Spiegelberg).

²⁷⁵ DE CASTRO Y BRAVO, 1976, p. 150.

²⁷⁶ CAVANILLAS MÚGICA, 2013, p. 13281.

²⁷⁷ Roj: STS 2723/2017, ponente M. A. Parra Lucan.

los efectos reforzados que el ordenamiento atribuye a la forma pública, de acuerdo con el principio constitucional de seguridad jurídica. Pero, en atención también a razones de seguridad jurídica, no es exigible la elevación a público de un contrato celebrado en documento privado cuando, contra la realidad fáctica y jurídica actual, el ejercicio de tal facultad persigue modificar los derechos adquiridos y consolidados de forma inatacable por terceros y que proceden de hechos, actos y negocios realizados con posterioridad al cumplimiento de dicho contrato.»

Por último, la referencia de la Ley 37.6 FN al contrato *otorgado* en documento privado permite entender que la norma contempla el supuesto elevación a público de un contrato ya perfeccionado, lo que no se da en los supuestos de la Ley 17. II FN²⁷⁸.

d) Otras acciones imprescriptibles.

La relación de acciones imprescriptibles que contiene la Ley 37 FN no es, sin embargo, taxativa, en cuanto pueden encontrarse en la propia Compilación otros casos que lo son igualmente *por declaración de la ley*. Así, por ejemplo, la Ley 57.a) FN dispone que la acción de declaración de la filiación se puede ejercitar «en cualquier tiempo» cuando se trata de la filiación matrimonial – apartado a)– y, en el caso de la no matrimonial, cuando se ejercite por quien tenga un interés lícito y directo y hubiese posesión de estado – apartado b)–; la Ley 79. VI FN exceptúa del régimen de los actos realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro – que, en principio, quedan sometidos al plazo de prescripción de cuatro años–, las disposiciones de bienes comunes a título gratuito, «que podrán ser impugnadas en cualquier momento», consecuencia a la que se llegaría también a través de la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad absoluta de un acto o contrato que ya contiene la Ley 37.5 FN²⁷⁹; la Ley 169 FN admite la imprescriptibilidad de la revocación de las donaciones *mortis causa*; la Ley 374 hace lo propio con la divisibilidad de la comunidad *pro indiviso*; y

²⁷⁸ Ley 17. II FN: «No obstante, los actos o contratos para los que la ley no exija una forma determinada pero esta se hubiere convenido expresamente no se considerarán perfeccionados sin el cumplimiento de dicha forma. Cuando se trate de un acto que usualmente revista una forma determinada, se presumirá que las partes han querido supeditar la perfección del acto al cumplimiento de la misma.»

²⁷⁹ V. en sentido similar el artículo 261-12.3 PCC-APDC: «Los actos de disposición a título gratuito realizados sobre la vivienda habitual o el mobiliario de uso familiar común, que no cuenten con el consentimiento o asentimiento requerido en el apartado 1 son nulos, y la nulidad puede ser declarada a instancia de cualquier persona con interés legítimo, siendo la acción imprescriptible.»

la Ley 458 excluye la caducidad del derecho de retracto gentilicio cuando la enajenación se hubiere ocultado maliciosamente²⁸⁰.

Además de lo anterior, procede, por una parte, reiterar que las acciones reales sin plazo especial resultan imprescriptibles, por más que la Ley 39 antes de la reforma y, en el mismo sentido, la actual Ley 35 FN, expliquen el efecto de la *usucapión incompatible contraria* a través del supuesto efecto *prescriptivo* que tendría la alegación del poseedor demandado de haber usucapido el derecho; y, por otra, apuntar que existe una acción imprescriptible en el sentido que se acaba de indicar y que, sin embargo, ha quedado indebidamente anclada a la Ley 34 FN, que declara referirse solo a pretensiones *prescriptibles* («Remisión a otras leyes de prescripción»).

Conforme a esta norma, que recoge el contenido de la anterior Ley 38 FN(1973) con algunas variaciones, las acciones que se relacionan en ella prescriben en los plazos establecidos en las leyes que se indican. Tanto el texto vigente como el derogado incluyen entre aquellas la acción de petición de herencia, con la pertinente remisión a la Ley 324 (la misma en ambos textos), que la regula. Pero, a diferencia de su redacción anterior, que disponía para dicha acción un plazo de prescripción de treinta años²⁸¹, en la redacción vigente tras la reforma la Ley 324 dispone que «[l]a acción de petición de herencia sólo prescribe a consecuencia de la usucapión con la que resulte incompatible», reiterando así el criterio general que establece, para las acciones reales sin plazo especial, la Ley 35 FN²⁸². En tanto tal acción, entonces, propiamente no prescribe, tampoco se ve sometida al plazo máximo tricenal de prescripción, ni plantea problemas de renuncia²⁸³.

6.2 La reducción y el acortamiento de los plazos

Aparte de los cambios indicados, la Ley Foral 21/2019 ha optado por reducir el catálogo de plazos de prescripción aplicables que, salvo excepciones²⁸⁴, se limitan a los de uno, cinco y

²⁸⁰ «[E]n cuyo caso», dice la Ley 458.3 FN, «no caducará la acción, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva».

²⁸¹ El plazo era coincidente con el que la jurisprudencia entendía aplicable a esa acción en el ámbito del Código civil: STS, Sala de lo civil, 27 noviembre 1992 (Roj: STS 8700/1992, ponente L. Martínez-Calcerrada Gómez).

²⁸² Se confirma por tanto el carácter real de la acción, lo que ha planteado dudas a la doctrina: v., por todos, DE CASTRO Y BRAVO, 1976, pp. 155-156.

²⁸³ Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, 2020, 255.

²⁸⁴ Así, por ejemplo, el de veinte años de la acción hipotecaria (Ley 27 FN, idéntica a la anterior Ley 30), o el de cuatro años de las acciones de anulabilidad y de rescisión que no se deban a lesión enorme o enormísima (Leyes 30 y 31 FN).

diez años, e igualmente ha introducido, en conjunto, un cierto acortamiento de los plazos antes vigentes²⁸⁵. Se sigue con ello también en este aspecto la tendencia ya apuntada por las reformas del BGB en 2002²⁸⁶, y del Código francés en 2008²⁸⁷, así como en el DCFR²⁸⁸.

La conveniencia de un acortamiento de los plazos en su conjunto se ha puesto indirectamente de manifiesto, sobre todo en el ámbito del Derecho común, a través de la invocación de la *doctrina jurisprudencial del retraso desleal* en el ejercicio de un derecho. Como es sabido, con tal doctrina la jurisprudencia abrió una vía para desactivar las reclamaciones formuladas por quien, dado el tiempo transcurrido aun dentro todavía del plazo aplicable, había generado en el potencial demandado la convicción de que tal reclamación no llegaría a producirse; aunque el Tribunal Supremo no ha dejado de ocuparse de sus límites, y la doctrina científica ha recordado que solo debe admitirse con carácter extraordinario²⁸⁹. Es de suponer que, tratándose de acciones o derechos sometidos a plazos no excesivamente extensos, no será necesario que el Tribunal Supremo recuerde que:

«Para la apreciación del retraso desleal, la actuación de la parte debe ser anterior al término del plazo de prescripción legalmente previsto y, además de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, requiere una objetiva deslealtad respecto de la confianza suscitada en el deudor de la no reclamación del derecho de crédito (sentencias 300/2012, de 15 de junio, 530/2016, de 13 septiembre, y 148/2017, de 2 de marzo). De tal manera que para que se pueda estimar la existencia de retraso desleal en el ejercicio de un derecho deben concurrir los presupuestos siguientes: (i) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho, aunque necesaria-

²⁸⁵ Como excepción a esa tendencia, la reforma ha ampliado tres de ellos. Además de la conversión en imprescriptible de la acción de petición de herencia, se ha ampliado, por una parte, el plazo de la acción redhibitoria que queda igualado al de la *quantum minoris*, ambas ahora con el plazo de un año vigente antes solo para esta segunda (Ley 32 FN). Y, por otra parte, se amplía asimismo el plazo de prescripción de las acciones para exigir deudas por servicios profesionales prestados y géneros o animales vendidos por un comerciante a quien no lo sea, que pasa de los anteriores tres años a cinco (Ley 25 FN).

²⁸⁶ CAÑIZARES LASO, 2003, pp. 414 y ss. Aunque, como explica ALBIEZ DOHRMANN, en este cuerpo legal se ha optado (en la prescripción de las acciones personales, sean o no contractuales) por un plazo único de tres años con ciertas salvedades (2002, p. 1154): v. § 195 BGB.

²⁸⁷ MALAURIE, 2005, p. 171. El plazo de referencia, tras las diversas opciones que se barajaron en su momento, es finalmente el de cinco años. V. al respecto PICOD, 2009, pp. 10-11.

²⁸⁸ Se promueve con ello «que las demandas se presenten rápidamente, antes de que las pruebas sean caducas y costosas de conseguir, así como que se liberen activos que de otro modo podrían retenerse alegando que todavía podrían ser objeto de reclamación»: JEREZ DELGADO, 2015, p. 64.

²⁸⁹ V. CAVANILLAS MÚGICA, 2013, pp. 13299-13300.

mente ejercitado dentro de plazo prescriptivo o de caducidad de la acción; (ii) la omisión de dicho ejercicio; (iii) la creación de una confianza legítima en la otra parte en que no se va a ejercitar la reclamación; y (iv) una conducta del titular del derecho/ acreedor que puede ser calificada como permisiva de la actuación de la otra parte, o que suponga una clara e inequívoca renuncia de su derecho.»²⁹⁰

Por otra parte, la opción por la reducción de la variedad de plazos es compartida con carácter general en todos los sistemas y ordenamientos, que han venido acusando la desmedida proliferación de plazos especiales de prescripción dentro y fuera de los códigos civiles²⁹¹.

Con todo, siendo en general plausible la línea seguida en este aspecto por la reforma de la Compilación navarra, no resulta comprensible la opción por mantener el plazo anual de la acción de responsabilidad extracontractual (antes en la Ley 488 FN); plazo que, tras la reforma (Ley 507, por remisión de la Ley 34.4), coincide con el atribuido a acciones como las de filiación o de retracto; todas ellas, como es obvio, con características muy distintas.

Por lo que respecta a la acción de responsabilidad aquiliana, es prácticamente unánime la opinión de que dicho plazo, coincidente como es sobradamente conocido con el del artículo 1968 CC, adolece de una excesiva brevedad²⁹². En el ámbito del Código Civil, García Cantero, citando a Díez-Picazo, recuerda que nunca se ha explicado suficientemente la razón del «drástico acortamiento» que se introdujo en dicho plazo con el citado artículo. Hace un cuarto de siglo, afirmaba aquel autor que dicho plazo anual «está pidiendo a gritos su revisión»²⁹³ y, efectivamente, apenas pueden encontrarse ordenamientos que lo defiendan actualmente²⁹⁴. Ello, junto a los indicios que representan la PCC-APDC respecto del Código Civil vigente (ampliando dicho plazo a tres años²⁹⁵), o el CCCat (que dispone este mismo plazo²⁹⁶), debería haber inspirado al legislador navarro para atender lo que parece indudable que constituye una demanda general de los operadores jurídicos.

²⁹⁰ STS, Sala de lo civil, 18 enero 2024 (Roj: STS 161/2024), ponente P. J. Vela Torres.

²⁹¹ Por todos, de cara a una reforma del Código civil, CAÑIZARES LASO, 2018, p. 91.

²⁹² SAP Na (Sección 3.ª) 13 julio 2022 (Roj: SAP NA 876/2022, ponente, E. J. Echarandio Herrera).

²⁹³ GARCÍA CANTERO, 1995, p. 34.

²⁹⁴ Últimamente, Suiza ha abandonado también el plazo anual en favor del trienal en la reforma aprobada por Ley de 15 de junio de 2018, que entró en vigor el 1 de enero de 2020. Sobre el alcance de la reforma, MÜLLER; SCHALLER, 2019, pp. 75-105.

²⁹⁵ Esto es, al plazo general del artículo 612-1.

²⁹⁶ Art. 121-21 CCCat.

Ciertamente, al haber optado el legislador navarro por plazos de uno, cinco y diez años, la alternativa razonable para la acción de responsabilidad aquiliana, dentro de esas opciones, hubiera sido la del plazo quinquenal, que posiblemente se considerara excesivo. En cualquier caso, por una parte, nada impedía al legislador atribuir otros plazos a determinadas acciones, como ha hecho en algún caso²⁹⁷. Por otra, la opción por el plazo quinquenal tampoco carece de precedentes, siendo el plazo aplicable a tales acciones en Francia tras la reforma de 2008²⁹⁸, e igualmente en Bélgica²⁹⁹. En Navarra, este plazo (propio de las acciones personales sin plazo específico) es tras la reforma el aplicable a la acción de responsabilidad contractual, y pudiera haber servido para unificar los plazos de ambas acciones (de responsabilidad contractual y aquiliana). Tal medida habría permitido evitar al menos parte de las consecuencias de la distorsionadora dualidad actual, de las que es buena prueba la jurisprudencia³⁰⁰, obligada con excesiva frecuencia a lidiar con las doctrinas de la yuxtaposición de responsabilidades y la unidad de la culpa civil, los problemas de incongruencia e indefensión derivados del principio *iura novit curia*, la delimitación de la *causa petendi*, etc.

La unificación de los plazos de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual se ha defendido ya para el ámbito del Código Civil, por ejemplo, en la *Propuesta para la reforma de la prescripción y la caducidad* de la Sección primera de la Comisión General de Codificación, al objeto de resolver uno de los puntos más conflictivos del sistema vigente y evitar la litigiosidad que genera desde hace años. En la doctrina, autores como Rivero Hernández y Marín López³⁰¹, por citar solo a algunos, admiten igualmente para el Derecho civil común que nada impide procurar, en la línea de otros ordenamientos y textos³⁰², aquella unificación³⁰³.

²⁹⁷ Se mantiene, por ejemplo, el plazo de cuatro años para las acciones de impugnación de ciertos actos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro (Ley 79 FN).

²⁹⁸ Art. 2224 CCFr.

²⁹⁹ Art. 2262 bis CCBelg.

³⁰⁰ Por todas, STS, Sala de lo civil, 6 junio 2019 (Roj: STS 1949/2019, ponente E. Baena Ruiz).

³⁰¹ RIVERO HERNÁNDEZ, 2002, p. 184; MARÍN LÓPEZ, 2014, p. 200.

³⁰² V., sobre el DCFR, sus artículos I.-1:101 (*Intended field of application*) y III.-1:101 (*Scope of the Book*), y VON BAR *et al.*, 2009, p. 90. Al respecto afirma DE ANGEL YÁGÜEZ (2014, p. 35) que «los criterios del DCFR han diluido el significado práctico del problema de la *concurrentia de acciones*. Donde el Derecho de contratos y el de la responsabilidad extracontractual se superponen, únicamente se distinguen la una de la otra en extremos marginales».

³⁰³ Existe también una línea doctrinal contraria a la unificación del régimen jurídico de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual, aunque posiblemente minoritaria. Entre los autores, PEÑA LÓPEZ, 2012, p. 9.

Considero por ello muy acertadas las afirmaciones recogidas en la Exposición de Motivos de la PCC-APDC a este respecto:

«Al menos en lo que se refiere al derecho de obligaciones, no hay criterios que fundamenten la existencia de distintos plazos de prescripción para las distintas acciones. No hay razones para que las pretensiones de cumplimiento de una obligación (v. gr., entrega de la cosa debida, reparación o sustitución) tengan un plazo distinto a la pretensión de daños, de cobro de lo indebido o de enriquecimiento injusto. Además, con un plazo único se evita la tentación de que doctrina y jurisprudencia fueren los conceptos para conseguir que una pretensión, cuyo plazo de prescripción ha transcurrido, tenga cabida en otra pretensión de otra naturaleza que tiene un plazo prescriptivo más extenso que todavía no ha concluido».

Por último, cabía también la posibilidad, al menos, de haber asignado el plazo decenal a las acciones de responsabilidad civil en las que concurren especiales circunstancias. No es infrecuente que se considere a estos efectos –para la aplicación de un plazo prescriptivo más extenso– la existencia de daños en bienes de la personalidad, daños al medioambiente, daños causados con violencia o torturas, etc.; o la especial vulnerabilidad del perjudicado³⁰⁴.

6.3 La alteración convencional de los plazos legales de prescripción

La reforma del Fuero Nuevo ha alterado, en cuanto a la posibilidad de modificar convencionalmente la duración de los plazos de prescripción, el sistema anterior claramente contrario a la admisión de pactos con ese contenido³⁰⁵. Se da con ello cabida a la voluntad de los interesados en un cambio, sin duda, acertado y coherente con el replanteamiento que experimenta la institución. De hecho, la derogada Ley 27 FN era, en este aspecto y en cuanto norma prohibitiva, un límite al principio *paramiento ley vienze*, y uno de los muy escasos preceptos imperativos de la Compilación navarra; excepcionalidad que no parecía justificada a la vista de la materia contemplada en ella³⁰⁶. En el ámbito del Código Civil, y a pesar

³⁰⁴ Así, conforme a los artículos 2226 y 2226-1 CCFr. el plazo se eleva de cinco a diez años para los casos de daños corporales y de daños ecológicos; y hasta veinte años «en cas de préjudice causé par des tortures ou des actes de barbarie, ou par des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur». En esta línea, igualmente, el Derecho suizo tras la reforma que entró en vigor el 1 de enero de 2020.

³⁰⁵ Tampoco permiten pacto alguno que modifique el régimen legal de la prescripción, el Código italiano (art. 2936), ni el portugués (art. 300).

³⁰⁶ De hecho, ARREGUI GIL (1993, pp. 153-154) había considerado que la declaración de la derogada Ley 27 FN, negando eficacia a los pactos sobre los plazos legales de prescripción, resultaba «un poco simplista», en tanto una cosa es querer asegurar un límite

del silencio legal, la doctrina mayoritaria no se opone a la validez de los pactos sobre la duración³⁰⁷, si bien no deja de advertir acerca de los peligros de una admisión incontrolada de tal posibilidad, que podría utilizarse para desvirtuar el propio régimen de la prescripción.

La mera desaparición en el Fuero Nuevo de la prohibición de «los convenios o disposiciones destinados a modificar los plazos legales de prescripción» deja ahora abiertas algunas dudas sobre las conductas permitidas.

Obviamente, parece que cabe extender o acortar libremente los plazos de prescripción establecidos legalmente, siempre que el convenio o la disposición respete tanto los requisitos generales exigibles para la validez de todo pacto o declaración de voluntad como los fundamentos de la propia institución jurídica a la que afecten. En este sentido, debe recordarse que el acuerdo tendente a la ampliación del plazo queda con la reforma desprovisto del riesgo —que venía justificando su rechazo y las prevenciones doctrinales frente al mismo— de convertir *de facto* en imprescriptibles acciones que no deben serlo; riesgo, se insiste, anulado en la actualidad al incorporar la Ley Foral 21/2019 en el sistema, de manera simultánea a la posibilidad de pacto, un plazo máximo que extingue la pretensión en todo caso. De esta forma, ningún pacto podrá en ningún caso conseguir que, conforme al Derecho navarro, el plazo de prescripción de una acción se prolongue más allá de los treinta años³⁰⁸.

No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto de la posibilidad de reducir los plazos legales, esta no condicionada por límite expreso alguno que quizá podría haberse pensado en establecer. De hecho, en los sistemas que admiten el pacto sobre la duración de los plazos de prescripción es habitual establecer un límite mínimo, que suele fijarse en un año: tal es el acogido en Francia (art. 2254 CCFr), en el DCFR (art. III-7:601-2) y los PECL (art. 14:601-2), o en los PICC (art. 10.3-2). Por su parte, el CCCat acepta el acortamiento convencional del plazo siempre que no exceda de la mitad

al ejercicio de las acciones y otra impedir incluso su acortamiento convencional, que, precisamente, favorece la seguridad jurídica.

³⁰⁷ En contra, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2003, pp. 473-493. El APCM rechaza expresamente la modificación convencional de los plazos de prescripción, que son, por tanto, imperativos (art. 711-1), al igual que lo son las normas sobre prescripción de la LCTTM (art. 78).

³⁰⁸ Lo que coincide con el máximo admitido en el artículo 14:601-2 PECL. El artículo 2254 CCFr limita la posibilidad de ampliación de los plazos a una duración máxima de diez, si bien el plazo de preclusión en Francia es de veinte años (art. 2232). El CCCat admite tales pactos siempre que no excedan de la mitad o del doble del plazo legalmente establecido (art. 121-3).

del establecido legalmente (art. 121-3³⁰⁹), criterio que acoge también la PCC-APDC (art. 611-3). El BGB, por el contrario y en la línea de la Compilación navarra, tampoco condiciona la duración mínima del plazo resultante del convenio entre las partes³¹⁰.

Aparte de los pactos directamente encaminados a la alteración de los plazos, cabe preguntarse por la posibilidad de pactar sobre otros aspectos de la institución, como el *dies a quo* de un plazo o las causas de interrupción o suspensión. La reforma del Fuero Nuevo no resuelve expresamente tales cuestiones³¹¹, pero la modificación sobre el precepto derogado se ha dirigido a restringir ahora la prohibición a, únicamente, la renuncia anticipada o indefinida a la prescripción, lo que permite interpretar «a contrario», máxime con arreglo al principio *paramiento ley vienze*, que se admite el pacto en otros aspectos³¹². Numerosos ordenamientos jurídicos y textos regulan expresamente en la materia. Así, por ejemplo, el Código francés admite el pacto con algunas excepciones³¹³; los artículos III-7:601 DCFR y 14:601-1 PECL disponen que *the requirements for prescription* pueden ser modificados por acuerdo de las partes, y en el mismo sentido se interpreta el § 202 BGB³¹⁴; y el artículo 611-3 PCC-APDC admite que las partes pueden modificar convencionalmente las normas sobre prescripción³¹⁵. Por otra parte, el Código catalán solo ha querido permitir el pacto sobre

³⁰⁹ Paralelamente, conforme a los mismos preceptos de cada uno de los textos (CCCat y PCC-APDC) solo cabe pactar la ampliación del plazo legal hasta un máximo del doble de este. La propuesta de la APDC añade, sin embargo, que la posibilidad de pacto no puede aplicarse -en los contratos entre empresarios y consumidores- en perjuicio del consumidor.

³¹⁰ V. ZIMMERMANN, 2008, pp. 177-178. Salvando la incidencia que deba reconocerse a la normativa tuitiva de los consumidores, el autor considera que la autonomía de las partes «se vería severamente limitada, sin que además exista una buena razón para ello, si no se les permitiera pactar un plazo de seis meses o inferior».

³¹¹ Tampoco ha establecido condicionantes para la eficacia de los pactos admisibles de cara a su eficacia u oponibilidad frente a terceros. En este sentido se modificó la PCC-APDC (art. 611-3) incorporando la exigencia de que tales pactos, que el texto admite con mucha amplitud, consten en documento público: MARÍN, ARROYO, 2020, p. 3.

³¹² Tal prohibición se refiere exclusivamente a la prescripción. Por otra parte, la referencia a la renuncia «anticipada o indefinida» plantea también algunas dudas. Si los términos no son meramente reiterativos -aunque en tal caso lo procedente hubiera sido utilizar la conjunción y- ¿podría entonces admitirse una renuncia temporal? El CO la admite, con una duración máxima de 10 años en cada ocasión (art. 141.1).

³¹³ Art. 2254. II CCFr: «Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi». Las excepciones, explica el párrafo siguiente del mismo precepto se refieren en general a las acciones de reclamación de pagos que deben hacerse anualmente o en periodos más cortos.

³¹⁴ ZIMMERMANN, 2008, p. 178.

³¹⁵ Explican sus autores que siguen con ello la tendencia consolidada en los modelos comparados, si bien se incluye un límite para el caso de relaciones entre empresarios y consumidores, respecto de las cuales las normas sobre prescripción constituyen un mínimo, inderogable en perjuicio de los segundos: MARÍN LÓPEZ, ARROYO AMAYUELAS, VAQUER ALOY, 2015, p. 5.

duración de los plazos pero no sobre otros aspectos de la prescripción³¹⁶, por lo que se consideran inválidos los pactos destinados a alterar el carácter prescriptible o imprescriptible de una acción, o el régimen legal de la alegación, la interrupción, la suspensión o la renuncia de la prescripción; así como las reglas sobre cómputo de los plazos, entre otros³¹⁷.

Se mantienen en la Compilación navarra, como era imaginable, tanto la imposibilidad ya aludida de la renuncia anticipada a la prescripción futura (posibilidad que dinamitaría el propio sistema) como la contraria admisión de la que recaiga sobre las prescripciones *ganadas* (lo que debe entenderse en el sentido de que el plazo prescriptivo se haya cumplido³¹⁸), incorporando en este segundo caso el matiz de que tal renuncia no perjudicará los intereses de terceros, aun cuando se hallen vinculados solidariamente al renunciante.

7. DERECHO TRANSITORIO

Como era de esperar, la Ley Foral 21/2019 ha previsto un régimen de Derecho transitorio para la aplicación de las leyes sobre prescripción y caducidad. Conforme a la Disposición Transitoria Primera. *Plazos* (párrafo I³¹⁹):

«En todos aquellos supuestos en que el hecho que suponga su nacimiento sea anterior a la entrada en vigor de la presente ley foral, el cómputo de los plazos de las acciones objeto de regulación y modificación por la misma, se iniciará, en caso de ser nuevos o más cortos que los anteriores, o continuará, si son más largos, desde el día siguiente al de su entrada en vigor, sin que, en ningún caso, el plazo total pueda ser superior al previsto conforme a la legislación anterior.»

El texto presenta una redacción mejorable y resulta en cierta medida confuso³²⁰. Inicialmente es imprecisa la expresión «el hecho que suponga su nacimiento» que, a la vista de la frase en que se inserta, parece referirse a los *supuestos*, y este término, a su vez,

³¹⁶ Art. 121-3 CCCat: «Las normas sobre prescripción son de naturaleza imperativa. Sin embargo, las partes pueden pactar un acortamiento o un alargamiento del plazo no superiores, respectivamente, a la mitad o al doble del que está legalmente establecido, siempre y cuando el pacto no comporte indefensión de ninguna de las partes.»

³¹⁷ FERRER I RIBA, 2012, pp. 356-359.

³¹⁸ V. artículo 711-2.2 APCM: «Puede renunciarse a los efectos de la prescripción cuando el plazo previsto para ella se haya cumplido.»

³¹⁹ El párrafo II se dedica a los plazos de usucapión.

³²⁰ La redacción evoca la de la DT Única de la LF 9/2018, de 17 de mayo, de reforma de la Compilación de Derecho civil de Navarra en materia de filiación.

a los derechos o acciones sometidos a prescripción o caducidad tras la reforma. Una segunda opción permite considerar que el *nacimiento* se refiere al del *cómputo del plazo* al que la propia norma se refiere a continuación, esto es, al *dies a quo*, de forma que no sería la mera titularidad de un derecho la que determinase la aplicación del régimen anterior o nuevo en materia de prescripción, sino el hecho de encontrarse o no ya en curso un plazo prescriptivo. Esta segunda opción coincide con la interpretación dominante del artículo 1939 CC³²¹, pero presenta el inconveniente de no responder a uno de los casos previstos: el de que la reforma haya establecido un plazo *nuevo*. Entendido esto en el sentido de que la reforma hubiera declarado prescriptible o caducable un derecho o una acción antes no sometidos a plazo alguno, es impensable relacionar tal supuesto con el inicio de un plazo.

Con el indicado matiz, cuando el plazo ha comenzado antes de la entrada en vigor de la LF 21/2019, la norma distingue entre, por una parte, que la reforma introduzca uno más corto, y, por otra, que el plazo previsto por la Ley Foral citada sea más largo que el previamente vigente:

En el primer caso, el cómputo de los plazos ahora más breves se inició con la entrada en vigor de la reforma, aunque ya se encontraba en curso un plazo más largo anteriormente vigente. En esas circunstancias, debe tenerse en cuenta que en ningún caso el plazo total puede ser superior al derogado. Esto significa que, por ejemplo, si habían transcurrido siete de los diez años del plazo previo [Ley 29.b FN (1973)] para reclamar el capital de un préstamo con interés, tras la entrada en vigor de la reforma –que acorta el plazo hasta los cinco años (Ley 26)– el acreedor no contará sino con tres años más para el ejercicio de la acción. Si, en el mismo supuesto, solo habían transcurrido dos años del plazo, el acreedor podrá hacer valer el nuevo completo, por lo que, en total, habrá dispuesto de siete años para reclamar su derecho.

Los supuestos en los que deba aplicarse este criterio serán habituales en la práctica, dado que el acortamiento de plazos no solo es la tónica general de la reforma, sino que afecta especialmente a todas las acciones sometidas al plazo general de las acciones personales por carecer de plazo especial³²².

Es menos comprensible la aplicación de la Disposición Transitoria a plazos que describe como *nuevos*. Si un derecho o acción no está sometido a plazo en el momento de su nacimiento, la aplica-

³²¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1993, p. 2094; CAVANILLAS MÚGICA, 2013, p. 13143.

³²² SAP Na (Sección 3.ª) 5 diciembre 2023 (Roj: SAP NA 1375/2023), ponente A. I. Ferrer Cristóbal.

ción retroactiva del nuevo régimen requeriría unos límites temporales claros (que no constan), dado que tales límites no pueden venir dados por el transcurso de ningún plazo previamente vigente.

En el segundo caso (plazos más largos tras la reforma), el titular del derecho o la acción se beneficia de la extensión del plazo que proceda hasta completar el nuevo. Siendo esto claro, no tiene ninguna lógica que el supuesto se vea también afectado por la prohibición con que se cierra el párrafo I de la DT: «en ningún caso, el plazo total pueda ser superior al previsto conforme a la legislación anterior». Debe entenderse que esta afecta únicamente al supuesto de acortamiento de plazos.

Sea cual sea el supuesto, llama sin duda la atención que el inicio del cómputo, o su continuación, se remita al día siguiente de la entrada en vigor de la LF 21/2019, y no a la fecha de aquella (16 de octubre de 2019) como, de hecho, está afirmando la jurisprudencia navarra³²³. El matiz es irrelevante cuando el nuevo plazo se prolonga respecto al régimen anterior más allá de un día tras la entrada en vigor, pero puede ocasionar confusión e inseguridad para los plazos que deben empezar a computar.

La DT 1.ª I LF 21/2019 se refiere –la rúbrica lo indica con toda claridad– a la aplicación de los *plazos* de prescripción o caducidad. No existe, sin embargo, norma transitoria alguna respecto de las demás modificaciones también introducidas con la reforma (admisión de causas de suspensión, incorporación del plazo de preclusión...), lo que plantea la duda de si la aplicación de los nuevos plazos, aun bajo el Derecho transitorio, acarrea la del resto del régimen de la prescripción o la caducidad, o si el plazo que nace antes de la reforma mantiene el régimen derogado salvo en lo atinente a su duración.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto, cabe afirmar que la reforma del Derecho de la prescripción que ha supuesto la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, parafraseando el título de la propia norma, va en esta materia más allá de la mera actualización y representa una verdadera modificación respecto al régimen previamente vigente. Efectivamente, resultaba necesario revisar las normas del Fuero Nuevo en la materia, pero el régimen vigente tras la reforma adolece de algunas deficiencias que podrían haberse evitado.

³²³ A modo de ejemplo, SAP Na (Sección 3.ª) 14 noviembre 2023 (Roj: SAP NA 1354/2023), ponente I. Prieto García-Nieto.

Como se ha descrito en las páginas precedentes, se mantiene en lo sustancial la correcta separación, que ha caracterizado siempre al Fuero Nuevo, entre la prescripción extintiva y la usucapión; y se confirma acertadamente el criterio de la imprescriptibilidad de las acciones reales sin plazo especial (así, señaladamente, la reivindicatoria). Mención especial debe hacerse a la acción de petición de herencia. Esta acción, desacertadamente, aparece en la Ley 34.2 FN entre las acciones sometidas a un plazo especial de prescripción; pero, a la vista de la norma a la que aquella remite (Ley 324), en realidad no se establece plazo alguno. La Ley 324 dispone que tal acción «sólo prescribe a consecuencia de la usucapión con la que resulte incompatible», lo que supone admitir su imprescriptibilidad.

Por lo que respecta ya exclusivamente a la prescripción extintiva, el nuevo régimen representa la opción del legislador navarro por el establecimiento de un nuevo equilibrio entre los intereses de los sujetos implicados, no bien perfilado en todos sus aspectos. Entre las claves de este nuevo régimen cabe destacar, aquí ya de forma sucinta, las siguientes:

A. La reducción del plazo general de las acciones personales, de treinta a cinco años.

El plazo quinquenal hoy ya vigente se encuentra claramente en el rango que se impone tanto dentro como fuera de España. Sin duda, el abandono de un plazo a todas luces desmesurado, como el tricenal, es plausible y, en cuanto a la concreta elección del nuevo plazo, asimismo acertada, favoreciendo una conveniente armonía con el régimen del Código civil resultante de la reforma de 2015.

B. La adopción de un criterio general de corte subjetivo para la determinación *del dies a quo*.

En virtud de la Ley 23. III, el Fuero Nuevo ha incorporado ya con carácter general el criterio de la cognoscibilidad del titular, aplicado a los hechos que fundamenten su acción y la persona contra la que deba dirigirse. Se abandona de esta forma el criterio objetivo de la *actio nata* que está siendo también repensado por la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del Derecho común.

Sin embargo, las excepciones que anuncia la ley citada son numerosas. Entre ellas cabe destacar la acción de responsabilidad civil extracontractual, cuyo plazo anual, por aplicación de la Ley 507 FN, comienza a contar «una vez que pueda ser ejercitada, desde el momento en que se conoció el daño o pudo determinarse el concreto alcance de sus consecuencias». La excepción al criterio

general para la determinación del *dies a quo* no alcanza, en cambio, a la acción de responsabilidad civil contractual.

C. La revisión de los mecanismos de eficacia interruptiva de los plazos.

La reforma ha simplificado y modernizado los medios aptos para interrumpir los plazos, que recoge la Ley 36. I FN. La *interposición de la demanda* se acepta ahora con carácter general como causa de interrupción en todo caso, con independencia de la duración de la acción sometida al plazo en cuestión. Se descartan así las opciones que propugnan limitar tal efecto a las demandas de ejecución, o dotar a la interposición de la demanda de una eficacia meramente suspensiva. A la interposición de la demanda se equiparan *la solicitud de conciliación y el inicio del procedimiento arbitral*. En el primer caso, sin embargo, y tratándose de la conciliación judicial, parece inevitable atender a lo dispuesto en el artículo 143 LJV si se acepta el carácter procesal de la materia.

El Fuero Nuevo ha decidido mantener la eficacia interruptiva de la *reclamación extrajudicial* a pesar de la inclusión de diversas causas legales de suspensión. De hecho, la reforma ha ampliado el ámbito de aplicación de aquella a cualesquiera plazos y acciones frente a la limitación previa a acciones personales con plazos menores de veinte años. Finalmente, la Ley 36. I FN mantiene como causa de interrupción de los plazos el *reconocimiento expreso o implícito* del derecho o de la obligación, lo que parece vedar definitivamente la supuesto eficacia a estos efectos de un reconocimiento tácito.

D. La incorporación de la suspensión de los plazos.

La Ley 36. II FN impone la suspensión de los plazos de prescripción en las ocho circunstancias que recoge y que, propiamente, no solo suspenden un plazo ya en curso, sino que igualmente posponen el día inicial del mismo. Todas ellas extienden su eficacia a los plazos de caducidad en virtud de la Ley 41 FN.

E. La admisibilidad de la modificación convencional de los plazos.

Es muy oportuno el cambio introducido en este sentido, al eliminar la anterior prohibición de modificar convencionalmente los plazos de prescripción; pero se han dejado sin responder las preguntas que tal posibilidad suscita, en particular las relativas a sus eventuales límites. Ciertamente, la existencia de un plazo máximo de prescripción elimina el riesgo de que las partes puedan convertir

en prácticamente imprescriptible una acción que según la norma no debe serlo. Pero también la posibilidad contraria (reducción del plazo) representa *per se* un riesgo no contemplado de perjuicio del titular, que hubiera aconsejado prever algún tipo de límite a la eficacia del pacto en la materia.

F. La regulación de un plazo máximo de prescripción.

La incorporación de esta novedosa modalidad al Fuero Nuevo, y la fijación para la misma de un *dies a quo* objetivo, compensa con una imprescindible dosis de seguridad jurídica la subjetivación del día inicial en los plazos de prescripción, la amplitud con que se regula la interrupción de estos, la posibilidad de ver suspendido su cómputo, y la desaparición de la prohibición de ampliar convencionalmente los plazos legales. Sin embargo, la duración asignada a este plazo máximo –treinta años– resulta una vez más excesiva para las acciones personales, e injustificada como criterio único. Dado el plazo general de estas acciones (quinquenal), y considerando la existencia de un plazo de veinte años (acción hipotecaria), probablemente hubiera sido más ajustado fijar distintos plazos máximos reservando el de treinta años a supuestos muy concretos.

El plazo máximo representa la máxima elasticidad de cualquier plazo de prescripción, sea cual sea la acción a que se refiera y con independencia tanto de la posible posposición del inicio del cómputo, como de las eventuales interrupciones o suspensiones del mismo o de los pactos destinados a la ampliación de los plazos; pactos que, por cierto, no deben considerarse admisibles para el plazo máximo. Alcanzado este, toda acción prescriptible se considerará prescrita, actuándose entonces conforme al régimen propio de la figura.

G. La reducción y el acortamiento de los plazos de prescripción.

La reforma ha optado por cierto acortamiento de los plazos y deja ver su preferencia, con algunas excepciones, por los de uno, cinco y diez años; todo ello en la línea seguida por otros sistemas en sus respectivas iniciativas reformadoras de la prescripción.

No es, en cambio, comprensible que se haya mantenido el plazo anual para la acción de responsabilidad aquiliana. Se ignora por causas no explicadas no solo la tendencia absolutamente general a ampliar ese plazo, sino también la reiterada queja sobre la brevedad de este manifestada por el Tribunal Supremo y compartida tanto por la doctrina científica como por los operadores jurídicos. El legislador navarro ha desaprovechado además la oportunidad de

unificar el plazo de las diversas acciones de responsabilidad civil en el quinquenal ahora propio de las de responsabilidad contractual y *ex delicto*.

H. La regulación expresa de la caducidad.

Sin dudar de la conveniencia de fijar un régimen legal para la caducidad, y de que el mismo se encuentre basado en la doctrina y la jurisprudencia imperantes en la materia, se observa que el contenido de las Leyes 38 a 41 FN resulta insuficiente. Junto a alguna norma prescindible (cómputo de plazos) se encuentra otra de difícil interpretación (apreciación de oficio), omitiéndose en cambio la distinción entre relaciones jurídicas disponibles e indisponibles, así como toda referencia a la caducidad convencional. De lo anterior cabe deducir que el Fuero Nuevo contempla únicamente la caducidad legal, y aplica a esta el régimen que suele reservarse a las materias indisponibles.

Sí aporta claridad al sistema la incorporación de un listado de las acciones sometidas a plazos de caducidad (Ley 38 FN), antes identificables en el Fuero Nuevo por exclusión. Cabe hacer, sin embargo, una referencia especial a las acciones de rendición de cuentas y de resarcimiento de daños y perjuicios dirigidas frente a los progenitores por la administración de los bienes de sus hijos, cuyos plazos, tras la reforma, se declaran expresamente como de caducidad. Frente a la normativa derogada, que permitía mantener la consideración de estos como plazos de prescripción, el cambio resulta claramente desventajoso para los intereses de los hijos que resulten perjudicados por una administración negligente o indebida, y carece de precedentes entre las iniciativas actualizadoras del Derecho de la prescripción abordadas en España.

Por último, es difícil de justificar la inaplicación a la caducidad del plazo máximo, previsto exclusivamente para la prescripción, una vez ambas figuras comparten la posibilidad de suspensión reiterada de los plazos.

En suma, la reforma de las normas sobre prescripción acoge buena parte de las medidas ya previamente adoptadas por otros sistemas y ordenamientos, o defendidas en diversas propuestas, en una línea que, desde esta perspectiva, es coherente con la declarada –y, en conjunto, plausible– pretensión de *actualizar* el Fuero Nuevo en la materia. Posiblemente, sin embargo, hubiera resultado conveniente valorar con más detenimiento la repercusión de la incorporación de nuevas normas en un sistema dotado de coherencia interna, que ha visto alterado el equilibrio entre los intereses de las partes que representaba el régimen derogado.

El sistema vigente, desde una perspectiva general, hace pivotar el régimen de la prescripción en torno a la idea de sanción por dejadez del titular considerando, en consecuencia, que no procede perjudicar al titular incapaz de accionar o cuya conducta refleja ya su voluntad de conservar su derecho. Ese criterio ha desplazado, por tanto, al que priorizaba consideraciones de tipo objetivo en atención a la seguridad jurídica que había venido siendo considerado como fundamento de la institución. Desde una perspectiva más concreta, es de esperar que alguna de las objeciones planteadas puedan encontrar una respuesta adecuada mediante la interpretación que los tribunales navarros hagan de las Leyes 23 y ss.; otras, en cambio, deberán esperar a una nueva reforma del Fuero Nuevo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABÁRZUZA GIL, Miguel Ángel: «Cuestiones problemáticas en las principales instituciones civiles de Navarra: Parte general», *Iura Vasconiae*, 13/2016, pp. 487-503.
- ABRIL CAMPOY, Joan Manel: «La prescripció en el dret civil de Catalunya: la normativa catalana només és aplicable quan hi ha una regulació pròpia de la pretensió que prescriu?», *InDret*, 2011 (www.indret.com).
- ALAS, Leopoldo; DE BUEN, Demófilo; RAMOS, Enrique: *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918.
- *DE LA USUCAPIÓN*, Madrid, 1916.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La prescripción extintiva*, 2.^a ed., Madrid, 2004.
- «Comentario al artículo 1935 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo XXV, 1.º, Madrid, Edersa, 1993, pp. 133-146.
- «Comentario al Capítulo II, Título XVIII, Libro IV del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo XXV, 1.º, Madrid, Edersa, 1993, pp. 240-255.
- «La prescripción de la acción reivindicatoria», *ADC*, 1990-I, pp. 25-57.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, pp. 1133-1227.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa: «Comentario a las Leyes 26 a 41 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. por E. RUBIO TORRANO, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 65-96.
- «Comentario a las Leyes 356 a 361 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, 2.^a ed., dir. por E. RUBIO TORRANO y M. L. ARCOS VIEIRA, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 1461-1490.
- «Comentario a las Leyes 356 a 361 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. por E. RUBIO TORRANO, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 1130-1145.
- «Aproximación al estudio de la usucapión en Derecho civil navarro», *RJN*, 24, 1997, pp. 59-115.

- ARREGUI GIL, José: «Comentario al Título IV del Libro preliminar del Fuero Nuevo», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XXXV, vol. 2.º, Madrid, EDER-SA, 1993, pp. 137-209.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Los efectos de la prescripción extintiva», *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 235-318.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL*, Madrid, Tecnos, 2018 (https://www.derechocivil.net/images/PropuestaCC/libros/obra_completa.pdf; acceso el 27.2.2024).
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE: *PROPOSITION DE REFORME DU LIVRE II DU CODE CIVIL RELATIF AUX BIENS*, 2018 (http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf).
- BADOSA COLL, Ferrán: «Arts. 121-1 a 121-2», en LAMARCA I MARQUÉS, ALBERT; VAQUER ALOY, ANTONI (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 305-349.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Art. 122-4», en LAMARCA I MARQUÉS, ALBERT; VAQUER ALOY, ANTONI (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 671-672.
- BUSI, Emilio: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, CEDAM, 1937.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «La prescripción entre la seguridad jurídica y la justicia intrínseca», *Almacén de Derecho*, 16 mayo 2024 (<https://almacendederecho.org/el-dies-a-quo-para-el-computo-de-la-prescripcion-extintiva-de-la-accion-de-restitucion>; acceso el 7.6.2024).
- «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *RDC*, 2018 (<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/File/355/322>; acceso el 30.3.2024).
- «La prescripción en el BGB después de la reforma del Derecho de obligaciones», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo I*, Madrid, Cívitas, 2003, pp. 409-431.
- CARTWRIGHT, John; VOGENAUER, Stefan; WHITTAKER, Simon: «Summaries of the Discussions», en CARTWRIGHT, John; VOGENAUER, Stefan; WHITTAKER, Simon (eds.), *Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, cap. 19, Bloomsbury Publishing, 2009, pp. 405-411. (<https://books.google.es/books?id=VP7bBAAQBAJ&pg=PA370&lpg=PA370&dq=avant+projet+prescription&source=bl&ots=DvNZQCXSxx&sig=ACfU3U0TBWCHNmCc4Jn7eP8175O0w4LwWQ&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwipxOCf7oThAhVS8OAKHQsCC-wQ6AEwDHoECAUQAQ#v=onepage&q=prescription&f=false>; acceso el 28.2.2024).
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Comentario a los artículos 1930 a 1939, y 1961 a 1975 CC», en R. BERCOVITZ (dir.), *Comentario al Código civil*, IX, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 13115-13144, y 13272-13377.
- COMISIÓN COMPILADORA DEL DERECHO CIVIL NAVARRO: *Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, Consejo de Estudios de Derecho navarro, Pamplona, 1959.
- *Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2009. (<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTemati>

ca/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF; acceso el 29.2.2024).

- COMISIÓN COMPILADORA DEL DERECHO CIVIL NAVARRO: *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, 2023 <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>; acceso el 29.2.2024).
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN-SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la reforma de la prescripción y la caducidad*, Ministerio de Justicia, s.f. (https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803242-Reforma_de_la_prescripcion_y_la_caducidad_propuesta.PDF).
- CONSEJO DE NAVARRA: *Dictamen 23/2019, de 20 de mayo de 2019* (Ley Foral 21/2019, 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo) (<https://consejonavarra.navarra.es/documents/2605816/2606313/0232019.pdf/0d611aee-0676-44d5-e64b-f71e70d7790b?t=1566555512000>; acceso el 29.2.2024).
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Las excepciones de prescripción y caducidad (Leyes 26 y 27 del Fuero Nuevo)», *Revista Jurídica de Navarra*, 45, 2008, pp. 77-101 (http://www.navarra.es/home_es/Navarra/Derecho+navarro/Revista+Juridica+de+Navarra/Sumarios/sumario45.htm).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «La prescripción», *Temas de Derecho civil*, reimp. de la ed. de 1972, Madrid, 1976, pp. 145-171.
- «La caducidad», *Temas de Derecho civil*, reimp. de la ed. de 1972, Madrid, 1976, pp. 172-181.
- DE FUENMAYOR, Amadeo: «La interrupción judicial de la prescripción extintiva en el Derecho navarro», *ADC*, 1974, pp. 3-24.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Las relaciones entre prescripción y usucapión en el Derecho navarro», *Revista Jurídica de Navarra*, 29, 2000, pp. 9-50. (http://www.navarra.es/home_es/Navarra/Derecho+navarro/Revista+Juridica+de+Navarra/Sumarios/sumario29.htm; acceso el 27.2.2024).
- *Curso de Derecho civil navarro*, tomo I, Pamplona, Eunsa, 1990.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «La suspensión de la prescripción liberatoria: fragmentos de tradición y algunas dudas», *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 319-407.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Comentario al artículo 168 CC», en *Comentarios al Código Civil*, tomo II, dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1741-1744.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2.^a ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007.
- «Comentario a los artículos 1930-1940 CC y 1961-1976 CC», *Comentario del Código civil*, II, 2.^a ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 2085-2095 y 2150-2176.
- «En torno al concepto de la prescripción», *ADC*, 1963, pp. 969-1000.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Responsabilidad por defectos constructivos. Compatibilidad entre las acciones legales y las acciones que dimanar de la relación contractual. Plazo de prescripción», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 111, 2019, pp. 153-172 (aranzadi.es).

- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva en Derecho de obligaciones», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, I, Madrid, Civitas, 2003, pp. 473-494.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret*, julio 2009 (en www.indret.com).
- D'ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro: «Comentario a la Ley 25 FN» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo XXXV-2.º, Madrid, Edersa, 1993, pp. 134-136.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles: «La reforma del Libro Preliminar del Fuero Nuevo por la Ley Foral 21/2019 de 4 de abril: Los claroscuros de la acción legislativa», *Iura Vasconiae*, 17/2020, pp. 227-261.
- «Constitución, mejoramiento y Derecho civil navarro», *Derecho Privado y Constitución*, 21, (enero-diciembre 2007), pp. 229-274.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «La suspensión del plazo de prescripción en las reclamaciones derivadas del contrato de transporte terrestre de mercancías. Comentario a la STS de 25 noviembre de 2016 (RJ 2016, 5656)», *CCJC*, 105, 2017, pp. 95-114.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Arts. 121-11 a 121-14», en LAMARCA I MARQUÉS, Albert; VAQUER ALOY, Antoni (Eds.): *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 462-494.
- «La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña», *ADC*, 2008, pp. 463-518.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión», *ADC*, 1970, pp. 519-541.
- FERNÁNDEZ ASIAIN, Eugenio: «La prescripción», *Estudios de Derecho foral navarro*, Pamplona, Ed. Gómez, 1952.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «La interrupción de la prescripción extintiva», en F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI (dir.) *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 253-314.
- FERRER I RIBA, Josep: «Arts. 121-3 a 121-6», en LAMARCA I MARQUÉS, ALBERT; VAQUER ALOY, ANTONI (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 350-396.
- «Los efectos de la prescripción en el Derecho civil de Cataluña», *InDret: Working Paper de Dret Català* núm. 3 Barcelona, abril de 2003 (www.indret.com/pdf/dc03_es.pdf).
- FRICERO, Natalie: «Le nouveau régime de la prescription et la procédure civile (loi n° 2008-651 du 17 juin 2008)», Colloque à la Cour de cassation (11 mai 2009), (<https://buv.isfad-gn.org/universitaire/Droit/Droits%20dioulde/Procedure%20Civil+%20voies%20d%27execution/PDF/intervention%20de%20Mme%20Fricero.pdf>; acceso el 1.4.2024).
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El instituto de la prescripción y sus orientaciones en Derecho comparado», en F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI (dir.) *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 13-35.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852. (<https://archive.org/details/BRes0414954/page/n305/mode/2up>; acceso el 29.3.2024).
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ / AIZPÚN TUERO / LÓPEZ JACOISTE / SANTAMARÍA ANSA / NAGORE YÁRNOZ / D'ORS PÉREZ-PEIX / ARREGUI GIL / SALINAS

- QUIJADA: *RECOPILACIÓN PRIVADA DEL DERECHO PRIVADO FORAL DE NAVARRA*, Biblioteca del Derecho Foral, XV, Pamplona, 1971.
- GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo: *La caducidad*, Madrid, Editorial Montecorvo S. A., 1990.
- HINESTROSA, Fernando: *La prescripción extintiva*, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2006.
- JEREZ DELGADO, Carmen (coord.): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid, BOE, 2015 (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-38; acceso el 1.3.2024).
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (et al.): *Elementos de Derecho civil*, I, Parte General, vol. 3.º, Derecho subjetivo. Negocio jurídico, 2.ª ed. rev. por J. DELGADO ECHEVERRÍA, Madrid, Dykinson, 2000.
- *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. 1.º, *Posesión y propiedad*, rev. por A. LUNA SERRANO, Madrid, Dykinson, 2000.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert: «Arts. 121-19 a 121-24», en LAMARCA I MARQUÈS, Albert; VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 523-631.
- «Proyecto de ley de adaptación de las disposiciones sobre prescripción a la ley de modernización del derecho de obligaciones en Alemania», *Indret*, 2004 (www.indret.com).
- LAW COMMISSION (THE): (Law Com n.º 270) *Limitations of Actions- Item 2 of the Seventh Programme of Law Reform: Limitation of Actions*, 2001 (<https://lawcom.gov.uk/project/limitation-of-actions/#related>; acceso el 12.4.2024).
- MALAUURIE, Philippe: «Exposé des Motifs. Livre Troisième – Titre XX De la prescription et de la possession (articles 2234 à 2281)» en *Avant-Projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport, 22-9-2005, pp. 171-184. (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf; acceso el 4.4.2024).
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 50, abril-junio 2024, pp. 51-187, (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3491>; acceso el 7.6.2024).
- «El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 15-234.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, ARROYO AMAYUELAS, Esther, VAQUER ALOY, Antoni: *Prescripción y caducidad (con explicaciones a cada precepto)*, APDC, 2015, (<https://www.derechocivil.net/images/PropuestaCC/libros/LIBRO-SEXTO-VERSION-LARGA.pdf>; acceso el 6.4.2024).
- MARÍN, Manuel Jesús, ARROYO, Esther: *Respuestas a las sugerencias del Seminario sobre la prescripción en el Colegio de Registradores (en octubre 2019)*, 24 de febrero de 2020 (https://www.derechocivil.net/images/PropuestaCC/libros/trabajos%20posteriores/Respuesta_a_sugerencias_del_Seminario_sobre_prescripcion-II.pdf; acceso el 4.4.2024).
- MÜLLER, Christoph; SCHALLER, Julitte: «La prescription en droit de la responsabilité civile: vers le nouveau droit», en DUPONT, Anne-Sylvie; MÜLLER,

- Christoph, *L'indemnisation du prejudice corporel. Questions pratiques et actualités en droit de la RC et des assurances sociales et privées*, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2019, pp. 75-105.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «Arts. 122-2 a 122-3», en Lamarca i Marqués, Albert; Vaquer Aloy, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 647-670.
- OROZCO PARDO, Guillermo: *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho civil*, Granada, Comares, 1995.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La jurisdicción voluntaria y las leyes civiles autonómicas», *Derecho Privado y Constitución*, 30, 2016, pp. 127-175 (doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.30.03>).
- PASQUAU LIAÑO, Miquel: «Algunas cuestiones no resueltas sobre la prescripción de la acción indemnizatoria», en *Responsabilidad médico-sanitaria*, dir. por M. J. Herrador Guardia, Madrid, Sepin, 2022, pp. 645-671.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de *soft law* y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación», *InDret*, 2012 (www.indret.com).
- PICOD, Yves: «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *InDret*, 2009 (www.indret.com).
- POTHIER, Robert Joseph: *Tratados de la posesión y prescripción*, traduc. por Deó, tomo IV, Barcelona, 1880.
- PUIG BLANES, Francisco de Paula: «Comentario al Libro I», en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, coord. por PUIG BLANES y SOSPEDRA NAVAS, tomo I, 1.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 65-112.
- PUIG BRUTAU, José: *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, Bosch, 1986.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *La suspensión de la prescripción en el Código civil español: estudio crítico de la legalidad vigente*, Madrid, Dykinson, 2002.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico Andrés: «Comentario a los artículos 1930 a 1934 y 1936 a 1939 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo XXV, 1.º, Madrid, Edersa, 1993, pp. 1-132 y 147-239.
- ROJAS ABASCAL, Teresa: «Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4462). Inadmisibilidad de la apreciación de oficio de la caducidad bajo la cobertura del principio de «*iura novit curia*», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2018, BIB 2018\8349.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Evolución y futuro del Derecho civil navarro», *Revista Jurídica de Navarra*, 33-2, 2002, pp. 15-24.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «La caducidad en el Derecho civil español», en F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI (dir.) *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 39-85.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «Comentario a la Ley 65 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. por E. RUBIO TORRANO, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 177-183.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Derecho de obligaciones y actualización del Fuero Nuevo», *Iura Vasconiae*, 13/2016, pp. 157-207.
- SCHLECHTRIEM, Peter: «The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe», *Oxford University Comparative Law Forum* 2 at ouclf.iuscomp.

- org, 2002 (<https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-german-act-to-modernize-the-law-of-obligations-in-the-context-of-common-principles-and-structures-of-the-law-of-obligations-in-europe/>; acceso el 29.2.2024).
- TROP LONG, Raymond Théodore: *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la prescription, ou commentaires du Tit. XX du liv. III du Code civil*, Bruxelles, 1836.
- UNIDROIT: *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016* ([HTTPS://WWW.UNIDROIT.ORG/INSTRUMENTS/COMMERCIAL-CONTRACTS/UNIDROIT-PRINCIPLES-2016](https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016))
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código Civil*, Granada, 1997.
- VAQUER ALOY, Antoni: «La suspensión de la prescripción en el Derecho civil catalán: ¿un modelo para la reforma del Código Civil?», en VV. AA., *Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Manuel Albaladejo García*, II, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004, pp. 4955-4974.
- VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier, european law publishers GmbH, Munich, 2009 (https://www.law.kuleuven.be/personal/mstor-me/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf; acceso el 1.4.2024).
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, Dykinson, 1998.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Traducción y notas de E. ARROYO I AMAYUELAS, Barcelona, Bosch, 2008.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala de lo Civil, núm. 529/2024 de 22 abril (Roj: STS 2098/2024), ponente R. Sarazá Jimena.
- STS, Sala de lo Civil, núm. 483/2024 de 9 abril (Roj: STS 1823/2024), ponente M. A. Parra Lucán.
- STS, Sala de lo civil, núm. 275/2024 de 27 de febrero (Roj: STS 1002/2024), ponente P. J. Vela Torres.
- STS, Sala de lo civil, núm. 241/2024 de 26 de febrero (Roj: STS 952/2024), ponente J. L. Seoane Spiegelberg.
- STS, Sala de lo civil, núm. 57/2024 de 18 de enero (Roj: STS 161/2024), ponente P. J. Vela Torres.
- ATS, Sala de lo Civil, 13 diciembre 2023 (Roj: ATS 17079/2023), ponente I. Sancho Gargallo.
- STS, Sala de lo civil, núm. 1200/2023 de 21 de julio (Roj: STS 3538/2023), ponente J. L. Seoane Spiegelberg.
- STS, Sala de lo civil, núm. 279/2020 de 10 de junio (Roj: STS 2200/2020), ponente J. L. Seoane Spiegelberg.
- STS, Sala de lo civil, núm. 268/2020 de 9 de junio (Roj: STS 1590/2020), ponente J. L. SEOANE SPIEGELBERG.

- STS, Sala de lo civil, núm. 166/2020 de 11 de marzo (Roj: STS 776/2020), ponente E. BAENA RUIZ.
- STS, Sala de lo civil, núm. 142/2020 de 2 de marzo (Roj: STS 702/2020), ponente E. BAENA RUIZ.
- STS, Sala de lo civil, núm. 326/2019 de 6 de junio (Roj: STS 1949/2019), ponente E. BAENA RUIZ.
- STS, Sala de lo civil, núm. 79/2019 de 7 de febrero (Roj: STS 339/2019), ponente P. J. VELA TORRES.
- STS, Sala de lo civil, núm. 74/2019 de 5 de febrero (Roj: STS 342/2019), ponente E. BAENA RUIZ.
- STS, Sala de lo Civil, núm. 710/2018 de 18 de diciembre (Roj: STS 4248/2018), ponente E. BAENA RUIZ.
- STS, Sala de lo civil, núm. 419/2018 de 3 de julio (Roj: STS 2635/2018), ponente J. A. SEIJAS QUINTANA.
- STS, Sala de lo civil, núm. 62/2018 de 5 de febrero (Roj: STS 221/2018), ponente A. SALAS CARCELLER.
- STS, Sala de lo civil, núm. 429/2017 de 7 de julio (Roj: STS 2723/2017), ponente M. A. PARRA LUCAN.
- STS, Sala de lo civil, núm. 185/2016 de 18 de marzo (Roj: STS 1161/2016), ponente A. F. PANTALEÓN PRIETO.
- STS, Sala de lo civil, núm. 609/2013 de 21 de octubre (Roj: STS 5106/2013), ponente S. SASTRE PAPIOL.
- STS, Sala de lo Civil, núm. 79/2011 de 1 de marzo (Roj: STS 741\2011)
- STS, Sala de lo Civil, núm. 883/2010 de 7 de enero de 2011 (Roj: STS 65/2011), ponente F. MARÍN CASTÁN.
- STS, Sala de lo Civil, núm. 422/2010 de 5 de julio (Roj: STS 5403/2010), ponente R. GIMENO-BAYÓN COBOS.
- STS, Sala de lo Civil, núm. 319/2010 de 25 de mayo (Roj: STS 2893/2010), ponente J. A. XIOL RIOS.
- STS, Sala de lo Civil, núm. 209/2010 de 8 de abril (Roj: STS 2040/2010), ponente J. A. XIOL RIOS.
- STS, Sala de lo civil, núm. 936/2006 de 6 de octubre (Roj: STS 6261/2006), ponente V. L. MONTÉS PENADÉS.
- STS, Sala de lo civil, núm. 360/2003 de 14 de abril (Roj: STS 2645/2003), ponente A. ROMERO LORENZO.
- STS, Sala de lo civil, núm. 1001/2002 de 28 de octubre (Roj: STS 7132/2002), ponente A. GULLÓN BALLESTEROS.
- STS, Sala de lo civil, de 27 de noviembre de 1992 (Roj: STS 8700/1992), ponente L. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ.

2. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA

- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 21/2023 de 18 diciembre (Roj: STSJ NA 733/2023), ponente J. M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ.
- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 13/2022 de 21 octubre (Roj: STSJ NA 548/2022), ponente F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI.
- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 4/2022 de 10 mayo (Roj: STSJ NA 128/2022), ponente F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI.
- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 9/2017 de 28 de noviembre (Roj: STSJ NA 657/2017), ponente J. M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ.

- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 15/2014 de 10 de noviembre (Roj: STSJ NA 434/2014), ponente A. OTERO PEDROUZO.
- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 10/2014 de 8 de septiembre (Roj: STSJ NA 286/2014), ponente M. A. ABÁRZUZA GIL.
- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 12/2009 de 11 junio (Roj: STSJ NA 587/2009), ponente M. A. ABÁRZUZA GIL.
- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 1/2009 de 20 de enero (Roj: STSJ NA 1/2009), ponente A. OTERO PEDROUZO.
- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 2/2008 de 8 febrero (Roj: STSJ NA 205/2008), ponente J. M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ.
- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 4/2005 de 18 de mayo (Roj: STSJ NA 633/2005), ponente J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI
- STSJ Na, Sala de lo Civil y Penal, núm. 15/1997 de 8 de octubre (Roj: STSJ NA 1408/1997), ponente F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI.

3. AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

- SAP Na (Sección 3.^a) núm. 1054/2023 de 21 diciembre (Roj: SAP NA 1440/2023), ponente D. Rodríguez Antúnez.
- SAP Na (Sección 3.^a) núm. 1036/2023 de 19 diciembre (Roj: SAP NA 1410/2023), ponente D. Rodríguez Antúnez.
- SAP Na (Sección 3.^a) núm. 987/2023 de 5 diciembre (Roj: SAP NA 1375/2023), ponente A. I. Ferrer Cristóbal.
- SAP Navarra (Sección 3.^a) núm. 957/2023 de 24 noviembre (Roj: SAP NA 1288/2023), ponente D. Rodríguez Antúnez.
- SAP Na (Sección 3.^a) núm. 930/2023 de 20 noviembre (Roj: SAP NA 1266/2023), ponente J. S. Delgado Cruces.
- SAP Na (Sección 3.^a) núm. 892/2023 de 14 noviembre (Roj: SAP NA 1354/2023), ponente I. Prieto García-Nieto.
- SAP Na (Sección 3.^a) núm. 359/2023 de 25 abril (Roj: SAP NA 90/2023), ponente E. J. Echarandio Herrera.
- SAP Na (Sección 3.^a) núm. 199/2023 de 9 febrero (Roj: SAP NA 590/2023), ponente E. J. Echarandio Herrera.
- SAP Na (Sección 3.^a) núm. 537/2022 de 13 julio (Roj: SAP NA 876/2022), ponente E. J. Echarandio Herrera.
- SAP Na (Sección 3.^a) núm. 142/2018 de 21 marzo (Roj: SAP NA 413/2018), ponente J. G. Gabaldón Codesido.
- SAP Na (Sección 1.^a) núm. 214/2009 de 30 diciembre (Roj: SAP NA 971/2009), ponente M. E. Erice Martínez.

La permanencia del viudo en la vivienda habitual tras el fallecimiento del cónyuge propietario

MARÍA REYES CORRIPIO GIL DELGADO
Profesora propia adjunta de Derecho civil
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

RESUMEN

En el contexto de las sociedades longevas se advierte la necesidad de introducir nuevos mecanismos legales para permitirle al viudo/a quedarse en la vivienda habitual propiedad del consorte si fuere posible y con preferencia a los herederos. Dados los limitados derechos sucesorios que el Código civil da al supérstite cuando concurre a la herencia con legitimarios, este objetivo no está garantizado por lo que el viudo/a podría verse abocado a abandonar la casa si no hubiese sido mejorado en testamento con título idóneo. Analizamos la importancia de las soluciones testamentarias como el usufructo universal o las titularidades fiduciarias en favor del cónyuge y las propuestas doctrinales realizadas de lege ferenda en la línea de fortalecer la posición viudal respecto a la herencia del consorte en general y a la vivienda habitual en particular.

PALABRAS CLAVE

Viudo/a. Vivienda habitual. Derechos sucesorios. Legítima. Usufructo vitalicio.

The widower's interest regard to the main residence after the death of the owner spouse

ABSTRACT

In the context of today's long-lived societies, it is necessary to introduce new legal mechanisms to allow a widow/widower to remain in their home

after the death of the property-owning spouse, if possible and with preference over the heirs. Currently, this goal is not guaranteed due to the limited succession rights under Civil Code so the widow/widower could be forced to leave the house unless the spouse had improved their rights by testamentary means, giving to him a suitable title. This paper analyzes the importance of testamentary solutions like life usufruct or fiduciary entitlements and the doctrinal proposals made de lege ferenda to strengthen the legal position of the widow/widower regarding the main residence.

KEY WORDS

Widow/widower. Main residence. Inheritance rights. Legacy. life usufruct

SUMARIO: I. Estado de la cuestión. 1. La legítima viudal y su crítica. 2. Razones para la reforma de la legítima y el interés del viudo por permanecer en la vivienda habitual.–II. La vivienda habitual en la masa postganancial y en la herencia y su ocupación por el viudo. 1. En la masa postganancial. 2. En la herencia. 2.1 Durante el proceso sucesorio. 2.2 La vivienda habitual en las actividades particionales y su lectura fiscal.–III. Soluciones testamentarias para la mejora de la posición del viudo en la herencia. 1. El usufructo universal con cautela sociniana. 2. El legado sobre la vivienda habitual: particular referencia al legado de habitación. 3. Soluciones basadas en la confianza. 3.1 Usufructo universal con facultad de disponer. 3.2 Fideicomiso de residuo. 3.3 Fiducia sucesoria.–IV. Propuestas doctrinales en favor del viudo/a. 1. Derechos y facultades electivas sobre la vivienda habitual. 2. Una más afinada protección civil del viudo/a con discapacidad y del viudo/a persona mayor. 2.1 ¿Permitiendo gravámenes sobre la legítima de descendientes? 2.2 ¿A modo de crédito sobre la herencia? 2.2.1 Alimentos sucesorios. 2.2.2 Otras figuras.–V. La situación de la pareja de hecho en relación a la vivienda habitual. 1. En los derechos forales o especiales. 2. En el Derecho común.–VI. Conclusiones.–Bibliografía.–Jurisprudencia.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El Código civil no otorga al viudo/a un derecho subjetivo que le permita tras el fallecimiento del cónyuge propietario permanecer en la vivienda –dejando a salvo la hipótesis del legitimario con discapacidad, al cual se le concede un legado legal de habitación

cuando lo necesitare (art. 822 CC¹)– a menos que el causante hubiera dispuesto otra cosa. Tampoco permite al supérstite reservarse o avocarse la vivienda para sí en la fase de partición hereditaria, una facultad que únicamente se reconoce dentro del proceso de liquidación de gananciales (art. 1406 CC²). En consecuencia y para la generalidad de los casos, la permanencia en la vivienda del cónyuge no propietario será cuestión que quede a la libre decisión del causante³ algo que no responde hoy de forma suficientemente satisfactoria a los retos que plantean las sociedades longevas, inclinadas por favorecer que el viudo/a pueda seguir viviendo en su casa si lo desea y fuera posible. Díaz Alabart⁴ así lo entiende al señalar que el cónyuge debería tener además del actual derecho a detraer el ajuar familiar de la vivienda común algún tipo de derecho de propiedad, usufructo o uso sobre la vivienda misma para facilitar que pueda seguir viviendo en su casa tras la muerte del consorte. Por su parte, Pereña denuncia la insuficiente previsión del artículo 1406 CC que coloca muy a menudo al viudo en la delicada situación de perder su casa, para esta autora «es difícil entender una desidia tal de nuestro Código, muy cuidadoso con la protección de la vivienda familiar mientras dura el matrimonio, e incluso después de disuelto tras un divorcio, y paradójicamente insensible al fallecimiento de uno de los cónyuges» y pide que se consagre por ministerio de la ley una legítima al viudo que consista en atribuirle el usufructo de la vivienda habitual, a respetar en todo caso, aunque exceda la cuantía de los derechos legitimarios en abstracto y aunque quede gravada la legítima⁵ dotándole de una entidad mayor que la del exiguo derecho de habitación del legitimario con discapacidad antes mencionado.

El deseo del cónyuge supérstite por permanecer en la vivienda constituye un interés personal o de afección digno de tutela⁶, vin-

¹ Introducido por la Ley 41/2003 permite que el causante done o legue un derecho de habitación constituido sobre la vivienda habitual en favor de un legitimario discapacitado que conviva con él en el momento del fallecimiento. (*Vid* reforma en Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC y de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad. *BOE* 19 de noviembre de 2003, núm. 277 y comentario en RAMOS MAESTRE, *RD*, 2013, p. 15).

² Tendremos la ocasión más adelante de comentar la importancia que tiene el ejercicio por el supérstite de esta facultad desde la perspectiva de garantizar su permanencia en el hogar a la muerte de su cónyuge (arts. 1321 y 1406 CC).

³ En todo caso la voluntad puede anticiparse por acuerdos *inter vivos*. En algunos derechos forales encontramos diversas formulaciones como el pacto de supervivencia del Derecho catalán otorgado en el momento de la compra de la vivienda por el cual cualquiera de ellos cuando muera el otro devendrá en propietario único de la totalidad de bien (Art. 231-15 CCCat).

⁴ DÍAZ ALABART, *RD*, 2023, p.130.

⁵ PEREÑA VICENTE, *La Ley DF*, 2019, pp. 59 y ss.

⁶ MARTÍN MELÉNDEZ, *ADC*, 2019, p. 1061.

culado a su dignidad (debidamente atendida en otros casos como lo manifiesta el derecho de predetracción del ajuar doméstico) y se traduce en la necesidad de facilitarle al cónyuge el acceso a algún título jurídico-real adecuado (desde propiedad hasta usufructo o habitación)⁷ que no lo haga depender en exclusiva del testador o de los herederos. Una solución legal al problema⁸ construida sobre la práctica testamentaria habitual dotaría de unidad a las variadas hipótesis y circunstancias en las que puede encontrarse un viudo y podría hacerse fortaleciendo los derechos legitimarios del cónyuge que actualmente son muy reducidos. A la cuestión de la vivienda habitual se suma otra concomitante, la necesidad de dejar atendido patrimonialmente al cónyuge cuando fuere discapacitado o persona mayor. No se trata sólo de considerar que al llegar a cierta edad resulte penoso o inhumano echarle de su casa, también lo es que quede en una mala posición económica por falta de testamentificación tras una larga vida matrimonial. Por ello, a lo largo del trabajo, añadiremos valoraciones sobre ciertos aspectos distintos a la vivienda encaminados al objetivo de mejorar la posición del viudo/a mayor en derecho sucesorio. El momento actual es propicio para debatir estas cuestiones tras la propuesta de Orden del Ministerio de Justicia de 4 de febrero de 2019 por la que se encomienda a la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar⁹. Con este objetivo exponemos en primer lugar los contornos actuales de la legítima en Derecho común y su crítica

⁷ Dejamos fuera de este trabajo los títulos de ocupación de naturaleza crediticia como la subrogación arrendaticia y el derecho de uso de viviendas militares, cuyas regulaciones atienden bien el objetivo de poder permanecer en el hogar al permitirle al viudo/a subrogarse en el puesto del arrendatario o usuario. Queremos resaltar como precisamente estas facultades manifiestan que nos encontramos ante un interés digno de tutela, el cual entronca con el derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47 CE. Véase la normativa al respecto en materia de arrendamiento de viviendas en el art 16.1, a y b de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (BOE núm. 282 de 25 de noviembre) y en cuanto al régimen de viviendas militares en el artículo 6.2 según el cual el cónyuge conviviente será beneficiario del derecho vitalicio e intransmisible de uso de la vivienda militar en caso de fallecimiento del titular (Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, BOE núm. 165, de 10 de julio de 1999).

⁸ Favorable a esta solución FERNÁNDEZ CAMPOS, 2016, p. 1081.

⁹ Nos referimos a la Orden de 4 de febrero de 2019, del Ministerio de Justicia, Accesible en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803576-Orden_de_4_de_febrero_de_2019__por_la_que_se_encomienda_a_la_seccion_de_derecho_civil_de_la_comisio. PDF. En sus declaraciones Elena Sánchez Jordán, vocal permanente de la Comisión general de Codificación, manifiesta que aboga por una modificación del sistema de forma radical y porque se reduzca la parte que obligatoriamente se ha de dejar a los hijos, dándoles a esto a lo sumo un cuarto o un tercio, aumentando también las causas de desheredación (Accesible en <https://www.ull.es/portal/noticias/2023/la-profesora-que-prepara-los-textos-de-las-leyes/>)

y en segundo lugar diversos argumentos que sugieren reformularla en su contenido y alcance.

1. LA LEGÍTIMA VIDUAL Y SU CRÍTICA

Los derechos legales del viudo sobre la herencia del consorte están conformados por una legítima pobre que se otorga en usufructo y opera sobre una cuota: el tercio de mejora si concurre con descendientes, sobre la mitad si concurre con ascendientes o de dos tercios si se trata de otros herederos (arts. 834 a 838 CC)¹⁰. Se tiende a justificar el carácter reducido de los derechos legitimarios del viudo en el Derecho común por la preferencia del sistema de gananciales como régimen económico matrimonial aplicable a falta de capitulaciones matrimoniales, el cual da al viudo en el momento del fallecimiento –y por tanto de la liquidación de la sociedad de gananciales– acceso a la propiedad sobre la mitad de dichos bienes. Se cumple así en el Derecho común el principio de que los regímenes que dan preferencia al sistema de gananciales (o sistemas de comunidad) son menos generosos con el viudo en materia de sucesiones que los que tienen separación de bienes y viceversa¹¹. Podría colegirse de ello que los gananciales es la vía por la que el legislador común quiere dejar protegido económicamente al supérstite frente a su posible desvalimiento dejándole libertad al testador para determinar y conformar los derechos que quiere dejarle finalmente sobre sus bienes, con respeto en todo caso a las legítimas.

Ciertamente el diseño de la legítima vidual en el Derecho común tiene algunas fortalezas: la principal es que surge de forma automática quedando todos los bienes de la herencia afectos al pago de este usufructo en el tiempo previo a que sea conmutado

¹⁰ Así se hubo de disponer en el Código civil por virtud de la Ley de Bases de 1888 por la que se autoriza al Gobierno a publicar un Código civil con arreglo a las bases establecidas en la ley (Art. 1 Ley de bases de 11 de mayo de 1888, Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1888). En la base 17 se manda que el viudo o viuda tenga el usufructo de alguna de las legislaciones especiales, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos si los hubiere.

¹¹ Es una afirmación reiterada que los derechos matrimoniales débiles se compensan con fuertes derechos sucesorios y viceversa, de ahí que un sistema del Derecho común basado en gananciales le otorgue reducidos derechos sucesorios al cónyuge viudo mientras que los de separación de bienes, como el sistema catalán actual, le atribuyan sustanciosos beneficios viduales (ZABALO ESCUDERO, 1993, p. 86). No en todos los casos se cumple esta regla, hay ejemplos en el Derecho antiguo navarro y catalán antiguo de transgresión de esa idea: Navarra con su régimen fuerte de comunidad, la sociedad de conquistas, y que concede amplios derechos sucesorios al viudo, mientras que Cataluña donde tiene un régimen de separación de bienes no venía acompañado (antes de la reforma) de fuertes derechos sucesorios al supérstite (CALDUCH, GARGALLO, *EdRDP*, 2007, pp. 12 y ss).

(839,2 CC) lo cual es interesante porque los herederos adquieren los bienes con esta carga¹². Puede decirse que su posición sucesoria es muy próxima al heredero, está facultado para conocer el patrimonio (su cuantía y composición)¹³, asume la responsabilidad por razón de los gastos comunes de la partición¹⁴ y está legitimado para pedir la división judicial (art. 782 1 LEC) aunque no está obligado a soportar las deudas (estas le afectarán indirectamente en la medida en que restan también en su contra el valor del patrimonio) asimilándose a un legatario de parte alícuota. Ahora bien, el viudo/a no sucede a su cónyuge en los derechos existentes en el haber hereditario, sino que obtiene sobre este un derecho *ex novo*¹⁵ sobre *parts valoris bonorum*, y no *pars hereditatis*, por ello bien puede decirse que no ocupa una posición idéntica al de un genuino sucesor y el mismo Tribunal Supremo no le tiene por heredero si bien ha de indicarse que lo hace al objeto de eximirle del pago de las deudas¹⁶.

¹² En este sentido de carga sobre su porción hereditaria, STS (Sala Primera) de 25 de octubre de 2000 (TOL 1840/2000).

¹³ El cónyuge y los herederos tienen un verdadero derecho de acceso a la información económica. El artículo 3.1 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, dispone que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de la persona fallecida salvo que exista prohibición expresa de esta si bien, indica la norma, esta prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante. Las entidades bancarias donde tuviera cuentas abiertas el causante darán a los herederos el certificado de posiciones y además podrán pedir todos los movimientos posteriores al óbito. Respecto a los anteriores, podrán obtenerse con pronunciamiento judicial favorable si fueren peticiones concretas y no desproporcionadas.

¹⁴ Es referente en este punto la STS 11 enero 1950 (RJ 1950/21), en uno de cuyos considerandos indica al respecto de una viuda heredera forzosa del usufructo de la mitad del remanente de bienes que en forma de legado le otorgó su marido, que «aunque por su carácter de usufructuaria, por la temporalidad de su derecho y por la modalidad especial que para la efectividad de su legítima establece el artículo 838 del Código Civil, su posición jurídica no sea absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal, particularmente en el aspecto de responsabilidad por deudas hereditarias, pero es indudable que tal identidad existe en punto a responsabilidad por razón de gastos comunes de la partición, porque el artículo 1074 del Código Civil no establece distinción en este respecto, en el cual están situados en el mismo plano el usufructuario y los nudo propietarios por el interés común que les liga en la liquidación de la herencia, como partícipes de un derecho abstracto en el “universum ius defuncti” o en una cuarta parte del mismo».

¹⁵ El artículo 807 CC caracteriza al viudo/a como heredero forzoso, pero como hemos advertido en la nota anterior no sucede al causante en calidad de heredero (art. 660 y 661 CC) por tanto no responde de las deudas como la jurisprudencia ha consolidado (A la anterior referida STS 22 de enero de 1963 añadimos la STS 20 de octubre de 1987 RJ 1987,7303). Postura doctrinal en el mismo sentido DIEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, 2006, p. 353.

¹⁶ Es doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de diciembre (RJ 2014/6780) que el beneficiado con el usufructo sobre la totalidad de la herencia, o una parte o cuota, no puede ser asimilado a la posición jurídica del heredero. Dicha sentencia entiende que el otorgamiento de usufructo al cónyuge no le hace sucesor a título universal (heredero) sino que tiene un derecho concreto que se constituye en el testamento (MARTINEZ ESPIN, *CCJC*, 2016, p. 46). En relación a las teorías subjetivistas cabría preguntarse si el testador al configurar el usufructo universal o de parte alícuota para el superstite tuvo la

Como indicábamos al principio, la legítima actual no ofrece base suficiente como para permitirle el viudo/a permanecer en la vivienda (ni ser alimentado a su cargo) a menos que el testador lo hubiere dispuesto expresamente. Esta situación es gravosa en la sucesión intestada cuando coincide con descendientes o ascendientes por ser el cónyuge tercero en el orden de llamamientos (art. 944 CC) lo que significaría que únicamente obtendrá su cuota legal en usufructo. Además, si atendemos a la facultad de conmutación de la legítima vidual del artículo 839 CC, los herederos podrán sustituir el usufructo vidual «por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo»¹⁷, lo que claramente demuestra que nuestro sistema común es reticente a imponerle a los nuevos propietarios la carga de soportar que el viudo siga ocupando el inmueble que ahora les pertenece. Volveremos sobre esta cuestión al analizar la vivienda en las actividades particionales.

La solución que dan los derechos civiles especiales o forales es muy diferente. Los Derechos catalán¹⁸, navarro¹⁹ y aragonés²⁰

intención de instituirlo en calidad de heredero, utilizando el *nomen iuris* en el testamento y atender al sentido literal de las palabras (art. 675.1 CC) pero la calificación no es determinante de por sí de la voluntad sino que debemos atenernos al contenido del derecho instituido (lo que son dichos derechos) para lo cual el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de enero de 1963 (RJ 1963/447) propuso valorar dos requisitos para que podamos hablar de heredero: el subjetivo (llamamiento a título de herencia) y el objetivo (llamamiento universal) de tal forma que si faltara el subjetivo habría un legado de parte alcuota y si falta el objetivo sería un legado de cosa determinada.

¹⁷ La conmutación puede producirse o bien a iniciativa de los herederos (art. 839 CC) o por decisión del viudo que concorra con hijos solo del causante, pudiendo exigir que su derecho de usufructo «le sea satisfecho, a elección de los hijos asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios» (art. 840 CC). Se trata en ambos casos de una elección que recae sobre los hijos y que opera sobre supuestos tasados que habilita para elegir alternativamente entre uno de estos tres medios sin que estén obligados a observar el orden en los que están enumerados.

¹⁸ Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones *DOG* 17 de julio de 2008 (CCCat.).

¹⁹ El sistema navarro también resulta claramente favorable al cónyuge supérstite al que concede un derecho extenso: el usufructo sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto en el momento del fallecimiento (Ley 253 de su Fuero nuevo, Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. *BOE* 137, de 8 de junio).

²⁰ Aragón concede al supérstite un derecho al usufructo sobre todos los bienes del que primero fallezca (derecho de viudedad aragonés, artículo 192 del Código de Derecho foral aragonés CFA) un derecho revestido de unas características singulares como su inalienabilidad e inembargabilidad (art. 273 CFA) si bien se trata de un derecho dispositivo en la medida en los cónyuges pueden pactarlo o disponer en testamento la exclusión o limitación del mismo o regularlo como libremente convengan (art. 272 CFA) y es renunciación a escritura pública (art. 274 CDF). En su exposición de motivos vinculan esta solución a una «concepción igualitaria y participativa de la comunidad de vida conyugal en la que ambos cónyuges comparten todas las decisiones económicas que tienen incidencia sobre la familia, en particular las más importantes, y, por tanto, las relativas a la enajenación de bienes inmuebles de uno de ellos sobre los que el otro está llamado a tener usufructo» (EM núm. 24). (Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas. *BOA* núm. 67 de 29 de marzo de 2011)

tienden a asegurar la permanencia del viudo en su casa. Por ejemplo, Cataluña le concede abintestato (también al conviviente que fuere pareja estable) el usufructo universal de los bienes del causante y menciona de forma expresa la vivienda al permitirle la conmutación del usufructo universal por una cuarta parte alícuota de los bienes y el usufructo sobre la vivienda conyugal (arts. 442-3 y 442-5 Ley 10/2008). En otros Derechos especiales también existen previsiones expresas, aunque de menor alcance, el Derecho civil vasco crea en favor del cónyuge (y también para la pareja) un derecho *ex lege* de habitación²¹ y Galicia en la Ley de 2006 le concede al viudo el usufructo vitalicio de una cuarta parte de la herencia y le coloca por delante de los herederos para hacer efectiva su legítima sobre la vivienda habitual en tanto que no exceda de su cuota usufructuaria (art. 257 Ley de derecho civil de Galicia)²² siendo preferente a la facultad de conmutación de los herederos.

En la misma línea, los ordenamientos de nuestro entorno tienden a arbitrar soluciones legales favorables a que el viudo pueda quedarse en la casa fortaleciendo sus derechos²³: Italia en 1975 reformó su derecho sucesorio para otorgarle al cónyuge una cuota legitimaria en plena propiedad²⁴ y un derecho de habitación sobre la vivienda familiar y uso de los bienes muebles que la acompañan²⁵. Bélgica concede al cónyuge viudo que coincida con descendientes el usufructo de la totalidad de los bienes hereditarios (art. 4.17 Código civil belga)²⁶ y Suiza, desde el 1 de enero de 2023

²¹ La Ley reguladora del Derecho civil vasco atribuye tanto al cónyuge viudo como al miembro supérstite de la pareja un derecho de habitación en la vivienda mientras se mantenga el estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho (art. 54 LDCV). Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco (BOPV núm. 176, de 24 de julio de 2015).

²² Ley 2/2006 de 14 de junio de derecho civil de Galicia, *DOG* 124 de 29 de junio de 2006.

²³ FERNANDEZ CAMPOS, 2016, p. 1079.

²⁴ Ley italiana núm. 151 de 19 de mayo de 1975 de reforma del Derecho de familia (texto completo en español accesible en *ADC*, 29, núm. 2, 1976 pp. 369-423). Esta Ley introduce amplias modificaciones del Código civil italiano y otorga al viudo que concorra con hijos unos derechos legitimarios en propiedad de un tercio si concurre con un solo hijo o de una cuarta parte, si hubiere varios (art. 542 CC italiano) y cuando concorra con ascendientes se le reservará al viudo la mitad del patrimonio (art. 544 CC italiano). Si la sucesión fuere por ley tendrá los dos tercios de la herencia si concurre con ascendientes, hermano o hermanas y la parte restante a estos dejando a salvo en todo caso a los ascendientes el derecho a una cuarta parte de la herencia (art. 582 CC italiano) y si no concurren con los antedichos, le corresponderá la totalidad de la herencia (art. 583 CC italiano).

²⁵ El artículo 540 CC italiano le reserva un derecho de habitación sobre la vivienda familiar y el uso de los muebles que la acompañan que fueren propiedad del difunto. Se recoge una regla adicional por la que si bien se aplicará este derecho sobre la parte de libre disposición si no fuera suficiente se proyectará sobre la parte reservada al cónyuge y eventualmente sobre la parte reservada a los hijos (Código civil italiano aprobado por Regio Decreto núm. 262 de 16 de marzo de 1942).

²⁶ El actual Código civil trae causa de la Ley belga de 13 de abril de 2019 de creación de un código civil y de inclusión de un libro VIII La prueba, (publicado en *Moniteur*

amplía sustantivamente la parte de libre disposición, reduciendo las legítimas de descendientes, suprimiendo la de ascendientes que pierden la condición de legitimarios (lo que redundaría en beneficio del viudo/a que habitualmente es bien tratado por su consorte) y mantiene la legítima del cónyuge y la cautela sociniana²⁷.

Respecto al Derecho español común, la doctrina española es favorable a reformular el Código civil de forma que pueda atenderse mejor la posición del cónyuge y sugiere que en el orden de llamamiento de la sucesión intestada se adelante al cónyuge por delante de los ascendientes²⁸ y en la testada se amplíe la libertad de testar²⁹ reduciendo –que no eliminando³⁰– las legítimas de descen-

Belge el 14 de mayo de 2019, en vigor desde el 1 de noviembre de 2020 y reformado en 2022). La redacción actual del Derecho sucesorio belga otorga al cónyuge el usufructo de todo el patrimonio cuando coincide con descendientes y si coincidiera con ascendientes o colaterales cercanos el cónyuge recibiría la propiedad plena del patrimonio común y el usufructo de los demás bienes patrimoniales del difunto. Accesible en https://www.ejustice.just.fgov.be/img_1/pdf/2022/01/19/2022B30600_F.pdf

²⁷ MATEO VILLA, *RDC*, 2023, p. 66.

²⁸ GALIZIA AIZPURUA a quien corresponde la autoría del Capítulo VII, Título VI del Libro Cuarto de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores y profesoras de Derecho civil (APPDC) opta por dar a los ascendientes la legítima de un cuarto en caso de que concurran con el cónyuge viudo y dispone el retorno de donaciones hechas en favor de sus descendientes cuando estos fallecen sin posteridad (APPDC, *Propuesta de Código Civil*, tecnos, 2018). *Vid* síntesis y comentario en GALIZIA AIZPURUA, *IV*, 2020 p. 329.

²⁹ Martínez de Aguirre lleva años sugiriendo introducir en el Derecho común mayor libertad de testar (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2010, p. 197). En el mismo sentido va la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su propuesta de reforma del Derecho común de sucesiones, antes referida. Para Carrasco Perera «sólo deberían tener derechos legitimarios aquellos descendientes que en el momento del fallecimiento del causante se encontraran en situación actual (no posible) de titular un crédito de alimentos contra el causante» (CARRASCO PERERA, *AJA*, 2014, p. 1). Por su parte Cazorla también aboga por la reducción de las legítimas, su sustitución por un derecho de alimentos y la ampliación de las causas de desheredación, aunque no es partidaria de su supresión para evitar el hándicap de un testador caprichoso e injusto (CAZORLA GONZALEZ, *RDP*, 2020, pp. 18 y 19).

³⁰ Nos decantamos por las posturas de reducción -no de supresión- de las legítimas para permitir que sigan reflejando la cohesión en la familia como indica José María Miquel González (opinión recogida en BENAVENTE MORERA, *ADC*, 2023, p. 239) y en la línea de Gomá que es partidario de mantener la legítima de descendientes (GOMÁ LANZÓN, 2019, p. 75). Coincidimos con Bernad en que el hecho de que los legitimarios tengan su vida resuelta no es razón suficiente para excluir la legítima porque esta hunde sus raíces en consideraciones de tipo antropológico, ético, filosófico y de justicia y por su conexión intrínseca con la idea de familia donde la legítima se inserta como un deber familiar (BERNAD MAINAR, *AJI*, 2019, p. 406). Por su parte Mondragón aboga por mantener el sistema actual de legítimas con fundamento en evitar que los cuidadores desaprensivos se aprovechen de las discapacidades del anciano testador para conseguir ser nombrado heredero único y pide el mantenimiento del sistema de legítimas como lo configura en la actualidad el Código civil por mantener el principio de solidaridad familiar de manera más justa y equilibrada (MONDRAGÓN MARTÍN, 2019, pp. 444 y 446 respectivamente). Pereña por su parte considera que a pesar de los cambios sociales no ha desaparecido el fundamento de la legítima de descendientes por lo que hay que hacerlos compatibles con los del cónyuge viudo (PEREÑA VICENTE, *La Ley DF*, 2019, p. 60). Finalmente, Vela Sanchez en un reciente trabajo en el que recoge la postura de un importante sector de la doctrina favorable a suprimir la figura de la legítima, aconsejada por los trascendentales cambios sociales y el aumento de la esperanza de vida, se decanta en nota al pie 15 por la simple actualización del régimen legitimario que no debe ser tan profunda como para suprimirlas al ser un sistema generalmente aceptado y respetado (VELA SANCHEZ, *ADC*, 2023 p. 999).

dientes y ascendientes permitiéndole así beneficiar al cónyuge (o a la pareja) si así lo quiere. Esto último resulta conveniente en el contexto de las sociedades envejecidas, pues como indica Ronchetti, una regulación que priorizara al anciano como sujeto débil, tendería a reducir las restricciones a la libertad de testar que supone la legítima para que pudiera beneficiar al viudo/a mayor³¹, dejándole debidamente atendido en sus necesidades patrimoniales hasta su óbito.

2. RAZONES PARA LA REFORMA DE LA LEGÍTIMA Y EL INTERÉS DEL VIUDO POR PERMANECER EN LA VIVIENDA HABITUAL

El aumento de la esperanza de vida, la necesidad de atención a las personas mayores y su bienestar, la protección de la dignidad del viudo/a y su lugar en la familia deben inclinar la balanza de la reforma del Derecho sucesorio común hacia una mejor atención del supérstite, sobre todo en lo que concierne a su interés por permanecer en la vivienda familiar con preferencia a los herederos. Entre los argumentos pueden citarse los siguientes:

1.º Por razones de dignidad, humanidad y piedad para con el viudo. El que los herederos puedan echarle de la casa tras largos años conviviendo con el causante, cuando es mayor o tiene necesidad o discapacidad resulta una actuación éticamente reprochable, a menos que sea esa la voluntad del causante. El mismo derecho legal de predetracción en el artículo 1321 CC que faculta al viudo hacer suyos los bienes muebles que conforman el ajuar sin computárselo en su haber, con mucho que no se trate propiamente de un derecho hereditario³² ni comprenda todos los muebles (deja fuera los de singular valor) refleja la importancia en las sucesiones de salvaguardar los principios de humanidad y piedad³³. En el caso de la vivienda habitual si partimos de la importancia y especial consideración jurídica que tiene el domicilio conyugal en el normal des-

³¹ RONCHETTI, *Oñati*, 2011, p. 14.

³² Como indica Díaz Alabart el derecho de predetracción no es propiamente un derecho hereditario y por ello no se computa en su haber, ni es una consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial, son bienes que se extraen previamente de la masa hereditaria (DÍAZ ALABART, 2022, p. 516), entre sus singularidades están que opera por ministerio de la ley (ESPIAU ESPIAU, 2016, p. 764) y que le confiere al cónyuge un poder directo sin necesidad de intermediarios que hará valer frente a cualquiera y que podrá ejercitar aunque haya repudiado la herencia, sea indigno o haya sido justamente desheredado lo que hace que se sustraiga a las dinámicas propias del Derecho sucesorio.

³³ LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 319.

envolvimiento de las relaciones matrimoniales (art. 1320 CC)³⁴ lo más coherente sería entender que, respecto del hogar, el viudo tiene un interés prevalente al de los herederos a falta de indicación del testador. La misma función del derecho a la propiedad privada tal y como ha sido configurada por Constitución (la función social, *Vid.* arts. 39.3 y 49 CE) se cumple de forma más atinada si los bienes del fallecido van dirigidos a proteger a quien es más perjudicado por el fallecimiento situando el foco en las obligaciones alimentarias, como indica Roca Trías³⁵.

2.º El principio de solidaridad familiar cuando los herederos son ya adultos inclina la balanza en favor del cónyuge. Un sector doctrinal (*vid.* comentario en nota al pie 30) considera poco razonable que el Derecho sucesorio común siga poniendo el acento en la legítima de descendientes si los herederos ya son personas adultas e independientes pues tal cosa desfigura uno de los objetivos perseguidos por el legislador cuál era la protección de niños y jóvenes³⁶ y responde a un principio sucesorio de continuidad en la vivienda de los familiares o linaje que se entiende hoy en día como anacrónico³⁷. En este sentido, Carrasco Perera opina que la legítima de descendientes tenía un mayor sentido en épocas pretéritas cuando había que atender las necesidades de la prole en momentos históricos en los que la expectativa de vida era baja por lo que sólo deberían tener derechos legitimarios aquellos descendientes que fueran titulares de un crédito de alimentos contra el causante³⁸. Por su parte, el legislador aragonés justifica la reducción de la legítima de descendientes (de tres cuartos en la legislación anterior se pasó a la mitad del patri-

³⁴ Entre las manifestaciones protectoras de la vivienda familiar quizá en sede civil la más relevante sea la exigencia de consentimiento del cónyuge para realizar actos de disposición que afecten al goce de la misma (art. 1320 CC) que se concreta en actos de disposición por los que se priva del uso de la misma por la familia (MARTÍN MELÉNDEZ, *ADC*, 2019, p. 1085). El tribunal Supremo ha llegado a considerar la vivienda familiar a los efectos de la vida matrimonial y de las crisis matrimoniales, separación o divorcio, como un «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario» (STS 31 diciembre 1994, RJ 1994/10330).

³⁵ ROCA TRÍAS, *AFDUNAM*, 2020, p. 44.

³⁶ Línea seguida en la Exposición de motivos del Libro IV del Código civil de Cataluña que consideran que reducir la legítima de descendientes o la restricción para reclamarla es más ajustado «a la realidad de la sociedad contemporánea que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores». (Cataluña: Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones DO. Generalitat de Catalunya 17 julio 2008, núm. 5175). Por su parte Vaquer Aloy observó dos fenómenos extraídos de datos estadísticos en 2007: que los herederos reciben su legítima entre 55 y 64 años que es el momento de su mayor riqueza y que el sistema de transmisión de la riqueza se realiza en vida mediante las inversiones en conocimiento y formación por lo que se cuestiona que hoy en día pueda seguir afirmándose que su fundamento está en la solidaridad intergeneracional (VAQUER ALOY, *InDret*, 2007, pp. 10 y 11).

³⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, 2016, p.1079.

³⁸ CARRASCO PERERA, *AJA*, 2014, p. 1.

monio del causante y además se estableció como legítima colectiva) para atender «a las voces procedentes sobre todo de los ambientes urbanos, que demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costeó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron». Se pone el acento en una persona viuda, urbanita y mayor, con hijos independizados beneficiados por la constante ayuda de sus progenitores que ahora pueden ser pospuestos en la sucesión para priorizar la atención al supérstite que se enfrenta a la fase final de su vida. Cabe entender que hoy en día la carga ética que acompaña el Derecho de familia inclina su balanza en favor del cónyuge cuando la siguiente generación tiene sus propios ingresos y no lo necesita, luego el fortalecimiento de los derechos del cónyuge y la reducción de legítimas de descendientes pueden verse como un ajuste normativo adaptado a los tiempos actuales sobre la base de los principios de equidad y de solidaridad familiar.

3.º Por razones de justicia. Si partimos de que el hogar se construye sobre el esfuerzo conjunto de ambos cónyuges lo suyo sería colegir que el viudo es quien más justamente debiera acceder a su propiedad (o a la asignación del uso en su favor) e incluso por razones de sostenibilidad de la vida humana cuando el fallecido haya precisado cuidados. Agrupamos en este bloque valoraciones novedosas que pueden integrarse en sede sucesoria con el objetivo de dar realce a la unidad esponsal llena de recíprocos cuidados y atención mutua durante la última enfermedad sobre todo cuando el fallecido necesitó durante años cuidados y los recibió de su cónyuge, aunque también es predicable de algún otro miembro abnegado de la familia. Así, Pérez Gallardo y Pereira Pérez³⁹ son partidarios de incrementar la cuota del cuidador sobre la del resto de coherederos o atribuirle un bien de importancia como puede ser la vivienda familiar sobre la base de lograr una distribución más justa del patrimonio hereditario. A esta misma conclusión se llega cuando el supérstite se vino dedicando a las tareas domésticas en beneficio del fallecido o realizó una sobreaportación al levantamiento de las cargas familiares que debiera verse justamente compensada a la extinción del régimen de separación de bienes (*Vid* art. 1438 CC)⁴⁰.

³⁹ Gallardo y Pereira proponen incluir una atribución preferencial *ab intestato*, así como incentivos sucesorios para el cuidador (PEREZ GALLARDO y PEREIRA PÉREZ, *RDP*, 2023, p. 14).

⁴⁰ El deber de compensar el trabajo doméstico como contribución a las cargas cuando tuvieren separación de bienes está explícitamente recogido en el artículo 1438 CC debiendo el juez señalar le cuantía de la misma a la extinción del régimen de separación. Se trata de una fórmula que busca paliar el aprovechamiento que uno experimenta a cargo

Todo ello impulsa a la evolución de la institución sucesoria en un escenario de población longeva y a formalizar mejor las consecuencias de haber recibido servicios y cuidados.

4.º Consideramos favorable al viudo la construcción de una teoría del hogar como política pública asociada al derecho a una vivienda digna y a la protección de personas vulnerables que se traduce para las personas de edad no sólo en que puedan permanecer en su hogar según su voluntad y preferencias personales, también el proporcionarles servicios para que ello sea posible, integrándolo dentro del ámbito de responsabilidad del Estado⁴¹. En el ámbito sucesorio civil esta dimensión ha comenzado a incorporarse a través de previsiones protectoras de la persona con discapacidad, nos referimos al derecho legal de habitación sobre la vivienda (art. 822 CC)⁴² que prevalece sobre las legítimas de los coherederos. Sería deseable mejorar esta previsión en relación al viudo/a para evitar su carácter limitado e insuficiente pues no le permite un uso excluyente de la vivienda -algo necesario en aras a preservar su independencia y autonomía- y está condicionado por la acreditación de la discapacidad y la prueba de la necesidad. En este panorama, atender el interés del viudo sobre la vivienda con preferencia a los herederos, sobre todo si es persona mayor, encaja mejor con las exigencias de protección de las personas vulnerables.

del trabajo del otro cuando este se dedicó a la familia. La norma, como señala Villó, pone el acento en el valor que se da al trabajo doméstico en sí mismo, por tanto, no se hace depender de la incidencia o repercusión en los respectivos patrimonios privativos de forma que aunque la autora sea partidaria de que la compensación se funde en el incremento de patrimonio del cónyuge deudor, la norma no exige dicho incremento lo que rompe con la idea de enriquecimiento injustificado y desliga la compensación de la desigualdad de patrimonios (de VILLÓ TRAVÉ, *ADC*, 2024, p.190). En este sentido la Propuesta de Código de Derecho civil de la Asociación de Profesores antes referida, introduce en el régimen de separación de bienes (artículo 265.5 de la Propuesta de CC) un derecho a la compensación por trabajo en el hogar (o colaboración en las actividades económicas del otro cónyuge) de manera que en el momento de extinción del régimen (por separación, divorcio, nulidad o fallecimiento) en nuestro caso el superviviente podrá recibir una compensación (en dinero salvo que se acuerde otra cosa) determinada por razón de la duración e intensidad de la dedicación, los años de convivencia, la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges, así como la ayuda de tercera persona o de servicio doméstico.

⁴¹ ARÉVALO GUTIÉRREZ, 2024, p. 804.

⁴² El derecho de habitación reconocido en el artículo 822.2 CC está diseñado con cierta flexibilidad pues su constitución, a realizar por el beneficiario, se extingue por las mismas causas de extinción del derecho de habitación: la muerte del habitacionista, la expiración del plazo por el que se constituyó el derecho (en su caso), por condición resolutoria, reunión de la habitación la propiedad en una misma persona, renuncia del habitacionista, pérdida total de la cosa, resolución del derecho del constituyente y prescripción (art. 513 CC) y el abuso grave no bastando meros deterioros en la cosa, falta de reparaciones, impago de cantidades o la realización de obras sin consentimiento del propietario, sino de actos de mayor calado como la introducción de un tercero en la casa o la enajenación del derecho (recordemos que es un derecho personalísimo).

II. LA VIVIENDA HABITUAL EN LA MASA POSTGANANCIAL Y EN LA HERENCIA Y SU OCUPACIÓN POR EL VIUDO

La vivienda habitual es un importante activo en las masas ganancial y hereditaria, ejemplos paradigmáticos de patrimonios separados e integrados por universalidades de bienes, derechos de contenido económico y deudas (*universitas iuris*) como una entidad jurídica unitaria. Lo fundamental de estas agrupaciones es su régimen de gestión y administración distinto al del patrimonio personal de cada sujeto (cónyuge, herederos/legatarios) y las particularidades de su liquidación (con la importancia que reviste esta cuestión). Dentro de ellas, la vivienda conyugal es quizás el más valioso de todos los activos agrupados abstractamente y está sujeta al pago de las deudas del causante⁴³. Ya opere sobre todo el bien (titularidad única) o sobre parte del mismo (porque la titularidad sea compartida o plural) el destino de la vivienda vendrá marcado por la voluntad del titular expresada en testamento si lo hubiera o por el régimen sucesorio que corresponda. Es frecuente que el casado introduzca previsiones explícitas testamentarias sobre el hogar garantizándole al viudo su permanencia al menos a título de usufructo y otros beneficios, se trata con todo de deseos del testador que se hallan tensionados por la voluntad de que finalmente vayan sus bienes a sus descendientes o familiares.

1. EN LA MASA POSTGANANCIAL

La muerte produce la disolución del régimen matrimonial y liquidación de gananciales (art. 1392 CC)⁴⁴. La situación del viudo respecto a la vivienda será dispar según su carácter de bien privativo o ganancial, pudiendo darse el caso también de que hubiera sido

⁴³ Sobre la puesta a disposición de los acreedores de la vivienda habitual, los herederos no podrán beneficiarse de las reglas que sobre el particular han emergido recientemente en materia de exoneración de pasivo insatisfecho en la legislación concursal tras las reformas impulsadas por el Derecho europeo que hace posible la exclusión de la embargabilidad de la vivienda habitual en una serie de supuestos (Directiva 2019/1023 de 20 de junio sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones traspuesto en nuestro país por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre de reforma del texto refundido de la Ley concursal). CUENA CASAS, 2023.

⁴⁴ El nuevo sistema de liquidación de bienes matrimoniales se aplicará a todos los supuestos en los que exista una masa común de bienes sujeta a las cargas matrimoniales cualquiera que sea el régimen existente, lo que incluye no sólo los gananciales, también otros similares de derecho especial como la sociedad conyugal de conquistas de Navarra, o el régimen de comunidad de bienes de Aragón o la comunicación foral de Vizcaya o el agermanament del derecho de Tortosa (MONTERO AROCA, 2003, p. 162).

adquirida por los cónyuges en régimen de cotitularidad (carácter privativo de las mitades indivisas del inmueble). Si fuere ganancial la liquidación señalará su destino en el reparto del 50% de los bienes, correspondiendo entonces al cónyuge superviviente (total o parcialmente) o a la masa hereditaria en el porcentaje restante, pendiente en todo caso de las actividades particionales.

La categorización concreta de cada bien (privativo o ganancial) nos viene dada por el Código civil que dispone como privativos los adquiridos antes del matrimonio y respecto a los adquiridos después opera la presunción de ganancialidad del artículo 1360 y artículo 1347.3 CC, luego sería privativo cuando quedara acreditado que fue heredado u obtenido por el causante a título gratuito o, si la adquisición fue onerosa, cuando se hizo a cargo de bienes privativos (artículos 1344 a 1410 CC). Podría ocurrir también que se trate de una adquisición mixta en cuyo caso el artículo 1354 CC indica que «los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». Este principio de subrogación real opera con fuerza para dar seguridad jurídica a la adquisición de la vivienda posterior al matrimonio y aunque se admite trasvase patrimonial de bien ganancial a privativo del cónyuge en cuyo haber queda la vivienda (o la cuota proindiviso de la misma) —por donación, permuta o venta (art. 1323 CC)— debe justificarse siempre la no operatividad del principio de subrogación real (art. 1347.3 CC), por ejemplo acordándose el reembolso al tiempo de la liquidación al que refiere el artículo 1358 CC, lo que no es frecuente.

La vivienda (en su parte ganancial o privativa) pasa a la sociedad postganancial, deferida a los partícipes de la comunidad sucesoria y tendrá un régimen especial de gestión requiriendo los actos de disposición el consentimiento de todos ellos o autorización judicial⁴⁵. Cuando el viudo concurre a la herencia con hijos que son también hijos propios es habitual que ni siquiera llegue a hacerse la división del haber consorcial, como indica López Beltrán de Heredia «el cónyuge no suele tener ningún deseo de repartir con sus hijos lo que considera suyo y muchas veces los bienes de la extinta sociedad de gananciales no se reparten hasta su muerte»⁴⁶. En estos casos coexistirían una comunidad postganancial y una comunidad hereditaria, integrándose aquella en su mitad abstracta dentro de la segunda.

⁴⁵ MONTERO AROCA, 2003, pp. 89 y 91.

⁴⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 58.

Sea como fuere la liquidación de gananciales implicará actuaciones como el inventario y avalúo de bienes, derechos, cargas y obligaciones y el pago o deducción de estas últimas con el caudal inventariado, también serán abonadas las indemnizaciones y reintegros a cada cónyuge cuando el fallecido sea deudor de la sociedad (art. 1403 CC). El neto o remanente, del que formaría parte la vivienda ganancial se dividirá por mitad entre supérstite y los herederos del premuerto (art. 1404 CC), pasando a integrar la masa hereditaria junto a los bienes privativos que hubiere dejado el difunto. Así, la vivienda habitual ganancial pasaría a pertenecer en su mitad al supérstite y en su otra mitad a los herederos del fallecido en régimen de comunidad ordinaria.

En este proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, el Código civil le concede al supérstite un derecho de atribución preferente en su haber de la vivienda donde tuviese la residencia habitual (art. 1406.4 CC), una solución que, como dice Vázquez Iruzubieta, «de seguro echa paz en la conciencia de cualquiera»⁴⁷. Se trata de un derecho potestativo de configuración jurídica que le permite conformar como parte de su lote la vivienda familiar, respecto del cual pudiese pedir que se le atribuya en propiedad o que se constituya a su favor un derecho de uso o habitación (art. 1407 CC) lo que supone una vía importante de accesibilidad a la vivienda en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales y evita que los herederos puedan privarle de su uso. Se entiende así que los herederos deberían permitir la permanencia del viudo en la vivienda que constituyó su hogar tras la muerte del cónyuge como algo lógico dentro de las relaciones familiares⁴⁸ si bien como sugiere de *lege ferenda* Cobas Cobiella⁴⁹, para tener título real idóneo que le permita el disfrute de toda la vivienda debería concedérsele en sede sucesoria el usufructo sobre el 50% restante de la vivienda habitual al objeto de que no sea inquietado respecto a la ocupación del hogar.

El referido derecho de atribución preferente se proyecta sobre la vivienda habitual luego no comprende otras casas como las de temporada a menos que el matrimonio soliera residir entre dos viviendas también de forma habitual y entonces el cónyuge atributivo puede elegir aquella que le resulte más adecuada a sus necesidades. La norma (art. 1406 CC) es de aplicación restrictiva, no puede ser invocada cuando la vivienda habitual fuera privativa ni tampoco en los procesos de liquidación derivados de crisis matri-

⁴⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2002, p 114.

⁴⁸ Así lo indica la SAP Valencia 15 febrero 2023 (JUR 2023/297490).

⁴⁹ COBAS COBIELLA, 2023, p. 228.

moniales⁵⁰ por tratarse de una regla propia del sistema de gananciales y una excepción al principio particional de igualdad cualitativa entre los lotes (art. 1404, 1410 y 1061 CC), aunque en ocasiones la jurisprudencia lo ha hecho alegando razones de justicia material⁵¹.

En su párrafo final, el artículo 1407 CC resuelve el problema de que resulte de mayor valor el bien que los correlativos de su haber adjudicado pudiendo abonar la diferencia en dinero, lo cual permite reequilibrar el valor del bien o derecho que adquiere con el montante del haber que le correspondiera. Es una facultad que tiene fortaleza y opera incluso cuando existiera un legitimario con discapacidad al que se hubiera realizado donación del derecho habitación del artículo 822.4 CC, en este caso el legitimario podrá seguir usando su derecho de habitación independientemente de que en la partición sea adjudicada en propiedad, uso o habitación la vivienda al viudo porque no impide el ejercicio de la atribución preferente al supérstite consagrada en estos artículos⁵².

2. EN LA HERENCIA

La vivienda que pertenciere al fallecido (en su porción correspondiente según el porcentaje del que fuera titular y resuelta la cuestión de los gananciales o, en caso de separación de bienes, atendiendo a la presunción de comunidad por mitades del artículo 1441 CC) quedará integrada en la herencia en el estado en el que se hallare, con o sin gravámenes o cargas, y estará sujeta al pago de las deudas existentes en el momento del fallecimiento (art. 659

⁵⁰ Sobre este particular Martín Meléndez recoge en nota al pie 6 las diversas posiciones en relación con la atribución preferente de la vivienda a otros supuestos distintos del viudo (MARTÍN MELÉNDEZ, *ADC*, 2019, p. 1062)

⁵¹ Aunque, en efecto, no cabe sostener que dentro del proceso liquidativo de los gananciales en los casos de crisis matrimoniales exista un derecho de atribución preferente de la vivienda familiar en favor del cónyuge al que se le hubiere adjudicado el derecho de uso, goza de cierta preferencia como criterio interpretativo judicial o solución razonable a aplicar en estos casos, ajustándose al interés más necesitado de protección y a fin de evitar conflictos innecesarios salvo que concurren hechos que justifiquen otra solución (SAP Valencia 31 mayo 2005, JUR 2005/2332). En este caso la Audiencia recoge su admisibilidad como criterio razonable de adjudicación por venir regulado en el entonces vigente artículo 78.4 de la Ley 22/2003 concursal que establecía el derecho del cónyuge del concursado a solicitar la disolución de la sociedad ganancial y un derecho de preferencia legal sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge no deudor hasta donde alcance su haber. Actualmente esta previsión sigue manteniéndose contenida en el artículo 125.3 del RDL 1/2020 de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal que indica: «El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera sólo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso».

⁵² *Vid* en este sentido MARTÍN MELÉNDEZ, *ADC*, 2019, p. 1087.

CC) según el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 CC. Rubio Garrido considera importante entender que los bienes y deudas de un causante están integrados en una herencia o masa patrimonial unitaria o en distintas masas patrimoniales que actúen separadamente, pues tal cosa permite sujetarlos a procedimientos de liquidación más o menos reglados prescindiendo de la construcción jurídica del heredero⁵³. En el aspecto del pasivo en ocasiones surgen dificultades que sugieren la necesidad de una regulación en el Código más detallada de las deudas hereditarias y de las deudas de la comunidad hereditaria⁵⁴ y se está cuestionando la responsabilidad ilimitada del heredero que acepta tácitamente la herencia sin beneficio de inventario ex artículo 1003 CC o que lo pierde por no ejercitarlo en tiempo y forma ex artículo 1005 CC⁵⁵. Son factores a tener en cuenta a la hora de valorar la materialización de los derechos del viudo sobre el inmueble.

En lo que concierne específicamente a este trabajo analizamos la situación del viudo no propietario respecto de la vivienda habitual durante el proceso sucesorio y en las actividades particionales.

2.1 Durante el proceso sucesorio

La vivienda incluida en la masa hereditaria será deferida a los herederos que adquirirán sobre ella la posesión civilísima sujetándose a su régimen fiscal correspondiente⁵⁶. Durante el tiempo inicial y hasta la adjudicación de los bienes, el viudo seguirá viviendo en la casa al amparo de su condición de legitimario. El carácter

⁵³ RUBIO GARRIDO, 2022.

⁵⁴ A ello se añaden las que acumula el transcurso del tiempo y las diferencias entre la computación de los bienes y deudas en el momento del fallecimiento y los que acaecen con posterioridad. La reforma de 1981 alteró el momento en el que se han de valorar los bienes de cara a la partición, lo que genera nuevos problemas por la falta de correspondencia con el valor de los bienes en el momento de la sucesión. Respecto a los gastos debe diferenciarse entre las deudas hereditarias y las deudas de la comunidad hereditaria. En las primeras son sujetos obligados los herederos en sentido estricto, (que incluirán los herederos universales y los que sean en cosa cierta o aquellos hayan cedido sus cuotas) y las deudas de la comunidad hereditaria, que serán a cargo de los miembros de la comunidad hereditaria (es decir excluyendo pues a los herederos de cosa cierta e incluyendo a los legatarios de parte alícuota).

⁵⁵ La STS 27 junio 2000 (RJ 2000/5909) admitió la impugnación de la aceptación tácita de la herencia por error esencial y excusable como remedio para eludir la responsabilidad ilimitada del heredero por deudas del causante que fueren imprevistas y desconocidas al tiempo de aceptar. La doctrina se muestra favorable a esta solución para evitar que el heredero se haga prisionero de por vida (o casi) de las deudas del causante sin ser siquiera consciente de ello (VIVAS TESÓN, *CCJC*, 2022, p. 112).

⁵⁶ En cuanto que tiene su CIF y tributación en el IVA con sus trimestrales correspondientes, además de que las comunidades de herederos estarán sujetas al régimen de atribución de rentas cuando los bienes produzcan frutos o dividendos (modelo 184).

abstracto de la legítima viudal del artículo 807 CC en relación con el artículo 834 CC proporciona base suficiente para justificar su permanencia en la casa y evitar la apreciación de la situación de precarista. Como indica la SAP Girona, «por su cuota legitimaria el cónyuge viudo tiene un poder de uso y disfrute difuminado en todos y cada uno de los bienes que constituyen el patrimonio del cónyuge causante mientras esta no se concrete en bienes determinados»⁵⁷.

Pero aunque el viudo pueda permanecer en el inmueble durante el proceso sucesorio⁵⁸ no se trata en modo alguno de una posición fuerte. En lo que se refiere a bienes de la herencia, los herederos de cuota o de participación indivisa en cuanto tales no tienen título para el disfrute exclusivo y excluyente de demás⁵⁹. El artículo 394 CC dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que las use conforme a su destino y sin impedir a los copartícipes utilizarlas según su derecho, en consonancia con lo cual el TS sostiene que cada coheredero tiene la facultad legal de servirse de las cosas comunes y que el uso de la cosa común por todos ellos es solidario siendo ilegítimo que uno solo de los partícipes excluya el goce o uso de los demás. En algunos casos el Tribunal Supremo resuelve atendiendo a los respectivos derechos en proporción a la cuota de cada uno, como en la STS núm. 700/2015 de 9 de diciembre⁶⁰, en la que aplica un reparto por turnos del uso de la vivienda y fija los días que corresponden a cada uno en atención a la cuota de propiedad. Podría llegarse a falta de acuerdo con los coherederos, al ejercicio por estos de la acción de desahucio por precario contra el viudo que posea en exclusiva la vivienda cuando el título de ocupación fuere menor⁶¹.

⁵⁷ SAP Girona 4 febrero 1998 (AC 1998/262). Nótese que la Audiencia extrae esta conclusión no sólo de las peculiaridades del derecho especial catalán sino también la aplica como consecuencias del artículo 807 CC en relación con el artículo 834 que reconoce al cónyuge viudo el derecho al usufructo del tercio de mejora si concurre con hijos o descendientes, consideraciones que traemos a nuestro análisis del derecho civil común.

⁵⁸ El supérstite podrá beneficiarse de las obligaciones de cuidado que los herederos tienen del caudal relicto y dentro de este de la vivienda familiar, por tanto, ciertos gastos serán atendidos por la comunidad hereditaria como los fijos de agua, gas, luz, comunidad, impuestos, etc., que seguirán abonándose desde las cuentas bancarias de la persona difunta si estuvieran domiciliados.

⁵⁹ Al respecto SAP Zamora 3 diciembre 2013 (JUR 2013/9351) cita oportunamente la STS 8 mayo 2008 (RJ 2008/2964), según la cual no se admiten los actos particulares de los comuneros sin asentimiento de los demás salvo que la actuación redunde en claro provecho de la comunidad, pues «la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás es ilegítimo», y añade posteriormente que tal uso una vez finalizado el título por el que inicialmente se poseía, tiene la consideración de precario.

⁶⁰ STS 9 diciembre 2015 (RJ 2015/5895).

⁶¹ La doctrina del Tribunal Supremo sobre el precario en comunidades hereditarias parte de que cada coheredero tiene la facultad de servirse de las cosas comunes y que es ilegítima la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria.

2.2 La vivienda habitual en las actividades particionales y su lectura fiscal

En la fase de partición de los bienes el viudo no cuenta con facultad para avocarse la vivienda habitual en propiedad ni tampoco puede concretar su cuota usufructuaria sobre la misma a menos que así lo hubiera dispuesto el testador. A falta de previsión testamentaria, el interés del viudo sobre la vivienda quedaría totalmente frustrado si los herederos deciden conmutar los derechos sucesorios del cónyuge por alguno de los tres medios de satisfacción de la legítima recogidos en el artículo 839 CC (renta vitalicia, productos de determinados bienes o capital en efectivo) procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial, sin que pueda el viudo/a elegir por sí mismo el medio sustitutivo del usufructo como pago a la legítima ni vetar el medio elegido por los herederos⁶². Desde una perspectiva vital lo que en el Código aparece como excepción (la conmutación) se ha convertido en la práctica en la regla general como solución preferida por los herederos para evitar la desmembración entre propiedad y usufructo de ahí que el usufructo sea habitualmente reemplazado⁶³.

Cuando el cónyuge tuviere asignado vía testamento el usufructo sobre la vivienda (ya sea universal con cautela sociniana o un derecho específico sobre la vivienda) y los herederos no pudieran imponer la conmutación suelen estos avenirse sin problema a adjudicarle al viudo la propiedad (si este lo pide y puede pagar el exce-

ria. La antes referida STS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2964) indica textualmente «si algún heredero hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción ejercitada, más esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos». La STS núm. 691/2020 de 21 de diciembre (RJ 2020/5037) aplicó la referida doctrina jurisprudencial sobre desahucio por precario a coherederos durante el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria para resolver un caso complejo de cotitularidad postganancial entre la primera esposa y la comunidad hereditaria de la que la segunda esposa y viuda era usufructuaria universal, en este estadio caracterizado por la falta de liquidación y en la que los cónyuges tienen una cuota indivisa en cuanto que estamos ante un patrimonio separado colectivo únicamente cuando concluyan las operaciones de liquidación esa cuota sobre la masa será sustituida por la titularidad singular concreta que corresponda a cada uno de los ex cónyuges o sus herederos por lo que resulta viable el precario entre coherederos, se trata de una acción a ejercitar en provecho de la comunidad pues de lo contrario el demandante incurriría en la misma posesión exclusiva bastando con que redunde en beneficio y provecho de la misma por tanto se condena a la demandada (viuda) a dejar libre y expedita la vivienda con apercibimiento de lanzamiento, vivienda que tampoco podrá ser ocupada por la demandante pretendiendo el uso exclusivo y excluyente que quiso evitar (FJ 3. 15).

⁶² FERNANDEZ CAMPOS, 2016, pp.1107 y 1108.

⁶³ MASIDE MIRANDA, 1989, p. 213.

so). No tendrían alternativa mejor si no quieren soportar el mantenimiento del usufructo ya que la opción de venderle a un tercero su nuda propiedad resulta poco atractiva económicamente dados los bajos precios que ofrecen las empresas del sector en relación al valor global del inmueble, como veremos más adelante. En este caso, se procedería a conmutar de mutuo acuerdo los derechos del viudo por la adjudicación en propiedad de la vivienda habitual, eligiendo la opción del «capital efectivo» (art. 839 CC) expresión esta que si bien viene en principio referida a la entrega de una cantidad o suma monetaria se admite que pueda operar atribuyéndole al viudo en pleno dominio la vivienda habitual, eso sí, se requiere para ello que los herederos sean mayores de edad, obren en interés propio y tengan la libre administración de sus bienes y derechos conforme al artículo 1058 CC (y también en el caso extraordinario de que todos los bienes o en su mayor parte fueren improductivos como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962)⁶⁴.

La adjudicación en propiedad plena al viudo de la vivienda habitual arroja paz en las relaciones familiares sobre todo cuando los herederos fueran hijos o parientes sólo del fallecido. Debe desaconsejarse la vía de la cotitularidad de la finca por ser algo poco deseable tanto para el viudo como para los herederos⁶⁵ a no ser que el cónyuge tuviera además el usufructo sobre la finca, en cuyo caso tendría título real para permanecer en la casa de forma excluyente. Si no lo tuviera, las desavenencias podrían desembocar o bien en la venta del proindiviso o cuota (art. 399 CC) o en el ejercicio por cualquiera de los comuneros por la *actio communi dividundo* (art. 400. 1 CC) a cuya división judicial se aplican las reglas concernientes a la división de la herencia (art. 406 CC). Nótese como la solución que el Código da a la división de la cosa común es precisamente la adjudicación a uno de los condueños indemnizando a los demás, pero también dispone que, si no hay consenso, se venda y se repartan el precio (art. 404 CC), bastando con que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores externos. Esta solución a la postre conllevaría que el viudo tuviera que abandonar el hogar de ahí que, si quiere evitarse este efecto, sea preciso completar su título dominical parcial con el usufructo sobre la cuota de vivienda que no le perteneciere.

⁶⁴ STS de 28 de junio de 1962 (RJ 1962/3094).

⁶⁵ Entre los gastos que deberán soportar los herederos se encuentran básicamente los gastos de comunidad y respecto al pago de impuestos, el IBI tendrá como sujeto pasivo a los copropietarios, a menos que el viudo tenga el derecho del usufructo, en cuyo caso corresponderá a este. (Art. 61 RD Ley 2/2004, de 5 de marzo, reguladora de las Haciendas locales).

Si no hubiere previsión testamentaria al respecto, la concreción del usufructo legal del cónyuge sobre la vivienda habitual corresponde a los herederos. En este punto, aunque se requiera el consentimiento del viudo/a⁶⁶ –pues la facultad de conmutación de los herederos no se configura como un derecho puramente potestativo de estos– cuando no haya mutuo acuerdo la voluntad del superviviente puede ser suplida por decisión judicial lo que impide a la legítima viudal ser una base jurídica fuerte para conservar en su poder la vivienda tras las actuaciones particionales. Las facultades de conmutación de que gozan los herederos hacen que el usufructo legitimario del cónyuge sea «disolvente y raquíptico» y de lugar a que la protección del superviviente quede atendida de forma aislada e incompleta como indica Maside quien se inclina de forma razonable por ampliar las facultades del cónyuge según convenga a sus intereses⁶⁷.

Sea como fuere, el viudo puede negociar con los herederos la adjudicación del inmueble en propiedad ofreciéndose a pagar el exceso con dinero extrahereditario⁶⁸. Las bases de dicha negociación comienzan por la fijación del valor capitalizado de los derechos del viudo⁶⁹ y del valor de tasación del inmueble, calculándose la diferencia entre este último (minuyendo) y el primero (sustraendo) para determinar lo que deba pagar el viudo con su patrimonio (el exceso). Para la fijación del valor de los derechos que tiene el viudo en usufructo se suelen aplicar las pautas fijadas por el Impuesto de sucesiones (IS), algo generalmente aceptado, lo que no impide emplear otros criterios que se consideren más ajustados a la justicia y circunstancias del caso. Si se aplican los bare-

⁶⁶ *Vid* al respecto la RDGRN de 3 de febrero de 1997 (RJ 1997/853). Se entiende que este consentimiento no opera sobre la facultad en sí, que corresponden a los herederos, ni sobre la modalidad (lo cual es discutido por la doctrina) sino sobre la valoración de su derecho y la concreción de los bienes afectos a su pago, siendo admisible el recurso a la autoridad judicial instando la revisión de la forma específica de pago realizada por el heredero cuando «el modo de satisfacción postulado por el heredero mediante el ejercicio de la facultad de conmutación hiciera ilusorio el derecho del cónyuge superviviente» (SAP Madrid 30 septiembre 2019, JUR 2019/309119). Cuando no haya acuerdo y se realizara por mandato judicial valdrá el que determine la sentencia de instancia (STS de 4 de octubre de 2001, RJ 2001/7542 y SAP Ciudad Real de 22 de febrero de 2007, JUR 2007/265414).

⁶⁷ MASIDE MIRANDA, 1989, pp. 133 y 135.

⁶⁸ Los artículos 821, 829, 1056.2 y 1062.1 CC permiten en concreto: la reducción de un legado consistente en una finca que no admita cómoda división, el señalamiento de la mejora en cosa determinada cuyo valor exceda del tercio de mejora, la realización de la partición de los bienes por el propio testador que quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital y la adjudicación a uno de los causahabientes de una cosa hereditaria indivisible o que desmerezca.

⁶⁹ Un valor de capitalización de los derechos viudales pequeño, como ocurre con los derechos a título de usufructo sobre todo si es una persona mayor, impide la viabilidad económica de facto de esta opción de ahí que convenga que la participación del viudo en la herencia no sea particularmente pobre para que la diferencia entre ambos (el sobreexceso) sea una cantidad asumible.

mos del IS el porcentaje del valor del inmueble que corresponde a las nudas propiedades de los herederos puede ser muy alto, el 90% del precio del inmueble si el viudo tiene ochenta o más años⁷⁰. Ahora bien, si contemplamos esta operación no desde la perspectiva del valor del usufructo sino del valor de las nudas propiedades el resultado cambia considerablemente pues tienen un valor de mercado sustantivamente inferior⁷¹. En esta tesitura ¿no sería más justo que el cálculo del diferencial se hiciera utilizando el valor de mercado de la nuda propiedad? El Código no entra en ello, pero por supuesto son factores que deben valorarse en la negociación cuando los herederos quieran desprenderse del inmueble ahora bien no entendemos adecuado imponer normativamente este criterio de valoración porque podría desincentivar el acuerdo que es en claro interés del viudo/a y porque podría conducir a la especulación si el viudo tras adjudicarse la vivienda «a buen precio» la vendiera enseguida.

Finalizamos este epígrafe aludiendo al magnífico tratamiento fiscal que recibe la adjudicación al viudo de la vivienda habitual. No creo que sea inoportuno indicar someramente, aunque ello suponga salirnos de la materia civil, el apoyo del legislador en forma de exenciones, reducciones y bonificaciones en los impuestos de sucesiones, transmisiones patrimoniales, e incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana:

a) La Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en su artículo 20.2, c (sobre reducciones) aplica a la adquisición de la vivienda habitual del causante por el cónyuge (entre otros) la reducción del 95% del valor de la vivienda con el límite de 122.606,47 euros si bien tiene un condicionante, que este la mantenga en su patrimonio durante al menos 10 años (salvo fallecimiento). Puede advertirse como la reducción está ligada a la permanencia y por tanto va vinculada a la satisfacción de sus necesi-

⁷⁰ Vid cómputo del valor del usufructo vitalicio en artículo 26, a, 2.º Ley 29/1987 de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y donaciones (BOE núm. 303, de 19 de diciembre).

⁷¹ No es cuestión de entrar con detalle en este asunto, pero debe advertirse la posición económicamente desfavorable que tienen los herederos a la hora de transmitir su nuda propiedad, cuando no quieren esperar al fallecimiento del usufructuario. Aunque el valor de sus derechos sobre el inmueble en términos contables y fiscales expresado en porcentajes sobre el valor de la casa sea alto (según la edad del usufructuario podría llegar al 90% del valor de tasación de la casa si el viudo tuviera más de ochenta años), las entidades compradoras calcularían el precio de la nuda propiedad conforme a factores fluctuantes (estimación de la evolución de los precios de la vivienda en los próximos años, estimación del estado de conservación de la vivienda cuando se extinga el usufructo, estimación de los impuestos y derramas, esperanza de vida del usufructuario...) y a ello ha de añadirse sus legítimas ganancias lo que nos da unos importantes factores de minusvaloración del valor real de sus derechos.

dades de habitación. Si además el viudo acusara discapacidad se beneficiaría de otras importantes reducciones según su minusvalía, grado de discapacidad o dependencia. Estas previsiones se aplicarán con carácter supletorio a falta de regulación propia de la Comunidad Autónoma que también suelen recoger similares reducciones.

b) En cuanto a las transferencias dinerarias correspondientes a los excesos de adjudicación dados por el cónyuge (o los herederos), aunque en principio tributan en el Impuesto de transmisiones patrimoniales (art. 27.3 LISD) podrán beneficiarse de la excepción contenida en el artículo 7.2.b) RDL 1/1993, de 24 de septiembre (LITPyAJD) según la cual no se considerará transmisión patrimonial a los efectos del impuesto cuando se trate de excesos de adjudicación declarados que surjan para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1056.2 y 1062.1 CC (art. 27.3 LISD), lo que beneficia al cónyuge respecto al exceso que pagó por la adquisición de la vivienda habitual.

c) Respecto al impuesto de incremento del valor de los terrenos (plusvalía municipal) las Ordenanzas fiscales recogen importantes bonificaciones ligadas a la transmisión mortis causa de la vivienda habitual. Mencionamos a título meramente ejemplificativo las Ordenanzas fiscales de los Ayuntamientos de Madrid y de Barcelona: En Madrid la Ordenanza fiscal reguladora de este impuesto, de 6 de octubre de 1989 recoge en su artículo 18 una bonificación cuando el incremento del valor se manifiesta por causa de muerte respecto de la transmisión de la vivienda habitual del causante o la constitución de un derecho real de goce limitativo de dominio sobre los referidos bienes en favor de descendientes, ascendientes y del cónyuge, bonificándose el 95% si el valor catastral del suelo es inferior o igual a 60.000 euros y se recogen otros porcentajes reductores siendo el menos beneficioso el 40% si el valor catastral del suelo es superior a 138.000€. Por su parte el artículo 9 de la Ordenanza de Barcelona establece un 95% de bonificación en la cuota en las transmisiones mortis causa referidas a la vivienda habitual de la persona causante cuando las personas adquirentes sean el cónyuge, los descendientes y los ascendientes. Son algunos ejemplos que denotan la singular protección de la vivienda habitual por la gran reducción que se opera en este impuesto, claramente favorecedor de que el adjudicatario pueda residir, o continuar residiendo, en su hogar.

Añadimos dos últimas consideraciones en el ámbito fiscal, la primera que los bienes heredados que ya tributan por los impues-

tos anteriores no están sujetos al IRPF⁷² ahora bien se deberá hacer constar en la declaración (marcando la casilla correspondiente) que el inmueble adquirido es aprovechado como vivienda habitual para que si tiene otros inmuebles a su disposición le quede mejor ajustada la imputación de rentas inmobiliarias (art. 85.1 Ley IRPF⁷³), la segunda concierne a la necesidad de guardar convenientemente los justificantes de los gastos en los que ha incurrido (tales son los gastos de notaría, gestión, Registro de Propiedad, impuesto de sucesiones, plusvalía)⁷⁴ a los que se podrá sumar el capital aportado, para el cálculo del precio de adquisición de cara a la tributación de las futuras transmisiones del inmueble. La protección fiscal de la tercera edad añade interesantes previsiones como la exención de las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o gran dependencia (art. 33.4.b Ley IRPF) así como las cantidades obtenidas por renta vitalicia. Son factores que manifiestan sobradamente la idoneidad de la adjudicación del inmueble al superviviente en la fase particional.

III. SOLUCIONES TESTAMENTARIAS PARA LA MEJORA DE LA POSICIÓN DEL VIUDO EN LA HERENCIA

Vista la situación legal del cónyuge viudo respecto a la vivienda propiedad del consorte resulta altamente conveniente que este teste en su favor si quiere evitar que pueda ser echado de la casa por los herederos. Normalmente el casado, sobre todo el más empoderado, suele cuidar testamentariamente a su viudo/a dejándole cubierto a cargo de sus bienes, disponiendo en su favor o bien el usufructo universal o un usufructo enriquecido con legado sobre la casa (usufructo o habitación del establecido en el art. 524.2 CC⁷⁵) con/sin

⁷² La Ley del Impuesto de la Renta de las Personas físicas declara exentas del impuesto las ganancias que se pongan de manifiesto con ocasión de ciertas transmisiones de la vivienda habitual (ej. por mayor de 65 años o personas en situación de dependencia severa o realizadas por dación en pago o en ejecuciones hipotecarias) artículo 33.4 y en el artículo 38.1 permite excluir de gravamen las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual cuando el importe se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual aunque fue suprimido desde el 1 de enero de 2013 por artículo 1.6 de la Ley 16/2012 de 27 de diciembre. (*Vid* Ley 35/2006 de 28 de noviembre, *BOE* 29 noviembre 2006).

⁷³ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (*BOE* núm. 285 de 29 de noviembre).

⁷⁴ Como resulta de la Consulta DGT núm. 1477/03 (JUR 2004/ 9532).

⁷⁵ Puede apreciarse en SAP Madrid 30 septiembre 2019 (JUR 2019/309119).

una renta vitalicia, pudiendo darse casos en los que opta por dejarle la titularidad dominical sobre la vivienda respetando las legítimas⁷⁶. Completan el panorama de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge las formulaciones basadas en la confianza que bien por su habitualidad, bien por su contenido, ofrecen títulos fuertes que aseguran la permanencia del supérstite en el hogar: el usufructo con poder de disposición, las sustituciones fideicomisarias, principalmente de residuo, y la fiducia sucesoria. Se incluyen algunas valoraciones.

1. EL USUFRUCTO UNIVERSAL CON CAUTELA SOCINIANA

El usufructo universal y vitalicio en favor del viudo/a constituye hoy en día una de las previsiones más habituales en los testamentos de personas casadas y con hijos comunes (no se admite en el caso de ascendientes según la opinión de algunos autores)⁷⁷. Con el usufructo universal vitalicio se mantiene indiviso el patrimonio familiar hasta el fallecimiento de ambos cónyuges y se fortalece la autoridad del supérstite sobre la prole y debe disponerse de forma clara en el testamento⁷⁸. Esta fórmula equilibra dos

⁷⁶ Partimos del presupuesto habitual de que la voluntad del fallecido es dejar herederos a sus hijos y respetar el sistema de legítimas, podría ocurrir, sin embargo, que el testador quisiera dejar los bienes a una persona en concreto, sea un legítimo hijo, el cónyuge o un tercero, en este caso tendría las manos atadas por tropezar necesariamente con las legítimas, no pudiendo desheredar al hijo indeseable sino por las causas tasadas y exponiendo a los herederos a una reclamación judicial a su fallecimiento para verificar la causa para desheredar. Para evitarlo los notarios recomiendan que el testador le deje al hijo indeseable su legítima estricta y nombre a los demás herederos universales. Otros recursos como el contrato de alimentos o de vitalicio (que se concluya con hijo que le cuida o un tercero) permiten sortear el escollo de la desheredación pues el carácter oneroso de este contrato evita que se considere una donación y pueda ser atacada por inoficiosa o tenida por donación encubierta colacionable, de manera que, como indica Vela, los bienes transmitidos o los derechos constituidos por esta vía no formarían parte del caudal relicto no quedando afectas al cálculo de las legítimas (VELA, ADC, 2023, p. 997). Esta solución lamentablemente no encaja con el supuesto del cónyuge al estar los cuidados, atenciones y servicios ya incluidos en la relación jurídica matrimonial como deberes legales (art. 68 CC) por lo que no cabría otorgar un contrato de vitalicio en este sentido. La STS de 18 de enero de 2001 (RJ 2001/1319) consideró el caso especial de la supervivencia de un contrato vitalicio concluido por una mujer que posteriormente llegó a contraer matrimonio con el cedente ya viudo, entendiéndose que el hecho de casarse no extingue la obligación de cuidados y servicios que puede renacer en su aplicación en todo caso de crisis matrimonial y poniendo el énfasis en el alea del contrato derivado de desconocer su duración, desde luego no es el caso habitual de quienes ya están unidos por matrimonio.

⁷⁷ Así se pronuncian Hernández Ibáñez y Núñez Muñiz que consideran no admisible el usufructo universal cuando el viudo o viuda concurren con ascendientes pues en tal caso estos nunca podrían disfrutar la herencia, que perciben en nuda propiedad y vinculada a la vida de una persona más joven (HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 2013, pp. 1385 y ss. y NÚÑEZ MUÑIZ, RCDI, 2015, p. 439).

⁷⁸ Puede acaecer que el testador designe al cónyuge como heredero vitalicio, se trata de una fórmula poco clara que genera la incertidumbre sobre si el usufructo se proyecta sobre la totalidad del caudal relicto o exclusivamente sobre el tercio de libre disposición.

deseos: 1.º dejar empoderado a su cónyuge y permitirle el goce y disfrute de sus bienes hasta su fallecimiento y, 2.º a la muerte de este, transmitir la propiedad del bien a sus propios hijos o familiares evitando que se desvíe hacia los familiares del consorte.

Los contornos jurídicos del usufructo universal conservativo vienen dados por las siguientes notas tomadas de Garrido de Palma⁷⁹: 1.º Tiene la naturaleza jurídica de manda o legado y debe verificarse como tal lo que significa que el cónyuge no es instituido como heredero y no responde por las deudas hereditarias. 2.º Es amplio y se proyecta sobre todos los bienes, lógicamente se tratará de los bienes que obran en la herencia, pero subyace en este tipo de usufructo la idea de que la propiedad de los bienes familiares pase limpia a los hijos y 3. Va dirigido a la conservación del patrimonio evitando la partición o división y obedece a los planteamientos conservadores de perpetuación de la estructura familiar tras la muerte del paterfamilias.

La finalidad conservativa queda a veces explícita en algunas prohibiciones testamentarias como la de no verificar la partición mientras viva el cónyuge (con las particularidades y excepciones indicadas en el art. 1051 CC) o la prohibición de disposición del usufructo (enajenarlo o hipotecarlo). Respecto a las prohibiciones de realizar la partición, el artículo citado permite la petición de división de la herencia mediante alguna de las causas por las que se extingue la sociedad⁸⁰ si bien la actual regulación procesal amplía las posibilidades por las que un coheredero o legatario de parte alícuota pueda ser obligado a permanecer en indivisión (art. 782.1 LEC)⁸¹. En cuanto a la segunda, la prohibición de enajenar, nada impide que pueda producirse una renuncia del usufructo una vez adquirido ya sea total o parcial al objeto de que algún bien quede libre y pueda ser enajenado.

La conciliación del usufructo universal con las legítimas se realiza por el mismo artículo 813, 2 CC que deja a salvo lo dispuesto «en cuanto al usufructo de viudo». La jurisprudencia civil ha admitido que se pueda excepcionar la intangibilidad de las legítimas por esta vía no obstante el heredero forzoso siempre podrá reclamar su legítima (acción de complemento de la legítima) cuando el testador

⁷⁹ GARRIDO DE PALMA, 1973, pp. 488 a 491.

⁸⁰ Se trata con ello de una remisión a los artículos 1700 a 1708 y 1965 CC.

⁸¹ El artículo 842 LEC regula el inicio del procedimiento para pedir la división de la herencia, para el cual está legitimado cualquier coheredero o legatario de parte alícuota siempre que aquella no deba efectuarla un contador o partidor que el testador haya designado, por acuerdo entre coherederos o por Letrado de la Administración de Justicia o el Notario.

no la hubiera respetado⁸², en estos casos, si la manda consiste en un usufructo (o renta vitalicia) cuyo valor sea superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador (art. 820.3 CC). Para fortalecer el mantenimiento del usufructo universal es habitual acompañarlo de la cláusula sociniana⁸³ la cual opera como una condición necesaria al heredero forzoso de forma que si se opone al usufructo universal verá reducida la herencia a tan sólo la legítima estricta. Se advierte así que el usufructo universal es para los herederos una carga (modus) querida por el testador y que afecta a la asignación de derechos sucesorios en la parte que excede de la legítima porque si se avienen a respetarlo recibirían una porción mayor. Se entiende, pues que la cautela socini no coacciona la libre decisión del legitimario que siempre puede optar por recibir en plena propiedad su legítima estricta. Esta figura que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias⁸⁴ consideran viable se asienta indirectamente en el artículo 820.3 CC, convendría por tanto y dada su importancia en la práctica testamentaria que se le diera una mejor fundamentación legal con objeto de no dejarlo todo a la interpretación de la voluntad del testador y despejar algunas incógnitas como propone la doctrina o hacen las Compilaciones catalana y balear⁸⁵.

El usufructo universal vitalicio (con o sin cautela sociniana) no solo ofrece un título jurídico fuerte para garantizar la permanencia

⁸² La acción procesal se dirigirá primero contra los coherederos y si no bastaren los bienes de estos para cubrirlos se dirigirá contra los legatarios e incluso contra los donatarios en orden inverso a su fecha cuando fuere preciso.

⁸³ También llamada galdense o de Socino es una cláusula testamentaria por la que el testador pasa por encima de la prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima dejando al legitimario la facultad de aceptar las condiciones en las que se le impone la sucesión o rechazarla optando por la aplicación de la legítima estricta, como dice Fuenmayor, se trata de una invitación del causante al legitimario dirigida al libre sometimiento del segundo respecto a la voluntad del primero. (FUENMAYOR AMADEO, *ADC*, 1948, p. 67).

⁸⁴ En este sentido MONDRAGÓN MARTÍN, 2019, p. 225. *Vid* también SAP A Coruña (Sección 5.ª) núm. 484/2016 de 30 de diciembre (AC 2017/184) y STS 27 de mayo de 2010 (RJ 2010/5158). El TS en sentencia núm. 254/2014, de 3 de septiembre (RJ 2014/4795) declara que la cautela socini no es un fraude de ley que imponga una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima pues se alcance se proyecta como un derecho de opción o facultad alternativa sujeta a su libre decisión y que ejercerá según sus intereses. La cautela socini incorpora una prohibición al heredero, pero no excluye cualquier tipo de intervención judicial, sólo cuando haya contenido impugnatorio que se afecte a lo dispuesto testamentariamente (STS 21 abril 2014, RJ 2015/1913).

⁸⁵ (REAL PEREZ, 1988, p. 35). En lo que concierne a la Compilación Baleares que admite la donación universal de bienes presentes y futuros, cuando esta se realiza en favor del cónyuge o pareja del donante (sucesión contractual en las islas de Mallorca y Menorca) podrá ser revocada unilateralmente sin consentimiento del donante (revocación unilateral) si hubiera divorcio, separación legal o nulidad de matrimonio o en el caso de ruptura de la convivencia con su cancelación en el registro podrá ser revocado unilateralmente.

del cónyuge en el hogar, también le permite disfrutar de los demás bienes de la herencia y acceder a los rendimientos de todos sus activos sin que los herederos tengan facultad para conmutarlo a diferencia de lo que sería si el cónyuge tuviera sólo la cuota legítima sobre el tercio de mejora (art. 839 CC)⁸⁶, igualmente la titularidad del usufructo le legitima para ejercitar el desahucio contra los herederos que ocupen indebidamente el inmueble⁸⁷ y, en cualquier caso, de cara a la posible conmutación le otorga una fuerte posición negociadora aumentando el valor capitalizado de sus derechos sucesorios. El usufructo universal se proyecta sobre todos los bienes del causante⁸⁸ (menos los legados) y permite que el viudo/a tenga la posesión de los bienes hereditarios por sí mismo (cosa que no es propia del legatario)⁸⁹.

Por otra parte, esta figura entraña dificultades prácticas tanto para los herederos como para el viudo. Tiene el inconveniente de disgregar la propiedad del uso y los ahora propietarios tendrán que asumir como nudos propietarios los gastos que les correspondan (ej. gastos extraordinarios de comunidad, reparaciones necesarias en la vivienda) por lo que no es de extrañar que en la práctica les resulte penoso sobre todo si no son hijos también del viudo/a y que prefieran conmutar el usufructo por su valor económico o se aven-

⁸⁶ Se entiende que el usufructo universal es un legado de cosa cierta y específica regulado en los artículos 882 y 886 CC por tanto las normas sobre conmutación del usufructo viudal no afectan al legado de usufructo universal vitalicio y el heredero sólo cumple cuando entrega dicho usufructo, lo que también le veda la posibilidad de conmutar la parte de usufructo legítimo viudal como indica la STSJ Illes Balears, 6 de mayo 2013 (RJ 2013/5760).

⁸⁷ El Tribunal Supremo considera que el instituido legatario de usufructo universal de la herencia tiene legitimación no solo para actuar en beneficio de la comunidad hereditaria sino también para ejercitar la acción de desahucio por precario frente a los instituidos herederos, hijos del causante, por la inalterabilidad del *ius delationis* como razón informadora del derecho hereditario ya plenamente delimitado y concretado en el curso del fenómeno sucesorio con independencia de los derechos de los demás herederos en situación de indivisión y su posterior determinación de titularidades concretas sobre bienes determinados (STS 20 enero 2014. FJ 3.º RJ 2014/2229). La solución dada a este caso ha sido criticada por la doctrina por vulnerar el artículo 813 CC por el cual el testador no puede privar a los herederos de su legítima sino en los casos tasados por la ley ni imponerle gravámenes ni condiciones ni sustitución salvo el caso del legatario con discapacidad pues cuando el usufructo universal con cautela socini se concede al viudo (y no a un heredero) esta no tiene facultad electiva y su elección no tiene por qué ser aceptada por el demandante (*Vid* reglas de conmutación del art. 820.3 CC), siendo además el tercio de nuda propiedad es un título más fuerte que el tercio en usufructo. (NÚÑEZ MUÑOZ, *RCDI*, 2015, p. 444).

⁸⁸ ALVAREZ LATA, 2009, p. 1.

⁸⁹ Sobre esta cuestión el Código no es favorable a concederle al viudo la posesión directa sobre los bienes respecto de los que tiene una cuota legal en usufructo, no obstante, es recomendable que se le reconozca en lo que concierne a la vivienda habitual como apuntamos en este trabajo. Los usufructos viuales regulados por los derechos forales, resuelven mejor esta cuestión precisamente por concederlos sobre una masa patrimonial en conjunto (usufructo universal por defecto) como acaece en el aragonés según disponía el antiguo artículo 79 de la Compilación aragonesa y actualmente hace el artículo 283.4 del Código foral aragonés, evitando las discusiones sobre la idoneidad del título de ocupación en exclusiva de la vivienda.

gan más fácilmente a acordar la adjudicación en propiedad de la vivienda al viudo como vimos en el epígrafe relativo a las actividades particionales de la herencia. Serían posibles también otras soluciones como la venta de la nuda propiedad o incluso la renuncia a la herencia por parte del/los heredero/s en cuyo caso quedaría vacante la institución testamentaria del heredero (que no revierte con carácter automático al viudo/a por carecer de título de sucesión en pleno dominio de la totalidad de los bienes) lo que obligaría a tramitar la declaración de herederos abintestato⁹⁰.

Desde la perspectiva del viudo, el usufructo universal conservativo tiene el inconveniente de la gestión de los bienes y el deber de mantener incólume el patrimonio para transmitirlo, por tanto no podrá vender los bienes para atender necesidades económicas sobrevenidas, lo que le impide el acceso a ciertos recursos patrimoniales hoy emergentes como la hipoteca inversa o a la transmisión de la nuda propiedad conservando el usufructo. Sería deseable, como explicita el Código foral aragonés, que se incorporen previsiones relativas al usufructo de dinero, constituyéndose con el carácter de consumible, a modo de cuasiusufructo, que le permita al viudo disponer del capital con obligación de restituir su valor nominal con los intereses legales, debiendo reintegrar su valor actualizado⁹¹. Gestionar un usufructo universal puede resultar complejo y presentar disfunciones, como señala la EM V del Libro IV del Código civil catalán, y por ello precisamente esta norma concede al viudo la facultad de conmutar el usufructo universal por el usufructo de la vivienda si pertenecía al difunto y una cuarta parte alícuota de la herencia descontado el valor del usufructo que podrá ejercitar durante el año siguiente a la apertura de la sucesión entendiendo que ello «mejora sensiblemente la posición de este en la sucesión intestada». Si la persona es mayor podría resultarle más conveniente transformarlo en renta vitalicia conservando el usufructo sobre la vivienda (y a ello sumaría en su caso la pensión que pueda tener tipo jubilación, viudedad) lo que le daría recursos líquidos suficientes para atender sus necesidades, aunque le prive de la posesión y disfrute de otros bienes de la herencia a cuyo uso habría renunciado.

⁹⁰ Vid RDGSJFP, núm. 2098/2021 de 29 de enero (RJ 2021/507).

⁹¹ El art 299 CFA concreta el usufructo de dinero como derecho a los intereses que el mismo produzca, pero podrá también disponer de todo o de parte restituyendo a la extinción del usufructo (normalmente serán los herederos del viudo) el valor actualizado del dinero dispuesto.

2. EL LEGADO SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL: PARTICULAR REFERENCIA AL LEGADO DE HABITACIÓN

Esta formulación resulta de gran interés cuando el testador tiene hijos que son solo suyos y a la par quiere que sus bienes sirvan para dejar debidamente atendido al consorte tras su fallecimiento. El legado consistirá en la atribución al viudo/a de algún título jurídico real (propiedad, usufructo, habitación) sobre la vivienda⁹², de todos ellos el habitual y quizá también el más idóneo para combinar los intereses en juego es el usufructo, pero nada obsta para aplicar otros derechos de menor entidad como el de habitación⁹³. El legislador le ha dado recientemente gran impulso a esta última figura al regularlo como fórmula beneficiosa para donatario o legitimario con discapacidad (en el sentido de la disposición adicional cuarta del Código civil), así como para que el viudo en gananciales pueda seguir viviendo en su casa, al poder constituirlo sobre la vivienda habitual en la partición de la masa conyugal (art. 1406. 3 y 4 del CC), y coexistiendo los derechos entre sí (art. 822, 4.º CC). Ahora bien, el derecho de habitación faculta únicamente para ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia (art. 524,2.º CC)⁹⁴ salvo que se disponga otra cosa.

Centrándonos en el derecho de habitación, la reforma operada por la Ley 41/2003 lo incluye como legado en favor de persona con discapacidad, lo que puede verse como la recuperación de un derecho real que parecía obsoleto y se torna en un instrumento jurídico útil y eficiente para asegurar la continuidad de la persona vulnerable en el uso de la vivienda familiar, así como, en su caso, la convivencia en la misma de varios titulares⁹⁵. El legislador asigna al legado del derecho de habitación en favor de persona con discapacidad (art. 822, 1 CC) caracteres especiales que lo hacen atractivo: a) no computa para el cálculo de las legítimas si en el momento del

⁹² El objeto del legado de vivienda habitual recaerá sobre el domicilio conyugal y los muebles que en él hubiere (se entiende que los extraordinarios porque los del ajuar doméstico le corresponden por derecho propio).

⁹³ El valor capitalizado del derecho de habitación es menor que el de usufructo atendiendo a las reglas habituales que se aplican al respecto procedentes del impuesto de sucesiones. Se calcula aplicando el 75% del valor del piso (valor de tasación conforme a lo establecido por la Orden Ministerial Eco 805/2003, de 27 de marzo) según las reglas para el cálculo del usufructo vitalicio (*Vid* art. 26.b Ley 29/1987, de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones).

⁹⁴ Lo que no significa que la ocupación de la casa deba ser para vivienda o que deba servir para satisfacer las necesidades primarias alojativas, pudiendo ser utilizada con otras funciones como de pernocta o residenciales, como indica la SAP Las Palmas 30 marzo 2007 (JUR 2007/147837).

⁹⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, 2023, p. 102.

fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella, b) no requiere necesidad, c) es intransmisible⁹⁶ d) no puede su titular impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. En su párrafo segundo, el artículo 822 CC permite su constitución por ministerio de la ley cuando el legitimario con discapacidad lo necesitare y no lo hubiera excluido expresamente el testador. Pese a las ventajas que ofrece, Pallarés⁹⁷ lo tiene por insuficiente porque no satisface el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente que exige el artículo 19 de la Convención de Nueva York, al coexistir con otras personas algo que puede ser difícil de combinar en un entorno con discapacidad, sobre todo de personas con trastorno mental.

En consecuencia, el derecho de habitación será de menor interés para el viudo por lo que supone de tener que soportar la convivencia de legitimarios que quizás no sean sus hijos por lo que no resulta una solución óptima. Desde la perspectiva del cónyuge lo ideal sería que se le asignara la vivienda en usufructo o si es en habitación explicitando que recaiga este derecho sobre todas las estancias de la vivienda, en cuyo caso se asimilaría al usufructo quedando el viudo obligado a realizar reparaciones ordinarias para la conservación y al pago de las contribuciones al modo del usufructuario (art. 527, 1 CC)⁹⁸, pudiéndole también repercutir el propietario las derramas que hubiere tenido que soportar por reparaciones que le corresponda pagar al usufructuario y el pago de servicios o suministros generales incluidos en la cuota de la comunidad.

Además, las ventajas antes aludidas no podrían ser aprovechadas por el viudo que no tuviera discapacidad. En este caso el legado computaría para el cálculo de las legítimas que, habiendo descendientes, se proyectarán sobre al tercio de mejora que tiene

⁹⁶ No pudiendo tampoco ni hipotecarse ni embargarse por su afectación a la finalidad que se persigue. La intransmisibilidad a que se refiere el art. 822 CC parece introducir un matiz respecto a la regulada en el artículo 525 CC según el cual «los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». Es cuestión debatida si esta última norma implica que la intransmisibilidad es un elemento estructural de los derechos reales de uso y habitación o más bien se trata de un elemento natural, modificable en el título de constitución, dada la falta de concordancia entre el Código civil y el artículo 108.3 de la Ley Hipotecaria que prohíbe hipotecar tales derechos. Esta discordancia se salva con unas adecuadas reglas de interpretación entendiendo que sólo afectan a los derechos intransmisibles atendiendo al título de constitución, pudiendo transmitirse cuando expresamente fueren autorizados según una interpretación sistemática y el carácter generalmente transmisible de los derechos patrimoniales (FERNÁNDEZ CAMPOS, 2023, p. 74).

⁹⁷ PALLARÉS, 2017, p. 313.

⁹⁸ Ello comprende los deterioros o desperfectos que proceden del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación derivado del deber de cuidado diligente de la cosa ajena (art. 500 CC), pues debe cuidar las cosas como exige el criterio del buen padre de familia por remisión del artículo 528 CC de las reglas del usufructo en cuanto no se opongan a su regulación especial.

atribuido el viudo en su condición de legitimario al que podría sumarse el tercio de libre disposición y no podrá perjudicar a los herederos forzosos. Resulta fundamental que el testador indique explícitamente tanto el título jurídico real con el que le beneficia a su cónyuge como el bien sobre el que se proyecta.

3. SOLUCIONES BASADAS EN LA CONFIANZA

Agrupamos en este apartado formulaciones valiosas para el caso de no haya otros herederos forzosos y completamos con ellas el panorama actual de las soluciones testamentarias al efecto de ilustrar las propuestas de futuro que se realizan en el capítulo siguiente. Se trata de alternativas de máximos por las que el testador busca que el viudo/a, usufructuario o fiduciario pueda vivir dignamente y con un determinado estatus, admitiéndose la disposición de los bienes a necesidad. Son soluciones que garantizan no sólo la permanencia en la vivienda, también permiten que sus necesidades queden atendidas a cargo del caudal relicto. Nos referimos en primer lugar al usufructo con facultad de disponer y al fideicomiso de residuo, como figuras próximas entre sí que ofrecen interesantes aplicaciones por su fortaleza en los casos de matrimonios sin hijos y a continuación la fiducia sucesoria. Son formulaciones confiables para atender mejor a las necesidades del usufructuario o fiduciario en el que deposita su confianza, de ahí la importancia de la buena fe en el cumplimiento del cometido y de determinar la voluntad del testador respecto al alcance concreto de las facultades que concede.

3.1 Usufructo universal con facultad de disponer

El usufructo vitalicio universal con facultad de disponer es una figura con apoyo legal en el artículo 467 CC (o usufructo de subsistencia) que permite o faculta al usufructuario a enajenar inter vivos los bienes objeto de usufructo supliendo con ello los exiguos ingresos que el usufructo normal genera sobre el caudal relicto. Esta fórmula elimina el carácter conservativo del usufructo, de manera que los herederos nudo propietarios sólo obtendrían el remanente de los bienes que subsistieren en el patrimonio del viudo/a una vez que este fallezca.

El ejercicio de la facultad dispositiva debe realizarse siempre de buena fe y los rendimientos obtenidos con la disposición estarán causalmente vinculados a de satisfacer sus necesidades econó-

micas por tanto no opera de forma ilimitada con mucho que pueda tener contornos distintos. La facultad puede estar configurada por el testador de forma muy amplia a través de estipulaciones abiertas («que sólo a la usufructuaria corresponde apreciar», «a su solo juicio», «basta sólo que el usufructuario lo manifieste», «sin que tenga que justificar ante nadie dicha necesidad», «dejando a su conciencia la apreciación del estado de necesidad»), sin embargo, se entiende que será ejercida de buena fe porque el usufructuario no puede actuar como si fuera el propietario y no hubiera esta exigencia, por tanto cabría impugnar por parte de los nudo propietarios el acto dispositivo bien por las hipótesis de la simulación, bien por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2 CC) o del dolo o mala fe ya que se entiende que si falta causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce «una burla antijurídica de los legítimos intereses de los nudo propietarios». Esta es una doctrina general que no impide, por otra parte, hacer matizaciones en ciertas hipótesis singulares⁹⁹.

3.2 Fideicomiso de residuo

Muy próxima al usufructo con facultad de disponer es el fideicomiso de residuo, una modalidad de sustitución fideicomisaria donde el deber de conservar y transmitir los bienes heredados al segundo llamado (art. 781 CC) puede quedar muy reducido según se le permita o no al fiduciario disponer solo a título oneroso o también a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*¹⁰⁰. Por tanto, si bien se mantienen deberes de conservar y transmitir no son las mismas obligaciones típicas de conservación que la ordinaria pues las facultades que adquiere el fiduciario le permiten disponer a título oneroso (o gratuito) pudiendo consumir los productos obtenidos transmitiéndose al fideicomisario solo el residuo si *aliquid supererit* es decir, si queda remanente, estando su actuación regida por lo dispuesto en el testamento y por la buena fe que marcarán la línea divisoria de la legitimidad de los actos dispositivos que realice y el respeto a la finalidad de los mismos al modo indicado en el testamento que podrán ser de desigual intensidad¹⁰¹.

⁹⁹ SSTS 3 marzo 2000 (RJ 2000/1501) y 6 abril 2006 (RJ 2006/2218).

¹⁰⁰ Entre otras *Vid.* RDGSJFP, núm. 25387/2023, 23 noviembre (JUR 2023/438380).

¹⁰¹ CERVILLA GARZÓN, 2013, *RCDI*, p. 2180.

Como toda sustitución fideicomisaria (o llamamiento sucesivo de heredero)¹⁰² implica una división transitoria de la propiedad entre un primer llamado, el fiduciario, que en la sucesión mortis causa es el primer heredero y un segundo llamado, el fideicomisario, que sería en tal caso el segundo heredero, habiendo por tanto dos llamamientos sobre los mismos bienes y las obligaciones de conservación van dirigidas a que el segundo llamado no vea defraudadas sus legítimas expectativas cuando le toque. Maside considera al fideicomiso como la única institución que concilia sin violencia los deseos de transmitir un bien a uno reservando derechos a otro¹⁰³. En la práctica testamentaria actual puede decirse que el fideicomiso de residuo es emergente en los testamentos de matrimonios sin hijos cuando un cónyuge quiere dejar favorecido al superviviente y desea al mismo tiempo que tras la muerte de este sus bienes pasen a sus familiares y no a los del cónyuge. No ofrece la misma utilidad cuando el testador tuviere descendientes pues entonces sólo podría emplearla sobre el tercio de libre disposición (art. 782 CC)¹⁰⁴.

Con todo es mejor opción que el usufructo universal con facultad de disponer a la que se asemeja, pero con la que tiene importantes diferencias que hacen que la situación del fiduciario sea extraordinariamente más ventajosa que la del usufructuario¹⁰⁵. Nieto Alonso¹⁰⁶ las sintetiza de la siguiente forma: mientras que este es titular de un derecho sobre cosa ajena, es decir sólo detenta facultades de goce y disfrute y jamás podrá consolidar la nuda propiedad,

¹⁰² El legado de sustitución fideicomisaria sobre la vivienda permite al cónyuge acceder a la casa en calidad de titular durante toda su vida, no cabe confundirlo con lo que sería un fideicomiso que suponga la entrega de manera inmediata del bien al fideicomitado.

¹⁰³ MASIDE MIRANDA, 1989, p. 324.

¹⁰⁴ En el caso de la SAP Madrid núm. 33/2022 el testador, teniendo hijos, había dispuesto para la esposa además de ciertos legados y el tercio de libre disposición completo una sustitución fideicomisaria a cargo del tercio de mejora lo que supone un gravamen ilícito de la legítima de los hijos, la cuestión se recondujo hacia la invalidez de la sustitución fideicomisaria sobre la mejora pero respetando, a la par y haciendo interpretación de la voluntad del testador la legítima viudal en usufructo que no podía entenderse embebida en el legado del tercio de libre disposición (SAP Madrid, núm. 33/2022, JUR 2022/141639).

¹⁰⁵ Las RRDGRN de 14 de noviembre de 2016 y 3 de julio de 2019 diferencian conceptualmente el usufructo vitalicio con facultad de disposición y el fideicomiso de residuo en que el titular usufructuario tiene un derecho sobre cosa ajena mientras que el fideicomiso otorga a su titular el pleno dominio con la limitación de no poder disponer mortis causa, además el ejercicio de la facultad de disposición está condicionada a la necesidad para la cual se otorga de forma que no puede procederse sin control ni fiscalización alguna con el móvil de privar al heredero de la herencia por tanto el nudo propietario deberá prestar asentimiento a la enajenación y tener causa jurídica lícita. Se pone el acento en que los instituidos usufructuarios universales no pueden actuar por sí solos en la atribución de la herencia y en que los nudopropietarios son sucesores simultáneos con el usufructuario, ostentan una titularidad actual y por tanto deben concurrir a la liquidación de gananciales y en las demás operaciones particionales (LÓPEZ FRÍAS, *RDP*, 2021, p. 83).

¹⁰⁶ NIETO ALONSO, 2014, p. 171.

el fiduciario lo es sobre cosa propia, como propietario aunque temporal y puede adquirir el dominio perpetuo si la sustitución resultare ineficaz¹⁰⁷. Desde la perspectiva sucesoria el fiduciario es heredero y el usufructuario no, por tanto, el fideicomiso de residuo ofrece un título más fuerte que el usufructo universal.

Roca Sastre había sostenido que esta figura, residual en las sociedades modernas industrializadas, era útil para «cubrir determinadas necesidades o conveniencias»¹⁰⁸. El legislador ha recurrido a ella en la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad que reforma los arts. 782, 808.3 y 813.2 CC al objeto de permitir su constitución gravando las legítimas de descendientes en aras a proteger patrimonialmente al colegatario que padezca discapacidad en sentido estricto¹⁰⁹. La doctrina reciente ha propuesto introducir ajustes en su regulación de manera que pueda ser un instrumento mejor delimitado, en la Propuesta doctrinal de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil aparece con epígrafe propio y recibe cumplida definición y delimitación de facultades del fiduciario, atendiendo también a lo dispuesto por el fideicomitente¹¹⁰.

3.3 Fiducia sucesoria

La fiducia sucesoria, de gran tradición en los Derecho forales¹¹¹, es una forma de ordenar la sucesión mediante la encomienda

¹⁰⁷ No referido al caso de premoriencia del fideicomisario en los casos de fideicomisos directos (no condicionados) pues al adquirir este sus derechos desde la muerte del testador fideicomitente los transmite a sus herederos. Si premuere al testador o si se tratara de una sustitución condicional mientras que la condición no se cumpla el fideicomisario no adquiere derechos y debe vivir al cumplirse la condición. (NIETO ALONSO, A, 2014, 179).

¹⁰⁸ ROCA SASTRE MUNCUNILL, 2002, p. 49.

¹⁰⁹ Los porcentajes vienen fijados el artículo 2.2 de la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad: 33% en caso de discapacidad psíquica y 65% en el caso de discapacidad física o sensorial. Además, ha denotarse la aplicación a las personas que tengan reconocido un grado de dependencia II y III en el sentido que cabe dar a este término la Ley de Dependencia 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (*Vid.* Disposición adicional cuarta del Código civil tras la dición dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (*BOE* núm. 132 de 3junio)

¹¹⁰ Sita en el capítulo IV, del Título VI del Libro Cuarto de la Propuesta del Código civil de la Asociación de Profesores y Profesoras de Derecho civil de 2018, cuya autoría corresponde a DÍAZ MARTÍN, Ana (accesible en <https://www.derechocivil.net/index.php/pcc-completo>).

¹¹¹ En los Derechos forales la fiducia sucesoria tiene gran alcance, el fiduciario puede estar revestido con amplias facultades para instituir herederos, atribuir legados, ordenar sustituciones, adjudicar bienes, etc. y puede dar reglas particulares para la administración de los bienes asignados a menores e incluyen también actos de disposición (aunque habiendo legitimarios estos deberán autorizarlo) cosa que no ocurre con el usufructo donde las funciones de disponer corresponden a los nudos propietarios. Por tanto, utilizar esta figura para encomendar dicha función al supérstite supone reforzar su posición frente

al fiduciario de amplias facultades decisorias sobre el destino final de los bienes. Su admisión en el Derecho común no tuvo inicialmente mucho arraigo al tropezar con la prohibición de la disposición al arbitrio de tercero (art. 670 CC) y la intangibilidad cualitativa de la legítima, lo que le restaba operatividad, por ello se permitía escasamente para la distribución de cantidades entre personas pertenecientes a una clase determinada (como los parientes o los pobres, art. 671 CC). Tras la reforma del artículo 831 CC operada por la Ley 41/2003, recibe cierta flexibilidad lo que hace que empiece a conocer un cierto impulso testamentario como institución protectora del supérstite (art. 671 CC), excepcionando al artículo 830 CC que recoge como regla general la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar.

El artículo 831 CC permite la delegación fiduciaria en favor del cónyuge de la facultad de distribuir los bienes y mejorar a los hijos comunes, una facultad que puede ser dispuesta en testamento o concedida vía capitulaciones matrimoniales, como indica la doctrina¹¹², con la fortaleza en este último caso de que precisará para su modificación en vida de la intervención de los otorgantes (art. 1331 CC). A través de esta vía se le confieren al cónyuge en testamento facultades para que, fallecido el testador, «pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar» (art. 831.1 CC). Sirve al efecto de que el testador pueda conceder al cónyuge facultades para realizar mejoras en favor de los hijos o descendientes comunes incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier tipo o concepto, lo que cobija un amplio haz de facultades atribuidas al fiduciario que deberán ejercitarse respetando las legítimas estrictas de los descendientes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos (art. 831.3 CC). Que se dilate el tiempo del reparto no obsta para que los descendientes puedan exigir la entrega inmediata de la legítima estricta a la que tienen derecho sin esperar a que transcurra el plazo fijado para el ejercicio

a los posibles llamados. Aragón cuenta con una regulación extensa de la misma permitiendo que el cónyuge sea nombrado fiduciario de por vida (Art. 444 CFA) e incluso podrá asignar los bienes por testamento (art. 456 CFA).

¹¹² Sobre este particular TORRES GARCÍA, y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016, p. 437 consideran que no parece que existan obstáculos para admitir la delegación de la facultad en capitulaciones matrimoniales pues la ley no lo prohíbe ni se han alterado los artículos relativos a la mejora.

de la fiducia y ello por no existir norma que expresamente autorice a excepcionar este pago que no está sujeto a plazo alguno¹¹³.

La doctrina la considera útil para introducir previsiones protectoras del cónyuge¹¹⁴ y se percibe en la Propuesta doctrinal de Código civil, antes referida, una posición favorable a incorporarla más extensamente al Derecho común admitiendo su constitución por pacto sucesorio¹¹⁵. Para el cónyuge supone mantener de forma unida ambos patrimonios (de marido y mujer) durante el tiempo de la fiducia quedando pospuesta la delación de la herencia del premuerto hasta que transcurra el tiempo previsto que de no tener fijado un plazo será de dos años (art. 831.1, 2.º CC) pero que puede dilatarse hasta la muerte del cónyuge de forma que las disposiciones de ambos queden complementadas recíprocamente constituyendo un todo a efectos sucesorios, de ahí que suponga una vía testamentaria importante para fortalecer su posición y sirva para el mantenimiento de la cohesión y paz familiar. El artículo 831.6 CC permite aplicar esta figura a las parejas de hecho con descendencia común que no estén casadas entre sí, de donde se colige su interés para la protección del miembro superviviente de la pareja.

Como sostiene Pérez Velázquez quizá no sea la solución idónea para todo tipo de matrimonios/parejas con hijos comunes pues requiere grandes dosis de confianza, que el fiduciario sea cabal y difícilmente influenciado, relativamente joven y que pudiera acometer las actividades de administración de los bienes, que le confiere el artículo 831.2 CC, pero si se dieran estas condiciones podría servir bien a los intereses del testador resultando más ajustado por ejemplo que la clásica formulación *prêt à porter* del usufructo universal con cautela sociniana¹¹⁶. Para Garrido de Palma la carga para el cónyuge fiduciario no es fácilmente soportable de ahí que se haya aplicado a cuentagotas¹¹⁷.

IV. PROPUESTAS DOCTRINALES EN FAVOR DEL VIUDO/A

Recogemos en este epígrafe diversas tendencias doctrinales a las que sumamos nuestra reflexión personal encaminadas a fortalecer los derechos del viudo sobre la vivienda habitual, sobre todo

¹¹³ STS 24 mayo 2019 (RJ 2019/2113).

¹¹⁴ RUEDA ESTEBAN, 2014; DÍAZ ALABART, *RDP*, 2023, p.128; COBAS COBIELLA, *AJI*, 2022, p. 2418.

¹¹⁵ *Vid* artículo 463.1 de la Propuesta del Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, 2018.

¹¹⁶ PÉREZ VELÁZQUEZ, *ADC*, 2019, pp.1145 y 1146.

¹¹⁷ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2019, p. 247.

cuando es persona mayor. Son soluciones *de lege ferenda* basadas en derechos, esto es, en el reconocimiento de facultades legales que enriquezcan el contenido de los derechos sucesorios del viudo al objeto de que pueda permanecer en el hogar. La primera propuesta va en la línea de reformar la legítima viudal para fortalecerla incluyendo derechos específicos sobre la vivienda y/o facultades de conmutación de sus derechos que le permitan acceder a títulos reales para satisfacer su interés por permanecer en su casa de forma que no dependa del testamento ni de las negociaciones con los herederos. La segunda propuesta se centra en mejorar la situación del viudo/a persona mayor o viudo/a con discapacidad dándole una protección reforzada que incluya alimentos a cargo de la herencia como algo no descabellado en las sociedades urbanitas y longevas.

1. DERECHOS Y FACULTADES ELECTIVAS SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

Dentro de un consenso general de fortalecimiento de los derechos del cónyuge se debe tender a concederle al viudo una legítima mejorada que consista en atribuirle derechos específicos sobre la vivienda para que pueda continuar viviéndola tras la muerte del propietario, incluso aunque exceda de la cuantía de derechos que le correspondan y gravando la legítima como indican Díaz Alabart y Pereña¹¹⁸. Entendemos adecuado el otorgamiento al viudo de un legado legal específico sobre la vivienda habitual que no quede afectado por las posibilidades de conmutación del artículo 839 CC como una solución plausible.

La mejora de la posición del cónyuge requiere dar un paso delante desde la cuota usufructuaria parcial hacia derechos más extensos incluida la propiedad. López Beltrán de Heredia considera más acorde a los nuevos valores sociales la atribución necesaria al supérstite del usufructo universal o una cuota alícuota en propiedad¹¹⁹ y Fernández Campos¹²⁰ se inclina por aplicar la solución catalana del usufructo universal en la sucesión intestada como una forma de resolver los problemas de imputación y conmutación del usufructo viudal. Estellés, por su parte, es favorable a atribuirle una parte en propiedad a aquel que compartió durante años una comunidad de vida y amor y que colaboró en la riqueza

¹¹⁸ Vid DÍAZ ALABART, *RDP*, 2023, p.130; PEREÑA VICENTE, *La Ley DF*, 2019, pp. 59 y ss.

¹¹⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 1989, p. 140.

¹²⁰ FERNANDEZ CAMPOS, 1998, p.73.

del causante (obtención y/o mantenimiento de la misma)¹²¹. Garrido de Palma¹²² opta por darle facultades electivas posibilitando cualquier medio que redunde en beneficio del cónyuge ampliándole sus derechos y posibilidades de elección pero sin que ello suponga que el legislador deba imponer el usufructo universal como hace el Derecho catalán¹²³. Finalmente, Bernad propone que la vivienda conyugal quede excluida de la legítima para evitar los graves problemas de distribución, imputación y pago de las mismas¹²⁴.

Como mínimo teniendo en cuenta lo que suele ser habitual en la práctica testamentaria actual el supérstite debería tener un legado sobre la vivienda habitual en usufructo o en habitación (sobre todas las estancias) no transmisible. Aplicando las reglas propias de todo legado tiene la ventaja de que adquiere el usufructo desde la muerte del testador haciendo suyos los frutos pendientes y afectándole los riesgos y mejora (arts. 881 y 882) y evita las dificultades que ofrecen el usufructo de cuota o usufructo universal (y sin entrar en su valoración como heredero usufructuario). Ahora bien, la atribución de derechos en usufructo tiene ciertos inconvenientes porque supone mantener en el tiempo la disociación propiedad-uso y es fuente de litigios, de hecho, algún autor considera el usufructo de cuota como una solución arcaica, engorrosa e insuficiente¹²⁵, por ello el legislador debería favorecer las soluciones basadas en atribuir una cuota en propiedad variable como el catalán o el italiano.

Si el legislador optara por no concederle derechos exclusivos sobre la vivienda habitual al menos debe favorecerle con facultades de conmutación o de adquisición preferente bien en propiedad, bien en usufructo/habitación (de todas las estancias) hasta el valor de sus derechos sucesorios con pago del exceso. Esta facultad de atribución preferente al viudo sobre la vivienda habitual se admite ya para la liquidación de los bienes gananciales tras la muerte del cónyuge e incluso en el caso de que la vivienda fuera común dentro de los procesos de liquidación de masas patrimoniales como recoge el artículo 125.3 de la Ley concursal¹²⁶ que indica: «el cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera sólo

¹²¹ ESTELLÉS PERALTA, 2022.

¹²² GARRIDO DE PALMA, 1973, p. 493.

¹²³ Ídem pp. 484 y 487 respectivamente.

¹²⁴ BERNAD MAINAR, *AJI*, 2019 p. 407.

¹²⁵ FERNANDEZ CAMPOS, 2016, p.1097.

¹²⁶ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (*BOE* núm. 127 de 7 de mayo de 2020).

procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso». El reconocimiento al cónyuge de un derecho de adquisición preferente sobre la vivienda habitual privativa del consorte (y a falta de disposición testamentaria en contra) podría hacernos reconsiderar la posición actual de segunda clase que ocupa el cónyuge entre los miembros de la comunidad hereditaria que no es tenido por heredero cuando participa meramente a título de usufructuario.

Quizá la mayor dificultad podría darse respecto de aquellos inmuebles que tuvieran un origen familiar (es el caso de que la vivienda hubiera sido adquirida por el fallecido vía herencia), y valorarse el interés de los herederos sobre el inmueble por razones familiares aspecto este que tiene fuertes plasmaciones en el derecho foral como serían los denominados bienes troncales y de abolorio del Derecho aragonés¹²⁷. Puede solucionarse la fricción excluyendo este tipo de viviendas de las facultades de adquisición preferente de la propiedad o requerir consenso con los herederos en este caso. También habría que resolver cuestiones relevantes como la tasación de la vivienda, que se realizará mediante peritaje, el cálculo del valor de los derechos sucesorios del viudo (que será la base para calcular el precio y la diferencia) y la cantidad a abonar o exceso. Nos remitimos a lo ya indicado en las actividades participacionales.

Esta adquisición preferente en propiedad o usufructo puede canalizarse a través de facultades electivas y de conmutación del viudo sobre la vivienda habitual como un criterio de razonable preferencia cuando es posible, lo que supondría modificar las facultades de conmutación actuales que el Código otorga a los herederos.

2. UNA MÁS AFINADA PROTECCIÓN CIVIL DEL VIUDO/A CON DISCAPACIDAD Y DEL VIUDO/A PERSONA MAYOR

En ocasiones anteriores he tenido la oportunidad de expresar la necesidad de construir un marco jurídico para las personas de edad avanzada¹²⁸ al objeto de facilitar el acceso a recursos económicos

¹²⁷ Los bienes troncales del Derecho aragonés comprenden tanto los troncales simples, que son los recibidos por el causante a título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado (art. 528 CFA) como los de abolorio que son aquellos que han permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos (art. 527 CFA).

¹²⁸ CORRIPIO GIL DELGADO, *ADC*, 2020 pp. 110 y ss.

suficientes que les permitan llevar una vida digna¹²⁹. El aumento de la esperanza de vida y el incremento notable de ancianos hacen que el marco jurídico actual centrado en el deber de respeto de los hijos hacia los padres (art. 155 1.º CC), el deber de alimentos de descendientes a ascendientes y hermanos (art. 143 CC) y las causas tasadas de indignidad sucesoria (art. 756 CC) o de desheredación conectadas con el incumplimiento de dichos deberes (arts. 852 y 853 CC) resulten en todo punto insuficientes y deba fortalecerse la posición en la herencia del cónyuge mayor. Este objetivo debe ser atendido sobre dos pilares claros: la permanencia en casa si es posible y su cuidado patrimonial. Respecto a la primera cuestión, Fernández Campos¹³⁰ pide garantizar la permanencia en el hogar familiar del viudo/a cuando se trata de matrimonios consolidados otorgándole derechos sucesorios por ministerio de la ley, aunque sea exigiendo una duración mínima del matrimonio puesto que con ello lo que se protege no es la *affectio maritalis* sino la dignidad del cónyuge viudo al asegurarle que podrá vivir hasta su muerte en la vivienda en la que ha construido una comunidad de vida con el causante. No cabe duda que ponerle en el disparadero de salida de su casa y abandonarle patrimonialmente resulta éticamente inaceptable.

En lo que concierne a la cuestión patrimonial, urge mejorar las fórmulas jurídicas que garanticen para el anciano o cónyuge con discapacidad su cuidado eficaz con obligaciones a cargo de la herencia, una solución que más allá de la permanencia en su casa comprendería el poder vivir en buenas condiciones, lo que resulta más acorde a los objetivos constitucionales de suficiencia económica y de promoción del bienestar de la tercera edad (art. 50 CE). Las mejoras *de lege ferenda* podrían ir desde permitir la constitución del fideicomiso de residuo en favor del viudo persona mayor en perjuicio de las legítimas o el establecimiento de cargas de constitución forzosa cuando su nivel de vida haya quedado afectado por la viudedad y el consorte no le hubiere dado una protección razonable.

¹²⁹ Una de las grandes dificultades que encuentran las personas mayores es el acceso a recursos líquidos estables y son actualmente muy dependientes de las pensiones públicas, algo que puede quedar comprometido en los países occidentales que acusan un gran envejecimiento poblacional, lo que se traduce en problemas de insuficiencia financiera pública y en la previsible reducción futura de los ingresos. Navau, ha reflejado la importancia de los productos de ahorro alternativos, más flexibles que los planes de pensiones como son la renta vitalicia asegurada y la hipoteca inversa, que permiten transformar en dinero algún elemento patrimonial del titular pensionista, normalmente la vivienda habitual, y que cuentan con incentivos fiscales idóneos, y podrían resultar más demandados si vinieran acompañados de una mayor alfabetización financiera y fiscal de la población de edad avanzada. (NAVAU MARTÍNEZ-VAL, 2024, p. 606).

¹³⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, 2010, p. 29.

2.1 ¿Permitiendo gravámenes sobre la legítima de descendientes?

Una primera vía de fortalecimiento del cónyuge persona mayor o con discapacidad sería la de permitirle al testador constituir en favor del cónyuge y bajo ciertas condiciones una sustitución fideicomisaria de residuo u otra figura similar gravando las legítimas de los descendientes. Se trataría de una solución similar al actual artículo 808.3 CC que dice textualmente «cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad», en tal caso, continua la norma, lo recibido por el beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo en favor de los que hubieran visto afectada su legítima estricta, no pudiendo disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa. Esta previsión podría extenderse al cónyuge con discapacidad o anciano, como han defendido algunos autores (Díaz Alabart¹³¹ y Noguera¹³²) pues o bien no hay motivo alguno para que el supérstite quede excluido de la previsión del artículo 808.3 o se trata de inconvenientes salvables, aunque habría que valorar en este caso si es necesario establecer algún tipo de reserva para salvaguardar la legítima estricta evitando que por esta vía queden totalmente frustradas las expectativas sucesorias de los descendientes.

Entre los pros de esta figura se encuentra la mejor posición en la que se coloca al fiduciario en comparación con la que estaría en un usufructo universal conservativo o una fiducia sucesoria y resulta coherente en un contexto actual caracterizado por la tendencia a reducir la legítima de descendientes¹³³ y proclive a proteger al viudo persona mayor que lo necesite. En contra podrían argumentarse las reticencias del legislador hacia esta figura que tras el impulso inicial dado por la Ley 41/2003 ha querido después reservarla sólo a los hijos como potenciales beneficiarios, así se entiende tras la reforma de la Ley 8/2021, interpretando el término «descendientes» conforme a los arts. 782 y 808.4 CC, quedando limitada esta figura a quienes lo fueren en primer grado y excluyendo a los nietos (como tampoco puede serlo el cónyuge).

¹³¹ DÍAZ ALABART, AC, 2006, p. 2110 y en *RD*P, 2004, p. 263.

¹³² NOGUERA NEBOT, *RCDI*, 2020, p. 1828.

¹³³ Esta es la línea que como hemos visto siguen las posturas doctrinales mayoritarias. Galicia Aizpurua lo apunta al recoger la Propuesta de Código civil que realizó la Asociación de Profesores de Derecho Civil (GALICIA AIZPURUA, 2020. IV, pp. 315-340).

2.2 ¿A modo de crédito sobre la herencia?

En este epígrafe valoramos diversas posturas tendentes a incorporar en la herencia obligaciones alimentarias o cargas en sustitución o como complemento de las legítimas. Son soluciones que se ofrecen normalmente como alternativas *de lege ferenda* a la legítima viudal para aquellos casos en los que el testador no hubiere recogido previsión alguna en su favor. El Código civil actualmente no concede al cónyuge ni alimentos ni créditos sobre la herencia a excepción de la viuda encinta como regula el artículo 964 CC¹³⁴ si bien en este caso con el matiz de que esta opera sobre los bienes del progenitor que puedan corresponder al póstumo si naciere, estas carencias son susceptibles de críticas en el contexto de protección de la tercera edad. Arakistain, por ejemplo, considera que los recursos sociales deben ser complementados vinculando la herencia del causante cuando el supérstite fuere anciano, facilitando el cuidado de un colectivo que tiene grandes dimensiones¹³⁵. Podrían articularse soluciones de dos maneras, a través de alimentos sucesorios o instituyendo cargas sobre la herencia.

2.2.1 ALIMENTOS SUCESORIOS

En algunos regímenes forales como Aragón, Navarra o País Vasco, con amplias facultades de testar o legítimas colectivas se han incorporado obligaciones de alimentos para el caso de legitimarios que queden desatendidos y en situación de necesidad. Estos alimentos derivan de la *caritas sanguinis* y el antiguo *officium pietatis* del Derecho romano clásico y pueden servir para introducir ajustes necesarios a la libertad de testar a modo de restricciones flexibles para atender necesidades alimentarias familiares¹³⁶. Aragón lo recoge en su artículo 515 CFA para el caso de un legitimario de grado preferente en situación de necesitar alimentos y no estuviere obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes conforme a la legislación general. Navarra en la Ley 272 de la

¹³⁴ Es debatida la naturaleza del derecho de la viuda encinta a ser alimentada a cargo de la herencia recogido en el artículo 964 CC. Se trata este de un derecho de alimentos *sui generis* pues se hace en consideración a la parte que en ellos puede tener el póstumo si naciere y no depende de la necesidad de la persona, sino que se le reconoce «aun cuando sea rica», lo que nos aleja del régimen de los arts. 142 y ss. (alimentos entre parientes) cuya esencia es precisamente la situación de necesidad del alimentista.

¹³⁵ ARAKISTAIN, *RBD*, 2023. p. 102.

¹³⁶ Barrio Gallardo recoge diversas opiniones doctrinales favorables a sustituir la legítima de descendientes por un derecho sucesorio de alimentos tanto en el sistema aragonés como en el común, y a reformular el artículo 150 CC que dispone el cese de la obligación de suministrar alimentos con la muerte del obligado. (BARRIO GALLARDO, *RDCA*, 2011, p. 77).

Compilación Foral refiere el derecho de alimentos de los hijos y descendientes del causante contra los sucesores voluntarios a título universal o articular con cargo a la atribución patrimonial recibida, una obligación que se fijará en función de las necesidades del alimentista y del valor de los bienes recibidos del causante por los sucesores obligados. Por su parte la Ley de Derecho civil vasca recoge en sus arts. 21 y 38 el pago con cargo al caudal relicto de los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante. Atxute-gi¹³⁷ extrae del análisis de los supuestos aragonés, navarro y vasco un sistema común de alimentos sucesorios en favor del descendiente que quede en situación de desamparo económico con anclaje en el derecho natural y sobre la base del fundamento constitucional protector de la familia contenido en el artículo 39.1 CE, pero acaba reconociendo que esta solución tiene críticas y que su inclusión en los derechos aragonés vasco y navarro no deja de ser eventual y con poco desarrollo, concluye abandonando por el momento la posibilidad de poder configurar un sistema de sucesión forzosa con función meramente asistencial¹³⁸.

La figura de la *family provision* del derecho anglosajón puede ser inspiradora si se quiere reflexionar sobre las legítimas de corte asistencial favorables al viudo al ser un modelo que concilia la libertad de testar y el deber del causante de atender a sus familiares. Esta figura recogida en la Ley UK de 1975¹³⁹ garantiza al supérstite una atribución económica razonable llamada estándar de mantenimiento con cargo al neto de la herencia. Como indica Barrio, no se limita a subvenir a su mera subsistencia sino de proporcionarle un «confort extra» hasta el punto de atribuirle al supérstite una suma suficiente como para «adquirir, cuando no le correspondiera por otro título, la vivienda que había sido de la familia hasta el fallecimiento del causante»¹⁴⁰. Bajo el paraguas de esta previsión los tribunales británicos gozan de amplia discreción para decidir su cuantía a partir de numerosos parámetros legales, entre los que se encuentran no sólo los recursos del solicitante o sus necesidades, también la cuantía y composición de la herencia, la discapacidad del solicitante y de otras personas involucradas o la conducta podrán ser determinantes a la hora de fijar los contornos de la prestación a asignar, algo que desde la perspectiva del jurista

¹³⁷ Recoge este autor las ideas de autores anteriores sobre el posible cambio del sistema de legítimas y su sustitución por alimentos sucesorios como hipótesis viable o incluso admitiendo la fusión de estas instituciones. (ATXUTEGI GUTIÉRREZ, *RBD*, 2023, p. 134).

¹³⁸ ATXUTEGI GUTIÉRREZ, *RBD*, 2023, p. 145.

¹³⁹ UK, Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975. Accesible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>

¹⁴⁰ BARRIO GALLARDO, *Anales*, 2018, p. 111.

continental resulta imprecisa en exceso¹⁴¹ y que distancia esta figura del fundamento habitual de las pensiones alimenticias que es la necesidad.

Este tipo de provisiones encuentran poco eco en nuestro país. Según Ribot resulta paradójico que no se haya producido un incremento de reclamaciones de padres a hijos en las sociedades longevas, lo que achaca a la existencia en España de un sistema de pensiones públicas, a la universalización de la asistencia sanitaria y al dato palmario de que en España hay solidaridad espontánea no coactiva, además de la tendencia de los padres ancianos a no reclamarle nada a sus hijos¹⁴². Estas conclusiones resultan reveladoras de la dificultad de canalizar las necesidades del cónyuge anciano por la vía de un derecho de alimentos sucesorio siendo preferible un sistema de legítima vidual reforzada al que podría sumarse un crédito para garantizar su confort si quedara afectado con la muerte del consorte.

2.2.2 OTRAS FIGURAS

Respecto a otro tipo de créditos contra la herencia en favor del viudo y que trascienda del concepto de mero alimentista podría recurrirse a una suerte de pensión compensatoria o a una renta vitalicia. La primera resulta muy útil en los procesos de ruptura matrimonial ¿podría también aplicarse a la sucesión *mortis causa*? Cuadrado Perez¹⁴³ de hecho, ha sugerido sustituir la legítima vidual del cónyuge por una pensión compensatoria en la viudedad, concluyendo este autor que la preocupación del legislador por la subsistencia del cónyuge con menos recursos no debería ser distinta al caso de la ruptura en vida cuando acabe el viudo en un nivel de vida inferior al que mantenía en vida con el finado. En nuestra opinión se trata de una solución reductora y supondría suprimir un derecho ya consolidado del viudo/a participar de la herencia de su cónyuge caminando en la línea opuesta a la que aquí defendemos que es el fortalecimiento de sus derechos.

La segunda fórmula, la renta vitalicia, resulta óptima tanto constituida testamentaria como legalmente. Desde la perspectiva del crédito sobre la herencia y partiendo del objetivo a alcanzar que no es otro que el cónyuge mayor o con discapacidad quede debidamente atendido, sugerimos que se disponga en su favor (además del usufructo o habitación sobre la vivienda habitual) una renta

¹⁴¹ VAQUER ALOY, *InDret*, 2007, pp. 5 y 6.

¹⁴² RIBOT IGUALADA, *ADC*, 1998, p. 1141.

¹⁴³ CUADRADO PEREZ, *RCDI*, 2023, p. 767.

vitalicia o pensión periódica (anual, mensual o semanal) en la línea del artículo 880 CC. Existe un importante mercado con el que los herederos podrían contratar la prestación en favor del viudo y es una solución más que aceptable para atender debidamente las necesidades de las personas mayores y complementar así a las pensiones públicas. Su fijación legal resulta coherente con la práctica testamentaria actual y no ofrece más problema que el ajuste derivado de la fricción con las legítimas, permitiendo a los herederos optar por cumplir con el mandato o liberarse de dicha carga entregando la parte de libre disposición cuando el valor del crédito (atendiendo a los criterios habituales de mercado de edad y discapacidad) fuera superior a la parte disponible en línea con lo dispuesto en el artículo 820.3 CC.

Unir el legado sobre la vivienda a una renta vitalicia es una solución magnífica y a la par resulta una opción plausible en los acuerdos con los herederos pues el mismo Código la recoge en diversos momentos, en el artículo 839.1 CC como vimos *ad supra* para la conmutación hecha por los herederos de los derechos del viudo sobre la herencia por acuerdo con el supérstite o por virtud de mandato judicial y también en el artículo 99 CC cuando refiere las modalidades de sustitución de la pensión compensatoria, por tanto consideramos factible incorporar en favor del cónyuge un mínimo opcional que consista en el acceso a una pensión vitalicia atendiendo al montante de la herencia tanto en la sucesión intestada cuando coincida con descendientes como en la testada cuando no le hubiere dejado debidamente atendido en sus necesidades de edad o discapacidad.

¿Cómo podría revestirse en el Código esta figura? Por medio de un legado legal de renta vitalicia constituible a demanda del viudo/a y con remisión en su contenido al contrato que lleva el mismo nombre regulado en el art 1802 y ss. del CC. Ello comportaría para los herederos el deber de pagar la pensión o rédito anual a cambio de recibir la herencia (en el contrato se refiere a un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se transfiriere desde luego con la carga de la pensión). El legado de renta vitalicia no sería un genuino legado de alimentos del artículo 148 y ss. CC pues no quedaría vinculado a la necesidad del alimentista¹⁴⁴.

¹⁴⁴ El legado genuino de alimentos basado en la necesidad y los alimentos entre parientes se diferencian entre sí en que estos se extinguen con la muerte mientras que el legado no y en que en este la obligación subsiste, aunque mengüen los medios de aquel siendo el montante determinado por la necesidad.

V. LA SITUACIÓN DE LA PAREJA DE HECHO EN RELACIÓN A LA VIVIENDA HABITUAL

En los últimos tiempos hemos asistido a cierta equiparación jurídica de la convivencia *more uxorio* con el matrimonio bajo el principio de igualdad de trato (art. 14 CE) en diversos ámbitos (Código penal, Ley de contratos de las administraciones públicas, Ley de arrendamientos urbanos¹⁴⁵). Es notable la equiparación a la que se ha llegado entre las parejas estables y el viudo en pensiones públicas desde que en 2007 (art. 221 a 223 del TRLGSS)¹⁴⁶ se concediera la pensión de viudedad en iguales términos a la pareja de hecho formalizada (que lo fuera dos años antes del fallecimiento de uno de ellos y constara formalmente con inscripción en un registro público de parejas de hecho o el otorgamiento de escritura notarial)¹⁴⁷. Ha de significarse que la solución dada en todos estos supuestos no determina que el legislador esté abocado a equiparar siempre ambas figuras, al contrario el TC en sentencia

¹⁴⁵ Particularmente relevante resulta la doctrina sentada en la STC 222/1992 en materia de arrendamientos urbanos en la que el Tribunal declaró que el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos entonces vigente (Decreto 4104/1964 de 24 de diciembre) era inconstitucional por excluir del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido. Esta resolución señala que aun admitiendo que la convivencia *more uxorio* y el matrimonio son realidades no equivalentes, la exclusión de quienes convivan establemente de un beneficio no siempre es compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, y por tanto las diferenciaciones normativas entre estas figuras que establezca el legislador deben atemperarse a tenor de la doctrina constitucional, lo que particularmente afecta a normas preconstitucionales como era el caso.

¹⁴⁶ El reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho se introdujo en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social y actualmente se rige por la reforma realizada por la Ley 21/2021 de 28 de diciembre de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (BOE 312 de 29 de diciembre de 2021). Puede decirse que en nuestro Ordenamiento está plenamente reconocido el estatus de pareja como modelo familiar y la consideración análoga entre el casado y el miembro de pareja de hecho cuando esta sea estable.

¹⁴⁷ La exigencia de formalidad ha generado ciertas fricciones con la regulación civil catalana donde las parejas estables no requieren dicho formalismo para existir como tales. La STC 40/2014 de 11 de abril de 2014 dispuso que eran necesarios ambos requisitos para la concesión de pensión de viudedad de pareja de hecho: convivencia estable durante cinco años a acreditar mediante el certificado de empadronamiento y publicidad de la situación convivencial *more uxorio* imponiendo con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento vía la inscripción en un registro público u otorgamiento de escritura notarial de constitución. Ello tuvo un efecto negativo para aquellas parejas de hecho estables cuyas comunidades no exigían la inscripción y que no habían tenido la precaución de formalizar sus uniones con suficiente antelación. El TEDH resolvió contra España en dos asuntos por no disponer de un régimen transitorio para estos casos y consideró que en estas circunstancias excepcionales cabía reconocerles el derecho a obtener una protección prevista por el sistema de seguridad social (art. 41 CE). Son los asuntos Domenech Aradilla y Rodríguez González contra España, STEDH de 19 de enero de 2023 (TEDH 2023/12) y Valverde Digon contra España, STEDH de 26 de enero de 2023 (TEDH 2023/15).

núm. 184/1990¹⁴⁸ sostiene que puede dárseles consecuencias distintas sin incurrir en inconstitucionalidad y así lo reitera en resoluciones posteriores¹⁴⁹. Sobre esta base se han seguido posturas diferentes en los Derechos forales o especiales y en el Derecho común.

1. EN LOS DERECHOS FORALES O ESPECIALES

Algunos derechos civiles autonómicos han decidido asimilar al viudo/a y al miembro superviviente de la pareja en derechos sucesorios, lo que repercute favorablemente en el efecto de que el que sobreviva pueda seguir ocupando la vivienda habitual cuando se trate de una pareja estable. Cataluña le otorga al conviviente en unión estable de pareja el mismo derecho que al viudo (arts. 442-3 y 442-5 CCCat)¹⁵⁰, por su parte el Derecho vasco le da al cónyuge y a las parejas de hecho, además de la cuota legitimaria en usufructo, un derecho de habitación sobre la vivienda familiar mientras se mantenga el estado de viudedad (art. 54 LDCV)¹⁵¹ es decir, si no hace vida marital ni tiene un hijo no matrimonial ni constituye una nueva pareja de hecho (art. 55 LDCV). En lo que concierne a Galicia, la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 llega a equiparar al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, siendo parejas los que estén inscritos en un registro de parejas de hecho expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio¹⁵². En estos casos se

¹⁴⁸ En relación con la pensión de viudedad la STC núm. 184/1990 de 15 de noviembre admite que el legislador de un desigual trato a las parejas y al matrimonio, las cuales no son necesariamente equivalentes, de manera que bien puede dárseles consecuencias distintas o trato desigual siendo constitucionales las normas que otorguen un trato más favorable al matrimonio, y, al mismo tiempo el Tribunal afirma que sería igualmente constitucional un cambio legislativo en el que se llegue a organizar la pensión de viudedad ampliando el ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad para otorgárselo a las parejas de hecho (como finalmente se acometió en este campo según hemos referido).

¹⁴⁹ Es reseñable en este sentido el Auto TC núm. 203/2005 de 10 de mayo (JUR 2005/150362) ante el cual se plantea cuestión de inconstitucionalidad del artículo 174.1 del Texto refundido de la Ley General de Seguridad social que otorgaba entonces la pensión de viudedad sólo al cónyuge superviviente (con las salvedades dispuestas en la disposición adicional 10. 2.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio), pues entiende que la protección social, económica y jurídica de la familia dispuesta en el artículo 39.1 CE «no contempla ni postula por sí solo la igualdad de trato en todas sus posibles dimensiones entre las uniones matrimoniales y las uniones de hecho», y siendo una posibilidad admisible de ello no se deduce la opción contraria, la no equiparación, sea inconstitucional (FJ 2.º).

¹⁵⁰ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones (DOGC 17 de julio de 2008).

¹⁵¹ Ley PV 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco (BOPV núm. 176, de 24 de julio de 2015).

¹⁵² Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de, de derecho civil de Galicia (DOG núm. 124, de 19 de junio de 2006) introducida como objeto único de norma en la Ley núm. 10/2007 de 28 de junio de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 de derecho civil de Galicia DO Galicia 2 de julio 2007). El legislador

parte de un concepto de pareja estable dispar, unos, como ocurre en Cataluña, no precisan formalización bastando una convivencia de más de dos años ininterrumpidos o tener un hijo común (art. 234-1. CCCat) otros en cambio sí lo requieren.

La importancia de salvaguardar la dignidad de la pareja concernida por el duelo, particularmente en lo relativo a la vivienda, ha llevado a admitir ciertas soluciones temporales¹⁵³. Sin lugar a dudas debe destacarse la figura catalana del «año de viudedad» o beneficio del año de luto –recogido ya en la *Compilación de Derecho civil de Cataluña*¹⁵⁴– que concede tanto a la persona viuda como a la pareja superviviente no beneficiarias del usufructo universal conservar durante un año la posesión del hogar familiar que fuere propiedad del difunto¹⁵⁵ y «ser alimentado a cargo de este patrimonio, de acuerdo con el nivel de vida que habían mantenido los cónyuges y con la importancia del patrimonio» (art. 231-31 CCCat y para la pareja estable en el art. 234-14 CCcat)¹⁵⁶. Esta fórmula atiende de forma razonable las dificultades económicas que surgen cuando acaece la muerte y se asume también la realidad de un duelo que nace de la vida en común, nutrida servicios recíprocos cuando no tiene correlato hereditario. Nótese como la norma no sólo refiere el derecho a seguir ocupando la vivienda, también incluye los alimentos en consonancia con su posición social y la cuantía del patrimonio del premuerto, por lo tanto, es un derecho

gallego pone el acento en la vocación de permanencia y que esta vocación aparezca de forma evidenciada. Así cuando la DA 3.^a, 2, recoge los requisitos que deben cumplir estas uniones (mayor de edad, capacidad, no existencia de impedimentos de consanguineidad o vínculo) incluye que «convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal».

¹⁵³ Dentro de territorios autonómicos con competencia en Derecho civil el País Vasco ha querido recoger también provisiones protectoras del domicilio en su Ley reguladora de las parejas de hecho (Ley Vasca 2/2003 de 7 de mayo) en la cual reconoce al superviviente el derecho de ostentar a la muerte de la pareja y cuando existiese convivencia (siempre que ello no perjudique la legítima de los herederos forzosos) a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, «salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio» (art. 6.2.c) Ley 2/2003).

¹⁵⁴ Art. 25 de Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre *Compilación del Derecho civil de Cataluña*. BOE núm. 175, de 22 de julio de 1960. Recogido después en el artículo 36 del *Codi de família*, en Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del *Código civil de Cataluña* relativo a la persona y la familia (DOGC de 5 de agosto de 2010) que da nueva redacción al Título III (De las relaciones patrimoniales entre cónyuges) e introduce una sección segunda titulada los efectos patrimoniales post mortem del matrimonio en cuyo artículo 11 recoge el llamado «año de luto» (l'any de plor).

¹⁵⁵ Este derecho se aplica sobre la vivienda conyugal como indica la SAP Barcelona «cuando esta forma parte de la masa de la herencia y el cónyuge viudo no ostenta el usufructo sobre el caudal relicto del consorte, no reconociendo dicho derecho al caso de vivienda que no forme parte de la herencia», y ello porque no genera derecho alguno sobre vivienda propiedad de terceras personas. SAP Barcelona (Sección 4.^a) núm. 370/2005, de 17 de junio JUR 2006/214689).

¹⁵⁶ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del *Código civil de Cataluña* relativo a la persona y la familia (DOGC de 5 de agosto de 2010).

crédito contra la herencia del consorte que no depende de la necesidad del supérstite (ni de su régimen económico matrimonial en caso de matrimonio)¹⁵⁷. La solución catalana constituye una protección económica de urgencia y temporal lo que remite su fundamento en última instancia a la dignidad inherente a la persona (viudo o pareja) y da solución adecuada a un cambio patrimonial inesperado y desventajoso que procede la muerte del cónyuge (pareja) coherente con la preferencia que se da en Derecho catalán al régimen de separación de bienes.

2. EN EL DERECHO COMÚN

En lo que respecta al Derecho común, el Código civil no le atribuye derecho sucesorio alguno al conviviente *more uxorio* lo que significa en lo concerniente a la vivienda familiar que a falta de previsión testamentaria al respecto quedaría privado *ipso iure* de título de ocupación debiendo abandonar el hogar¹⁵⁸ lo que hace que habitualmente prosperen las acciones de desahucio interpuestas por los herederos contra la pareja supérstite¹⁵⁹. La base en la que se apoya el legislador común para no concederle derechos sucesorios legales a la pareja de hecho es sólida pues no quiere imponerle los efectos del negocio matrimonial que, pudiendo, no quisieron para sí. El Tribunal Constitucional valida esta postura en sentencia núm. 93/2013 de 23 de abril en la que se declaran inconstitucionales varios preceptos de la Ley Foral Navarra 6/2000 por atribuir a ciertas personas la condición de pareja estable con base en situaciones meramente fácticas (convivir durante un año o tener descendencia común), el Tribunal entiende que imponerles la consecuencia de un concreto régimen jurídico sin tener en cuenta su voluntad «vulnera la libertad de decisión consagrada en el artículo 10.1 CE, al responder básicamente a un modelo imperativo alejado del régimen

¹⁵⁷ Zahino Ruiz lo tiene por una obligación de alimentos a cargo de los herederos sino por un derecho de crédito a participar en los derechos del cónyuge premuerto (ZAHINO RUIZ, 2010, p. 483).

¹⁵⁸ Por conexión véase en Andalucía la protección temporal que reconoce a los miembros supérstites de la pareja para que pueda vivir en la casa durante el año posterior al fallecimiento (Art. 13 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre de Parejas de hecho de Andalucía). Se trata de una regulación aislada que no se ha generalizado en otras leyes homólogas del entorno del Derecho común de modo que las leyes de parejas de hecho homónimas de otras Comunidades no conceden esta facultad (Vid Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre de parejas de hecho de Andalucía (BOJA 28 de diciembre de 2002).

¹⁵⁹ STS 27 marzo 2008, (RJ 2008/4062). En este asunto el Tribunal significó que el conviviente supérstite como tal no ostenta ningún título que le permita mantener la posesión de la vivienda propiedad de la premuerta, la falta de disposición testamentaria en su favor (cuando no puede acreditar otro título) conlleva el éxito de la acción de desahucio que ejercitan los herederos.

dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad» siendo sólo admisibles aquellos efectos jurídicos que son asumidos por ambos miembros de la pareja¹⁶⁰. Por su parte la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil que en otros ámbitos realiza aproximaciones entre cónyuge y pareja también ha considerado inadecuado otorgarle derechos sucesorios pues no incluye propuesta en este sentido¹⁶¹. Desde un punto de vista técnico jurídico y de respeto a la autonomía privada no sería correcta una asimilación entre ambas categorías, lo contrario podría diluir o hacer irreconocible la institución matrimonial¹⁶².

Con todo, ciertas soluciones testamentarias favorables a la pareja de hecho deberían ser factibles como el usufructo universal con cautela socini o favorecerles con facultades de elección o conmutación cuando concurra a la herencia con descendientes comunes. Ya se admite, como hemos visto, la fiducia sucesoria en favor de pareja de hecho en el artículo 831.6 CC, aunque es más una previsión hecha en atención a la cualidad de progenitor del miembro supérstite que de pareja de hecho pues no se exige siquiera que hayan llegado a convivir¹⁶³. Las soluciones basadas en la autonomía privada son adecuadas y serían suficientes si a futuro se ampliara la libertad de testar, así como la posibilidad de establecer pactos sucesorios, pudiendo por esta vía vincularse efectos hereditarios respecto de aquellas parejas que tuvieren voluntades continuistas y así lo quisieren (hasta que la muerte nos separe) pero no se hayan casado.

Finalmente debe indicarse que la falta de derechos sucesorios *ex lege* en favor del conviviente *more uxorio* no impide reconocer ciertos efectos jurídicos al fallecimiento de uno de sus miembros por razones de justicia. El supérstite cuenta con la acción de enriquecimiento injusto como una forma de compensar vía herencia los desequilibrios generados durante la convivencia. Esta acción que de por sí tiene un alcance limitado¹⁶⁴ no se considera una ver-

¹⁶⁰ STC Pleno núm. 93/2013, de 23 de abril (FFJJ. 9, 10 b y c) 11 b) a d) y 13), RTC 2013/93.

¹⁶¹ Nos referimos a la Propuesta de Código civil de la Asociación de profesores y profesoras de Derecho civil, Tecnos, 2018, antes comentada.

¹⁶² (LÁZARO GONZÁLEZ, 1999, pp. 318 y 319). Isabel Lázaro recoge al respecto los riesgos que tiene el ensanchamiento de la categoría del matrimonio hasta hacerla embeber las parejas de hecho, diluyendo su sentido y contornos normativos. Habrá por tanto que atender en cada caso a las circunstancias para determinar si estamos ante una unión que reúne los elementos que constituyen el contenido esencial del matrimonio o no lo estamos (consentimiento, capacidad).

¹⁶³ TORRES GARCÍA, y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016, p. 437.

¹⁶⁴ No existe equiparación con la pensión de matrimonio, ni se contempla en la ley la compensación alimentaria en caso de necesidad, desequilibrio o por haber trabajado para el hogar, sin embargo, cabe que las partes pacten o pueda invocarse el principio

dadera participación en los bienes de la herencia del difunto compañero pues tal cosa como indica el Tribunal Supremo¹⁶⁵ habría sido tanto como pedir un derecho sucesorio al cual no tienen derecho, por tanto únicamente entraría en la masa hereditaria como derecho al cobro de una cantidad compensatoria cuando haya quedado acreditado el enriquecimiento.

VI. CONCLUSIONES

I. El legislador común no le concede al viudo en sede sucesoria ni derechos específicos sobre la vivienda propiedad del causante ni facultades de atribución preferente que le permitan satisfacer su interés por permanecer en ella tras el fallecimiento del cónyuge propietario, dejando esta decisión a la voluntad del testador expresada en disposiciones de última voluntad o al acuerdo con los herederos. Vista la naturaleza reducida de la legítima viudal pobre comparativamente con los derechos de los demás herederos forzosos pues opera sobre una cuota abstracta de la herencia y las amplias facultades de conmutación que tienen los herederos por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo (art. 839 CC) es evidente que el legislador común no quiere imponer a los herederos la carga de soportar el usufructo del viudo si así no lo hubiere dispuesto el causante.

II. Se suele justificar la reducida cuota legal del viudo en el Derecho común en la preferencia del sistema de gananciales como régimen económico matrimonial a falta de pacto, un sistema que ya le concede sobre la vivienda habitual ganancial un derecho a adjudicársela en su haber pudiendo pagar el exceso con dinero propio por lo tanto esta es la vía por la que el legislador atiende el interés del viudo por permanecer en la vivienda. El problema resi-

general de prohibición de enriquecimiento injusto cuando la pareja se dedicó en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar familiar. El Tribunal Supremo admite que el daño del fallecimiento provocado por las uniones de hecho de larga duración pueda ser causa legítima de reclamación si aportaron algo a la creación del patrimonio del otro o se apreciara enriquecimiento injusto y el Tribunal Supremo en STS núm. 2001 de 27 de marzo acoge la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica tras la ruptura de la convivencia en una cuantía prudencial según las circunstancias «al menos para ayudar al tránsito a la nueva situación de hecho creada» (STS 27 marzo 2001, RJ 2001/4777). En la STS 15 enero 2018 (RJ 2018/76) queda patente el carácter restrictivo de la acción de enriquecimiento injusto cuando la dedicación a los hijos y al hogar no fue exclusiva, o no hubo pérdida de expectativas o abandono de una actividad en beneficio propio por otra en beneficio del demandado ni desatendió su propio patrimonio o le impidió obtener beneficios por el desarrollo de una actividad remunerada.

¹⁶⁵ STS 6 mayo 2011, (RJ 2011/3843).

de *a contrario* en las dificultades de obtener este mismo efecto cuando el bien fuere privativo pues entonces a falta de previsión testamentaria el viudo no está facultado para imponerle a los herederos nudo propietarios su decisión quedarse en la vivienda o adjudicarse el inmueble. Estas dificultades se resolverían mejor si se estableciera un marco básico protector de la vivienda habitual que evite desposesiones consecuencia de la falta de previsión testamentaria del causante propietario.

III. La tendencia actual reformadora tanto en los derechos forales como en los derechos de nuestro entorno va en la línea de despejar los obstáculos a que el viudo pueda permanecer en el que ha sido su hogar con el fallecido, si lo desea y fuera posible como una solución más adecuada a las actuales sociedades urbanitas y envejecidas. En este contexto, introducir unos mínimos legales beneficiosos para que el cónyuge pueda permanecer en la casa bien a través de un derecho de usufructo o habitación sobre la vivienda habitual o la adquisición preferente del inmueble con pago del sobreexceso a los herederos, debe entenderse admisible como un nuevo balance en el equilibrio de intereses entre el viudo y los herederos (descendientes y ascendientes) como solución proporcionada aun cuando se trate de una vivienda privativa del fallecido siempre que el bien no fuere de especial significado familiar para los herederos.

IV. Dada la importancia práctica que tiene la capitalización en Derecho común deben mejorarse los criterios de valoración de los derechos sucesorios del cónyuge *in re aliena*. Actualmente las bases de un eventual acuerdo con los herederos tropiezan con la baja tasación del valor del usufructo cuando el cónyuge es mayor. Al seguirse normalmente las pautas fijadas en el impuesto de sucesiones sus derechos serán menores cuanto mayor sea la edad (importe decreciente) pudiendo atribuirse a las nudas propiedades el 90% del precio del inmueble cuando la persona tenga ochenta o más años, un valor muy superior al importe que las mismas obtendrían en empresas inversoras (compradoras de inmuebles con usufructos vitalicios). Sería conveniente determinar otros modelos adecuados de capitalización que orienten esta labor.

V. Otra mejora indudable que proponemos en este trabajo es el fortalecimiento legal de las facultades electivas del viudo. En la práctica testamentaria suele garantizarse su continuidad en la casa a través de fórmulas fuertes como el usufructo universal con cautela sociniana o la fiducia sucesoria –fórmulas que palian la deficiente regulación civil y que convendría aquilatar con objeto de no dejar sus contornos a la sola interpretación de la voluntad del testador–

pero estas figuras *in re aliena* tienen ciertas dificultades. El usufructo universal conservativo tiene el inconveniente de la gestión de los bienes y el deber de mantener incólume el patrimonio para transmitirlo y se requiere nuevos consensos con los herederos para atender necesidades económicas sobrevenidas, además no tendrá acceso a vías de liquidez de las que podría disponer si la casa fuera de su propiedad como la hipoteca inversa, la venta de nuda propiedad o la constitución de una renta vitalicia sobre el inmueble. Tampoco la fiducia sucesoria es la solución más idónea para la persona mayor por requerir en el cónyuge habilidades para la gestión patrimonial. De esta manera lo que pudo ser adecuado cuando se hizo el testamento podría después de la muerte no ser la solución óptima, una ampliación de las facultades electivas del viudo no haría depender del acuerdo con los herederos la concreción de los derechos viudales sobre la casa (avocación de la vivienda habitual en plena propiedad o constitución de usufructo sobre esta con capitalización del resto). En el ejercicio de las facultades electivas puede pesar también el interés del viudo por una cierta desvinculación respecto de los herederos que no sean sus hijos algo que favorece la dignidad, libertad y el desarrollo de su personalidad.

VI. Desde un concepto amplio de hogar, cabría extender las mejoras de la posición del viudo no sólo a garantizarle la permanencia en la vivienda, también, cuando se tratara de una persona mayor o con discapacidad, dejarle debidamente atendido en sus necesidades de cuidados, sobre todo en escenarios de hijos con desafección o desunidos entre ellos o en el supuesto de herederos que no fueran hijos suyos. Cuando un viudo anciano no es agraciado por el testador con una renta vitalicia el mero usufructo sobre la vivienda habitual podría resultar insuficiente para garantizar su bienestar, lo que compromete el objetivo de política pública dispuesto en el artículo 50 CE. Toda persona mayor, tras la muerte del cónyuge propietario, debería contar, al menos, al menos con un legado de usufructo o habitación sobre la vivienda habitual más una renta vitalicia o legado de pensión periódica (art. 880 CC) como algo exigible en las sociedades longevas. Sería una solución óptima tanto para la sucesión intestada si hubiere descendientes (o ascendientes según el sistema actual) como para la testada cuando el causante no hubiere dejado suficientemente atendido a su cónyuge.

VII. Respecto a las parejas de hecho, el Derecho común ha resistido la presión de equipararlas al matrimonio sobre la base de que no cabe imponerle las consecuencias de la relación jurídica matrimonial a los que no la quisieron, no cabiendo extensión analógica ni en materia de ruptura de relación conyugal ni en derechos

sucesorios. Esta postura es coherente con la especificidad tanto del matrimonio como de la pareja que reside en la voluntad de quedar o no sujetas a los efectos y estatuto jurídico matrimonial. Dicho esto, deben acogerse favorablemente las soluciones testamentarias beneficiosas para la pareja de hecho respecto de los herederos que sean descendientes comunes como se ha admitido con la fiducia sucesoria en el artículo 831.6 CC, y concederles facultades de elección o conmutación preferentes en estos casos. También podrían encontrarse de *lege ferenda* vías de protección del miembro supérstite a través de los pactos sucesorios, pues estas soluciones basadas en la autonomía privada pueden funcionar muy bien (sin fricciones) en parejas con vocación de permanencia que no se hayan casado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAKISTAIN ARRIOLA, Maitena: «La primacía del supérstite en la sucesión legal en Inglaterra. Comparativa con la regulación del Código civil y el Derecho civil vasco», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, 2023, pp. 98-125.
- ALVAREZ LATA, Natalia: «Comentario al artículo 660 CC» en *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2009 (BIB 2009/1705).
- ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso: «Capítulo 35. Derecho a la vivienda de los mayores y alojamientos alternativos: cohousing y viviendas tuteladas», en *Tratado de Derecho de Derecho de Mayores*, (Adroher Biosca, Salomé, Dir.), Civitas, 2024, pp. 797-816.
- ATXUTEGI GUTIÉRREZ, Jon: «El derecho de alimentos sucesorio, ¿alternativa a la legítima?», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, 2023, pp. 126-147.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio: «Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón», *Revista de derecho aragonés*, núm. 17, 2011, pp. 45-92.
- «La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Universidad Nacional de la Plata), núm. 48, 2018, pp. 103-124.
- BENAVENTE MORERA, Pilar: «Jornada sobre «Perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 9, 2023, pp. 225-242.
- BERNAD MAINAR, Rafael: «Reflexiones sobre la conservación o supresión de la cuota legítima en la futura reforma de sucesiones del Código civil», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 374-413.
- CALDUCH, GARGALLO, Manuel: «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala I: El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 55, núm. 2, 2007, pp. 11-48.
- CARRASCO PERERA, Angel: «¿Te “ningunean” tus hijos? ¡Desherédalos!», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 896, 2014, p. 3.
- CAZORLA GONZALEZ, M Carmen: «La legítima en el Derecho sucesorio español y sus consecuencias, a debate», *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2020, pp. 3-20.

- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «La delimitación conceptual del fideicomiso de residuo en el Derecho actual», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 738, 2013, pp. 2173-220.
- COBAS COBIELLA, María Elena: «El sistema legitimario español. Una nueva configuración en orden a los nuevos modelos familiares», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 9, 2022, pp. 2404-2431.
- «Aspectos sustantivos del derecho hereditario», en Vol. *Derecho de sucesiones*, (sel. por J. Alventosa del Río, y dir. por M. E. Cobas), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 138-703
- CORRIPIO GIL DELGADO, María de los Reyes: «La protección patrimonial de la persona mayor», *Anuario de Derecho civil*, núm. 73, 2020, pp. 101-141.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Visión crítica del sistema de legítimas del Código civil español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 796, 2023, pp. 725-800.
- CUENA CASAS, Matilde: «Vivienda familiar y concurso de acreedores», *Actualidad civil*, núm. 9, 2023.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Las legítimas de padres y ascendientes: una figura a revisar», *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2023, pp. 117-142.
- «El derecho de predetracción del ajuar familiar del cónyuge supérstite (art. 1321)», en *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, (dir. por JR De Verda y Beamonte y Coord. por A. Carrión Vidal y G. Muñoz Rodríguez), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 515-536.
- «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)», *Aranzadi Civil*, 2006, pp. 2099-2133.
- «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2004, pp. 259-270.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 2006.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Derechos del cónyuge viudo en el código civil y viudedad aragonesa», en *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, (dir. por M. C. Gete-Alonso y Calera, coord. por J. Resida), Thomson Reuters, 2016, pp. 759-836.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones 130 años después de la aprobación del Código civil español*, Tirant, 2022. (TOL 9003620).
- FERNANDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código civil», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 16, 1998, pp. 53-73.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo», en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por AL REBOLLEDO VARELA), Dykinson, 2010 pp. 263-296.
- «Usufructo legitimario del cónyuge viudo», en *Tratado de usufructo*, (coord. por A. Lecifena Ibarra) Wolters Kluwer, 2016, pp. 1065-1125.
- *El derecho real de habitación en el Código civil. Una alternativa para el acceso a la vivienda*, Aranzadi, 2023.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio: «Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español», *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, pp. 315-340.

- GARRIDO DE PALMA, Victor Manuel: «El usufructo universal de viudedad, su configuración especial en Galicia», *Anuario de Derecho civil*, vol. 26, núm. 2, 1973, pp. 483-506.
- «El artículo 831 del Código civil», *Revista Jurídica del notariado*, núm. 108-109, enero-junio 2019, pp. 237-262.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?», en *Las legítimas y la libertad de testar*, (dir. por F. Capilla Roncero), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 61-75.
- HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Algunas reflexiones en torno al usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, (coord. por M. Cuena Casas, L. A. Anguita Villanueva, J. Ortega Doménech), Madrid, Dykinson, 2013, pp. 1385-1404.
- JORBA, Oscar: «La vivienda habitual del cónyuge superviviente», *Revista quincena fiscal*, núm. 10, 2010 (BIB 2010/755).
- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel: *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado*, Tecnos, 1999.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *La conmutación de la legítima*, Tecnos, 1989.
- *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana: «Preguntas que plantea en el siglo XXI la partición de los bienes sometidos a sustitución fideicomisaria», *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, mayo-junio 2021, pp. 67-103.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, pp. 185-218.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Sentencia 16 de diciembre 2014. Institución en el usufructo vitalicio de la herencia en favor del cónyuge viudo. Doctrina del Tribunal Supremo», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 101, 2016, pp. 35-46.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta de lege ferenda», *Revista de Derecho civil*, núm. IV, 2019, pp. 1059-1132.
- MATEO VILLA, Iñigo: «De la reforma suiza del Derecho sucesorio», *Revista de Derecho civil*, núm. 1, 2023, pp. 59-74.
- MASIDE MIRANDA, Jose Enrique: *Legítima del cónyuge superviviente*, Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España, 1989.
- MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, *La legítima en el Derecho español*, Universitat Jaume I, 2019.
- MONTERO AROCA, Juan: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- NAVAU MARTÍNEZ-VAL, Pilar: «Capítulo 27. La fiscalidad del seguro de renta vitalicia y otros instrumentos de garantía de ingresos estables para las personas mayores», en *Tratado de Derecho de Derecho de Mayores*, (dir. Por S. Adroher Biosca), Civitas, 2024, pp. 583-607.
- NIETO ALONSO, Antonia: *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, La Ley Wolters Kluwer, 2014.

- NOGUERA NEBOT, Tomás, Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 2020, pp. 1822-1836.
- NÚÑEZ MUÑOZ, María del Carmen: «El usufructo universal y el legado de usufructo universal: análisis particular del ejercicio y titularidad de la acción de desahucio», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 747, 2015, pp. 434-450.
- PALLARÉS NEILA, Javier: *La protección de la vivienda habitual como exigencia del derecho a vivir de forma independiente de las personas con discapacidad*, Universidad Rey Juan Carlos, 2017.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 22, 2019, pp. 48-78.
- PEREZ GALLARDO, Leonardo B., y PEREIRA PÉREZ, Joanna: «Del cuidado familiar como derecho humano», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2023, pp. 3-24.
- PEREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: «Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil: aporías de su actual redacción», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, núm. 3, 2019, pp. 1133-1202.
- REAL PEREZ, Alicia: *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1988.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, 1998, pp. 1105-1178.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «La libertad de testar: entre Constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020, pp. 13-46.
- ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Madrid, 2002.
- RONCHETTI, Alfredo Fernando: «Calidad de Vida en la Ancianidad: Más Libertad de Testar es Más Justicia», *Oñati Socio-Legal Series*, núm. 8, 2011, pp. 1-18.
- RUBIO GARRIDO, Tomás, *Las deudas de la herencia y la comunidad hereditaria*, Aranzadi, 2022 (BIB 2022/2049).
- RUEDA ESTEBAN, Luis: *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del CC auténtica fiducia sucesoria en Derecho civil común*, Consejo General del Notariado -La Ley, 2015.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Valoración del legado de cosa determinada», *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm. 2, abril-junio, 2022, pp. 339-343.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La legítima en el Código civil (II)», en *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, (dir. por MC Gete-Alonso y Calera, y Coord. por J. Solé Resida), Thomson Reuters, 2016, pp. 417-475.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *In Dret*, núm. 3, 2007, 25 págs.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Particiones hereditarias, liquidación de ganancias y demandas judiciales*, (Tomo I), Dijusa, 2002.
- VELA SANCHEZ, Antonio J.: «El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación», *Anuario de Derecho civil*, jul-sept, 2023, pp. 989-1040.
- VILLÓ TRAVÉ, Cristina: «Visión crítica de la compensación por trabajo doméstico en el derecho civil español», *Anuario de Derecho civil*, enero-marzo, 2024, pp. 133-216.
- VIVES VELO DE ANTELO, M. P.: «Acerca de los derechos sucesorios del cónyuge viudo: una perspectiva comparada con el Derecho Italiano», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, vol. 14, núm. 1, pp. 504-524.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El error en el consentimiento en la aceptación tácita de la herencia por deudas imprevistas. Comentario a la STS de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021,1186)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 118, 2022, pp. 81-112 (BIB 2022/192).

ZABALO ESCUDERO, M. Elena: *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado y derecho interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

ZAHINO RUIZ, María Luisa: «Los efectos patrimoniales post mortem del matrimonio: los derechos viduales familiares (art. 35 y 36 del Código de familia de Cataluña)», en *Los regímenes económico matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, (Coord. por F. Lledó Yagüe y MP Ferrer Vandrell), Dykinson, 2010, pp. 423-438.

JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- ATC Pleno núm. 203/2005, de 10 de mayo (JUR 2005/150362).
- STC Pleno núm. 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990/184).
- STC Pleno núm. 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1999/222).
- STC Pleno núm. 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013/93).
- STC Pleno núm. 40/2014 de 11 de abril (RTC 2014/40).
- STEDH de 19 de enero de 2023 (TEDH 2023/12).
- STEDH de 26 de enero de 2023 (TEDH 2023/15).

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (1.ª Civil) 11 enero 1950, Ponente D. Celestino Valledor (RJ 1950/21).
- STS (1.ª Civil) 28 junio 1962, Ponente D. Joaquín Domínguez de Molina (RJ 1962/3094).
- STS (1.ª Civil) 22 enero 1963, Ponente D. Francisco Bonet Ramón (RJ 1963/447).
- STS (1.ª Civil) 20 octubre 1987, Ponente D. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1987/7303).
- STS (1.ª Civil) 31 diciembre 1994, Ponente D. Jesús Marina Martínez Pardo (RJ 1994/10330).
- STS (1.ª Civil) 18 enero 2001, Ponente D. Xavier O´Callaghan Muñoz (RJ 2001/1319).
- STS (1.ª Civil) 4 octubre 2001, Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2001/7542).
- STS (1.ª Civil) 27 marzo 2001, Ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2001/4770).
- STS (1.ª Civil) 3 marzo 2000, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000/1501).
- STS (1.ª Civil) 27 junio 2000, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000/5909).

- STS (1.ª Civil) 3 de marzo 2002, Ponente D.ª M.ª Angeles Parra Lucán (RJ 2022/1164).
- STS (1.ª Civil) 6 abril 2006, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2006/2218).
- STS (1.ª Civil) 27 marzo 2008, Ponente D.ª Encarnación Roca Trías (RJ 2008/4062).
- STS (1.ª Civil) 8 mayo 2008, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2008/2964).
- STS (1.ª Civil) 27 mayo 2010, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2010/5158).
- STS (1.ª Civil) 6 mayo 2011, Ponente D.ª Encarnación Roca Trías (RJ 2011/3843).
- STS (1.ª Civil) 20 enero 2014, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2014/2229).
- STS (1.ª Civil) 21 abril 2014, Ponente D. Fco. Javier Orduña Moreno (RJ 2015/1913).
- STS (1.ª Civil) 3 septiembre 2014, Ponente D. Fco. Javier Orduña Moreno (RJ 2014/4795).
- STS (1.ª Civil) 16 diciembre 2014, Ponente D. Fco. Javier Orduña Moreno (RJ 2014/6780).
- STS (1.ª Civil) 9 diciembre 2015, Ponente D. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2015/5895).
- STS (1.ª Civil) 15 enero 2018, Ponente D.ª M.ª Angeles Parra Lucán (RJ 2018/76).
- STS (1.ª Civil) 24 mayo 2019, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2019/2113).
- STS (1.ª Civil) 21 diciembre 2020, Ponente D. Juan María Díaz Fraile (RJ 2020/5037).

3. SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES

- STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) 8 junio 1993 (RJ 1993/6325).
- STSJ Illes Balears, (Sala de lo Civil y Penal) 6 mayo 2013 (RJ 2013/5760)..
- SAP A Coruña (Sección 5.ª) núm. 484/2016, de 30 de diciembre (AC 2017/184).
- SAP Barcelona (Sección 4.ª) núm. 370/2005, de 17 de junio (JUR 2006/214689).
- SAP Ciudad Real (Sección 2.ª) núm. 48/2007, de 22 de febrero (JUR 2007/265414).
- SAP Las Palmas (Sección 4.ª) núm. 145/2007, de 30 de marzo (JUR 2007/147837).
- SAP Girona (Sección 2.ª) núm. 44/1998, de 4 febrero (AC 1998/262).
- SAP Madrid (Sección 14.ª) núm. 293/2019, de 30 de septiembre (JUR 2019/309119).
- SAP Valencia (sección 10.ª) núm. 339/2004, de 31 de mayo (JUR 2005/2332).
- SAP Valencia (Sección 7.ª) núm. 72/2023, de 15 de febrero (JUR 2023/297490).

- SAP Zamora (Sección 1.ª) núm. 202/2012, de 3 de diciembre (JUR 2013/9351).
- SAP Madrid (Sección 21.ª), núm. 33/2022, de 8 de febrero (JUR 2022/141639).

4. RESOLUCIONES DE LA DGRN/DGFPSJ Y CONSULTAS DGT

- RDGRN de 3 de febrero 1997 (RJ 1997/853).
- RDGRN núm. 11320/2016, de 14 de noviembre (RJ 2016/5760).
- RDGRN, núm. 10946/2019, de 3 de julio (RJ 2019/3059).
- RDGSJFP, núm. 2098/2021, de 29 de enero (RJ 2021/507).
- RDGSJFP, núm. 25387/2023, de 23 de noviembre (JUR 2023/438380).
- DGT CONSULTA núm. 1477/9532 (JUR 2004/9532).

La eficacia traslativa de la donación en el Código Civil a la luz de los antecedentes históricos y legislativos

JOSÉ MARÍA CARDÓS ELENA

Abogado. Profesor asociado de Derecho civil
Universitat de València

RESUMEN

Desde hace varias décadas, con base en el contenido del CC, la práctica totalidad de la doctrina sostiene que la perfección de la donación comporta la transmisión de la titularidad de los bienes donados, sin necesidad de entrega o tradición. Dicha conclusión se alcanza a través de una interpretación literal, sistemática y lógica de la regulación de la donación en el CC. Sin embargo, la interpretación histórica de tales normas sido escasamente referida al abordar la eficacia traslativa de la donación, a pesar de su extraordinario interés. Este estudio pretende demostrar que una interpretación de la normativa reguladora de la donación en el CC a la luz de los antecedentes históricos y legislativos refuerza la conclusión de que la donación es un negocio dispositivo, con eficacia traslativa inmediata.

PALABRAS CLAVE

Donación. Eficacia traslativa de la donación. Interpretación histórica. Elementos de la interpretación histórica. Antecedentes históricos y legislativos de las normas jurídicas.

The transfer efficacy of the donation in the Spanish Civil Code in the light of historical and legislative background

ABSTRACT

For several decades, based on the content of the Spanish Civil Code, practically all the doctrine has held that the perfection of the donation trans-

fers the ownership of the donated goods, without the need for delivery. This conclusion is reached through a literal, systematic and logical interpretation of the donation regulation in the Spanish Civil Code. However, the historical interpretation of such rules has been scarcely referred to in the study of the transfer efficacy of the donation, despite its extraordinary interest. This study aims to show that an interpretation of the donation regulation in the Spanish Civil Code in the light of the historical and legislative background reinforces the conclusion that the donation is a dispositive agreement, with immediate transfer efficacy.

KEY WORDS

Donation. Transfer effect of the donation. Historical interpretation. Elements of historical interpretation. Historical and legislative background of legal rules.

SUMARIO: I. Planteamiento y justificación del enfoque. 1. La discutida virtualidad traslativa de la donación según el CC. 2. La utilidad de la interpretación histórica de las normas. 3. Elementos de la interpretación histórica utilizados en este estudio. 4. Enfoque y objetivo de este estudio.—II. Los antecedentes históricos de la donación. 1. Introducción. 2. Derecho romano clásico y postclásico. 3. Derecho justinianeo. 4. Derecho visigodo. 5. Derecho castellano. 5.1 Esquema de fuentes anterior a la codificación civil. 5.2 Fuero Juzgo. 5.3 Fuero Real. 5.4 Espéculo. 5.5 Partidas. 5.5.1 Contrato consensual productor de obligaciones. 5.5.2 Argumentos adicionales. *a)* Inclusión de la donación en el ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo. *b)* Reconocimiento expreso del beneficio de competencia. *c)* Donación hecha hasta cierto día o tiempo señalado. *d)* Donación *mortis causa*. 5.5.3 Conclusión. 5.6 Posiciones doctrinales durante la Edad Moderna: la ambivalencia de la donación como contrato traslativo y como contrato obligacional. 5.6.1 Primera posición: la donación como título que precisaba de tradición. *a)* La doctrina de Gómez y De Molina. *b)* Diferencias entre las donaciones reales y las donaciones promisorias. 5.6.2 Segunda posición: identificación de la donación con una dación actual. *a)* La «auténtica donación» congruente con la normativa constantiniana. *b)* La donación, «contrato maestro gratuito». 5.7 La interpretación doctrinal de la donación durante el siglo anterior a la entrada en vigor del CC. 5.7.1 Interpretación doctrinal durante la segunda mitad del siglo XVIII. 5.7.2 Interpretación doctrinal a lo largo del siglo XIX. *a)* Primer punto de vista: la donación como título de adquisición. *b)* Segundo punto de vista: la donación como dación actual. *c)* Valoración de la doctrina de finales del siglo XVIII y del siglo XIX anterior al CC. 5.8 La relevancia de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. 5.9 La interpretación jurisprudencial de la donación antes de la entrada en vigor del CC. 5.9.1 Análisis jurisprudencial. 5.9.2 Valoración de la jurisprudencia anterior al CC.—III. Los antecedentes legislativos de la donación. 1. Introducción. 2. Proyecto de CC de 1821. 3. Proyecto de CC de 1836. 4. Proyecto de CC de 1851. 5. Proyecto de CC de 1869. 6. La codificación de la donación en el CC de 1889. 6.1 Proyecto de ley de

bases de 1881. 6.2 Anteproyecto de CC de 1882-1889. 6.2.1 Definición y caracteres de la donación. 6.2.2 Origen de los artículos relativos a la donación. 6.2.3 Proyecto de ley de bases de 1885 y Ley de bases de 1888. 6.2.4 Debates parlamentarios. *a)* Debates sobre la Ley de bases de 1888. *b)* Debates sobre el CC tras su publicación. *c)* Cuestiones que destacar sobre los debates parlamentarios.–IV. Conclusiones.–V. Fuentes legales.–Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL ENFOQUE

1. LA DISCUTIDA VIRTUALIDAD TRASLATIVA DE LA DONACIÓN SEGÚN EL CC

En los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del CC, varios autores de renombre argumentaron que la donación transmitía la propiedad sin necesidad de entrega o tradición¹. Sin embargo, durante varias décadas, con reseñables excepciones², los tratados y manuales de Derecho civil más influyentes continuaron situando a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo³.

Diversos estudios monográficos publicados hacia la mitad del siglo xx defendieron la eficacia dispositiva o inmediatamente traslativa de la donación a la vista de la regulación del CC⁴. La influencia de tales publicaciones fue evidente, y prueba de ello es que desde hace bastantes años la práctica totalidad de la doctrina concibe a la donación como un negocio de disposición. No en vano, los autores que en los últimos treinta y cinco años han defendido que la donación requiere la entrega de las cosas donadas para transmitir el dominio se sitúan en un claro plano de singularidad⁵.

¹ BONEL Y SÁNCHEZ, 1890, pp. 15, 71-72, 76; APALATEGUI OCEJO Y OYUELOS PÉREZ, 1896, pp. 385-387, 393, 400; MANRESA Y NAVARRO, 1896, pp. 58-63.

² VALVERDE Y VALVERDE, 1920, pp. 392, 394; PUIG BRUTAU, 1956, pp. 63-67.

³ CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, 1930, p. 198; DE BUEN LOZANO, 1928, p. 454; DE BUEN LOZANO, 1931, p. 592; CASTÁN TOBEÑAS, 1944, pp. 95-96, 104-105; PUIG PEÑA, 1946, pp. 160, 178-179; ESPÍN CÁNOVAS, 1954, pp. 416-417.

⁴ CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 449-451, 454-459, 466-467, 471; NÚÑEZ LAGOS, *RGLJ*, 1946, pp. 141-144; SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, *IJ*, 1952, pp. 806-807; VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, pp. 1224-1227; FERRANDIS VILELLA, *RFDUM*, 1960, pp. 358, 361; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1964, pp. 275-299; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *ADC*, 1966, pp. 563.

⁵ LETE DEL RÍO, 1990, p. 60; O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2001, pp. 80, 104; ALBALA-DEJO GARCÍA Y DÍAZ ALABART, 2006, pp. 35-51; OSSORIO SERRANO, 2021, pp. 283, 286.

Con el propósito de argumentar que la donación no necesita la entrega o tradición de los bienes donados para operar la transmisión del dominio, se ha interpretado la regulación de la donación en el CC atendiendo a varios criterios hermenéuticos⁶:

– Desde el punto de vista literal, se ha afirmado que el artículo 618 CC califica a la donación como acto, no como contrato; que ese mismo artículo dice que el donante dispone, y no que se obliga; que el artículo 624 CC exige que el donante no solo tenga capacidad para contratar, sino también para disponer; que el artículo 634 CC establece que el objeto de la donación son los bienes presentes del donante; y que el artículo 635 CC prohíbe la donación de bienes futuros.

– Desde el punto de vista sistemático, se ha puesto de relieve que el artículo 609 CC separa a la donación de «ciertos contratos» que transmiten la propiedad «mediante la tradición»; y que la donación está regulada en el Libro III del CC, dentro de los modos de adquirir, y no en el Libro IV, relativo a las obligaciones y contratos.

– Desde el punto de vista lógico, la regulación de la donación no encaja con un contrato obligacional. A la ausencia de obligaciones a cargo del donante, cabe añadir la imposibilidad de donar cuando no se tenga la disposición de los bienes, como sucede con los bienes futuros o ajenos. La simple comparación de la regulación de la donación con la de la compraventa evidencia que la normativa está orientada en sentidos claramente diferenciados.

Sin embargo, en relación con la interpretación histórica, las referencias doctrinales han sido muy escasas. Es cierto que algunos autores han aludido a la regulación de la donación en el derecho anterior al CC⁷, a la doctrina jurídica anterior a 1889⁸, al anteproyecto de CC⁹, a la Ley de bases de 1888¹⁰ y a los debates parlamentarios del CC¹¹.

Sin embargo, tales aportaciones son fragmentarias e inconexas¹², echándose de menos un estudio que analice de manera

⁶ Por todos, VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1224-1227, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *RCDI*, 2019, pp. 573-578.

⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1213-1214, 1226-1227; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 37-38; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *RCDI*, 2019, pp. 579-582.

⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1214-1220; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 39-41; ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, pp. 48-49.

⁹ ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, pp. 46-48.

¹⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1973, pp. 407.

¹¹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1973, pp. 404-406; LASSO GAITE, 1978, pp. 454, 462; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, pp. 45-46; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006; pp. 8, 192.

¹² Como excepción, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, 1998, pp. 435-445, quien resume las aportaciones de otros autores (principalmente, VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, y

detallada y exhaustiva la eficacia traslativa de la donación con arreglo a una interpretación del CC basada en los antecedentes históricos y legislativos.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, el panorama tampoco es demasiado luminoso. Algunas Sentencias del Tribunal Supremo han aludido al derecho histórico al resolver recursos de casación relativos a donaciones. A modo de ejemplo, la STS de 13 de junio de 1963¹³ destacó el carácter formal de la donación parafraseando la definición que contenía las Partidas:

«Uno de tales contratos es el de donación, siquiera la exigencia de la forma solemne se circunscriba a la de bienes raíces, aun cuando también para la de muebles ordena la Ley ciertas prevenciones, como la entrega de la cosa o la constancia por escrito, y ello atendiendo a la naturaleza gratuita del contrato, que, al ser hecho “sin ninguna premia”, en el inolvidable lenguaje de las “Partidas”, impone ciertas precauciones para que “la nobleza e bondad de corazón” que la determinan no se vean en ciertos propósitos o manifestaciones que no revelen de manera auténtica la voluntad de donar, y así el artículo 633 del Código Civil dice de modo terminante que “para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario”, agregando que la aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante», precepto que revela una clara excepción a la teoría general que atribuye eficacia al consentimiento, en cualquier forma expresado, para dar nacimiento al contrato».

La STS de 6 de abril de 1979¹⁴ aludió a la necesidad de que constase la aceptación de la donación, «en atención a la naturaleza gratuita del contrato que, al ser hecho sin ninguna “premia”, según decían las Partidas, pedía el cumplimiento de ciertas precauciones para garantizar la solidez y seguridad del “animus donandi” y evitar generosidades quizá precipitadas». Y la STS de 31 de julio de 1999¹⁵ hizo mención del Derecho romano y de las Partidas para subrayar la necesidad de que las donaciones de bienes inmuebles constasen en escritura pública:

«La necesidad de la plasmación de la donación en escritura pública, es un requisito *ad solemnitatem*, o sea esencial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código Civil, concretamente en su artículo 633, y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, completamente impregnado por un principio

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *RDP*, 1971). En todo caso, su enfoque y ámbito temporal es distinto al que se desarrolla en este estudio.

¹³ ECLI: ES: TS:1963:150, RJ 1963\2515; ponente Emilio Aguado González.

¹⁴ ECLI: ES: TS:1979:126, RJ 1979\1273; ponente Carlos de la Vega Benayas.

¹⁵ ECLI: ES: TS:1999:5504, RJ 1999\6221; ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito *ad probationem*.

Dicha exigencia formal *ad solemnitatem* admitida, además, sin fisuras por la jurisprudencia de esta Sala, tiene su origen en la conocida institución del Derecho romano de la *insinuatio* y recogida en nuestro Derecho histórico de la Ley de Partidas con la entronización de la *carta*; hace que la pretensión de la parte actora en la presente *litis* y, ahora, parte recurrente, deba ser totalmente declarada como decaída, puesto que con lo antedicho nunca podrá producir efectos y ni siquiera estimarse como válida una donación sobre bienes inmuebles, si no se ha plasmado la misma y, asimismo, la aceptación del donatario en escritura pública».

Sin embargo, es patente que en las referidas Sentencias los argumentos históricos no sirvieron para determinar el sentido de las normas del CC aplicadas al caso. Las alusiones a los antecedentes legislativos no aportaron nada al proceso exegético, y por tanto tuvieron un valor puramente formal, a modo de redacción elegante o de demostración de erudición¹⁶.

Más trascendentes fueron los antecedentes legislativos mencionados en la STS de 22 de diciembre de 1986¹⁷, que se enfrentó directamente a la mecánica traslativa de la donación. El recurrente había defendido la inexistente transmisión de la propiedad por donación debido a que no se había producido la entrega o tradición de los bienes donados. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, argumentando lo siguiente:

«A partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad del donatario, a diferencia del régimen de la compraventa en que ha de terciar un mecanismo traslativo del dominio y que sin duda es un fenómeno distinguible de los propios modos de adquirir la propiedad que enuncian el citado artículo 609 y el 1.095 consistente en la entrega, “*datio rei*”, “*datio possessionis*”, signo exterior denotador de la transmisión dominical al consistir en un signo exterior de reconocibilidad del dominio en favor del cesionario, indispensable ya que el artículo repetidamente citado es reflejo de la primera parte de la base 20 de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888. En el caso de las donaciones el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación según el artículo 633 en relación con el 1.462 y con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La forma exigida “*ad solemnitatem*” para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del

¹⁶ PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 196-199.

¹⁷ ECLI: ES: TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso.

ámbito de los contratos a que alude el artículo 609 de tal suerte que en aquélla la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya mientras que en la compraventa la entrega es cumplimiento de la obligación de entregar y tradición de efectos traslativos del dominio y antes de la cual la cosa permanece en el patrimonio de “tradens”».

Es palpable comprobar que, para subrayar la distinta eficacia transmisiva de la donación y de la compraventa, el Tribunal Supremo acudió a una interpretación literal del artículo 609 CC, así como a una interpretación histórica, que se materializó en la mención a la base 20 de la Ley de bases de 1888, que reconocía la vigencia de la teoría del título y modo para la transmisión del dominio a través de los contratos¹⁸.

Posteriormente, la STS de 25 de septiembre de 1993¹⁹ dirimió el conflicto de sucesivas transmisiones de un mismo panteón. El Tribunal entendió que el artículo 1473 CC no resultaba aplicable para dirimir la preferencia de adquisiciones entre una compraventa y una donación, porque la compraventa transmite la propiedad solamente cuando se ha producido la entrega de las cosas vendidas, y «por el contrario, como entiende actualmente la doctrina predominante no es necesaria la tradición para la transmisión de la propiedad por donación», reproduciendo literalmente la argumentación en clave literal e histórica contenida en la STS de 22 de diciembre de 1986.

Ulteriores Sentencias del Tribunal Supremo han afirmado sin fisuras que la donación no precisa de tradición para transmitir la propiedad, aunque sin mencionar ningún elemento propio de la interpretación histórica. La STS de 14 de octubre de 2002²⁰ dijo:

«En cuanto al título de dominio de la actora consta en autos que ésta adquirió el dominio de la finca por donación que de la misma le hizo su madre en escritura pública de fecha 1 de octubre de 1992, “negocio dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al donatario” (sentencias de 22 de diciembre de 1986 y 25 de octubre de 199[3]²¹)».

¹⁸ Con el propósito de argumentar de manera más fundada la diferente mecánica traslativa de la compraventa y de la donación, hubiese resultado conveniente mencionar la base 26 de la Ley de bases de 1888, que se refería específicamente a la naturaleza de la donación. Cfr. *infra*, III.6.2.3.

¹⁹ ECLI: ES: TS:1993:6242, RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda.

²⁰ ECLI: ES: TS:2002:6701, RJ 2002\10171; ponente Pedro González Poveda.

²¹ Sin duda debido a un error tipográfico, la Sentencia alude a una anterior de 1996, cuando realmente fue dictada en 1993.

La STS de 5 de noviembre de 2019²² volvió a hacerse eco de la misma postura:

«Esta sala en sentencia 786/1986, de 22 de diciembre, declaró que en la donación se produce el traspaso de propiedad sin necesidad de tradición, al tratarse de un negocio jurídico dispositivo que no precisa de más colaboración del donante que la misma cesión o transferencia del dominio (art. 609 C. Civil).

En el mismo sentido la sentencia 966/1993, de 25 de octubre.

Sentado lo declarado, debemos aceptar que procede la estimación de la acción reivindicatoria (art. 348 del C. Civil), al contar el demandante con el dominio de la finca, que le fue transmitido en virtud de la escritura pública de donación, constitutiva de la entrega».

Finalmente, la STS de 24 de marzo de 2023²³ afirmó que la donación «constituye un negocio jurídico dispositivo del dominio».

2. LA UTILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA DE LAS NORMAS

El artículo 3.1 CC sanciona expresamente la interpretación histórica de las normas, cuando dice que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Como todo criterio de interpretación, el canon histórico no puede servir para constatar la *voluntas legislatoris*, sino la *voluntas legis*, esto es, el verdadero sentido de la ley, con independencia de lo que pretendieron los intervinientes en el proceso legislativo. No en vano, el artículo 3.1 CC mandata que la interpretación se realice «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad» de las normas. Este criterio objetivo de interpretación ha sido asumido por la jurisprudencia. Fue muy clara al respecto la STS de 26 de febrero de 2018²⁴:

«Como afirmara la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, “el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical, y el que se infiere de su conexión sistemática”. Tanto más cuando la

²² ECLI: ES: TS:2019:3523 RJ 2019\4530; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

²³ ECLI: ES: TS:2023:1176, RJ 2023\2130; ponente Juan María Díaz Fraile.

²⁴ ECLI: ES: TS:2018:494, RJ 2018\635; ponente Rafael Sarazá Jimena.

invocación se hace a veces no a lo que el legislador ha podido querer [...] sino a las intenciones de quienes han intervenido en el proceso prelegislativo. Los trabajos previos al proceso legislativo propiamente dicho tienen trascendencia en la comprensión de la norma, que solo pueden ser tomados en consideración en su interpretación en tanto hayan tenido una adecuada plasmación en el texto de los nuevos preceptos legales, interpretados de forma sistemática respecto del resto del ordenamiento jurídico, en especial, la normativa societaria, y en atención a la finalidad expresada en la ley».

En igual sentido se pronunció la STS de 30 de septiembre de 2010²⁵:

«Es evidente que, en tal tarea de interpretación, tiene gran utilidad conocer que es lo que el legislador quiso al elaborar la nueva Ley. De ahí el interés de los trabajos desarrollados por las comisiones, los proyectos aprobados, las discusiones parlamentarias... –artículo 3, apartado primero, del Código Civil– y, en el caso enjuiciado, de la justificación de la enmienda acogida finalmente.

Desde este punto de vista subjetivista de la interpretación poca duda ofrece [...].

Sin embargo, la norma legal constituye una realidad no meramente filológica ni histórica, sino jurídica, cuya «*vis directiva*» viene determinada por una propia «*ratio*», que le permite cumplir su función pese al transcurso del tiempo desde su promulgación y, siempre, dentro de un sistema. Por ello, la labor del intérprete no puede limitarse a identificar la voluntad del legislador, cuya actividad quedó consumada con la objetiva creación del precepto, que constituyó el reflejo de aquella –*lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit*–, sino que ha de averiguar la que se conoce como *voluntas legis*, esto es, la voluntad objetiva e inmanente en el texto promulgado. De tal modo que, sabido que el legislador fue consciente de un problema de política legislativa y que quiso darle una determinada solución por medio de la Ley nueva, se impone determinar si realmente logró lo que quería y si el resultado de su quehacer llegó a constituir el remedio al que aspiraba».

Aunque quizá no sea un criterio hermenéutico que se utilice con mucha asiduidad por los Tribunales, no puede negarse la importancia del criterio de interpretación histórico, ya que los antecedentes históricos de una norma revelan qué es lo que se quiso cambiar o mantener del Derecho precedente, y los antecedentes legislativos revelan qué fue lo que se propuso, qué fue lo que se discutió y las conclusiones que se alcanzaron²⁶.

²⁵ ECLI: ES: TS:2010:5027, RJ 2010\7300; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel.

²⁶ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *DRXUSC*, 2013, p. 610.

Obviamente, el canon de interpretación histórica puede confirmar que la normativa vigente contiene los mismos principios o que responde a la misma finalidad que la normativa anterior que regulaba la misma materia. Y ello es lógico, pues como señaló al respecto Batlle Vázquez, «las normas jurídicas no surgen de la nada, sino que tienen su causa en una realidad preexistente que explica su razón de ser y aun su propio contenido. Los hechos en que se manifiesta su gestación revelan sus propósitos y finalidad, y con frecuencia son reproducción, actualización o desenvolvimiento de otras normas que con anterioridad existían. Por lo que, para la buena inteligencia de una ley, es un elemento precioso conocer las realidades antecedentes a su existencia que la explican en cuanto a su necesidad, función y contenido y que, a veces, pueden aclarar hasta las propias palabras que la conforman»²⁷.

Esta misma utilidad de la hermenéutica en clave histórica fue destacada por Pérez Álvarez:

«El empleo del canon histórico permite desvelar los orígenes de un precepto o el motivo determinante de una norma –*occasio legis*–; asimismo, desvela la tradición jurídica con la que el precepto enlaza y las construcciones doctrinales sobre la institución o figuras jurídicas que la norma regula; o en fin, permite corroborar un cierto entendimiento de una norma, o resolver –desde la consideración de los orígenes del precepto o de la figura de que se trata– las dudas que pudiera plantear su literalidad»²⁸.

Sin embargo, la interpretación histórica también puede permitir constatar si la norma actual se desmarcó de la regulación pretérita, en cuyo caso existirán poderosas razones para concluir que la ley pretende regular una misma realidad de manera distinta. Ello es así porque «cuando el legislador ha tomado alguna decisión acerca del antecedente histórico, esa decisión es la que se impone. Si el autor de la Ley rechazó la alternativa ofrecida por la normativa tradicional, esta normativa no podrá directamente determinar el sentido del texto actual»²⁹.

De hecho, la jurisprudencia suele recurrir a los antecedentes históricos y legislativos para constatar o descartar la existencia de un hilo conductor entre la norma vigente y la norma precedente³⁰.

²⁷ BATLLE VÁZQUEZ, 1978, p. 84.

²⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, p. 157.

²⁹ PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 62-63.

³⁰ Como es obvio, si no existe un precedente normativo que regule la misma realidad no es posible recurrir al criterio histórico de interpretación (PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 163-165, 170-171). Es paradigmática en este sentido la STS de 6 de marzo de 1956 (ECLI: ES:TS:1956:112, RJ 1956\1145; ponente Manuel Ruiz Gómez), que señaló que «carente de antecedentes próximos en la legislación la disposición interpretada carece también de interés su interpretación histórica». En parecidos términos, la STS de 6 de junio de 1959

Así lo puso de relieve Pérez Álvarez, tras un detenido estudio de las Sentencias del Tribunal Supremo que se pronunciaron al respecto:

«En sede jurisprudencial se recurre sobre todo al canon histórico [...] para determinar los orígenes de una figura o institución jurídicas, así como para trazar la evolución del régimen que se les asigna. Por el cauce anterior se determinan las semejanzas o divergencias entre el régimen en vigor y el derogado, y con tal fundamento se resalta la singularidad del Derecho vigente en el aspecto de que se trata; o se asimilan las consecuencias derivadas de la nueva regulación, bien con las que se derivaban del régimen jurídico precedente, o bien de las que resultan del tratamiento asignado en el derecho histórico a la misma figura o institución; o también, se extraen consecuencias a resultas del cotejo entre la anterior y la nueva ubicación sistemática otorgada a la nueva norma que se trata de aplicar»³¹.

Los Tribunales hacen uso habitualmente del canon histórico junto con otros criterios interpretativos (gramatical, sistemático, teleológico o sociológico), para reforzar el sentido atribuido a una norma³², o como argumento a mayor abundamiento con la finalidad de reforzar la exégesis alcanzada tras el correspondiente proceso hermenéutico³³.

A modo de ejemplo, la STS de 14 de febrero de 1976³⁴ utilizó conjuntamente los criterios de interpretación gramaticales, históricos y sistemáticos; la STS de 9 de marzo de 2007³⁵ acudió a la interpretación histórica y sistemática; la STS de 17 de febrero de 2015³⁶ de nuevo se refirió a la interpretación histórica y sistemática; y la STS de 22 de julio de 2016³⁷ interpretó la norma aplicable con arreglo a los cánones históricos, gramaticales y sistemáticos.

De manera muy excepcional, la jurisprudencia ha recurrido al criterio histórico para evitar que la interpretación literal de una norma jurídica imprecisa comporte una consecuencia ilógica o indeseada³⁸. No obstante, como regla general, la interpretación his-

(ECLI: ES: TS:1959:1456, RJ 1959\2493; ponente Manuel Ruiz Gómez) resaltó la «falta de interpretación histórica, porque el precepto carece de precedente, ya que en la Ley citada se reconocieron por primera vez tales derechos».

³¹ PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, p. 157.

³² PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, pp. 82-92.

³³ PÉREZ ALGAR, 1995, p. 199-201; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, pp. 780-789.

³⁴ ECLI: ES: TS:1976:115, RJ 1976\673; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño.

³⁵ ECLI: ES: TS:2007:1601, RJ 2007\2230; ponente Clemente Auger Liñán.

³⁶ ECLI: ES: TS:2015:1402, RJ 2015\3625; ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

³⁷ ECLI: ES: TS:2016:3976, RJ 2016\4102; ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

³⁸ Constituye un ejemplo de ello la STS de 21 de marzo de 1988 (ECLI: ES: TS:1988:2042, RJ 1988\2220; ponente Ramón López Vilas): «Aunque los artículos del Código de Comercio que se refieren al protesto adolecen de una cierta imprecisión, en la medida en que unos aluden al protesto en sentido lato, esto es, comprensivo de la notificación, y otros en cambio parecen referirse sólo a la “protesta” (acto exclusivo del tenedor en virtud del cual insta del Notario el levantamiento de protesto), no cabe deducir de esto, sin

tórica no puede constituir un subterfugio para combatir el tenor literal de las normas o para vaciarlas de contenido³⁹. Como dijo Pérez Álvarez, «la consideración del canon histórico se mueve siempre dentro del ámbito del sentido gramatical de la norma que se trata de interpretar. Por medio del empleo del elemento histórico se resuelven dudas que suscita la literalidad de un precepto, otorgándole un determinado sentido a los problemas que puede suscitar la ambigüedad o indeterminación de la norma. Mas en ningún caso el canon histórico habilita a superar o corregir el significado de la norma que resulta de la consideración de su literalidad»⁴⁰.

3. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA UTILIZADOS EN ESTE ESTUDIO

Es necesario determinar en qué consisten los «antecedentes históricos y legislativos» a los que alude el artículo 3.1 CC. Doctrinalmente, se ha señalado que para llevar a cabo una interpretación histórica de cualquier norma, pueden tomarse en consideración, entre otros elementos, los siguientes⁴¹: la legislación anterior sobre la misma materia; la doctrina que interpretó las normas precedentes; el derecho comparado; las leyes de bases que sirvieron de fundamento inmediato a los textos legales actualmente vigentes; los trabajos previos o preparatorios de la ley que se pretende interpretar (anteproyectos, proyectos, actas o memorias de comisiones técnicas); las discusiones parlamentarias que tuvieron lugar en las cámaras legislativas; y los preámbulos o las exposiciones de motivos.

También es habitual distinguir entre los antecedentes históricos (remotos o lejanos), y los antecedentes legislativos (inmediatos o próximos)⁴². Dentro de los primeros, cabría incluir la normativa ante-

embargo, que para la conservación de la vía regresiva baste con la diligencia del tenedor en la “protesta” estricta, pues esta idea que podría deducirse de una interpretación literal del artículo 483, “in fine”, del Código de Comercio, resulta insostenible a la vista de la interpretación histórica de la normativa del Código que nos recuerda la mejor doctrina especializada al sostener que se trata de un precepto, que, inadvertidamente, no fue adoptado al régimen de la Reforma ya citada de 1967, donde se consideraba necesario un protesto notificado al librado, sin lo cual –y con independencia de la actividad del Banco tenedor– la letra quedaría perjudicada. [...] Todo lo cual conduce a sostener que –como queda dicho– del artículo 467 resulta que la falta de protesto que genera la decadencia de la responsabilidad de los endosantes de la letra alude al protesto en sentido lato».

³⁹ STS de 16 de octubre de 2008 (ECLI: ES: TS:2008:5360; RJ 2008\5698; ponente Clemente Auger Liñán).

⁴⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, p. 159.

⁴¹ BATLLE VÁZQUEZ, 1978, p. 84; PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, pp. 152-156; PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 46, 48; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *DRXUSC*, 2013, p. 611; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, 756-757.

⁴² SALVADOR CODERCH, *ADC*, 1983, pp. 1657-1658; PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 46-49; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, pp. 756-757.

rior y la doctrina que la interpretó; y dentro de los segundos, todos los materiales y discusiones relativas a la formulación y aprobación en sede legislativa de la norma actualmente vigente. El derecho comparado juega un papel ambivalente, pues en función de los casos puede constituir un antecedente histórico y/o un antecedente legislativo. Lo mismo cabría señalar respecto de la doctrina, dado que las imprecisiones de una norma pueden ser subsanadas acudiendo al parecer de los autores al tiempo de la aprobación de la legislación.

Sentado lo anterior, a los efectos de este estudio, resulta imprescindible acudir a los antecedentes históricos y legislativos, tanto remotos como próximos. Ello es así porque la interpretación histórica de la mecánica traslativa de la donación constituye una ardua tarea, debido a múltiples razones.

– La regulación de la donación anterior al CC se encontraba dispersa en varios textos normativos vigentes desde la época medieval (Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas). Por ello, su recta interpretación constituye una cuestión espinosa; no solo por la antigüedad de los textos legales, sino porque es imprescindible determinar si tal regulación estaba basada en el Derecho romano clásico y postclásico, o en el Derecho justiniano, que concebían una eficacia transmisiva de la donación muy diferente.

– La dilatadísima vigencia de tales normas medievales obliga a estudiar la interpretación doctrinal a lo largo de los siglos. En esta tarea resulta fundamental determinar cuál fue el sentir de los autores, para comprobar si existía unanimidad o si por el contrario había interpretaciones distintas. Obviamente, el estudio doctrinal debe centrarse en los autores más modernos, con especial preferencia por los del siglo XIX.

– Como es de sobra conocido, las Sentencias castellanas de la Edad Moderna no estaban motivadas⁴³, lo que impide conocer la interpretación que hicieron los Tribunales de la regulación de la donación. Y a pesar de que el Tribunal Supremo ha tenido la obligación de motivar sus Sentencias desde 1838⁴⁴, no existe ningún estudio que haya analizado la jurisprudencia decimonónica relativa a la eficacia transmisiva de la donación.

⁴³ La Real Cédula de 23 de junio de 1778, cuyo contenido fue posteriormente incluido en NovR 11.15.8, transformó la no motivación de las Sentencias, que hasta entonces constituía una práctica en los Tribunales de Castilla, en una norma de obligatorio cumplimiento para todos los Tribunales de la monarquía.

⁴⁴ La obligación de motivar las Sentencias fue impuesta por el artículo 17 del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que obligaba al Tribunal Supremo a exponer «los fundamentos legales del fallo» al resolver los recursos de nulidad. *Vid.* BUCHHALTER MONTERO, *JRDP*, 2022, pp. 267-272.

– No se conservan las actas de la Comisión de Codificación que deberían dar cuenta de las discusiones que mantuvieron sus miembros sobre la donación.

– Como es sabido, a diferencia de la Ley Hipotecaria de 1861, la publicación del CC de 1889 no vino acompañada de un preámbulo o de una exposición de motivos. La Real Orden de 29 de julio de 1889, que publicó la exposición de las enmiendas y adiciones introducidas en la edición reformada del CC, nada dijo sobre la donación.

4. ENFOQUE Y OBJETIVO DE ESTE ESTUDIO

Hechas estas advertencias preliminares, y descendiendo al objeto del presente estudio, es palmario que no existe en el CC vigente ningún precepto del que se desprenda de manera inequívoca si la donación transmite la propiedad de las cosas donadas con su perfeccionamiento, o si por el contrario la donación necesita la simultánea o posterior tradición de las cosas donadas para operar la transmisión del dominio. Precisamente esta ausencia de norma expresa es lo que justifica que deba recurrirse a los distintos criterios hermenéuticos que contempla el artículo 3.1 CC (entre ellos, el histórico) para responder al interrogante planteado.

En concreto, el recurso al criterio de interpretación histórica tiene una utilidad práctica evidente: corroborar o cuestionar el criterio casi unánime de la doctrina actual, compartido por la jurisprudencia reciente, que, sobre la base de una interpretación gramatical, sistemática y lógica de la regulación de la donación en el CC, subraya el carácter dispositivo o inmediatamente traslativo de la donación. Tal es el vacío doctrinal que se pretende colmar con este estudio⁴⁵.

II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DONACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Un análisis de los antecedentes históricos de la normativa reguladora de la donación exige remontarse hasta el Derecho romano, debido a que la mecánica traslativa de la donación en la normativa clásica, postclásica y justiniana diferían notablemente, y es esen-

⁴⁵ Queda fuera del propósito de este estudio determinar, sobre la base de una interpretación histórica, si la donación es en el CC un modo de adquirir, un contrato o ambas cosas a la vez. De igual modo, tampoco se abordará en este estudio si es posible configurar una donación obligacional o promisorias al margen del régimen jurídico de la donación en el CC.

cial determinar cuál fue el modelo que asumió el Derecho castellano anterior al CC. Dado que las normas castellanas que regulaban la donación procedían de la Edad Media, su correcta interpretación resulta dificultosa, lo que obliga a analizar los criterios doctrinales imperantes a lo largo de los siglos, prestando especial atención a los autores y a la jurisprudencia del siglo XIX.

2. DERECHO ROMANO CLÁSICO Y POSTCLÁSICO

Es pacífico que en el Derecho romano clásico la donación no constituía un negocio típico, sino una causa, que no generaba ningún efecto por sí misma, y que por tanto precisaba de un acto operativo en virtud del cual se produjese la atribución patrimonial⁴⁶. Así las cosas, era posible donar a través de *traditio*, *mancipatio*, *in iure cessio*, la promesa de una obligación o *stipulatio*, *acceptilatio*, cesión de créditos, o incluso una actividad fáctica, como la adquisición (*inaedificatio*, *plantatio* o *satio*). De esta diversidad de actos operativos y sus efectos característicos puede establecerse la primera clasificación de las donaciones, distinguiendo entre donaciones reales o traslativas, donaciones obligacionales o promisorias y donaciones liberatorias.

Parece que los negocios con causa de donación no fueron bien asimilados por la mentalidad romana: eran considerados irracionales, pues a diferencia de los negocios onerosos, el detrimento patrimonial no venía acompañado de una contrapartida. Por ello, la *Lex Cincia*, del año 204 a. C., prohibió las donaciones realizadas a favor de personas distintas de ciertos parientes, cuando excedieran de un determinado importe que resulta desconocido. Sin embargo, la referida ley no sancionaba al infractor, ni invalidaba la donación ilegal; simplemente la hacía atacable. El pretor podía conceder al donante una *exceptio legis Cinciae*, para oponerse a la reclamación del donatario consistente en el cumplimiento de la donación; o una *replicatio legis Cinciae*, cuando el donante reivindicaba una *res mancipi* donada y entregada.

De la contraposición entre la eficacia de la donación y la posible oponibilidad de la *exceptio legis Cinciae* se deriva el concepto de *donatio perfecta*, que implicaba donación completa, agotada, definitiva: una situación irrevocable, contra la que la ley no admitía

⁴⁶ KUNKEL, 1937, pp. 350-351; BIONDI, 1960, pp. 647, 686; KASER, 1968, pp. 213-214; IGLESIAS SANTOS, 1979, pp. 706-708; GARCÍA GARRIDO, 1982, pp. 625-626; VALIÑO DEL RÍO, 1991, pp. 414-415; GIMÉNEZ-CANDELA, 1999, p. 332; GUZMÁN BRITO, 2001, pp. 582, 587; D'ORS PÉREZ PEIX, 2004, p. 412.

ningún remedio jurídico⁴⁷. La *perfectio donationis* se reducía a la antítesis entre la eficacia *iure civili* del acto a través del cual se vehiculizaba la donación, y la posible oponibilidad de la *exceptio*. La perfección de la donación no se identificaba con la realización del acto operativo de la donación, que tenía sus propias reglas de perfeccionamiento. Así las cosas, la revocabilidad de la donación imperfecta no comportaba que el donante, arbitrariamente, pudiese dejar sin efecto la donación, sino la posibilidad de impedir o destruir sus consecuencias haciendo uso de los remedios que le brindaba la *Lex Cincia*⁴⁸. Como consecuencia de este sistema, las donaciones reales se perfeccionaban con la *traditio*; mientras que las donaciones obligacionales o promisorias se perfeccionaban con el cumplimiento definitivo de la prestación comprometida.

La conceptualización de la donación como una simple causa sin claros efectos definitivos (por estar sujeta a una eventual revocación), generaba una situación bastante compleja, que se agravó con el decaimiento de la jurisdicción pretoria, ante la imposibilidad de encontrar guías o pautas propias de un sistema ya de por sí confuso. Ello motivó que el Emperador Constantino I acometiese una reforma sustancial de la donación, que conllevó que pasase a ser un negocio típico. Mediante una ley probablemente del año 323, prescribió que la donación se otorgase ante testigos, se inscribiese el escrito en un registro público, y se entregase la cosa al donatario también ante testigos⁴⁹. El incumplimiento de estos requisitos provocaba la nulidad de la donación. A la luz de la normativa constantiniana, parece evidente que la perfección de la donación y su eficacia transmisiva coincidían temporalmente.

Así las cosas, cabe preguntarse si la reforma de Constantino I conllevó la prohibición de las donaciones obligacionales o promisorias. La doctrina romanista se encuentra dividida al respecto:

– D'Ors Pérez-Peix consideró que con la reforma «la donación por simple promesa pierde su carácter jurídico»⁵⁰. En el mismo sentido, Levy dijo que con arreglo a la legislación constantiniana «una mera promesa de donación no era vinculante»⁵¹.

– Por el contrario, Guzmán Brito entendió que la ley del año 323 contemplaba un régimen jurídico solamente aplicable a las donaciones reales, ya que no mencionaba a las demás clases de donaciones⁵². De la misma opinión fue Biondi, quien a pesar de

⁴⁷ BIONDI, 1960, pp. 657-658.

⁴⁸ GUZMÁN BRITO, 2001, pp. 602-603; BERNAD SEGARRA, *AFDUC*, 2012, p. 664.

⁴⁹ BIONDI, 1960, pp. 698-699; GUZMÁN BRITO, 2001, p. 623.

⁵⁰ D'ORS PÉREZ PEIX, 2004, p. 418.

⁵¹ LEVY, 1951, p. 139: «a mere promise to donate was therefore not binding».

⁵² GUZMÁN BRITO, 2001, pp. 623.

reconocer que la reforma de Constantino intentó disciplinarse a todas las clases y tipos de donaciones, consideró que la reforma solamente se aplicó a las donaciones reales⁵³. En esta última línea también se pronunció Voci⁵⁴.

3. DERECHO JUSTINIANO

De mucha más trascendencia fue la reforma que en materia de donaciones emprendió el Emperador Justiniano I, puesto que su contenido acabaría influyendo de manera decisiva en la normativa castellana, aplicable en buena parte de la Península Ibérica hasta la entrada en vigor del CC⁵⁵.

La normativa justiniana retornó al régimen clásico de la donación como causa en sus múltiples formas de operarla; pero al mismo tiempo, dio valor al simple pacto de donación. La entrega o *traditio* no significaba más que el cumplimiento o la ejecución de la obligación asumida al concertarse la donación⁵⁶. En palabras de Kaser, «la promesa de donación pasa a ser un *contractus* consensual y obligatorio por sí solo (*pactum legitimum*)»⁵⁷. En la misma línea, García Garrido señaló que «la donación se basa ahora exclusivamente en la *voluntas*»⁵⁸.

No obstante, dicho régimen jurídico quedó parcialmente atemperado, en la medida en que Justiniano distinguió entre las donaciones de cuantía superior o inferior a 500 sueldos⁵⁹. Para las pri-

⁵³ BIONDI, 1960, pp. 693-694.

⁵⁴ Voci, *RIDRA*, 1987, pp. 120-121.

⁵⁵ Cfr. *infra*, II.5.5.

⁵⁶ LEVY, 1951, p. 152-154; ARCHI, *RIDA*, 1958, pp. 422-426; Voci, *RIDRA*, 1987, pp. 134-138; GUZMÁN BRITO, 2001, pp. 623-624; LAMBERTINI, *LRDR*, 2003, pp. 68-74.

⁵⁷ KASER, 1968, pp. 214.

⁵⁸ GARCÍA GARRIDO, 1982, pp. 625-629.

⁵⁹ Inicialmente, se exigía escritura e insinuación para las donaciones superiores a 300 sueldos. En C 8.53.34 se decía: «Mandamos que ninguna donación, ya común, ya hecha antes de las nupcias, que ascienda hasta trescientos sueldos, necesite de insinuación, sirvo que tenga la suerte común, de modo que no esté limitada hasta la suma de doscientos sueldos, sino que en cuanto a la observancia sobre este particular sean iguales así las donaciones comunes como las hechas antes de las nupcias. Mas si se hubiere donado algo sobre la tasa legal, no sea válido únicamente lo que hay de exceso, pero subsista en su vigor la restante cantidad, que se fijó dentro de los términos de la ley, como si absolutamente ninguna otra cosa se hubiera añadido, considerándose esta como no escrita o no entendida [...] Mas si las cosas de la donación no hubieren sido dadas en dinero, sino en bienes muebles o inmuebles o semovientes, estímesse la cantidad de estos, y si verdaderamente ascendiera a la suma legal de sueldos, sea válida y subsista sin insinuación; pero si se hallara que es de mayor suma, y que no fue confirmada en actuaciones, quede sin efecto solamente el exceso». Posteriormente, el límite fue elevado a 500 sueldos, tal y como se desprende de C 8.53.36: «Habrán de ser válidas sin ninguna distinción hasta quinientos sueldos las demás donaciones, que mediando actuaciones no fueron de ningún modo insinuadas. Porque creemos que por la presente ley se debe añadir esto solamente para aumentar tales donaciones; moderando nuestra precedente ley de tiempo anterior, por la cual se

meras, además del contrato, también se exigía la escritura y la *insinuatio* o registro en los archivos públicos. Pero para las segundas no se exigía ninguna formalidad, bastando el simple pacto o convenio.

La conceptualización de la donación como contrato era clara en CI 4.21.17, donde se aludía a «los contratos de ventas, o permutas, o donaciones». También era evidente la asimilación de la donación justiniana con el mecanismo transmisivo de la compraventa a la luz de la descripción que se ofrecía en la *Instituta*. Concretamente, en I 2.7.2 se señalaba:

«Las otras donaciones son las que se hacen sin ninguna previsión de la muerte, y a las cuales llamamos entre vivos; estas en nada se comparan con los legados. Las cuales si hubieren sido perfeccionadas, no pueden ser revocadas sin motivo. Pero se perfeccionan, cuando el donante hubiere manifestado su voluntad por escrito o sin escrito; y una constitución nuestra ha querido que, a ejemplo de la venta, tengan también en sí necesidad de la tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición».

La entrega de la cosa en ejecución de la donación también era evidente en el *Codex*. Así, en CI 8.53.1 se decía:

«Donados y entregados los instrumentos de la compra de esclavos, debes entender hechas la donación y la entrega también de los mismos esclavos; y puedes, por lo tanto, ejercitar contra el donador la acción real».

Igualmente, en CI 8.53.35:

«Si verdaderamente en todos los antes mencionados casos se hubiere retenido por el donador el usufructo, se entiende que de derecho se hace también la entrega. Mas si de ninguna manera hubiere expresado esto el donador, pero en la donación se hubiere insertado una estipulación, sea compelido en fuerza de esta a hacer la entrega. Pero si también esto hubiera sido olvidado, y él no retuviere el usufructo, impóngasele, sin embargo, por nuestra ley la necesidad de entregar también lo que quiso donar, a fin de que no sea inútil la donación porque no hayan sido entregadas las cosas, y para que no se confirme la donación por la entrega, sino que el efecto necesario de la entrega siga a una liberalidad plena y hecha

mandó que tuvieran validez aun sin la insinuación, las donaciones hechas hasta trescientos sueldos».

Para esta y las sucesivas citas de normas de Derecho romano, se ha tomado el texto (y su traducción al castellano) de *Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral*, 1889-1898.

perfectísima con arreglo a nuestra ley, y el donador tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o la parte de bienes que hubiere designado, o todos los bienes [...]. Y en todos los susodichos casos serán compelidos a entregar las cosas donadas no solamente ellos, mientras viven, sino también sus sucesores, no solamente a aquellos a quienes se les hizo la donación, sino también a sus herederos».

Idéntica conclusión se obtiene de las *Novellae*. En particular, Nov. 162 decía:

«Recordamos nuestra Constitución, que dice, que, aunque no estipule la entrega, le incumbe al donante la necesidad de entregar la cosa donada [...]. Y la entrega, si se hizo, dele a ella excepción, y, si no se hizo, dele también la exacción por medio de la acción de lo estipulado, si verdaderamente hubiere mediado estipulación, y, si no hubiere mediado, por la condición nacida de la ley, para obtener la cosa donada».

Es muy relevante destacar que se concedía al donatario una acción para reclamar la entrega de la cosa, incluso aunque no se hubiese pactado estipulación, en virtud de «condición nacida de la ley». A pesar de que Justiniano I no creó una acción especial para el cumplimiento del contrato de donación, sin duda se estaba refiriendo a la *condictio ex lege*, contemplada en el *Digesto*⁶⁰ y también mencionada en el *Codex* (CI 4.9⁶¹). Concretamente, en D 13.2.1, titulado «De la condición nacida de la ley», se decía: «si por una nueva ley se hubiera introducido una obligación, y no se previno en la misma ley de qué género de acción hayamos de usar, se ha de intentar la que nace de la ley»⁶².

A la vista de la normativa justiniana, es palmario que la donación se consideraba a todos los efectos como un contrato, en virtud del cual el donante asumía una obligación de entrega. La donación era perfecta e irrevocable desde que las partes la hubiesen convenido, y la *traditio* no era más que su posterior cumplimiento o ejecución, que operaba la transmisión de la cosa donada, y que era exigible por el donatario.

4. DERECHO VISIGODO

Se ha señalado por diversos autores que la donación visigoda estaba regulada de un modo muy parecido al régimen del Derecho

⁶⁰ GUZMÁN BRITO, *RDPUCV*, 2004, pp. 202-206.

⁶¹ «De la condición derivada de ley».

⁶² KUNKEL, 1937, p. 357.

romano vulgar⁶³. No obstante, más allá de esta genérica afirmación, interesa determinar si la normativa visigoda era la propia del derecho constantiniano o del derecho justiniano, a la vista de la distinta eficacia transmisiva de ambos regímenes jurídicos.

La Ley 308 del Código de Eurico decía que «la cosa donada, si se entrega en presencia, no la revoque el donante en modo alguno, a no ser por causas ciertas y probadas»⁶⁴. La eficacia transmisiva de la donación se producía con la entrega o *traditio*. No existía, sin embargo, ninguna alusión expresa a los requisitos formales del negocio; simplemente se aludía a su irrevocabilidad⁶⁵. Así y todo, no parece lógico deducir que existiese libertad de forma, dado que ello entraría en colisión con la tradición del Derecho romano vulgar y del Derecho germánico⁶⁶. Merêa sugirió que la Ley 307, que sentaba la validez de las donaciones entre cónyuges, siempre que estuviesen presentes dos o tres testigos que firmasen con el donante la escritura de donación⁶⁷, constituía una norma extrapolable a todas las donaciones⁶⁸. En cambio, D'Ors Pérez-Peix estimó que la ausencia de regulación de la forma de la donación *inter vivos* en la Ley 308 constituía «un silencio prudente ante un requisito de aplicación muy problemática», debido a la resistencia práctica a realizar la *insinuatio*, y ante el imposible mantenimiento de dicho requisito como consecuencia de la desorganización de las curias⁶⁹.

La posterior Ley 5.2.6 de Chindasvinto, titulada *De rebus traditis vel per scripturam donatis*⁷⁰, evitaba la *repetitio* si la entrega de la cosa donada se producía en presencia de donante y donatario. Por lo tanto, la *traditio* de la cosa en la donación *inter vivos* consolidaba el derecho del donatario; a partir de ese momento, la donación se perfeccionaba y devenía irrevocable⁷¹. No obstante, no se exigía una entrega material; bastaba que el donante hiciese llegar la escritura de donación al donatario, o que el documento, con el consentimiento del donante, llegase a manos del donatario⁷². No existía ninguna mención al registro, y tampoco se exigía una formal *traditio chartae*⁷³.

⁶³ LEVY, 1951, p. 167; D'ORS PÉREZ PEIX, 2014, p. 235.

⁶⁴ Para esta y las posteriores citas de Derecho visigodo, se ha tomado el texto (y su traducción al castellano) de D'ORS PÉREZ PEIX, 2014.

⁶⁵ LEVY, 1951, p. 165.

⁶⁶ LEVY, 1951, pp. 164-165.

⁶⁷ MARLASCA MARTÍNEZ, *ED*, 2010, pp. 85-86, 88.

⁶⁸ MERÊA, 1948, pp. 73-74.

⁶⁹ D'ORS PÉREZ PEIX, 2014, p. 238.

⁷⁰ «Sobre las cosas transmitidas o donadas por escrito». Traducción del autor.

⁷¹ ÁLVAREZ CORA, *AHDE*, 2004, p. 545.

⁷² MERÊA, 1948, pp. 76-77; MARLASCA MARTÍNEZ, *ED*, 2010, p. 95.

⁷³ LEVY, 1951, pp. 165-166; MERÊA, 1948, p. 79.

En todo caso, la normativa visigoda examinada perfilaba a la donación como un contrato dispositivo, pues aunque la *traditio* se identificaba como mecanismo para la transmisión de la propiedad del objeto donado, la irrevocabilidad se producía en el momento de la entrega de la cosa⁷⁴. Como apuntó Merêa, no hay «ningún rastro de la influencia de la profunda reforma justiniana, por la que la simple convención de donación era válida independientemente de cualquier formalidad, por lo menos a efectos obligatorios»⁷⁵. Esta circunstancia, dejando de lado los requisitos formales, aproxima la transmisión de la propiedad de la donación visigoda a la donación de Constantino I.

5. DERECHO CASTELLANO

5.1 Esquema de fuentes anterior a la codificación civil

Para continuar analizando el devenir histórico de la mecánica transmisiva de la donación, es necesario ahondar en el Derecho castellano histórico. A tal fin, resulta fundamental determinar la prelación de fuentes, habida cuenta de la acumulación normativa y de la habitual ausencia de derogación expresa de normas pretéritas que caracterizaba el ordenamiento jurídico del Antiguo Régimen.

El orden de prelación de fuentes del Derecho castellano anterior a la entrada en vigor del CC, según la doctrina⁷⁶, era el siguiente:

- En primer lugar, la Colección Legislativa, entendiéndose por tal las disposiciones legales emanadas del Rey o de las Cortes que fuesen posteriores a la Novísima Recopilación y a sus Suplementos.
- En segundo lugar, la Novísima Recopilación de 1805 y sus posteriores Suplementos.
- En tercer lugar, la Nueva Recopilación de 1567.
- En cuarto lugar, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y los fueros municipales, siempre que fuesen usados y guardados y no resultasen contrarios a otras disposiciones legales preferentes.
- En quinto y en último lugar, las Partidas.

⁷⁴ ÁLVAREZ CORA, *AHDE*, 2004, p. 547.

⁷⁵ MERÊA, 1948, p. 76 («nenhum vestígio de influência da profunda reforma justiniana, pela qual a simples convenção de doação ficou valendo independentemente de qualquer formalidade, ao menos para efeitos obrigatórios»).

⁷⁶ ANTEQUERA BOBADILLA, 1886, p. 203; SÁNCHEZ ROMÁN, 1890, p. 109; GARCÍA-GALLO DE DIEGO, *ARAJL*, 1988, pp. 22-23.

Sin embargo, este orden de prelación teórico debe matizarse, con importantes consecuencias para el desarrollo de los siguientes apartados.

Para comenzar, hay que tener presente que los fueros municipales (cuyo uso debía acreditarse, y que no podían contravenir disposiciones de rango superior) contenían escasas normas civiles. Excede de este estudio, en cualquier caso, un análisis acerca de la regulación de la donación en los muchísimos fueros municipales que llegaron a tener vigencia en la Corona de Castilla. Con todo, no está de más señalar que los investigadores que se han dedicado a tal menester han constatado el «casi total olvido» de la donación en los fueros locales y territoriales, en los cuales, con excepción de someras referencias a las donaciones de carácter público, la institución quedó «casi totalmente reclusa al anonimato»⁷⁷.

En segundo lugar, a pesar de que las Partidas teóricamente constituían el Derecho supletorio de último grado, en la práctica constituían un texto legal de primer orden, de extraordinaria importancia para el Derecho civil castellano⁷⁸. Ello fue así debido a múltiples factores: el escaso número de leyes civiles que fueron recopiladas; la enorme extensión y gran calidad técnica de las Partidas, incomparables con las demás fuentes legales, incluidas las recopilaciones; y quizá por ello, la marcada preferencia y simpatía que siempre merecieron por parte de los juristas y los Tribunales⁷⁹. En este sentido, Domingo de Morató consideró que el orden de prelación de fuentes podía examinarse «bajo dos puntos de vista: el teórico o rigurosamente legal, y el práctico o de verdadera aplicación»⁸⁰; llegando a afirmar que «si bien el Legislador se ha mantenido estacionario, la Jurisprudencia y la práctica de los Tribunales han reducido la Legislación civil casi al estado de unidad, con la preferencia poco menos que exclusiva, que han concedido al Código de las Siete Partidas sobre todas las colecciones anteriores, Código que por su mérito excelente logró dejarlas como oscurecidas y casi enteramente olvidadas»⁸¹. Del mismo modo, Antequera Bobadilla dijo que las Partidas, «aunque se mencionan siempre en último lugar, son las que en rigor constituyen la base de nuestra legislación civil»⁸².

En tercer término, aunque la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación sí contenían algunas leyes relativas a las donaciones,

⁷⁷ RODRÍGUEZ GIL, 1981, p. 203.

⁷⁸ GARCÍA-GALLO DE DIEGO, *ARAJL*, 1988, p. 23.

⁷⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, 1890, pp. 109-110.

⁸⁰ DOMINGO DE MORATÓ, 1856, p. 298.

⁸¹ DOMINGO DE MORATÓ, 1856, p. 299.

⁸² ANTEQUERA BOBADILLA, 1886, p. 203.

estas no eran más que reproducciones literales de leyes contenidas básicamente en el Fuero Real⁸³. En concreto:

– El Título 10 del Libro V de la Nueva Recopilación se denominaba «De las donaciones y mercedes que los reyes han hecho, y hizieren otras personas». NR 5.10.7, denominada «En quantas maneras se haze la donacion», era una mera reproducción de FR 3.12.6⁸⁴.

– Por lo que se refiere a la Novísima Recopilación, las donaciones estaban incluidas en el Título VII del Libro X. NovR 10.7.1 era una mera reproducción de NR 5.10.7, que, a su vez, reproducía FR 3.12.6⁸⁵.

– Además, con excepción de NR 5.10.7 y NovR 10.7.1, que se limitaban a decir que las donaciones podían hacerse entre vivos o por causa de muerte, todas las demás leyes de la Nueva Recopilación y de la Novísima Recopilación estaban dedicadas a donaciones y dádivas realizadas por el Rey o la Corona.

Por las razones expuestas, se prescindirá de analizar aisladamente las normas de la Novísima Recopilación y de la Nueva Recopilación, para evitar repeticiones innecesarias.

En cuarto lugar, las normas civiles dictadas con posterioridad a la Novísima Recopilación y sus Suplementos, pero anteriores a la entrada en vigor del CC de 1889, no abordaron la mecánica transmisiva de la donación⁸⁶.

La consecuencia de lo expuesto es que a toda donación hecha en Castilla le resultaban de aplicación, simultáneamente, leyes contenidas tanto en el Fuero Real como en las Partidas, como acredita el estudio de García Sánchez⁸⁷, quien analizó jurídicamente el contenido de una escritura de donación del siglo XVI.

⁸³ MANRESA Y NAVARRO, 1896, p. 57; SÁNCHEZ ROMÁN, 1888-1889, pp. 665-666 («la Nueva y Nov. Recopilación, prescindiendo de las numerosas leyes que dedican á las donaciones y mercedes reales, dictadas la mayor parte en los siglos XV y XVI, concretáanse a reproducir la ley del Fuero Real, que determina el concepto diferencial de las donaciones inter vivos y mortis causa, la ley 69 de Toro que prohíbe la donación de todos los bienes, y las disposiciones del siglo XV, referentes á la nulidad de las donaciones hechas en fraude de pechos reales»); GUZMÁN BRITO, *RDPUVCV*, 2004, pp. 215-218.

⁸⁴ El texto de la Nueva Recopilación se ha tomado de *Recopilacion de las leyes de los reynos hecha por mandado dela magestad catholica del Rey don Philippe Segundo nuestro Señor*, 1569.

⁸⁵ El texto de la Novísima Recopilación se ha tomado de *Novisima Recopilacion de las leyes de España. Tomo V. Libros X, XI y XII*, 1805.

⁸⁶ Y ello, sin perjuicio del valor interpretativo de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, a la que se aludirá más adelante (cfr. *infra*, II.5.8).

⁸⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, 1988, pp. 393-407.

5.2 Fuero Juzgo

Como es sabido, el Fuero Juzgo (también conocido como *Liber Iudiciorum*, *Lex Liber Iudicum* o *Lex Visigothorum*) fue un texto legal visigodo, promulgado durante el reinado de Recesvinto, con añadidos posteriores de Ervigio. Muy posteriormente, fue traducido al romance como Fuero Juzgo, y tuvo amplia vigencia en Castilla; primero durante la Baja Edad Media como derecho local⁸⁸, y posteriormente durante la Edad Moderna como derecho general⁸⁹. Por tanto, es destacable la dilatadísima vigencia de este cuerpo normativo, que a pesar de su origen visigodo fue aplicado durante muchísimos siglos.

En el Fuero Juzgo⁹⁰, la donación estaba regulada en el Título II («De las donaciones») del Libro V («De las avenencias é de las compras»). Nos interesa especialmente la larguísima Ley VI, denominada «De las cosas que son dadas por escrito». Comienza dicha ley diciendo que «las cosas que son dadas luego de mano, en ninguna manera non las deve demandar aquel que las dió. E si avinier por aventura que la cosa que es dada sea luenne, si es dada por escrito, non deve por ende ménos valer, que estonz semeia la donacion perfecta, pues que a ende el escrito daquel que ie la da».

Comentando FJ 5.2.6, Villadiego Bascuñana y Montoya señaló que «una donación hecha entre vivos, y seguida de la tradición, se dice perfecta, y por tanto no puede revocarse en absoluto, ni modificarse la propiedad ni la condición de la cosa»⁹¹.

Parece claro que existe continuidad con la normativa visigoda anterior: se determina la irrevocabilidad de la donación a partir de la entrega de la cosa, y, además, se equipara la entrega material de la cosa con la entrega de la escritura⁹². Por consiguiente, en el Fuero Juzgo, la donación continuaba siendo un contrato dispositivo.

No obstante, FJ 5.2.6 contiene una frase que permite cuestionar que la donación siempre se perfeccionase con la entrega:

«E si alguno era engannado por falsa donacion, é fezo despen-
sas en aquél que ie la prometiera, mandamos que ie lo entregue el

⁸⁸ TOMÁS Y VALIENTE, 2002, pp. 104-105, 162-163; ESCUDERO LÓPEZ, 1995, pp. 210-211, 421, 429; PESET REIG, 2000, pp. 90-91, 94-96.

⁸⁹ PESET REIG, 2000, pp. 96-97.

⁹⁰ El texto del Fuero Juzgo en lengua castellana se ha tomado de *Fuero Juzgo. Edición de la Real Academia Española de 1815*, edición anastática, 2015.

⁹¹ VILLADIEGO BASCUÑANA Y MONTOYA, 1660, f. 267 («donatio enim facta inter vivos, et traditione sequuta, dicitur perfecta, et ideo revocari minime potest, nec rei dominium, vel conditio mutatur»). Traducción del autor.

⁹² De hecho, VILLADIEGO BASCUÑANA Y MONTOYA tituló FJ 5.2.6 «Que la donacion hecha entre vivos, entregada la cosa, o la escritura de la donacion, sea firme, y no se pueda reuocar» (VILLADIEGO BASCUÑANA Y MONTOYA, 1660, f. 266 v).

donador ó sus herederos, que aquel que cuidaba aver ganancia de vana promision, non reciba danno».

La norma estaba pensando en una donación prometida, posteriormente incumplida, que comportaba un deber de entrega para el donante o sus herederos. Se ha afirmado que el tenor de la ley permite argumentar que el Fuero Juzgo también reconocía la viabilidad de una donación obligacional o promisoria⁹³. A favor de esta tesis cabe apuntar que se determinaba que la entrega de la cosa donada era una obligación originada por una promesa, que se transmitía a los herederos del donante; lo cual obviamente sería incompatible en el ámbito de una donación dispositiva, pero que encontraría perfecto acomodo en una donación obligacional o promisoria. Ciertamente, el texto legal, sin llegar a ser definitivo, es muy sugerente.

5.3 Fuero Real

En el Fuero Real⁹⁴, la donación estaba regulada dentro del Libro III, en el Título XII, titulado «De las donaciones».

FR 3.12.1 decía que «maguer que qualquier ome que diere alguna cosa a otre non gela pueda despues toller». Además, FR 3.12.2 añadía que «toda cosa que un ome diere a otro, e la metiere en su poder, ol diere dende carta, non gela pueda despues toller, si non por alguna de las cosas que manda la ley».

Por otra parte, el tenor de FR 3.12.6 era el siguiente:

«Donaciones facense en dos maneras, o por manda en razon demuerte, o en sanidat sin manda. La que es fecha por manda pue dela aquel que la fizo dar a otre, o retenerla para sí si quisiere; et la que es fecha dotra guisa non la pueda toller a aquel que la dió, sinon por aquellas razones que manda la ley: et esto si fuer fecha la donacion así como manda la ley».

Se ha afirmado que el Fuero Real contemplaba una donación exclusivamente dispositiva, en la medida en que en ningún momento aludía a una promesa de donar, y siempre se refería a la dación o entrega de la cosa donada⁹⁵. En apoyo de este planteamiento cabría señalar que la norma parecía vincular la irrevocabilidad de la donación con la entrega.

⁹³ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *RGLJ*, 1985, pp. 723-724; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, 1998, p. 439.

⁹⁴ El texto del Fuero Real se ha tomado de *Fuero Real de Alfonso X El Sabio. Edición de la Real Academia de la Historia de 1836*, edición anastática, 2015.

⁹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1214; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 38; GUZMÁN BRITO, *RDPUCV*, 2004, pp. 214, 218.

Sin embargo, esta interpretación no es concluyente. De un lado, está basada exclusivamente en la literalidad de la norma, que ciertamente aludía a la dación, pero sin determinar en ningún momento si la entrega obedecía a un acuerdo de voluntades previo o simultáneo. También hay que destacar que FR 3.12.2 aludía claramente a una tradición instrumental de la cosa donada mediante la entrega de la carta de donación. Por añadidura, cabría argumentar que la intención del Fuero Real no sería más que reafirmar la irrevocabilidad de la donación; de ahí que se dijese reiteradamente (de forma casi obsesiva en FR 3.12.1⁹⁶) que el donante no podía *toller* (quitar) la cosa donada una vez entregada⁹⁷.

Además, hay que poner de relieve que en el Fuero Real existían diversas leyes cuya redacción no concordaba con una donación dispositiva, pero que en cambio sí que serían congruentes con una donación promisorias u obligacional. Por de pronto, en FR 3.12.4 se decía que «toda cosa mueble que ome mandare a eglesias, o a pobres, o en otros logares, de alimosna, o para quando se ordenare clerigo, o para boda de lego, el que la mandare sea tenuto de gela dar». Da la impresión de que se estaba aludiendo en algunos casos a una donación sometida a condición suspensiva, pero en otros casos a una donación cuya entrega quedaba diferida y que debía ser cumplida. También suscita dudas la interpretación de parte de la norma contenida en FR 3.12.10, según la cual «si alguno ficriere carta de donacion de sus cosas a otre, e la carta toviere el que la fizo e non la diere, puedagela toller si quisiere e darla a otre, o facer della lo que quisiere; et si teniendo la carta integra moriere, e en la vida o a la muerte non mudare nada, nin ficriere ninguna cosa daquello que es escripto en la carta, vala la donacion e ayala aquel a cuyo nombre fue fecha la carta si fuere bivo». El supuesto de hecho consistía en una escritura de donación que no había sido entregada al donatario: si el donante se había quedado con la cosa donada, y no había entregado la carta de donación a otra persona, ni había deshecho la donación, se reconocía la validez de la donación hecha a favor del donatario, siempre que sobreviviese al donante.

⁹⁶ «Maguer que qualquier ome que diere alguna cosa a otre non gela pueda despues toller, pero sil fuere desconnosciente e lo desgradesciere aquello quel dió, como sil firió o sil denostó de malos denuestos, o sil desonró aviltadamiente, o sil tollió ol fizo toller sus cosas sin derecho, ol conseió muerte o lision de su cuerpo, o si gelo dió por alguna cosa facer e non la fizo, por aquestas cosas o por cada una dellas el que dió la cosa, puedala toller aquel a qui la dió: pero si gelo él non quisiere toller, sus herederos non gela puedan toller nin demandar, pues aquel que gela dió non gela quiso toller».

⁹⁷ Criterio compartido en ALVAREZ CORA, 2005, p. 157. En todo caso, la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo confirma este planteamiento. Cfr. *infra*, II.5.9.1.

En cualquier caso, la mayor endeblez del planteamiento que defiende el carácter siempre dispositivo de la donación en el Fuero Real es que no concede ninguna relevancia a la interpretación de los juristas contemporáneos que lo aplicaron.

De hecho, en una de las glosas que se han conservado del Fuero Real, atribuida (no sin polémica⁹⁸) a Vicente Arias de Balboa⁹⁹, nos encontramos con que «a los lados del texto de la Ley I, se lee difícilmente: Vide Instituta, De Donacionibus»¹⁰⁰. Difícilmente cabe defender que la donación en el Fuero Real tenía siempre una eficacia dispositiva si el intérprete lo glosaba haciendo expresa referencia a las Instituciones de Justiniano, donde se regulaba claramente a la donación como un contrato, que precisaba de la tradición para transmitir el dominio de la cosa donada. A mayor abundamiento, Arias de Balboa habría titulado FR 3.12.6 «cómo la donación mortis causa se puede revocar»¹⁰¹, lo que abundaría en que la intención del Fuero Real no fue determinar la eficacia transmisiva de la donación, sino resaltar su irrevocabilidad.

Pero es más, en el comentario más conocido del Fuero Real, obra de Díaz de Montalvo, se aludió claramente a la posible configuración de la donación como negocio obligacional. Así, al comentar FR 3.12.2, dijo: «de otro modo, la donación es perfecta por pleno consentimiento, entonces, no puede ser revocada cuando el donante esté obligado a la entrega; sin embargo, transfiere la propiedad de la cosa prometida a otro con la posesión de la cosa»¹⁰². En consecuencia, se compatibilizaba la donación como contrato directamente traslativo y como contrato obligacional.

Así las cosas, parece más razonable mantener un planteamiento más matizado: aunque el Fuero Real, literalmente interpretado, parecía aludir primordialmente a la donación dispositiva, su contenido no fue impedimento para que sus glosadores lo interpretasen conforme a la normativa justiniana, y defendiesen la viabilidad de una donación promisorias u obligacional, en la que la entrega no era simultánea a la celebración del contrato. En esta línea, Vallet de Goytisolo destacó que «los clásicos castellanos, entendidas las normas de las Partidas y del Derecho romano como supletorias del Derecho real, distinguieron dos formas de donación»¹⁰³.

⁹⁸ PÉREZ MARTÍN, 1982, pp. 247-249.

⁹⁹ CERDÁ RUIZ-FUNES, *AHDE*, 1952, pp. 731-1141.

¹⁰⁰ CERDÁ RUIZ-FUNES, *AHDE*, 1952, p. 982.

¹⁰¹ CERDÁ RUIZ-FUNES, *AHDE*, 1952, p. 982.

¹⁰² DÍAZ DE MONTALVO, 1569, f. 170 v. («alio modo est perfecta donatio perfectione plena consensus tamen et tunc licet revocari non possit quandum donator teneatur tradendo; tamen alteri rem promissam transfert dominium in alium rei possessionem»). Traducción del autor.

¹⁰³ VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1214.

5.4 Espéculo

La autoría, fecha y discutida vigencia del Espéculo son cuestiones controvertidas que han hecho correr ríos de tinta. Sin embargo, en este apartado solamente interesa determinar si su contenido puede resultar de ayuda para determinar la eficacia traslativa de la donación en el Derecho histórico castellano.

El Espéculo¹⁰⁴ ha llegado hasta nosotros incompleto. A pesar de no haberse conservado la parte del texto que regulaba la donación, interesa destacar que, dentro del Libro V, en el Título VIII, titulado «De las razones e de las maneras por que se gana señorío e tenencia de las cosas», la Ley XX decía:

«Dando alguno tenencia de la su cosa a otro por compra, o por donacion, o por camio, o por casamiento aquel que la recebiere gana señorío en ella, segunt que dize en cada uno de los titulos que fablan destas cosas».

Igualmente expresiva resultaba la Ley XXIV:

«E como quier que dixiemos ya en este titulo como se gana señorío o tenencia de la cosa, bien queremos que sepan todos que el señorío es rayz de la tenencia, e por razon del señorío la pueden demandar por suya. E desde lo ovieren provado deven seer entregados della. Enpero a las vezes la tenencia es rayz del señorío, asi como en las vendidas, o en los donados, o en los camios, o en las otras cosas, o maneras por que se pueden enagenar las cosas, en que a mester que la tenencia vaya adelante, e sea fecha primero a aquel a qui la cosa enagena, para ganar el señorío en qualquier destas maneras».

Por consiguiente, en el Espéculo la donación se equiparaba a la compraventa: era un contrato que permitía adquirir la propiedad, pero siempre que se obtuviese la posesión de la cosa, mediando la entrega por parte del donante.

5.5 Partidas

Es pacífico que el contenido de las Partidas estaba muy influido por el *Corpus Iuris Civilis*¹⁰⁵. Tomando en consideración esta circunstancia, procede determinar si este texto legal, de extraordinaria importancia para el Derecho castellano, regulaba a la donación como un simple título de adquisición, que precisaba de la entrega

¹⁰⁴ El texto del Espéculo se ha tomado de *Opúsculos del Rey Sabio: el Espéculo. Edición de la Real Academia de la Historia (1836)*, edición anastática, 2018.

¹⁰⁵ PÉREZ MARTÍN, *GLOSSAE*, 1992, pp. 215-246.

de las cosas donadas para adquirirlas, al estilo de las leyes justinianeas, o si por el contrario concebía a la donación como un contrato dispositivo, que operaba de manera automática la transmisión del dominio, sin necesidad de entrega o tradición.

5.5.1 CONTRATO CONSENSUAL PRODUCTOR DE OBLIGACIONES

En P 5.4.1¹⁰⁶ se definía a la donación de la siguiente manera: «donacion es bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de coraçon, quando es fecha sin ninguna premia».

Habitualmente, la eficacia traslativa de la donación en las Partidas se ha vinculado a la redacción de P 5.4.4, titulada «en que manera puede ser fecha la donacion», que decía así:

«Facer se puede la donacion en quatro maneras. La primera, quando es fecha sin ninguna condicion. La segunda, quando aquel que la da, pone condicion en el donadio. La tercera, quando son presentes en algund logar el que da, e el que rescibe la donacion. La quarta, quando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer si non por carta, o por mensajero cierto, en que le embie a dezir, señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenuto es de complir la aquel que la faze, o sus herederos. Pero esto se deue entender desta guisa, que si aquel que la donacion ha de complir, fuesse tan rico, que aya de lo que le fincare, tanto de lo suyo como que pueda bien beuir: de guisa que non aya que demandar lo ageno: estonce es tenuto en todas guisas, de la dar complida mente. Mas si por aventura non le fincasse de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenuto de cumplir la donacion».

La clave reside en la expresión «e quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenuto es de complir la aquel que la faze, o sus herederos». Con gran lucidez planteó Lacruz Berdejo las dos posibles interpretaciones de esta norma: «la donación a que se refiere este texto puede ser la de una cosa cierta que no se entrega de momento, y entonces se podría pensar en que el mismo contrato transmitiera el dominio del objeto donado, quedando el donante obligado a entregar la posesión del mismo. Mas también cabría

¹⁰⁶ El texto de las Partidas se ha tomado de GREGORIO LÓPEZ, 1555. La STS de 27 de marzo de 1860 (ECLI: ES: TS:1860:22, JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano) afirmó que en caso de divergencia entre la versión de las Partidas de GREGORIO LÓPEZ (de mediados del siglo XVI) y la versión de la Academia de la Historia (de principios del siglo XIX) debía prevalecer la primera, por haberse consultado y aplicado constantemente durante siglos.

entender [...] que el contrato funciona entonces como *titulus adquirendi*, sin virtualidad transmisiva»¹⁰⁷.

Según De los Mozos y de los Mozos, esta disyuntiva estaría planteada de manera incorrecta: el cumplimiento de la entrega derivada de la donación se circunscribiría únicamente a la donación entre ausentes, a la que se refiere la misma ley¹⁰⁸. Evidentemente, a tenor de este planteamiento, la donación en Partidas sería, a salvo de la donación entre ausentes, un contrato real, que se perfeccionaría necesariamente con la entrega de la cosa.

A nuestro entender, para tomar partido resulta imprescindible determinar el origen histórico de las distintas expresiones de P 5.4.4 involucradas en la eficacia traslativa de la donación, puesto que un análisis literal y superficial de la norma resulta inconcluyente, y puede conducir a conclusiones precipitadas, y a la postre, erróneas.

Es cierto que esta ley de Partidas se refería en primer lugar a la donación entre ausentes, cuando afirmaba que «quando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer si non por carta, o por mensajero cierto, en que le embie a dezir, señaladamente lo que le da». Como demostró Ortuño Sánchez-Pedreño¹⁰⁹, los antecedentes históricos de la norma no ofrecen dudas, a la vista del *Codex* y del *Digesto*. En CI 8.53.6 se disponía lo siguiente: «no se debe dudar, que son válidas también las donaciones entre ausentes, principalmente si aquellos a quienes se hizo la donación adquieren la posesión por voluntad de los donantes». En el mismo sentido, D 39.5.10 decía: «se le puede hacer válidamente donación a un ausente, ora le envíes quien se la lleve, ora mandándole que tenga para sí lo que él mismo tenía; pero si no supiera que le había sido donada la cosa que está en su poder, o si habiéndosele enviado no la hubiere recibido, no se hace dueño de la cosa donada, aunque esta haya sido enviada por medio de un esclavo de aquel a quien se le donaba, a no ser que haya sido dada a su esclavo con la intención de que al punto se haga de él». En cualquier caso, es significativo que en ambos precedentes históricos el donatario ausente no se convertía en dueño en tanto no se produjese la entrega o tradición de la cosa donada, lo que juega en contra de un pretendido efecto traslativo de la donación.

Continuaba la ley de Partidas diciendo que «e quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenuto es de complir la aquel que la

¹⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, 1986, p. 123.

¹⁰⁸ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 37.

¹⁰⁹ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, *REHJ*, 2001, pp. 378-379.

faze, o sus herederos». Ningún rastro de esta regla se encuentra ni en CI 8.53.6, ni en D 39.5.10, que regulaban la donación entre ausentes. Los antecedentes de este fragmento de P 5.4.4 se encuentran en la regulación justiniana de la donación, que la concebía como un contrato al que debía seguir la entrega o tradición para la adquisición del dominio. Así, en CI 8.53.35 se decía que «serán compelidos a entregar las cosas donadas no solamente ellos [los donantes], mientras viven, sino también sus sucesores, no solamente a aquellos a quienes se les hizo la donación, sino también a sus herederos». Este mismo planteamiento fue sostenido por De Molina, quien puso de relieve la correspondencia entre P 5.4.4 y CI 8.53.35¹¹⁰.

La conclusión a la que se llega tras desentrañar los antecedentes históricos de P 5.4.4 es clara: la entrega de la cosa donada no era una consecuencia exclusiva de la donación entre ausentes, sino que constituía una obligación consustancial a toda donación. La transmisión de la obligación de entrega a los herederos del donante confirma que, en las Partidas, la donación estaba regulada en consonancia con la concepción justiniana, pues se exigía en todo caso la entrega o tradición al donatario para que este adquiriese el derecho de propiedad de la cosa donada¹¹¹.

5.5.2 ARGUMENTOS ADICIONALES

Con independencia de los antecedentes de P 5.4.4, existen muchas otras evidencias que justifican que en las Partidas la donación era un simple título para adquirir, cuya mecánica traslativa era igual a la de la compraventa, en consonancia con el modelo justiniano.

a) Inclusión de la donación en el ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo.

La recepción de la teoría del título y el modo se aprecia en P 3.28.46¹¹², donde se afirmaba que «apoderan vnos omes a otros en sus cosas vendiendo gelas, o dando gelas en dote, o en otra manera, o cambiando las, o por alguna otra derecha razon. E por-

¹¹⁰ DE MOLINA, 1943, p. 229.

¹¹¹ En el mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1214; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *RGLJ*, 1985, p. 724, para quien las Partidas «destacan el carácter meramente obligacional de la donación»; y GUZMÁN BRITO, *RDPUCV*, 2004, p. 218, que aludió al «modelo de las Partidas, que, no bien pálidamente, daban entrada al tipo obligacional». Parece sostenerse el mismo planteamiento en VALVERDE Y VALVERDE, 1920, p. 423.

¹¹² BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *RDP*, 1967, p. 108; SANTOS BRIZ, 1973, pp. 195-196.

dende dezimos que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que lo faga alguno otro por su mandado, que pasa el Señorío dela cosa a aquel a quien apoderasse della».

De esta norma se deduce que para adquirir el dominio por cualquier justa causa (como sin duda alguna lo era la donación), no bastaba con celebrar un contrato, sino que además se exigía el apoderamiento; o lo que es lo mismo, la adquisición de la posesión. Esta conclusión queda reafirmada si se repara que en el prefacio del Título XXX de la Partida Tercera, titulado «En quantas maneras puede ome ganar possession e tenencia delas cosas», se decía con rotundidad que «tal ganancia non se puede fazer a menos que el ome aya la possessio, e la tenencia dellas».

Así las cosas, no debe extrañar que la doctrina más reputada, como por ejemplo De Molina, afirmase que «para adquirir el dominio y, por tanto, un derecho real, no es suficiente que exista la cosa, como es evidente, ni que tengamos un título apto para la transmisión, como una compraventa legítima o una donación u otro semejante, sino que también es necesario que la cosa nos sea transmitida por alguna clase de tradición»¹¹³.

También hay que tener en cuenta P 3.30.8, cuyo título era «Como gana ome la tenencia dela cosa por la carta que le dan della». La ley en cuestión decía: «dando algun ome a otro heredamiento, o otra cosa cualquier, apoderando le delas cartas porque la el ouo, o faziendo otra de nueuo: e dando gela gana la possession, maguer non le apodere dela cosa dada corporalmente». En su glosa, Gregorio López comentó esta ley diciendo que «entregando una carta de compra o donación de una cosa, o haciendo una nueva carta; y entregando tales cartas al comprador o al donatario, se obtiene la posesión por el receptor de la carta»¹¹⁴. La amplia regulación de la *traditio ficta* tiene sentido solo si se parte de la idea de que en las Partidas la adquisición del dominio requería la entrega posesoria tras la celebración de cualquier contrato, como la donación¹¹⁵.

¹¹³ DE MOLINA, 1593, f. 44 («adeò ius in re, nec satis esse rem, cuius dominium sumus comparaturi, existere, ut de se est notissimum; nec insuper habere titulum aptum ad transferendum dominium, qualis esset legitima emptio, vel donatio, aut alius similis; sed ulterius requiri, eandem rem esse nobis traditam genere aliquo traditionum»). Traducción del autor.

Mucho más recientemente, LACRUZ BERDEJO aseveró que «en el Derecho español de la Edad Moderna era principio indiscutido el que las transmisiones derivativas por acto inter vivos tenían lugar mediante un título (contrato) y un modo (tradición o cuasitradición)» (LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1957, p. 1).

¹¹⁴ GREGORIO LÓPEZ, 1555, f. 173 v. («per traditionem literae emptionis vel donationis rei, vel faciendo literam novam: et tradendo talem literam emptori, vel donatario quae ratur possessio literam recipienti»). Traducción del autor.

¹¹⁵ Muy significativamente, la edición de las Partidas de la Academia de la Historia de 1807 tituló a P 3.30.8 «Cómo gana home la tenencia de la cosa que le dan solamente

Lo expuesto es congruente con P 3.18.67, que, al regular el contenido de la carta de donación, contenía la expresión «e otorgo este que fizo el donadio poderio al otro, a quien lo dio de entrar la tenencia desta casa por si mismo, quando el quisiesse sin otorgamiento de juez, e de otro ome cualquier». La idea de que el donatario debía entrar en posesión de la cosa donada está presente sin duda alguna.

En cualquier caso, a nuestro entender P 3.18.67 no debe ponerse en relación con los requisitos formales que las Partidas exigían para la validez de la donación. En P 5.4.9 se establecía, como regla general, que si el donante «quisiere dar a otro ome, o a otro lugar, puede lo fazer sin carta fasta quinientos maravedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas, non valdria». Por consiguiente, la carta de donación no constituía un requisito formal esencial para toda donación, puesto que solo se exigía la escritura (y la insinuación judicial) cuando la cosa donada tuviese un valor superior a quinientos maravedís. Las donaciones de menor cuantía podían realizarse sin cumplir ningún requisito formal, incluso verbalmente¹¹⁶.

b) Reconocimiento expreso del beneficio de competencia.

En P 5.4.4 también se decía que «si aquel que la donacion ha de cumplir, fuese tan rico, que aya de lo que le fincare, tanto de lo suyo como que pueda bien beuir: de guisa que non aya que demandar lo ageno: estonce es tenuto en todas guisas, de la dar complidamente. Mas si por aventura non le fincasse de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenuto de cumplir la donacion». Se reconocía expresamente lo que con posterioridad se ha denominado beneficio de competencia: un instrumento procesal que establecía un límite a la acción de los acreedores, y que correlativamente aseguraba al deudor la conservación de un patrimonio mínimo necesario para su subsistencia¹¹⁷.

El beneficio de competencia, que permitía al donante eximirse totalmente de su obligación de entregar la cosa donada si no le quedaban bienes suficientes y tenía que recurrir a los bienes ajenos para poder vivir, solo podía tener sentido en una donación obligacional o promisorias, en la que mediase un período de tiempo entre la celebración del contrato y la posterior entrega de la cosa donada. Como señaló Prado Rodríguez, la donación «quedaría condiona-

por el apoderamiento de la carta del donadio». El texto de esta versión de las Partidas se ha tomado de *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo II. Partida Segunda y Tercera*, 1807.

¹¹⁶ ÁLVAREZ CORA, 2005, pp. 122-123.

¹¹⁷ ABELENDA, 2010, p. 116-125.

da a su futuro cumplimiento, ya que faltaría la correspondiente entrega material de lo prometido»¹¹⁸. En consecuencia, si la entrega de la cosa donada se había producido al tiempo de perfeccionarse el contrato de donación, ya no era factible la invocación del beneficio de competencia, puesto que no existía ninguna obligación pendiente de cumplimiento.

c) Donación hecha hasta cierto día o tiempo señalado.

Por otro lado, en P 5.4.7, cuyo título era «De la donacion que es fecha a día cierto e a tiempo señalado», se decía:

«Fasta dia cierto, o a tiempo señalado, puede ser fecha la donacion, esto seria, como si dixesse el que la faze a otro alguno, dote tal eredad, o tal cosa, que la labres, e que la esquilmes e te aproueches della, fasta tal dia, o tal tiempo. E de aquel tiempo, en adelante: que la desampares, e que finque a mis erederos: o a otro ome alguno, cualquier que nombrasse, ciertamente a quien fincasse. E por ende dezimos que la donacion que assi fue fecha, valdria fasta aquel día, o aquel tiempo que señaladamente que señalasse el que la fizo. E de aquel dia en adelante ganarian la possession e el señorio della, sus herederos del que ouiesse fecha la donacion, o el otro a quien nombrasse para auer la. E si por auentura, quando fizo la donacion, no señalo en quien fincasse de aquel dia, en adelante, dezimos que la deuen auer, los que heredan los otros bienes, de aquel que fizo la donacion».

Esta norma contemplaba una transmisión automática del dominio a favor del segundo donatario, sin necesidad de entrega posesoria.

Si la donación en las Partidas tenía eficacia dispositiva, sin necesidad de entrega o tradición, cabría esperar que los autores hubiesen destacado que P 5.4.7 era una norma superflua, o que no constituía ninguna especialidad. Sin embargo, la doctrina puso de relieve justamente lo contrario: que esta ley constituía un supuesto anómalo y singular, una excepción a la regla general. Gregorio López, el más reputado glosador de las Partidas, señaló:

«Trae esta ley su origen de la Ley 3 del Codex *De Donationis quoe sub modo*, que según los Doctores no disponía tan latamente como esta; en efecto, de la citada ley del Codex nacía únicamente la acción *ex stipulatu* según unos, y la *condictio ex lege* según otros; en cuanto a la acción real a favor de aquel a quien debía pasar la donación finido el término prefijado no la daba esta ley del Codex así como tampoco disponía que en virtud del mero vencimiento de dicho término se transmitieran la posesión y el dominio;

¹¹⁸ PRADO RODRÍGUEZ, *GLOSSAE*, 2020, p. 659. En el mismo sentido, circunscribiendo la aplicación del beneficio de competencia a las donaciones obligaciones o promisorias, VALLET DE GOYTISOLO, 1952, p. 1216.

todo lo que se halla prevenido por esta ley de Partidas téngase presente, pues es singular [...] es ciertamente extraño que sin tradición alguna se adquirieran la posesión y el dominio por el segundo donatario»¹¹⁹.

d) Donación *mortis causa*.

En P 5.4.11 estaba regulada la donación *mortis causa* de la siguiente manera:

«A las vegadas fazen los omes donaciones, estando cuytados en enfermedades, o teniendo otros peligros de que non cuydauan estorcer: e pordende queremos aqui fablar de las tales donaciones. E dezimos, que la donacion que ome faze de su voluntad, estando enfermo, temiendo se de la muerte, o de otro peligro que vale».

A diferencia de las donaciones *inter vivos*, en las donaciones por causa de muerte la transferencia del dominio se producía sin necesidad de tradición. Así lo destacó Gregorio López: «el dominio pasa sin tradición en caso de muerte»¹²⁰.

5.5.3 CONCLUSIÓN

Todas las circunstancias expuestas sobre las Partidas son sugerentes aisladamente consideradas, pero poseen una fuerza acumulativa innegable, y confirman que dicho cuerpo legal regulaba la donación de conformidad con los principios justinianos; de modo que la donación siempre debía ir seguida de la entrega o tradición de la cosa donada para poder producir la transmisión del dominio.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que en P 5.4.9 se exigía escritura para las donaciones cuyo valor excediese de quinientos maravedís, y que según P 3.30.8 la escritura equivalía a la entrega posesoria, en la práctica, en las donaciones de cosas que superasen aquel valor, o en las donaciones de cosas que aun teniendo un valor inferior constasen en escritura, la perfección de la donación coinci-

¹¹⁹ GREGORIO LÓPEZ, 1555, f. 12 («Ortum habet ista lex ab his quae habentur in lex quotiés C. de donaciones quae sub modo, quae secundum doctores ibi non ita latè providebat: sicut hic vides providere istam: nam per illam lex tantum dabatur actio utilis ex stipulatu, secundum unam expositionem, vel conditio ex lege secundum aliam, quòd tamen haberet actionem realem, et quae elapsa die ille in quem post tempus fuit collata donatio effeet dominus, et transfiret in eum dominium, et possessio non fuit prouisum per illam lex sicut per istam ideo tene eam menti quia est valde singularis [...] est nim mirabile quae sine traditione aliqua iste, secundus donatarius adipiscatur possessionem et dominium»). Traducción del autor.

¹²⁰ GREGORIO LÓPEZ, 1555, f. 15 («transeat dominium sine traditione si mortis»). Traducción del autor.

diría con el traspaso de la posesión, y, por ende, con la transferencia del dominio. No obstante, este efecto tenía lugar como consecuencia de la simultaneidad entre la perfección del contrato y la transmisión de la propiedad por efecto de la *traditio ficta* reconocida en las Partidas; pero no porque la normativa reguladora de la donación operase automáticamente la transmisión de la propiedad sin necesidad de entrega posesoria¹²¹.

Así las cosas, parece lógico deducir que las Partidas, en la práctica, conducían a que las donaciones tuviesen eficacia obligacional cuando no constaban en escritura y el valor de la cosa donada no excedía de quinientos maravedís (P 3.30.8 en relación con P 9.4.9)¹²².

5.6 Posiciones doctrinales durante la edad moderna: la ambivalencia de la donación como contrato traslativo y como contrato obligacional

Como es lógico suponer, la tortuosa evolución de la donación a lo largo de la vigencia del Derecho romano, y la aparente disparidad de criterios normativos existentes en el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas en relación con la transmisión del dominio por donación, provocaron que la doctrina de la Edad Moderna no fuese unívoca. Un somero análisis de las opiniones de los autores de esta época permite establecer una división en dos grandes bloques.

5.6.1 PRIMERA POSICIÓN: LA DONACIÓN COMO TÍTULO QUE PRECISABA DE TRADICIÓN

Como destacó Álvarez Cora, la doctrina más autorizada de la Edad Moderna sostuvo que la donación era un contrato consensual, que nacía con el nudo pacto, expresado a través del consentimiento

¹²¹ A esta misma conclusión pareció llegar inicialmente DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, aunque con un razonamiento distinto al aquí expuesto, cuando afirmó que en las Partidas no se regulaba ni la donación traditoria ni la obligacional, «sino simplemente la función traslativa de la donación» (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, RDP, 1971, pp. 809-810). Posteriormente, dicho autor cambió radicalmente de opinión, para pasar a defender, con una argumentación que no se comparte (y que a nuestro entender ha quedado refutada), que las Partidas concebían la donación como «acto de disposición y modo de adquirir», con eficacia siempre dispositiva (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, pp. 37-38).

¹²² A esta misma conclusión llegó ATAZ LÓPEZ, cuando afirmó que en la práctica contractual castellana durante los siglos XIII a XVIII se admitía «la fuerza obligatoria de las donaciones promisorias de baja cuantía» (ATAZ LÓPEZ, 2019, p. 71). En el mismo sentido pareció apuntar DURÁN RIVACOBA, quien sostuvo que en las Partidas «las formalidades sobre donaciones constituyen más bien un indicio probatorio de la efectiva *traditio* de los bienes si no fueron entregados en mano» (DURÁN RIVACOBA, 1995, p. 33).

de donante y donatario, que se cumplía con la entrega de la cosa donada¹²³.

a) La doctrina de Gómez y De Molina.

Resulta indispensable mencionar las obras de Gómez y De Molina, dos de los más brillantes juristas castellanos de la Edad Moderna.

Con elegante prosa, Gómez escribió lo siguiente:

«Tal donación es y se celebra doblemente. De un primer modo, por la tradición de la cosa. De un segundo modo, por una promesa. Por tradición, cuando alguien entrega una cosa suya a otro, por causa de donación, sin preceder ninguna promesa u obligación; porque entonces de inmediato vale y se perfecciona la donación, y se transfiere el dominio y el derecho pleno sobre la cosa al adquirente, en virtud de aquel título y causa de donación. [...] Por promesa, cuando alguno se obliga a dar o entregar alguna cosa por causa de donación a otro. Por la cual causa se requería según el derecho antiguo una solemne estipulación, y tal contrato se celebraba por palabras. [...] Pero hoy también es suficiente un nudo pacto, y así el solo consenso de las partes»¹²⁴.

Por su parte, De Molina, al explicar las concepciones estricta y amplia de contrato, distinguió entre donaciones no contractuales (o reales) y donaciones contractuales (o promisorias):

«Se entiende por contrato en sentido más amplio, pero menos propio, todo pacto que produzca obligación al menos para una de las partes. [...] En esta acepción del contrato, la donación, si se considera desde el momento de la tradición de la cosa donada, no es un contrato, ya que por lo mismo que la cosa se entrega, no hay obligación alguna en justicia, ni de parte del donatario, que la recibió y la acepta, ni de parte del donante, que en adelante no tiene deber alguno. [...] Mas cuando la donación se considera en el momento de la promesa, es un contrato en esta segunda acepción, pues si bien de la promesa aceptada no surge obligación alguna por parte del donatario [...] sí, en cambio, de parte del donante. Pues aunque tal promesa surge por la liberalidad del donante, siendo, por tanto, un acto de liberalidad del promitente, y no de justicia, de ella resulta, no obstante, obligación en justicia, por la cual el pro-

¹²³ ÁLVAREZ CORA, 2005, pp. 117-118.

¹²⁴ GÓMEZ, 1596, f. 261 («et talis donatio fit et celebratur dupliciter. Primo modo, traditione rei. Secundo modo, promissione. Traditione, quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri, causa donationis: quia tunc statim valet, et perficitur donatio, et transit dominium, et plenum ius rei in accipientem ex illo titulo, et causa donationis. (...) Promissione, quando quis se obligavit alteri ex causa donationis dare, vel tradere aliquam rem. Quo casu de iure antiquo requirebatur solemnis stipulatio. (...) Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic fit solo consensu partium»). Traducción del autor.

mitente queda en justicia obligado a cumplir lo que prometió movido por la simple liberalidad»¹²⁵.

Más adelante, el mismo autor señaló una diferencia adicional entre donaciones en sentido estricto (o reales) y donaciones en sentido lato (o promisorias):

«La donación se considera perfecta y toma el carácter de contrato nominado, cuando se celebra la donación de la cosa donada y aceptada, ya sea tradición real o fingida. [...] Por tanto, la donación, tomada en este sentido estricto, se distingue de la promesa aceptada y obligatoria, por cuanto la donación transmite el dominio al donatario, al celebrarse la tradición; mientras que la promesa aceptada solo produce un derecho personal. [...] Por lo cual, si el promitente entrega a otro la cosa prometida, por título gratuito [...] le confiere el dominio, mientras que la persona a quien la hubiere prometido solo tendrá una acción personal para reclamar»¹²⁶.

A pesar de esta distinción teórica entre dos clases de donación, De Molina terminó analizándolas conjuntamente:

«Algunas veces se toma la donación en sentido lato, comprendiendo también la promesa gratuita antes de su cumplimiento. Y del mismo modo que, tratando la promesa, dijimos varias cuestiones relativas a la donación en sentido lato, así también lo haremos ahora»¹²⁷.

Dejando de lado ciertas disquisiciones sobre la teoría del contrato planteadas al albur del estudio de la donación¹²⁸, tanto Gómez como De Molina perfilaron correctamente los conceptos de donación real o traslativa, de un lado, y donación obligacional o promisorias, de otro, fundamentando la distinción en función de si la entrega de la cosa donada se producía al tiempo de la perfección de la donación o en un momento posterior. Lo relevante es que sus planteamientos eran congruentes con la mecánica traslativa de la donación tal y como estaba regulada en el derecho justiniano, plasmada en las Partidas.

b) Diferencias entre las donaciones reales y las donaciones promisorias

¹²⁵ DE MOLINA, 1943, pp. 200-201.

¹²⁶ DE MOLINA, 1943, pp. 393-394.

¹²⁷ DE MOLINA, 1943, p. 394.

¹²⁸ Al leer las reflexiones de DE MOLINA sobre la noción estricta y amplia de contrato, así como sobre la noción estricta y lata de donación, no se puede evitar pensar que seguramente hubiese resultado más sencillo distinguir entre negocios unilaterales y negocios bilaterales, de un lado, y entre contratos reales y consensuales, de otro. No obstante, teniendo en cuenta que la teoría general del negocio jurídico no se esbozó hasta finales del siglo XIX, y que no fue desarrollada por la doctrina española hasta el siglo XX, la clasificación planteada por DE MOLINA es muy reseñable.

Como es lógico, al admitir los autores que la entrega o tradición en la donación podía producirse al perfeccionarse la donación o en un momento posterior, establecieron las principales diferencias que cabía apreciar en relación con el régimen jurídico de ambos supuestos. A tal efecto, aludieron a las donaciones reales (o dispositivas) y a las donaciones promisorias (u obligacionales).

En este punto, nos limitaremos a reproducir en lo esencial la brillante exposición que en su día realizó Vallet de Goytisolo¹²⁹, ya que un estudio en profundidad de la doctrina castellana de la Edad Moderna sobre el particular excedería del objeto y propósito de este estudio.

Las principales diferencias que cabe destacar son las siguientes:

– Las donaciones reales comportaban la transmisión del dominio, mientras que las donaciones promisorias no lo hacían, ya que generaban un derecho personal (*ius ad rem*) a favor del donatario.

– En las donaciones reales, la entrega inmediata de la cosa impedía que pudiesen tener por objeto los bienes futuros. Sin embargo, en las donaciones promisorias, los bienes futuros podían ser objeto de una donación.

– En una donación real, el donante no respondía por evicción. Por el contrario, se entendía que el donante sí que debía responder por evicción en una donación promisorias, aunque existían discrepancias entre los autores sobre el alcance de la obligación de saneamiento.

– Una donación real solo podía revocarse por ciertas causas tasadas: la superveniencia de hijos legítimos, la inoficiosidad por vulneración de las legítimas, la ingratitud del donatario y el incumplimiento de la carga o gravamen impuesta al donatario. En cambio, las donaciones promisorias también podían ser revocadas en virtud del beneficio de competencia, si el cumplimiento de la donación provocaba que el donante cayese en un estado de pobreza¹³⁰.

¹²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, ADC, 1952, pp. 1215-1216. Sus conclusiones fueron reproducidas en lo esencial en ARJONA GUAJARDO FAJARDO, 1998, pp. 441-442.

¹³⁰ En este punto, procede realizar dos observaciones críticas en relación con la terminología utilizada por VALLET DE GOYTISOLO, quien afirmó que «mientras la donación perfecta solo se podía revocar por las causas concretamente previstas por el Derecho, a la donación promisorias se le añade otra causa: la mutación en el estado de las personas o de las cosas o negocios» (VALLET DE GOYTISOLO, ADC, 1952, p. 1216). La primera puntualización es la incorrección de identificar la donación real con la donación perfecta; la donación promisorias también era perfecta, en la medida en que constituía igualmente un contrato perfeccionado. La segunda puntualización es que todas las causas de revocación de las donaciones, tanto reales como promisorias, estaban expresamente reguladas en la ley: superveniencia de hijos legítimos (P 5.4.8), inoficiosidad por vulneración de las legítimas (P 5.4.8), ingratitud del donatario (FR 3.12.1 y P 5.4.10), incumplimiento de la carga o gravamen impuestos al donatario (FR 3.12.1) y beneficio de competencia (P 5.4.4). Por

– Para realizar una donación real, era preciso tener capacidad para disponer, ya que suponía una enajenación inmediata. Sin embargo, para celebrar una donación promisorias era suficiente con tener capacidad para obligarse.

5.6.2 SEGUNDA POSICIÓN: IDENTIFICACIÓN DE LA DONACIÓN CON UNA DACIÓN ACTUAL

Un limitado número de autores de la Edad Moderna defendió que solo cabía hablar de donación cuando hubiese una entrega inmediata de la cosa donada, simultánea a la perfección del contrato. Evidentemente, este planteamiento identificaba el concepto de donación con la modalidad la real o traslativa, negando la donación obligacional o promisorias.

No obstante, en este punto cabe observar diferentes criterios por parte de los autores, dado que sus conclusiones se enmarcaban en dos corrientes de opinión cuyos fundamentos eran bien distintos.

a) La «auténtica donación» congruente con la normativa constantiniana.

El primer exponente de esta corriente de pensamiento fue el romanista Fernández de Retes, para quien el concepto de donación no podía desligarse de un cambio de titularidad. La donación exigía dación inmediata y actual¹³¹. Por ello, admitió las figuras de donación real o dispositiva y donación liberatoria, pero no la donación obligacional o promisorias¹³².

Argumentó a tal efecto que la donación promisorias no era propiamente una donación, sino más bien un contrato de estipulación al que la generosidad proporciona el motivo, pero cuya exigibilidad era consecuencia de la propia estipulación, no de la donación. Además, aseveró que con la mera promesa no se dona, ya que la cosa donada no es entregada y por tanto no hay traslación de la propiedad. Finalmente, adujo que cuando se ejecuta la entrega como consecuencia de una promesa anterior, aquella no se realiza por liberalidad, sino como consecuencia de la obligación que precedió¹³³.

Su concepción restrictiva de donación le condujo incluso a negar que la donación remuneratoria constituyese una auténtica

tanto, es incorrecto aseverar que las causas de revocación de las donaciones reales estaban expresamente reguladas, en contraposición con la revocación basada en el beneficio de competencia, dado que esta última causa de revocación, exclusiva de la donación promisorias, también estaba expresamente contemplada en las Partidas.

¹³¹ FERNÁNDEZ DE RETES, 1666, p. 28.

¹³² FERNÁNDEZ DE RETES, 1666, pp. 53-55; MONTES SALGUERO, 2000, p. 508.

¹³³ FERNÁNDEZ DE RETES, 1666, p. 59.

donación, con el argumento de que tenía como fundamento la gratitud, porque el donante actuaba para beneficiarse y librarse de la obligación, con lo cual no actuaba propiamente con liberalidad¹³⁴.

¿Cuáles fueron las razones que llevaron a este autor a defender un concepto tan estricto de donación? Montes Salguero, quien estudió con detalle la obra de Fernández de Retes, ofreció la siguiente respuesta:

«Cualquier manual de Derecho romano de nuestros días señala la importancia de las reformas justinianas en tema de donación y apenas cita y desde luego subraya poco las normas constantinianas. No es este el criterio de Retes, para quien el eje histórico esencial de la donación romana estuvo constituido por la Lex Cincia y las leyes de Antonino Pio y Constantino, valorando a Justiniano más que por su propia construcción del instituto por el papel que pueda jugar en función de la regulación de Constantino, y en consecuencia, introduce algunas menciones a Justiniano, al concluir su estudio de la constitución de Constantino, señalando brevemente que Justiniano dispuso la no necesidad ni de la redacción por escrito de la donación ni de la tradición o emancipación, pero sí la insinuación o registro en los *gesta municipalia*, que es imprescindible para toda donación que exceda de quinientos sueldos. Sin mayor estudio, añade que Justiniano otorga valor a la simple promesa y da acción para pedir la ejecución»¹³⁵.

Evidentemente, si se parte de la premisa de que el concepto de donación debe ser el propio de la tipificación normativa efectuada en tiempos de Constantino I, la donación se debe identificar necesariamente con una dación o entrega actual, concomitante con la perfección del negocio. Sin embargo, la posterior normativa justiniana permite rebatir los argumentos expuestos por Fernández de Retes:

– La fuerza y exigibilidad de la donación promisoria no descansaba exclusivamente en la estipulación. Era posible una donación obligacional sin estipulación, cuya exigibilidad descansaba en el nudo pacto. El donatario podía compeler la entrega de la cosa donada haciendo uso de la *condictio ex lege* (CI 8.53.35)¹³⁶.

– Justiniano I reconoció expresamente tres categorías de donaciones: reales, promisorias y liberatorias. Negar la segunda con el argumento de que no existe entrega simultánea a la trasmisión de la propiedad, como sucede en la primera, constituye un apriorismo que destila una visión personal contraria a la normativa justiniana, que se desecha.

¹³⁴ FERNÁNDEZ DE RETES, 1666, p. 31.

¹³⁵ MONTES SALGUERO, 2000, p. 506.

¹³⁶ Cfr. *supra*, II.3.

– La alegación de mayor envergadura esgrimida en contra de la donación obligacional es aquella según la cual la entrega al donatario se produce como consecuencia de una obligación precedente, y no por liberalidad. El reparo no es insuperable: en una donación obligacional o promisorias, la liberalidad y la generosidad siempre existen, al menos, en el momento de perfección de la donación. La entrega no es más que la culminación o ejecución de una obligación con causa liberal.

Así las cosas, la posición de Fernández de Retes fue coherente, en la medida en que fundamentó todo su concepto de donación alrededor de la regulación constantiniana. El problema es que tal planteamiento entraba en colisión no solo con la regulación de la donación en tiempos de Justiniano I, sino también con la doctrina del Derecho común y con la regulación de la donación en las Partidas. Por ello, la obra de Fernández de Retes es estimable en tanto que reivindicó la donación tipificada por Constantino I; pero no puede admitirse como un argumento de peso en contra de la donación obligacional en el Derecho castellano, en tanto que prescindió de la regulación de las Partidas, claramente influida por la normativa justiniana. Como se ha puesto de relieve, Fernández de Retes fue «un teórico del Derecho privado, se limita a relatarnos lo que hay en la legislación y aquello que él cree que no coincide con la idea que él ofrece de esa institución»¹³⁷, cuyo objetivo fundamental fue «transmitirnos un concepto particular de donación que sólo en parte se ha implantado en el ámbito del Derecho romano desde sus orígenes hasta el derecho postclásico»¹³⁸.

b) La donación, «contrato maestro gratuito».

Un segundo grupo de autores argumentó que la donación era un contrato real, que se perfeccionaba con la entrega de la cosa donada. Esta postura se fundamentaba en que la compraventa y la donación eran los ‘contratos maestros’ del Derecho civil, y que todos los demás contratos se situaban en una posición subalterna¹³⁹. Dado que la donación era el ‘contrato maestro gratuito’, y los demás contratos gratuitos subalternos eran contratos reales (préstamo, comodato, depósito), la donación también debía ser un contrato real¹⁴⁰.

Exponente de este planteamiento fue Frías de Albornoz, para quien «los Contratos de Prestamo y Empréstido, son Subalternos

¹³⁷ MONTES SALGUERO, 2000, p. 526.

¹³⁸ MONTES SALGUERO, 2000, p. 526.

¹³⁹ ÁLVAREZ CORA, 2005, p. 117.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ PENELAS, 2007, pp. 86, 183-184.

a el Contrato de la Donación»¹⁴¹. En coherencia con ello, describió a la donación como contrato dispositivo: «mediante mi Donación me desapodero de el señorío que tenía en la cosa Donada, y le passo a el Donatario»¹⁴². Al analizar los distintos tipos de donación, aludió a las donaciones por causa de muerte y a las donaciones entre vivos, sin hacer ninguna referencia a la donación promisorias¹⁴³.

En un sentido parecido, García dijo que «la donacion y vendicion son los mas principales de todos los contractos, quantos hasta agora hauemos explicado, y como cabeças de todos ellos, a los quales casi todos los otros se reduzen cada uno en su orden y categoria. Y assi la donacion es cabeça de y medida de todos los contractos a ella subordinados y subjectos»¹⁴⁴. Aclaró que «la donacion tiene por subalternos al emprestido mutuo, y al emprestido conmodato»¹⁴⁵. Y justificó la relación entre donación (principal) y los dos tipos de préstamo (subalternos) de la siguiente manera: «la donacion y sus contractos subaleternos conuienen todos estos en que por todos ellos se da graciosamente alguna cosa y sin interes alguno: pero difieren en esto, que por la donacion se da toda la cosa quanto a la substancia y uso della transfiriendo su dominio en el donatario: mas por el emprestido, assi el mutuo, como el conmodato, no se concede mas del uso tan solamente, hablando de per se, reseruandose el dominio de la cosa emprestada»¹⁴⁶. En coherencia con este planteamiento, definió la donación como «dadiua liberal»¹⁴⁷, y añadió que «dadiua se significa, que por este contracto se transfiere el dominio de la cosa donada en el donatario»¹⁴⁸.

Este planteamiento fue agudamente combatido por Álvarez Cora con las siguientes palabras:

«Si se mira el asunto con mayor detenimiento, es posible percatarse de que la comunión que cobra relieve entre la donación y los contratos reales, germina tal vez desde un rasgo común que no tiene por qué ser la perfección “re”, sino, con mejor razón, la utilidad que a una sola de las partes se deriva de este tipo de contratos, por regla general. El vínculo de todos estos tipos contractuales, subalternos, con el principal tipo de la donación, puede sustentarse, así, sin necesidad de forzar la naturaleza de contrato real que de la donación aspire a predicarse»¹⁴⁹.

¹⁴¹ FRÍAS DE ALBORNOZ, 1573, f. 38 v.

¹⁴² FRÍAS DE ALBORNOZ, 1573, f. 38.

¹⁴³ FRÍAS DE ALBORNOZ, 1573, f. 41.

¹⁴⁴ GARCÍA, 1583, f. 611.

¹⁴⁵ GARCÍA, 1583, f. 612.

¹⁴⁶ GARCÍA, 1583, f. 615.

¹⁴⁷ GARCÍA, 1583, f. 62.

¹⁴⁸ GARCÍA, 1583, f. 64.

¹⁴⁹ ÁLVAREZ CORA, 2005, p. 117.

De hecho, reputada doctrina posterior destacó que la principal característica común que tenían la donación y los demás contratos gratuitos era el beneficio a una sola de las partes. De Asso y del Río y De Manuel y Rodríguez, al clasificar los contratos nominados, dijeron que unos «son de pura gracia, y amor, y otros son en beneficio de ambas partes», para especificar a continuación: «los contratos de gracia, y útiles a una sola parte, cuales son las donaciones, el préstamo, depósito, mutuo y mandato»¹⁵⁰. En congruencia con esta premisa, al analizar los distintos tipos contractuales, vincularon a la donación con los contratos reales poniendo énfasis en el beneficio unilateral: «el primer contrato beneficioso a una sola parte es la donación»¹⁵¹; «el segundo contrato útil a una sola parte es el depósito»¹⁵²; «el tercer contrato útil a una sola parte es el préstamo»¹⁵³; para matizar finalmente que el mandato «puede ser beneficioso a solo el mandante, a un tercero, o bien al mandante juntamente con un tercero»¹⁵⁴.

Así las cosas, pretender defender la naturaleza dispositiva de la donación en su ‘maestría’ respecto a los demás contratos gratuitos no constituye un argumento fundado, puesto que el planteamiento dogmático era desacertado, y además resultaba incongruente con la regulación contenida en las leyes de Castilla.

A mayor abundamiento, no debe perderse de vista que las obras de Frías de Albornoz y de García estuvieron presididas por un carácter más teológico y económico que jurídico, con la finalidad de prevenir las immoralidades, injusticias y fraudes que podían cometer los hombres al contratar¹⁵⁵.

5.7 La interpretación doctrinal de la donación durante el siglo anterior a la entrada en vigor del CC

Dado que las normas alfonsinas estuvieron en vigor durante muchos siglos, resulta de interés conocer cómo se pronunció la doctrina en relación con la eficacia transmisiva de la donación durante los ciento veinticinco años precedentes a la entrada en vigor del CC en 1889. Este análisis permitirá comprobar si los juristas realizaron aportaciones novedosas, o si por el contrario mantuvieron idénticos criterios a los enunciados durante los siglos XVI y XVII.

¹⁵⁰ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 258.

¹⁵¹ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 259.

¹⁵² DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 263.

¹⁵³ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 266.

¹⁵⁴ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 285.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ PENELAS, 2007, pp. 395-396, 398-399.

5.7.1 INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DURANTE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XVIII

A continuación, se analizará el contenido de tres de las obras jurídicas de este período, por ser las de mayor trascendencia y uso en la época.

De Asso y del Río y De Manuel y Rodríguez dijeron que los modos de adquirir el dominio eran la prescripción, la donación y otros contratos¹⁵⁶. Tras reproducir la definición de donación contenida en las Partidas, señalaron que de ella se desprende «un pacto legítimo, por razón del qual se transfiere el dominio de la cosa dada al donatario»¹⁵⁷. Su definición de pacto, que asimilaron al convenio, está presidida por el concepto de obligación¹⁵⁸. A mayor abundamiento, distinguieron el Derecho castellano del aragonés, destacando que «en Aragon se traspasa el dominio por solo contrato celebrado con instrumento, sin entrega alguna; aunque sea donacion»¹⁵⁹. Por ello, parece evidente que no atribuyeron a la donación ningún efecto traslativo sin mediar la entrega o tradición de la cosa donada.

Febrero, en su conocidísima obra *Librería de escribanos*¹⁶⁰, explicó que «donacion es de dos maneras: verbal, y real: la verbal, o imperfecta es la que se hace con palabras sin entregar la cosa donada; y la real, o perfecta [...] es aquella por la qual una persona por su mera liberalidad da a otra dinero, o alaja suya propia. [...] La donacion intervivos es la que el hombre estando bueno sin temor de la muerte, ni de otro peligro, hace al donatario, para que la goze al instante, y se haga dueño de ella»¹⁶¹. Más adelante, asumió con extraordinaria claridad la vigencia de la regulación justinianea:

«El efecto de la donacion intervivos perfecta es, quedar obligado el donante à entregar al donatario la cosa donada, si éste acepta la donacion, aunque sea verbalmente hecha, para lo qual tiene accion contra él. [...] Por derecho antiguo debía intervenir precisamente tradicion de la cosa donada, para que la donacion se perfeccionase, cuyo acto era el unico medio, y modo natural de adquirir el donatario su dominio, por no ser suficiente su consentimiento; hoy nada de esto es necesario, pues basta que manifieste su voluntad, y consentimiento de qualquiera suerte para su perfeccion, sin

¹⁵⁶ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 183.

¹⁵⁷ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 259.

¹⁵⁸ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 255.

¹⁵⁹ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 188.

¹⁶⁰ Sobre sus numerosas ediciones, las posteriores reformulaciones realizadas por otros autores, su ininterrumpida fama y las alegaciones de esta obra ante los Tribunales, *vid.* GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, *AHDE*, 1998, pp. 593-596.

¹⁶¹ FEBRERO, 1769, p. 352.

que haya tradicion de la cosa donada, ni el donatario estipule que se le ha de entregar, porque en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado; y así lo que antes de la promesa fue voluntario en el donante, se hace forzoso, y obligatorio despues de hecha, y puede ser compelido à cumplirla, si el donatario la acepta»¹⁶².

Pérez y López, en su monumental *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, dijo que, en la donación, «uno movido solo de su liberalidad da de tal modo que quiere que la cosa se haga al instante del que la recibe, sin que por ningún caso vuelva a su poder»¹⁶³. Continuó afirmando que «es la donación inter vivos, la que con razón llamamos propia, verdadera y absoluta, por nacer de la sola liberalidad del donante, por transferir al instante el dominio en el que recibe, y porque es irrevocable. [...] Recibe toda su perfeccion, y fuerza de la voluntad, y simple consentimiento del donante, y del donatario, de modo, que al instante que el uno ofrece y el otro admite, nace la obligacion, y el donatario tiene accion para repetir la cosa donada»¹⁶⁴. La explicación incluye a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y modo, sin duda alguna.

5.7.2 INTERPRETACIÓN DOCTRINAL A LO LARGO DEL SIGLO XIX

Para comprobar cómo valoraron los juristas la eficacia transmisiva de la donación durante el siglo XIX hasta la entrada en vigor del CC, resulta ineludible estudiar las principales obras jurídicas de la época. A tal fin, es necesario analizar el contenido de los libros de texto que constituyeron la guía obligada para la docencia y el estudio del Derecho civil en la Universidad española¹⁶⁵, antes del

¹⁶² FEBRERO, 1769, p. 354.

¹⁶³ PÉREZ Y LÓPEZ, 1796, pp. 222-223.

¹⁶⁴ PÉREZ Y LÓPEZ, 1796, p. 223.

¹⁶⁵ La Orden de 5 de octubre de 1802 ordenó el estudio del Derecho civil real imponiendo unos libros de texto obligatorios. La Real Cédula de 5 de julio de 1807 abolió las denominadas 'Universidades menores', e impuso a las once 'Universidades mayores' supervivientes el plan de estudios de la Universidad de Salamanca, que obligaba al estudio del Derecho civil mediante la explicación, lectura y estudio de unas obras tasadas. Tras las turbulencias de la invasión napoleónica y los frustrados proyectos de reforma universitaria del Trienio Liberal, el Real Decreto de 4 de mayo de 1814 restauró el plan de 1807. Los Reales Decretos de 8 y 29 de octubre de 1836, denominados de «Arreglo Provisional para los estudios», no impusieron libros de texto concretos. Sin embargo, el Plan de Estudios aprobado por Real Decreto de 17 de septiembre de 1845 estableció el Consejo de Instrucción Pública, para que informase, respecto de las distintas asignaturas, un listado de obras selectas de entre las cuales el profesor debía elegir aquella que seguiría en sus explicaciones. Dichos listados fueron aprobados por sucesivas disposiciones normativas: Circular de 1 de septiembre de 1846; Instrucción de 8 de septiembre de 1847; Instrucción de 14 de septiembre de 1848; Real Orden de 22 de septiembre de 1849; Real Orden de 25 de septiembre de 1850; Real Orden de 5 de septiembre de 1851; Real Orden de 15 de septiembre

reconocimiento de la libertad de cátedra, que provocó la consiguiente desaparición de los listados de 'obras de referencia'¹⁶⁶. El enfoque es razonable y pragmático, si se repara en que los autores de tales libros de texto fueron, por lo general, algunos de los juristas más renombrados de la época. Además, la influencia de sus obras fue enorme, pues sirvieron como elemento de formación para los juristas del siglo XIX, quienes a la postre acabaron aplicando en la práctica los conocimientos que adquirieron precisamente a través de dichas obras. Con todo, también serán analizadas otras obras jurídicas, que no fueron incluidas en los listados de libros de texto obligatorios para la docencia universitaria, pero que alcanzaron gran difusión entre los operadores jurídicos.

Evidentemente, esta aproximación no permite realizar un estudio de toda la doctrina decimonónica anterior al CC (lo cual, por otra parte, excedería con mucho el objeto de este estudio); pero sí permite determinar con bastante precisión cuál fue el sentir de los juristas de la época inmediatamente anterior a la promulgación del vigente CC de 1889.

Todos estos autores pueden ser clasificados en dos grandes grupos: los que estimaron que la donación era un simple título que requería la tradición de las cosas donadas para operar la transmisión del dominio, y los que conceptualizaron la donación como un contrato real.

a) Primer punto de vista: la donación como título de adquisición.

Sala Bañuls fue poco expresivo. No explicó el concepto de donación, remitiéndose a la definición contenida en las Partidas¹⁶⁷. Sin embargo, todo parece indicar que identificó las donaciones con un título de adquisición, y no con un contrato dispositivo. Dijo que

de 1852; Real Orden de 18 de septiembre de 1853; Real Orden de 13 de octubre de 1854; Real Orden de 1 de octubre de 1855; Real Orden de 13 de septiembre de 1856, cuya vigencia fue prorrogada por el artículo 5 del Real Decreto de 23 de septiembre de 1857; Real Orden de 25 de septiembre de 1858; Real Orden de 15 de octubre de 1861; Real Orden de 31 de agosto de 1864; y Real Orden de 22 de septiembre de 1867. Debe advertirse que en virtud del artículo 86 de la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, conocida como 'Ley Moyano', el listado de libros de textos debía pasar a publicarse cada tres años, y no anualmente, como hasta entonces.

Sobre la docencia en las Facultades de Derecho durante el siglo XIX, son relevantes los siguientes estudios: PESET REIG, *AHDE*, 1968, pp. 229-375; PESET REIG, *AHDE*, 1969, pp. 481-544; PESET REIG, *AHDE*, 1970, pp. 613-652; MARTÍNEZ NEIRA, 2001.

¹⁶⁶ La libertad de cátedra fue instaurada por el Decreto de 21 de octubre de 1868, cuyo artículo 5 disponía que «la enseñanza es libre». En consonancia con ello, el artículo 16 decía que «los Profesores podrán señalar el libro de texto que se halle más en armonía con sus doctrinas y adoptar el método de enseñanza que crean más conveniente»; y el artículo 17 estipulaba que los profesores «quedan relevados de la obligación de presentar el programa de su asignatura». *Vid.* GARCÍA TROBAT, *CIAN*, 1999, pp. 37-58.

¹⁶⁷ SALA BAÑULS, 1820, p. 400.

las donaciones se podían celebrar como todas las obligaciones («acomodables enteramente»)¹⁶⁸, y añadió que «hecha la donacion por palabras, o por carta simplemente, sin haberse entregado la cosa, está obligado a cumplirla el que la hace»¹⁶⁹; de donde se desprende que exigía la entrega de la cosa donada en todo caso. Este planteamiento parece quedar confirmado cuando, al hilo de la tradición, afirmó: «cuando recibimos alguna cosa que nos hace el dueño o su procurador, nacida de un justo título idoneo para transferir el dominio, como venta, dote, permuta u otra semejante, pues con hacernos este entrega o tradición, la adquirimos»¹⁷⁰. Sin embargo, toda posible duda interpretativa parece disiparse si se tiene en cuenta que al comenzar la exposición relativa a las donaciones hizo expresa referencia al Título 7, Libro 2 de la *Instituta*¹⁷¹, que como tantas veces ha quedado apuntado, condensaba el régimen jurídico de la donación justiniana.

Álvarez y Estrada escribió que «la donación en general se divide en una que se hace entre vivos, y otra por causa de muerte. [...] Para entender la diferencia de estas dos donaciones es menester distinguir si uno dona de tal suerte, que transfiera el dominio luego al punto, y solo se reserve la posesion hasta la muerte, o si el donante no transfiere otra cosa que la esperanza, y el dominio hasta despues de su muerte»¹⁷². Aparentemente, este autor pareció aludir a una donación real, con efecto inmediatamente traslativo. Pero no es así; más adelante, al distinguir entre donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, puntualizó con extraordinaria claridad: «se diferencian por razon de la traslacion del dominio. La donacion entre vivos es título hábil para transferirlo; pero el título no da sino solo derecho a la cosa, y para tenerlo en la cosa es necesaria la subsiguiente tradicion. Así, pues, no me hago señor de la cosa donada hasta que se verifique la tradicion»¹⁷³. Y remachó: «la donacion entre vivos, como solo da derecho á la cosa, no produce accion real, sino solo personal contra el donante»¹⁷⁴.

Hernández de la Rúa fue extraordinariamente nítido en su exposición. Manifestó que «la donación es un verdadero contrato, porque tiene causa, cual es el consentimiento; y es consensual, porque este solo basta para que quede perfecta. [...] Es donación, la promesa de dar o hacer una cosa gratuitamente, y sin violencia a otro que la acepta. [...] Aun cuando la promesa, y entrega de lo prome-

¹⁶⁸ SALA BAÑULS, 1820, pp. 400-401.

¹⁶⁹ SALA BAÑULS, 1820, p. 401.

¹⁷⁰ SALA BAÑULS, 1820, p. 108.

¹⁷¹ SALA BAÑULS, 1820, p. 399.

¹⁷² ÁLVAREZ Y ESTRADA, 1829, p. 194.

¹⁷³ ÁLVAREZ Y ESTRADA, 1829, p. 197.

¹⁷⁴ ÁLVAREZ Y ESTRADA, 1829, p. 198.

tido, se hiciesen al mismo tiempo, no degenerará por esto de la clase de contratos consensuales; porque solo debe estarse a la época de la perfección, aunque la consumación sea un efecto inmediato»¹⁷⁵.

Aguirre de la Peña y García Goyena dijeron que «en las donaciones el que da se despoja desde luego; su generosidad franca le hace preferir el donatario a si mismo; transmite al instante de la propiedad»¹⁷⁶. Tras transcribir a Febrero, quien había escrito que «el contrato de donación puede celebrarse de dos modos; o con la entrega de la cosa sin preceder promesa, en cuyo caso se transfiere inmediatamente el dominio al donatario, o con la promesa que hace uno de dar a otro cierta cosa, para la cual queda obligado», afirmaron lo siguiente: «ninguna utilidad puede seguirse de esta division o distincion que hace Febrero entre los modos de celebrarse la donacion, porque son comunes a todos los contratos, y la donacion se perfecciona como todos ellos por el solo consentimiento; la entrega de la cosa no es mas que la consecuencia y complemento de la donacion. Entre los romanos antiguamente no había donacion sin la entrega de la cosa, y por esto era uno delos modos de adquirir; pero despues vino a quedar, como hoy entre nosotros, en simple causa o título, porque nacia obligacion desde luego e independientemente de la entrega de la cosa»¹⁷⁷. Por ello, «para que la donacion sea válida y perfecta, no es necesario que vaya acompañada de la entrega de la cosa. [...] La donacion, como todos los contratos y obligaciones convencionales, se perfecciona por el solo consentimiento del donante y donatario»¹⁷⁸.

Romero y Ginzo, partiendo de la premisa de que «no basta el título sin la tradición o modo de adquirir, ni esta sin el título, para adquirir dominio, o derecho in re»¹⁷⁹, manifestó concisamente que «siendo la donación uno de los títulos traslativos de dominio, y productivo de obligaciones, nada mas puesto en orden que hablar de ella entre estos»¹⁸⁰.

Escriche y Martín definió la donación como «la renuncia y traspaso gratuito que hacemos actual e irrevocablemente de una cosa que nos pertenece, a favor de una persona que la acepta»¹⁸¹. No obstante, no concibió este autor la donación como un contrato dispositivo. Por el contrario, señaló que «la donación pura y simple queda perfeccionada por el consentimiento del donador y la acep-

¹⁷⁵ HERNÁNDEZ DE LA RÚA, 1838, p. 142.

¹⁷⁶ AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA, 1841, p. 171.

¹⁷⁷ AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA, 1841, p. 172.

¹⁷⁸ AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA, 1841, p. 174.

¹⁷⁹ ROMERO Y GINZO, 1843, p. 170.

¹⁸⁰ ROMERO Y GINZO, 1843, p. 315.

¹⁸¹ ESCRICHE Y MARTÍN, 1847, p. 650.

tación del donatario, de suerte que aquel puede ser compelido por el donatario y sus herederos a la entrega de la cosa donada»¹⁸². Añadió que «si el donador o el donatario muriere antes de venir el día en que se debía hacer la entrega de la cosa donada, los herederos de aquel tendrán obligación de entregarla a su tiempo, y los de este tendrán derecho de reclamarla del mismo modo»¹⁸³. Y remachó su argumentación con las siguientes palabras: «la donación por causa de muerte se diferencia de la donacion entre vivos en las cosas siguientes: [...] la primera transfiere el dominio de la cosa mediante su entrega; mas la segunda lo transfiere aun sin la entrega, como el legado, luego que el donante fallece de arrepentirse de la donación»¹⁸⁴.

También fue muy clara la posición de Morcillo Ortiz, quien definió a la donación como «contrato unilateral gratuito por el que, una parte se obliga a dar a otra alguna cosa, cuya cosa queda comprometida, desde que sepa el donatario (que es el que recibe) la liberalidad y no la repugne»¹⁸⁵. Su concepción de donación como justo título fue innegable: «la naturaleza de este contrato, es idéntica a la de todos los que producen una verdadera enagenacion o traslación del dominio, supuesto en el que formalmente ofrecio a otro darle una cosa, está tan obligado a entregársela, como aquel que verificó un contrato de venta o permuta»¹⁸⁶.

Del Viso y Año definió la donación como «acto de espontánea liberalidad, por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente a una persona el dominio de las cosas donadas»; y añadió que en las donaciones *inter vivos* «se traslada inmediatamente al donatario el dominio de un modo irrevocable»¹⁸⁷. A pesar de ello, esta definición, que encajaría aparentemente con la donación real, constituye solo una de las dos posibles modalidades de donación a las que se refirió: «las hay con entrega inmediata de los bienes y sin ella, aunque en este último caso más bien serán promesas de donar que donaciones»¹⁸⁸. Por añadidura, cuando estableció una clasificación general de los contratos, mencionó entre los reales al mutuo, al comodato, al depósito y a la prenda, pero no a la donación¹⁸⁹, e incluyó expresamente a la donación entre los contratos consensuales¹⁹⁰.

¹⁸² ESCRICHE Y MARTÍN, 1847, p. 650.

¹⁸³ ESCRICHE Y MARTÍN, 1847, p. 650.

¹⁸⁴ ESCRICHE Y MARTÍN, 1847, p. 651.

¹⁸⁵ MORCILLO ORTIZ, 1848, pp. 259-260.

¹⁸⁶ MORCILLO ORTIZ, 1848, p. 260.

¹⁸⁷ DEL VISO Y AÑO, 1857, p. 522.

¹⁸⁸ DEL VISO Y AÑO, 1857, p. 523.

¹⁸⁹ DEL VISO Y AÑO, 1857, p. 20.

¹⁹⁰ DEL VISO Y AÑO, 1857, p. 24.

Sahagún de Marfá y de Quintana fue muy claro: «si la donacion es de las llamadas, entre vivos, no es mas que una convencion que, por sí sola, nunca puede transferir el dominio sino que debe ir acompañada de la tradicion, y entónces se verifica aquel modo derivativo de adquirir, que ya tenemos esplicado, al tratar de la tradicion, esto es, que las convenciones, y en este caso la donacion, son el título, y la tradicion el modo»¹⁹¹.

Para Domingo de Morató, solo había cuatro contratos reales: mutuo, comodato, depósito y prenda¹⁹². «Las donaciones propias o entre vivos son verdaderas convenciones que están sujetas en general a las reglas de estas: y se habrán de reputar contratos en sentido riguroso siempre que vayan acompañadas de la entrega actual o presente del objeto de la donacion, o bien meras promesas de donacion, cuando no haya en ellas más que el simple consentimiento»¹⁹³. Pero de sus palabras no cabe entender que esté aludiendo a dos donaciones diferentes, sino a una única donación cuyos efectos varían en función de si la entrega es actual o diferida, ya que en el primer caso el donatario se convierte en propietario, mientras que en el segundo caso el donatario es titular de una acción personal tendente a cumplir con la entrega de la cosa donada: «las acciones que la ley concede para hacer efectiva una donación entre vivos son la llamada *condictio ex lege* si solo medio una promesa sin solemnidad alguna de derecho; y si se hizo por medio de estipulacion la *accion ex stipulatu*, cuyo efecto es igual; y consisten simplemente en pedir por ellas el cumplimiento de lo prometido. Ahora si la donacion hubiese sido hecha con entrega presente del objeto de la misma, es evidente que produciría en favor del donatario la accion reivindicatoria contra cualquier poseedor de la cosa donada»¹⁹⁴.

Gutiérrez Fernández clasificó a la donación entre los contratos verbales, a los que calificó como «una nueva especie de contratos consensuales»¹⁹⁵. Aunque dijo que «el donante se despoja irrevocablemente de la cosa para enriquecer con ella al donatario»¹⁹⁶, y que «las que se hacen sin entrega de presente son más bien promesas de donar que donaciones»¹⁹⁷, de la atenta lectura de su obra se desprende, indudablemente, que la entrega no era un requisito constitutivo del contrato, sino para su cumplimiento: «la donación produce un vínculo de derecho, en cuya virtud el donante está obli-

¹⁹¹ SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, 1857, p. 229.

¹⁹² DOMINGO DE MORATÓ, 1868, p. 329.

¹⁹³ DOMINGO DE MORATÓ, 1868, pp. 462-463.

¹⁹⁴ DOMINGO DE MORATÓ, 1868, pp. 466-467.

¹⁹⁵ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, pp. 1-2.

¹⁹⁶ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 78.

¹⁹⁷ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 79.

gado a desapoderarse de la cosa y entregarla al donatario»¹⁹⁸, ya que «hecha la donación simplemente por palabras o por cartas, mas sin haber entregado la cosa, el donante está obligado a cumplirla y por su muerte sus herederos»¹⁹⁹. En contraposición a la doctrina general, destacó la singularidad de la donación hecha a día cierto o tiempo señalado (P 5.4.7), en la que «por la conclusión del término la posesión y el señorío de la cosa o a los herederos del donante o a la persona que indicó para recibirla»²⁰⁰.

Gómez de la Serna y Montalbán Hernanz escribieron que las donaciones «requieren para quedar perfeccionadas el consentimiento del donante y donatario, siendo por consiguiente títulos para adquirir que deben ser seguidos de la tradición que hace al donatario el dueño de la cosa»²⁰¹. Por tanto, situaron a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, como cualquier otro contrato traslativo de dominio.

Falcón y Ozcoidi dijo que «la donación es un título traslativo de dominio»²⁰². En cuanto a sus efectos, «como título traslativo de dominio, transfiere al donatario la propiedad de las cosas donadas. Mas es necesario que las cosas se hayan entregado por el donante: si no se han entregado, el donatario que tiene ya un derecho real, puede exigir el cumplimiento de lo pactado, reivindicando las cosas con los frutos y aumentos que hayan producido. En nuestro derecho no es necesario, como en el romano, que se verifique la tradición, para que el contrato esté perfeccionado. El contrato se perfecciona tan solo por el consentimiento»²⁰³. Sin perjuicio de que en esta exposición existen dos expresiones técnicamente inadecuadas (debería de haber escrito derecho a la cosa en lugar de derecho real, y reclamar las cosas en lugar de reivindicarlas), es evidente que este autor defendía que la entrega de la cosa donada era necesaria para adquirir su propiedad. Solo así cabe entender que sostuviese que «todas las cosas, así presentes como futuras, todos los derechos, así perfectos como dudosos, pueden ser materia de una donación»²⁰⁴.

Navarro Amandi escribió que «donación, es un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere al donatario la propiedad de las cosas donadas»²⁰⁵, y que «el donante se despoja de una cosa gratuitamente y en servicio de otra persona que recibe el nombre de

¹⁹⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 80.

¹⁹⁹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 85.

²⁰⁰ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 89.

²⁰¹ GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN HERNANZ, 1872, p. 410.

²⁰² FALCÓN Y OZCOIDI, 1878, p. 685.

²⁰³ FALCÓN Y OZCOIDI, 1878, pp. 690-691.

²⁰⁴ FALCÓN Y OZCOIDI, 1878, p. 688.

²⁰⁵ NAVARRO AMANDI, 1880, p. 635.

donatario»²⁰⁶. Sin embargo, también dijo que «la donación queda perfeccionada por la aceptación del donatario»²⁰⁷, así como que «cuando la donación se hace simplemente por carta o por palabra, no entregándose al donatario la cosa, está obligado a cumplirla el donante o sus herederos. [...] Verificada la donación sin mediar la entrega, debe el donante hacerla, y sino, sus herederos»²⁰⁸. Por consiguiente, reconoció el carácter consensual de la donación, así como que el donante o sus herederos debían entregar la cosa donada.

Por lo que se refiere a Sánchez Román, al abordar la consumación del contrato de donación, distinguió el cumplimiento normal o extrajudicial (que se producía «por la entrega de la cosa donada al donatario»²⁰⁹), del cumplimiento anormal o judicial, destacando que en este segundo supuesto «nace de este contrato una acción personal á favor del donatario para exigir del donante ó sus herederos la entrega de la cosa donada»²¹⁰. De nuevo se inserta la donación en el ámbito de la doctrina del título y el modo.

b) Segundo punto de vista: la donación como dación actual.

Parece adscribirse a este segundo punto de vista Álvarez Martínez, quien señaló que la donación era un título hábil traslativo de dominio²¹¹, al igual que la sucesión y los contratos²¹²; con lo que pareció sostener que la donación no era un contrato. Aun cuando este autor fue escueto, sus palabras parecen congruentes con una dación inmediata, y no con una obligación de entrega: «la donación es un acto por el que uno se desprende de presente de una manera irrevocable de una cosa que le pertenece, a favor de un tercero que la acepta. [...] Supone un acto de liberalidad y de desprendimiento de parte del que la hace»²¹³.

En la misma línea, Ortiz de Zúñiga Montemayor escribió: «donacion es una dádiva o liberalidad que se hace a otro. Puede hacerse por testamento, o como suele decirse *mortis causa*, en cuyo caso no tiene efecto hasta despues de haber fallecido el donante; y también *inter vivos*, es decir, sin atenderse al testamento ni a la muerte del que la hace, y entonces se ejecuta inmediatamente que se otorga, pasando al donatario el dominio de la cosa donada»²¹⁴. Este autor fue muy conciso en su explicación, aunque

²⁰⁶ NAVARRO AMANDI, 1880, p. 636.

²⁰⁷ NAVARRO AMANDI, 1880, p. 638.

²⁰⁸ NAVARRO AMANDI, 1880, p. 639.

²⁰⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, 1888-1889, p. 680.

²¹⁰ SÁNCHEZ ROMÁN, 1888-1889, p. 680.

²¹¹ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 1840, pp. 139, 157.

²¹² ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 1840, p. 139.

²¹³ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 1840, p. 157.

²¹⁴ ORTIZ DE ZÚÑIGA MONTEMAYOR, 1841, pp. 176-177.

es patente la ausencia de toda mención a una obligación de entrega a cargo del donante.

c) Valoración de la doctrina de finales del siglo XVIII y del siglo XIX anterior al CC.

El análisis de las principales obras jurídicas del período analizado permite alcanzar una clara conclusión: la doctrina sostuvo de manera abrumadoramente mayoritaria que la donación precisaba de la tradición para que el donatario adquiriese la propiedad de los bienes donados. Tal planteamiento era coherente con la regulación de la donación en las Partidas, cuyo contenido coincidía sustancialmente con la donación justiniana.

Es llamativo cómo muchos de estos autores, al definir a la donación, parecieron hacer referencia a un contrato dispositivo o real, utilizando términos tales como: *la cosa se haga al instante del que la recibe, goce al instante, acto, traspaso, transferencia al punto, traspaso actual, transferencia desde luego, traslación inmediata, despojo o transferencia de propiedad*. Sin embargo, esa mera apariencia no se compadece en absoluto con las explicaciones que ofrecieron sobre la mecánica transmisiva de la donación, a la que situaron indudablemente dentro del ámbito de la teoría del título y el modo. Es posible que sus definiciones estuvieran influidas por la doctrina francesa de la época, que cristalizó en la definición del artículo 894 del *Code* francés de 1804: «la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta»²¹⁵. Estos autores consideraron a la donación como simple título de adquisición, que podía desplegar efectos inmediatamente traslativos u obligacionales en función de si la cosa donada se entregaba en el momento de celebración del contrato (mediante tradición material o ficticia) o en un momento posterior; pero en ningún caso afirmaron que la perfección de la donación produjese automáticamente la transmisión del dominio al donatario, sin mediar entrega.

Solamente Álvarez Martínez y Ortiz de Zúñiga Montemayor parecieron referirse a la donación como un contrato real. Ciertamente fueron juristas de gran renombre en su época: ambos fueron Ministros y Magistrados del Tribunal Supremo²¹⁶. Sin embargo,

²¹⁵ «La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte». El texto del Código Civil francés ha sido tomado de *Code Civile des Français*, 1804.

²¹⁶ Sus biografías, disponibles en la página web de la Real Academia de la Historia, evidencian que fueron juristas y políticos de gran talla y relevancia: <https://dbe.rah.es/biografias/9367/cirilo-alvarez-martinez> y <https://dbe.rah.es/biografias/14095/manuel-ortiz-de-zuniga-montemayor>.

sus producciones científicas fueron bastante escuetas, y no se extendieron en su argumentación lo suficiente como para poder determinar sin ningún atisbo de duda que consideraron a la donación como un contrato real. Puede que sus definiciones también estuvieran influidas por el *Code* francés, sin que con ello pretendieran poner en cuestión la regulación de la donación plasmada en las Partidas²¹⁷. Ello sería congruente con que la jurisprudencia del siglo XIX, a cuya formación contribuyeron, en ningún caso afirmó que la donación fuese un contrato real²¹⁸.

En todo caso, es importante recalcar que Álvarez Martínez y Ortiz de Zúñiga Montemayor no asumieron la doctrina del *Code* hasta sus últimas consecuencias, puesto que nunca defendieron que el dominio se traspasase consensualmente, por el mero acuerdo de donante y donatario, sin mediar la entrega de la cosa donada.

5.8 La relevancia de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861

A primera vista, puede sorprender un tanto que se mencione la Ley Hipotecaria de 1861 al hilo de los antecedentes históricos de la donación. Sin embargo, es procedente su inclusión en este lugar, y no dentro del apartado correspondiente a los antecedentes legislativos, dado que constituye una muestra inequívoca del sentir de los jurisconsultos de mitad del siglo XIX sobre la mecánica transmisiva de la donación en el Derecho castellano entonces vigente.

El interés en la Ley Hipotecaria de 1861 no radica en su articulado, sino en su Exposición de Motivos²¹⁹. Al dar cuenta sobre si la inscripción de los actos y contratos traslativos de dominio era constitutiva, o si la inscripción no surtía efectos entre las partes, sino solo frente a terceros, la Comisión redactora expuso lo siguiente:

«Nuestras leyes, siguiendo á las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título solo produjera accion personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradicion, ó lo que es lo

²¹⁷ Quizá en el caso de ÁLVAREZ MARTÍNEZ sea posible establecer cierto alejamiento del Derecho castellano y una interpretación del régimen jurídico de la donación más afín al *Code*, en la medida en que su obra ha sido encuadrada dentro de lo que la doctrina ha denominado «traducción cultural» del código napoleónico, esto es, una decidida recepción de los postulados del Derecho francés mediante su inclusión (más o menos oculta) en los tratados jurídicos escritos por autores españoles. *Vid.* PETIT, *ADC*, 2008, pp. 1814-1815.

²¹⁸ *Cfr. infra*, II.5.9.2.

²¹⁹ El texto de la Exposición de Motivos y de la Ley Hipotecaria de 1861 ha sido tomado de *Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecución é Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro*, Madrid, 1861.

mismo, de la posesion de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende á dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesion. Los romanos, á pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto esterno, público, y que se pudiera apreciar por todos, debia señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó tambien en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se esceptua el reino de Aragon, en el que basta la reduccion de un contrato de enajenacion de inmuebles á escritura pública, para que el dominio ó el derecho real quede en el adquirente».

Los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861 consideraron conveniente dejar constancia de que, con la excepción de Aragón²²⁰, en todos²²¹ los antiguos reinos de España, incluida Castilla, tuvo aplicacion la teoría del título y el modo.

Si conforme a la normativa castellana la donación hubiese tenido una mecánica transmisiva distinta a la de los demás contratos traslativos del dominio, se hubiese dejado constancia de ello en la Exposición de Motivos, pues no hubiese tenido sentido manifestar una excepción y dejar de lado otra. Tampoco hubiese sido lógico no expresar una eventual excepción relativa a las transmisiones gratuitas de bienes inmuebles, dado que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria de 1861 se refería genéricamente a la inscripción de los «actos traslativos de dominio» y de los «actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales», sin distinguir entre negocios onerosos y gratuitos²²².

²²⁰ Por lo que respecta a la donación aragonesa, la Observancia 15 del Título *De donationibus* decía: «por costumbre del reino, tan pronto como está otorgado el instrumento sobre donacion ó venta, con testigos y confirmado con fianza, se transfiere el dominio en el donatario, aunque realmente, y de hecho, no se le haya entregado la cosa; y si despues de la donacion, el donante tuviere las cosas donadas y las poseyere, no perjudicará en nada al donatario». El texto ha sido tomado de *Observancias del Reino de Aragon. Vertidas del latín al castellano por los autores del Derecho y jurisprudencia de Aragon en sus relaciones con la legislación de Castilla*, Zaragoza, 1865.

²²¹ La Exposición de Motivos nada dijo sobre el antiguo Reino de Valencia, sin duda como consecuencia de la derogación del derecho autóctono en 1707. En todo caso, resulta destacable que, en el Derecho foral valenciano, con muy contadas excepciones, la propiedad se transmitía consensualmente, sin necesidad de entrega o tradición (GRAULLERA SANZ, 1994, p. 94; PESET REIG, 1995, p. 89). En *Fori VIII-VIII-VI* se establecía lo siguiente: «si alcuna cosa sera venuda, o donada, o scambiada a altre, o per qualque justa raho alienada, de mantinent quela venda sera feyta, o la donacio la senyoria daquella cosa es guanyada a aquell qui la cosa haura comprada, o aquisera donada, o scambiada, o per qualque justa raho la haura: jatsia ço que la cosa corporalment a ell no sia liurada. Car la possessio es de mantinent a ellguanyada. Si donchs primerament altre no pendra aquella possessio, o no la tendra car per lo consentiment que es feyt de les parts la possessio daquella cosa es guanyada a aquell, jatsia ço que de mantinent aquella cosa que es donada, o venuda no sia corporalment liurada». El texto ha sido tomado de *Fori Regni Valentiae*, València, 1547.

²²² En el mismo sentido, MONTERO LEÓN, quien tras reproducir la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 dijo que «no se alude a los títulos de adquisición,

Así las cosas, las manifestaciones de la Comisión redactora en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 tienen un valor doctrinal innegable, dado que secundaron el parecer casi unánime de la doctrina decimonónica: la donación también precisaba la entrega de los bienes donados para transmitir la propiedad.

5.9 La interpretación jurisprudencial de la donación antes de la entrada en vigor del CC

Una vez analizado el sentir de la doctrina, procede comprobar qué consideración mereció a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la eficacia transmisiva de la donación. A continuación, se mencionarán por orden cronológico todas las Sentencias del orden civil dictadas por el Tribunal Supremo a lo largo del siglo XIX en las cuales se expuso de manera explícita o implícita cómo se transmitía el dominio por medio de donación. Este análisis de la jurisprudencia constituye una aproximación inédita al estudio de la eficacia transmisiva de la donación conforme al Derecho castellano. A este respecto, conviene puntualizar que se referirán algunas Sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor del CC, debido a que resolvieron recursos de casación fundados en normativa anterior.

5.9.1 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La STS de 27 de enero de 1858²²³ confirmó la validez de una donación de la mitad de un premio de lotería realizada a favor del hermano del donante y del comprador del billete, a pesar de que, al tiempo de la donación, el premio constituía una mera expectativa. La donación en cuestión encaja con una donación promisorias u obligacional.

La STS de 26 de marzo de 1858²²⁴ está relacionada con la Sentencia anterior, pues resolvió un pleito seguido entre un donatario del premio de lotería y sus herederos. El Tribunal aludió a la donación en los siguientes términos: «en los autos aparece la verdad

pero es claro que es la entrada en la posesión lo que trans[fi]ere el dominio cualquiera que sea la causa de la adquisición. No se ve que haya que hacer una diferenciación en el caso de adquirir gratuitamente. La adquisición gratuita por título sin entrega, crea una distorsión en el sistema, para el que no existe una adecuada justificación» (MONTERO LEÓN, *RCDI*, 1992, p. 2116).

²²³ ECLI: ES: TS:1858:162, JC, t. 3, 6; ponente Manuel Ortiz de Zúñiga y Montemayor.

²²⁴ ECLI: ES: TS:1858:126, JC, t. 3, 24; ponente Juan Martín Carramolino.

legal de una verdadera donación o promesa de distribuir entre varias personas el premio de un medio billete de la lotería».

La STS de 27 de marzo de 1860²²⁵ reconoció que P 5.4.4 obligaba al donante a realizar la entrega de la cosa donada, sin perjuicio del beneficio de competencia: «la Ley 4.^a, tít. 4.^o, Partida 5.^a hace depender la obligación de entregar lo que se ha donado de que al donante le queden o no bienes suficientes para subsistir». Esta Sentencia demuestra que la obligación del donante de entregar la cosa donada no se circunscribía a la donación celebrada entre ausentes.

Los hechos que dieron lugar a la STS de 21 de marzo de 1863²²⁶ fueron los siguientes: en una escritura, un hijo había asignado a su madre una pensión de 4.400 reales de vellón anuales en concepto de pensión de viudedad mientras permaneciese en dicho estado. La pensión había sido impuesta sobre la renta de los mayorazgos de los que disfrutaba el donante. La viuda y heredera del donante partió la herencia de su difunto esposo sin tener en cuenta dicha donación, y sin pagar la pensión. La donataria interpuso demanda contra la viuda y heredera, solicitando que fuese condenada a pagarle las sucesivas pensiones anuales, así como las adeudadas desde el fallecimiento del donante. El Tribunal Supremo constató que, tras la abolición de los mayorazgos, la naturaleza de la pensión «es el de una simple donación, que aceptada por el donatario produce de lleno todos los efectos civiles y se hace extensiva a los herederos». Por ello, confirmó la obligación de pago impuesta a la viuda y heredera del donante. Obviamente, la Sentencia constata el carácter personal de la obligación de entregar la cosa donada y su transmisibilidad a los herederos, tanto del donante como del donatario.

La STS de 11 de marzo de 1864²²⁷ destacó que en las donaciones *mortis causa* la transmisión del dominio se producía automáticamente con la muerte del donante, sin necesidad de tradición: «las donaciones por causa de muerte según las leyes 11, tit. 4.^o, Partida 5.^a y 6.^a, tít. 12, libro 3.^o del Fuero Real, sea 1.^a, tít. 7.^o, libro 10 de la Novísima Recopilación, son aquellas que a las veces facen los homes... estando cuytados en enfermedades, o teniendo otros peligros de que non cuy daban estorcer, trasmitiendo gratuitamente y como por vía de manda alguna cosa de su propiedad en favor de otro para después de su fallecimiento; acto unilateral, revocable por su naturaleza, sin que por lo tanto necesite para su validez la aceptación del donatario, a quien se trasfiere el dominio de la cosa

²²⁵ ECLI: ES: TS:1860:22; JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano.

²²⁶ ECLI: ES: TS:1863:361; JC, t. 8, 74; ponente Pablo Jiménez de Palacio.

²²⁷ ECLI: ES: TS:1864:542; JC, t. 9, 68; ponente Tomás Huet y Allier.

donada, aun sin la entrega, luego que el donante premuere no arrepintiéndose de la donación». Más adelante se insiste en la misma idea: «donacion por causa de muerte, en virtud de la cual se trasfirió al donatario el dominio de la cosa». El hecho de que se destacase esta circunstancia apunta a una mecánica traslativa distinta a la de la donación *inter vivos*.

La STS de 6 de noviembre de 1866²²⁸ dijo que «si bien la insinuacion se hizo por los herederos de la donataria, en virtud de la facultad que le concedió la donante, esto no vicia la donacion, por cuanto siendo un derecho, es incuestionable su transmisión a aquellos». Para las donaciones cuyo valor excediese de quinientos maravedís, P 5.4.9 exigía que la donación constase en escritura y que fuese insinuada ante el Juez. En el supuesto examinado, habían fallecido tanto la donante como la donataria, a pesar de lo cual se reconoció la validez de la insinuación aprobada a instancias de los herederos de la segunda. Que la Sentencia calificase a la donación como derecho, y que aceptase la insinuación aprobada a instancias de los herederos de la donataria, constituye una clara evidencia de que la donación no operaba la transmisión de la propiedad por sí misma; de lo contrario, no hubiese tenido sentido el reconocimiento de tal derecho personal, ni la insinuación de la donación tras el fallecimiento de la donante y de la donataria.

La STS de 19 de mayo de 1881²²⁹ dijo que «las donaciones entre vivos se consideran perfectas y consumadas, y por lo tanto hecha la entrega al donatario de los bienes, cuando el donante se reserva el usufructo de los mismos». Esta Sentencia estimó un recurso de casación fundado en Derecho foral catalán, en el que se habían citado como infringidas las leyes 28 y 35 del Título *De Donationibus* del *Codex* de Justiniano. No obstante, si la solución hubiese sido distinta en aplicación de la legislación castellana, lo lógico hubiese sido que el Tribunal lo pusiese de manifiesto, como habitualmente se hacía en la jurisprudencia de la época²³⁰.

²²⁸ JC, t. 14, 399; ponente Eusebio Morales Puidebán. Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

²²⁹ ECLI: ES: TS:1881:200, JC, t. 46, 238; ponente Benito de Ulloa y Rey.

²³⁰ Al resolver recursos relativos a Derechos forales, el Tribunal Supremo solía hacer alusión al Derecho castellano para resaltar sus diferencias. A modo de ejemplo, la STS de 21 de noviembre de 1867 (ECLI: ES: TS:1867:24, JC, t. 16, 325; ponente Buenaventura Alvarado y Sotomayor) había señalado que «las donaciones no necesitan para su validez de la insinuación judicial sino cuando son puras o simples y esceden de 300 ducados en Navarra, y de 500 mrs. de oro en Castilla, según la legislación respectiva». En ocasiones, incluso, se aprovechaban las Sentencias para mencionar las coincidencias entre las distintas legislaciones forales. Así, en la STS de 15 de febrero de 1884 (ECLI: ES: TS:1884:144, JC, t. 54, 60; ponente Ricardo Díaz de Rueda) se indicó que «la insinuación es solamente necesaria en las donaciones puras y simples que excedan de la tasa legal, cuya doctrina es lo mismo en Navarra que en Cataluña puesto que en ambos territorios rige el Derecho romano como supletorio de la legislación especial».

La STS de 5 de noviembre de 1881²³¹ analizó un curioso caso de donación de acciones del Banco de España, realizadas por una viuda a favor de su sobrino. A los pocos días de que la donante contrajese segundo matrimonio, su esposo interpuso una demanda en la que solicitó la nulidad de la donación en todo lo que excediese de quinientos maravedís, debido a que no constaba en escritura pública y no había sido insinuada, conforme se exigía en P 5.4.9. La Sentencia de apelación había revocado la del Juzgado, y estimando la demanda, había declarado la nulidad de la donación en lo que excedía a quinientos maravedís, con la consiguiente restitución de las acciones correspondientes al exceso. En el recurso de casación, la representación del donatario insistió en que la donación de las acciones se había realizado de conformidad con la normativa del Banco de España, y que por tanto no podía ser acogida la pretensión de nulidad de la donación. El Tribunal Supremo dijo que una cosa era la transferencia realizada por la donante en las dependencias del Banco con la intervención de un agente de bolsa, que calificó como la «operación» o «medio de realizar la donación», y que cosa bien distinta era la nulidad parcial de la donación por defectos formales, por inexistencia de escritura y falta de insinuación. Por tanto, en la argumentación del Tribunal subyace la distinción entre la consumación de la donación (producida con la entrega o tradición de las acciones, que había sido realizada de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias del Banco de España) y los requisitos formales de la donación.

La STS de 30 de abril de 1885²³² desestimó un recurso de casación que se había fundamentado en P 5.4.4, y confirmó la desestimación de una tercería de mejor derecho, con el argumento de que «en las promesas de donación hechas con condiciones suspensivas no viene el día de reclamar mientras no se realizan los hechos que las determinan». Adviértase que el Tribunal no dijo que al cumplirse la condición se consume la donación, ni que se produzca la transmisión del dominio, sino que cuando se cumple la condición el donatario tiene derecho a exigir la entrega de la cosa donada. La conceptualización del derecho del donatario como un crédito es patente.

La STS de 29 de enero de 1886²³³, dictada al resolver un recurso de Derecho foral catalán, señaló que «la donación hecha el 22 de febrero de 1864 por D. Salvador Banús a su mujer Doña María Carbonell de las fincas que componían el manso y heredad de

²³¹ JC, t. 47, 422; ponente Benito de Ulloa y Rey. Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

²³² ECLI: ES: TS:1885:526, JC, t. 57, 190; ponente Ricardo Díaz de Rueda.

²³³ ECLI: ES: TS:1886:278, JC, t. 59, 32; ponente Raimundo Fernández Cuesta.

Banús, fue con el carácter de *inter vivos* y bajo la reserva de usufructo, por cuya circunstancia debe tenerse por consumada porque esta reserva produce los efectos de la tradición según lo dispuesto en las leyes 28 y 35, párrafo quinto, *Codicis De Donationibus*». El Tribunal tampoco realizó ninguna manifestación sobre una eventual discordancia con el Derecho castellano.

La STS de 16 de enero de 1888²³⁴ confirmó la condena impuesta al administrador de una herencia, consistente en la devolución al caudal hereditario de ciertos valores de los cuales se había apropiado injustificadamente. Se había cuestionado en el procedimiento si el albacea había adquirido dichos valores por donación. El Tribunal dijo que «no se ha probado que D. Manuel Mayo se desprendiera de los valores por un título traslativo de dominio en favor de D. Gregorio Ángulo», y añadió que «no hubo donación ni otro acto traslativo del dominio por parte de Mayo, por no tener este carácter el simple endoso que no es por efecto de valor recibido, y por no haberse explicado de otro modo la tenencia de los títulos en cuestión por el recurrente antes de entrar en sus funciones de albacea». La Sala calificó a la donación como un posible título traslativo de la propiedad, en virtud del cual el albacea podría haber justificado la posesión de los valores. Obviamente, a tenor del fallo del Tribunal Supremo, el albacea no logró acreditar la existencia de ninguna donación. En todo caso, la calificación de la donación como título o acto traslativo de dominio sitúa a donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo.

La STS de 28 de enero de 1898²³⁵ confirmó la existencia de una donación *inter vivos* con efectos *post mortem* con el siguiente razonamiento:

«Lo que diferencia la donación *inter vivos* de la donación *mortis causa*, es que esta se hace como su nombre indica, por causa de la muerte o de peligro mortal, sin intención de perder el donante la cosa ni su libre disposición en caso de vivir, al igual que sucede en las disposiciones testamentarias, y que tal es la definición contenida en las leyes de la Instituta y del Digesto, y en la Ley 11, tít. 4.º, Partida 5.ª, citadas en el primer motivo del recurso, lo mismo que en el artículo 620 del Código civil, al determinar que las donaciones que se rigen por las reglas de la sucesión testamentaria son las que producen sus efectos por muerte del donante; y que las donaciones *inter vivos* son las que se hacen sin esta consideración, por pura bondad del donante y merecimiento del que recibe, aunque la cosa no se entregue de momento, o se reserve la entrega *post mortem*, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia la naturaleza del acto, siendo estas donaciones irrevocables, especial-

²³⁴ ECLI: ES: TS:1888:78, JC, t. 63, 22; ponente José de Garnica y Díaz.

²³⁵ ECLI: ES: TS:1898:109, JC t. 83, 44; ponente José de Garnica y Díaz.

mente si no son con postura y con carácter oneroso, con arreglo a las leyes, proemio, 1.^a, 4.^a y 6.^a del título y Partida citados».

Concluyó la Sentencia señalando que la decisión recurrida «se ajusta a las leyes citadas, y que no infringe tampoco, supuesto que fuesen aplicables las leyes del Fuero Real y del Fuero Juzgo, que expresamente establecen, a pesar de lo que se alega en el motivo mencionado, que cuando la donación es perfecta, por reunir las condiciones que las mismas determinan, surte sus efectos aunque la cosa permanezca en poder del donante y éste muera sin haberla entregado». Esta Sentencia es de extraordinario interés. De un lado, dijo que en la donación *inter vivos* la entrega podía producirse con posterioridad al momento de celebración del contrato, con lo que reconoció claramente la existencia de las donaciones obligacionales o promisorias. De otro lado, también afirmó que las donaciones *inter vivos* eran irrevocables, aunque la cosa no se hubiese entregado. El carácter irrevocable de la donación desde el momento de la perfección del contrato, y no desde el momento de la entrega de la cosa, también era congruente con una donación obligacional. Por último, negó que la regulación de la donación en el Fuero Real y en el Fuero Juzgo fuese compatible con una donación real o con eficacia traslativa inmediata, al afirmar expresamente que la donación era perfecta y producía efectos, aunque la cosa permaneciese en poder del donante y este muriese sin haberla entregado. Así las cosas, esta resolución judicial corrobora el punto de vista que se defendió al analizar la regulación de la donación en el Fuero Real²³⁶: sus leyes no estaban orientadas a determinar el efecto traslativo inmediato de la donación, sino a subrayar la irrevocabilidad de la donación; o lo que es lo mismo, a evitar que el donante pretendiese deshacer unilateralmente el contrato antes de entregar la cosa donada.

En la STS de 30 de septiembre de 1898²³⁷ se corroboró la inexistencia de donación, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, debido a que no constaba que el supuesto donante hubiese firmado el documento. Lo interesante es que el Tribunal recalcó la falta de la «firma del supuesto donante u obligado», identificando claramente al donante como el obligado a cumplir una prestación.

Finalmente, la STS de 13 de junio de 1900²³⁸ volvió a subrayar las características distintivas de las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, y reiteró que las donaciones *inter vivos* son válidas «aunque la cosa no se entregue, de momento, o se reserve la entrega post

²³⁶ Cfr. *supra*, II.5.3.

²³⁷ ECLI: ES: TS:1898:246, JC, t. 84, 180; ponente Enrique de Illana y Mier.

²³⁸ ECLI: ES: TS:1900:83, JC, t. 90, 18; ponente Pedro Lavín y Olea.

mortem, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia la naturaleza del acto». En el caso concreto, la Sala constató lo siguiente:

«La liberalidad consignada en la escritura de 26 de Octubre de 1886, y aceptada por Doña Francisca Lorca, es una donación inter vivos, porque D. Pascual Beta la efectuó, no en consideración a su muerte o hallándose en inminente peligro de perder la vida, sino en sanidad sin manda, para remediar las desgracias y asegurar en parte el porvenir de Doña Francisca, y en compensación o remuneración de los favores que había recibido de personas conjuntas a ella, sin que la circunstancia de que se aplazara la entrega de la cantidad donada al día de la muerte de D. Pascual y la condición pactada en la escritura de que Doña Francisca hubiera de sobrevivirle, impliquen, por tanto, como sostiene el recurrente, la esencia de la donación mortis causa, y menos en la actual, donde el acto revistió los caracteres de un verdadero contrato por la concurrencia y aceptación de la donataria, y en la que se constituyó hipoteca para asegurar el cumplimiento de la obligación en su caso y día; todo lo cual pone de manifiesto el propósito en el donante de comprometerse por modo irrevocable».

Que se determinase la irrevocabilidad de la donación desde el momento de la celebración del contrato, y no desde la entrega de la cosa donada, y que la entrega se calificase expresamente como cumplimiento de una obligación (garantizada incluso con hipoteca), supone un expreso reconocimiento de la donación obligacional.

5.9.2 VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL CC

Un detenido estudio de la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo del siglo XIX²³⁹ permite constatar que la donación fue

²³⁹ La consideración de que la donación precisaba la entrega de las cosas donadas para operar la transmisión de la propiedad era evidente no solo en los Considerandos de las Sentencias, sino también en las argumentaciones esgrimidas por los litigantes en los procedimientos judiciales. Valga como ejemplo la STS de 6 de marzo de 1900 (JC, t. 89, 61; ponente Ricardo Gullón e Iglesias). La Corona reivindicó al Ayuntamiento de Placencia la Casa Real situada en dicha localidad, con el argumento de que habría sido donada a su favor a principios del siglo XIX. La pretensión fue desestimada por el Juzgado, decisión que confirmó tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo. En la Sentencia consta la argumentación que esgrimió el Abogado del Estado en el recurso de casación interpuesto en defensa de los intereses de la Corona: «á tenor del artículo 1261 del Código Civil, que reproduce la legislación anterior, en todo contrato han de concurrir los tres requisitos esenciales de consentimiento de los contratantes; objeto cierto ó materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, y siendo la donación un contrato que se perfecciona por la aceptación, á tenor de los artículos 623 y 629 del referido Código, y la Ley 4.^a, tít. 4.^o, Partida 5.^a, no podía dudarse de la eficacia y validez de la donación de la Casa Real hecha en 1803 á la Corona por el Ayuntamiento y la villa de Placencia, pues según aparecía de los hechos relacionados, habían concurrido en dicho contrato los tres elementos indispensables para su validez, puesto que habiendo quedado perfeccionado por la aceptación consignada en el decreto de 4 de Enero de 1804, en el que había sido aprobada por el Príncipe de

considerada como un título de adquisición, que obligaba a la entrega de los bienes donados, así como que dicha prestación se transmitía tanto a los herederos del donante (obligación) como a los herederos del donatario (derecho de crédito). En la jurisprudencia examinada no existe ningún elemento que permita considerar a la donación como un contrato dispositivo, que transfiriese la propiedad sin la entrega de las cosas donadas; ni tampoco como un contrato real, que exigiese la entrega simultánea de la cosa donada al tiempo de la perfección de la donación.

Este examen confirma que la jurisprudencia fue congruente con los planteamientos de la doctrina jurídica contemporánea, así como que la interpretación expuesta en este estudio sobre la eficacia transmisiva de la donación en la normativa histórica castellana, en consonancia con el modelo de donación justiniana, es correcta.

III. LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA DONACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Una vez examinados los antecedentes históricos, procede adentrarse en el análisis de los antecedentes legislativos. Nuestra atención se va a extender a todo el siglo XIX. Será objeto de estudio la regulación de la donación en los proyectos de CC de 1821, 1836, 1851 y 1869. También se examinarán los proyectos de leyes de bases de 1881 y 1885, la Ley de bases de 1888 y el anteproyecto de CC de 1882-1889. Finalmente, se mencionarán los

la Paz la escritura de obligación que ya lo había sido con anterioridad por el Ayuntamiento en 20 de Marzo de 1803, y apareciendo demostrado el ofrecimiento de levantar de nueva planta el edificio que hoy trataba el Estado de reivindicar, de las sesiones celebradas en 13 de Marzo y 17 de Agosto de 1803 por el Ayuntamiento de Placencia, asistido de los hijosdalgos de la villa, quedaba evidenciada la existencia del contrato de donación y su validez en cuanto al consentimiento expreso de los contratantes y objeto cierto, materia del contrato; y en cuanto á la causa del mismo y liberalidad del donante, resultaba igualmente demostrada del contexto de los documentos citados, según los que, tanto el Ayuntamiento como la villa de Placencia, habían considerado de conveniencia grande la continuación en el país de las Reales Fábricas aun á costa de los sacrificios pecuniarios que había de ocasionar la instalación de aquel servicio público permanente en forma debida y á su coste; que disponiendo la Ley 8.^a, tít. 30, Partida 3.^a, que se tendrá por realizada la entrega de un inmueble cuando sea entregada la escritura por la que se traspasa su propiedad, era indudable que el contrato perfeccionado en 1804 había seguido la entrega de la Casa Real, mediante la de la escritura de 1.^o de Marzo de 1810, confirmando el hecho de la tradición la posesión del edificio en que se hallaba la Corona, cuando en 1815, terminada la guerra de la Independencia, había sido posible la reorganización del servicio instalándose en la Casa Real, que hasta 1867 había ocupado el Cuerpo de Artillería». Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

debates parlamentarios celebrados entre 1888 y 1889, que revisten una capital importancia.

Esta aproximación permitirá determinar si la codificación situó a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, tal y como sucedía en el Derecho castellano, o si por el contrario se optó por otras alternativas normativas.

2. PROYECTO DE CC DE 1821

Este proyecto de CC, que nunca fue terminado y por tanto constituye un texto incompleto, menciona incidentalmente la donación en apenas cuatro artículos²⁴⁰, cuyo contenido no arroja ninguna luz sobre su mecánica transmisiva. Por tanto, no resulta útil a los efectos de este estudio.

3. PROYECTO DE CC DE 1836

El artículo 633 del proyecto de CC de 1836²⁴¹ decía que el derecho de propiedad se podía adquirir, entre otras causas, por entrega legítima. El artículo 698 la definía así: «llámase entrega legítima la que se hace por el dueño u otro autorizado en su nombre, precediendo cualesquiera de los justos títulos capaces de transferir el dominio según las leyes de este Código». El artículo 725 señalaba que «por justo título se entiende cualquiera real y verdadero de aquellos que son traslativos de dominio, como la venta, la donación, etc.». Por su parte, en el artículo 706 se establecía con claridad que «si no se hubiere realizado la entrega de la cosa aun cuando haya sido adquirida por título legítimo, el adquirente no podrá reivindicarla, sino pedir por acción personal que se le entregue, esto es, que el otro contratante cumpla su obligación». En consecuencia, la vigencia de la teoría del título y el modo en el proyecto de 1836 es incuestionable²⁴².

²⁴⁰ Artículo 347, que especificaba que a pesar de que los cónyuges estuviesen separados, subsistían sus obligaciones comunes en relación con las donaciones matrimoniales en favor de los hijos comunes; artículo 374, que aclaraba que el derecho de los padres consistente en la administración y usufructo de los bienes de los hijos se extendía sobre los bienes adquiridos en virtud de donación; artículo 377, que señalaba que era obligación de los padres «promover el establecimiento y colocación de los hijos», entre otras formas, mediante donaciones matrimoniales; y artículo 431, que prohibía a tutores y curadores donar los bienes de los protegidos. El texto del proyecto de 1821 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979.

²⁴¹ El texto del proyecto de 1836 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979.

²⁴² LASSO GAITE destacó que en el Proyecto de 1836 hubo un desligamiento del modelo francés en lo relativo a los modos de adquirir la propiedad, y que «la entrega legítima de las cosas, tradición, merece en el proyecto holgado espacio» (LASSO GAITE, 1978,

Se admitía la tradición real o simbólica (artículos 700 a 703). No obstante, para los bienes inmuebles, el artículo 699 del proyecto exigía la constancia del justo título en escritura pública autorizada por escribano y otorgada en presencia de dos testigos, o bien en instrumento privado hecho a presencia de tres testigos, que debían firmar el documento en unión a los contratantes.

El artículo 1579 definía a la donación de la siguiente manera: «la donación entre vivos es un acto por el cual una persona da a otra irrevocablemente, y a título gratuito, alguna cosa mueble o inmueble». El artículo 1592 añadía que «hecha y aceptada la donación entre vivos es legalmente irrevocable». Se contemplaban reglas especiales para las donaciones de bienes inmuebles: el artículo 1590 decía que «si la donación fuere de bienes raíces deberá registrarse la escritura por donde conste la donación en el registro público»; y el artículo 1591 añadía que «el registro de que trata el artículo anterior es esencial para la validez de las donaciones; cualquiera que tenga interés en ello, podrá oponer en juicio la falta de esta formalidad, y probada que sea, se anulará la donación».

A la vista del contenido del proyecto de CC de 1836, se advierte una clara continuidad con la regulación de las Partidas. A pesar de que era definida como acto, a imitación del *Code* francés, el carácter consensual de la donación era claro, dado que la irrevocabilidad se situaba en el momento de la aceptación de la donación, y no en la entrega de la cosa donada, como cabría esperar en un contrato real. La donación se concebía como un título apto para la adquisición de la propiedad, que se producía con la entrega o tradición. La única novedad destacable de este proyecto en relación con el Derecho castellano afectaba a los requisitos formales. La insinuación desaparecía, y las donaciones de bienes inmuebles requerían escritura pública e inscripción en el registro; no para su eficacia probatoria, sino para su validez²⁴³. En cambio, para las donaciones de bienes muebles existía libertad de forma.

p. 128). En contra, BARÓ PAZOS, para quien el proyecto de 1836 «no acoge la doctrina romana del título y del modo, bastando el consentimiento de los contratantes para que el negocio jurídico surta sus efectos, sin necesidad de proceder a la entrega del bien que se transmite» (BARÓ PAZOS, 2014, p. 75). Sin embargo, tal aseveración, que no fue justificada por su autor, resulta inconciliable con el artículo 706 del proyecto, que con total claridad señalaba que el adquirente que aún no había entrado en posesión del bien no podía reivindicarlo (porque aún no era propietario, escenario que sí se produciría en un sistema consensual de transmisión del dominio), sino que solo podía solicitar la entrega (es decir, exigir el cumplimiento de la obligación) mediante el ejercicio de una acción personal. Cualquier atisbo de transmisión consensual del dominio queda radicalmente descartado. Es más, el mismo autor, en una obra anterior, escribió que a tenor del artículo 698 del proyecto de 1836 se requería «la entrega de la cosa (traditio)» (BARÓ PAZOS, 1993, p. 80), por lo que parece que aquel apunte obedece a un descuido.

²⁴³ SANTOS MORÓN, 1996, pp. 104-105; SERNA VALLEJO, 1996, p. 341.

4. PROYECTO DE CC DE 1851

En el artículo 940 del proyecto de CC de 1851²⁴⁴ fue definida la donación de la siguiente manera: «donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad, por el cual se transfiere desde luego al donatario la propiedad de las cosas donadas». El artículo 945 señalaba que «la donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta y se pone la aceptación en conocimiento del donador»; y el artículo 953 *in fine* decía que las donaciones no podían comprender bienes futuros.

En cuanto a los requisitos formales, según el artículo 946, las donaciones debían hacerse en escritura pública; pero como excepción, el artículo 952 establecía que las donaciones de bienes muebles cuyo valor no excediese de cien duros no estaban sujetas a ningún requisito formal, siempre que se produjesen en el mismo acto la aceptación y la tradición de los bienes donados.

El proyecto de 1851 no contenía ningún precepto expreso que dijese cómo se transfería la propiedad por donación²⁴⁵. Sin embargo, no hay duda de que se regulaba una donación que transmitía el dominio con arreglo a un modelo consensual de transmisión del dominio. García Goyena, en sus famosas *Concordancias*²⁴⁶, afirmó con claridad el carácter dispositivo de la donación en el proyecto de 1851: «la donacion entre vivos transfiere al donatario, irrevocablemente y en el acto, la propiedad de los bienes donados, lo que no puede tener lugar en los futuros»²⁴⁷.

Sin duda, la razón del carácter traslativo de la donación radicaba en el artículo 548 del proyecto, que copiando el sistema de transmisión consensual del *Code* francés de 1804, decía que «la propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción». En coherencia con ello, el artículo 981 del proyecto estipulaba que «la entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad». García Goyena reconoció abiertamente que esta regla era «enteramente contraria a la máxima Romana y Patria “*Traditione*,

²⁴⁴ El texto del proyecto de 1851 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979.

²⁴⁵ El artículo 938 del *Code* francés de 1804 decía que «la donación debidamente aceptada se perfeccionará por el solo consentimiento de las partes; y la propiedad de los objetos donados se transferirá al donatario, sin necesidad de otra tradición» («la donation dument acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition»). Esta norma no fue incluida en el proyecto de 1851.

²⁴⁶ Según la STS de 11 de noviembre de 1943 (ECLI: ES: TS:1943:184; RJ 1943\1170, ponente José Castán Tobeñas), las *Concordancias* de GARCÍA GOYENA constituyen una fuente de excepción para interpretar el proyecto de CC de 1851: «los Motivos y Comentarios redactados por la Presidencia de la Comisión elaboradora de dicho Proyecto [...] constituían una interpretación moralmente auténtica de su espíritu y disposiciones».

²⁴⁷ GARCÍA GOYENA, 1852 II, p. 299.

non nuda conventione dominium acquiri”. [...] La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde que el deudor queda obligado a entregarla. Desde entonces asiste al acreedor, no ya un simple derecho a la cosa (*jus ad rem*), sino un derecho de dominio (*jus in re*)»²⁴⁸.

Es patente que el proyecto de 1851 suponía una ruptura radical con la tradición del Derecho castellano²⁴⁹, en el que el dominio se transmitía, también por donación, con arreglo a la teoría del título y el modo²⁵⁰. No en vano, la dependencia y seguidismo respecto del *Code* francés fue una de las principales críticas que se dirigieron contra el proyecto de 1851²⁵¹.

Así las cosas, en el proyecto de CC de 1851, la perfección de la donación, que se producía con la aceptación del donatario y su puesta en conocimiento del donante, determinaba no solo su irrevocabilidad, sino también la transmisión automática del dominio, sin necesidad de la tradición de los bienes donados.

5. PROYECTO DE CC DE 1869

El proyecto de CC de 1869 nunca fue terminado. Solamente mencionaba la donación en tres artículos²⁵², de los cuales no puede

²⁴⁸ GARCÍA GOYENA, 1852 III, pp. 11-12.

²⁴⁹ BARÓ PAZOS, 2014, p. 85: «en un intento de apartarse de la tradición española en este punto coincidente con la doctrina romana, el proyecto como el *Code* no acoge el sistema del título y el modo entre los modos de adquirir la propiedad: los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde ese momento obligan a las partes, sin que se precise la entrega o la *traditio* de la cosa para que se haga efectiva la transmisión de la propiedad entre los contratantes, todo ello en aras de facilitar la transmisión de la propiedad y favorecer la circulación de los bienes. [...] Este sistema supone un cambio sustancial en nuestra legislación, vinculada a la tradición del derecho romano, y resulta evidente que fue el sistema francés de la transmisión consensual el que incluyó en el proyecto de 1851».

²⁵⁰ No debe olvidarse que en el *Febrero* de AGUIRRE DE LA PEÑA y del propio GARCÍA GOYENA, publicado en 1841, apenas once años antes que las *Concordancias*, se decía que «la donacion se perfecciona como todos [los contratos] por el solo consentimiento; la entrega de la cosa no es mas que la consecuencia y complemento de la donacion. Entre los romanos antiguamente no había donacion sin la entrega de la cosa, y por esto era uno de los modos de adquirir; pero despues vino a quedar, como hoy entre nosotros, en simple causa o título, porque nacía obligacion desde luego e independientemente de la entrega de la cosa» (AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA, 1841, p. 172; cfr. *supra*, II.5.7.2.a). El abandono de la mecánica transmisiva de la donación del Derecho castellano, y su sustitución por un sistema consensual de transmisión del dominio, importado del Derecho francés, es patente.

²⁵¹ LASSO GAITE, 1978, pp. 286, 290.

²⁵² Artículo 191, que decía que los bienes que el hijo adquiriese con el caudal del padre mientras estuviese bajo la patria potestad pertenecían al progenitor en propiedad y en usufructo, sin perjuicio de la facultad que tenía el padre en todo caso de hacer al hijo alguna donación de tales bienes o señalarle alguna parte en sus utilidades; artículo 286, que decía que el tutor necesitaba autorización del consejo de familia para admitir o rechazar

extraerse ninguna conclusión sobre su efecto transmisivo. En consecuencia, nada aporta a este estudio.

6. LA CODIFICACIÓN DE LA DONACIÓN EN EL CC DE 1889

Llegados a este punto, procede analizar cómo fue concebida la donación en las leyes de bases que se redactaron entre 1881 y 1888, en el anteproyecto de CC de 1882-1889, y en los debates parlamentarios que se celebraron en el Senado y en el Congreso de los Diputados, en los que se aludió expresamente al efecto transmisivo de la donación. Constituyen antecedentes legislativos especialmente trascendentes, a la vista de su inmediatez con respecto a la aprobación del CC.

6.1 Proyecto de ley de bases de 1881

El proyecto de ley de bases de 1881²⁵³, impulsado por el Ministro de Gracia y Justicia Alonso Martínez, decía en su artículo 1 que «se autoriza al Gobierno para publicar como ley del Reino el proyecto de CC de 5 de Mayo de 1851, con las modificaciones que el estado actual del país y los adelantos de la ciencia del Derecho aconsejen». La idea inicial era clara: dar fuerza de ley al proyecto de 1851, introduciendo modificaciones mínimas en su articulado. En ninguna de las diecisiete bases que contenía el proyecto de ley se hacía la más mínima mención a la donación, a los contratos o a los modos de adquisición del dominio.

No obstante, de haberse convertido este proyecto en ley, cabe colegir que en el CC resultante la donación hubiese sido un negocio dispositivo, con la eficacia transmisiva consensual característica del *Code* francés de 1804, pues tal era el modelo que contemplaba el proyecto de CC de 1851.

Lo bien cierto es que el proyecto de ley de bases de 1881 fue recibido en las Cortes con bastantes reticencias, y nunca fue aprobado²⁵⁴.

legados o donaciones realizados a favor del menor, así como para repudiar las herencias que se le defiriesen; y artículo 287, que decía que el tutor podía donar o remitir los bienes que perteneciesen al menor que pertenezca al menor, pero que este podría con consentimiento de aquel hacer donaciones por razón de matrimonio si se encontrase en edad apta para contraerlo. El texto del proyecto de 1869 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979.

²⁵³ Presentado a las Cortes por autorización concedida por Real Decreto de 20 de octubre de 1881.

²⁵⁴ LASSO GAITE, 1978, pp. 393-397; BARÓ PAZOS, 1993, pp. 232-233.

6.2 Anteproyecto de CC de 1882-1889

El anteproyecto de 1882-1889 constituye el antecedente directo e inmediato del vigente CC de 1889. La doctrina que lo ha estudiado ha determinado que los Libros I y II del anteproyecto fueron redactados discontinuamente entre 1882 y 1888²⁵⁵.

6.2.1 DEFINICIÓN Y CARACTERES DE LA DONACIÓN

El artículo 606 del anteproyecto²⁵⁶ decía que la propiedad se podía adquirir por ocupación, donación, sucesión testada e intestada, por efecto de los contratos y por medio de la prescripción. Por su parte, el artículo 615 definía a la donación de la siguiente manera: «donación es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

El artículo 621 del anteproyecto decía que «podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes»; en tanto que el artículo 634 disponía que «la donación no podrá comprender bienes futuros».

En cuanto a la forma, el artículo 627 regulaba los requisitos para las donaciones de bienes muebles: «la donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea e la cosa donada. No yendo acompañada de la entrega, solo podrá hacerse por escrito». El artículo 628 exigía escritura pública para las donaciones de bienes inmuebles.

El artículo 632 del anteproyecto estaba dedicado específicamente a la eficacia transmisiva de la donación:

«La donación, debidamente aceptada, es perfecta entre los interesados y la propiedad se entiende transferida al donatario, mediante la tradición, si es de cosa mueble, o por la inscripción de la escritura en el Registro de la propiedad, si fuere inmueble».

En relación con este precepto, en el anteproyecto se hizo constar que su antecedente inmediato era el artículo 1062 del *Codice Civile* italiano de 1865 ‘reformado’²⁵⁷. Sin embargo, más que una ‘reforma’, el artículo 632 del anteproyecto constituía una modificación radical. En efecto, el artículo 1062 del *Codice*²⁵⁸, claramen-

²⁵⁵ LASSO GAITE, 1978, pp. 286, 397-412, 543-562; BARÓ PAZOS, 1993, pp. 228-273; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 6-11.

²⁵⁶ El texto del anteproyecto de CC de 1882-1889 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979, y de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006.

²⁵⁷ LASSO GAITE, 1979, p. 611; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, p. 195.

²⁵⁸ El artículo 1125 del *Codice* decía que «en los contratos que tienen por objeto la traslación de la propiedad o de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, y la cosa queda a

te influido por el sistema de transmisión consensual del *Code français*, decía que «la donación debidamente aceptada es perfecta entre las partes, y la propiedad de los efectos donados se entiende transferida al donatario sin necesidad de tradición»²⁵⁹. Realmente, el precedente más fidedigno del artículo 632 del anteproyecto era el proyecto de CC de 1836²⁶⁰, que disponía que la transmisión del dominio por donación se realizaba mediante la tradición de los bienes muebles, y con la inscripción registral de la escritura de donación de los bienes inmuebles.

Así las cosas, el anteproyecto de CC 1882-1889 es un tanto contradictorio en lo que a la regulación de la donación se refiere. De un lado, su articulado estaba claramente inspirado en el proyecto de CC de 1851, en el Código Civil italiano de 1865 y en el Código Civil portugués de 1867²⁶¹, textos todos ellos impregnados del modelo de transmisión consensual del dominio que implantó el Código Civil francés de 1804. A la vista de tales antecedentes, cabría esperar que en el anteproyecto de 1882-1889 la donación fuese un negocio dispositivo, en el que la transmisión del dominio se produjese automáticamente con la aceptación de la donación. Sin embargo, no fue así, dado que se exigía la entrega o tradición para los bienes muebles, y la inscripción de la escritura pública de donación para los bienes inmuebles.

Seguramente, esta incongruencia obedeció a que el anteproyecto, a pesar de su evidente seguidismo del *Code français*, recuperó la tradicional teoría del título y el modo para la adquisición del dominio. Con todo, la inscripción registral de las donaciones de bienes inmuebles que exigía el artículo 632 constituía una anomalía, tanto desde el punto de vista del Derecho castellano como desde el punto de vista del Derecho comparado²⁶², que sería corregida en la versión definitiva del CC de 1889.

riesgo y peligro del adquirente, aunque no se haya realizado la tradición» («nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione»). El texto del Código Civil italiano de 1865 ha sido tomado de *Codice Civile del Regno d'Italia*, 1865.

²⁵⁹ «La donazione debitamente accettata è perfetta tra le parti, e la proprietà degli effetti donati s'intende trasferita nel donatario senza necessità di tradizione».

²⁶⁰ Cfr. *supra*, III.3.

²⁶¹ LASSO GAITE, 1979, pp. 610-614; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 192-203.

²⁶² A no ser que se pretendiese sustituir la insinuación de la donación ante la autoridad judicial por la inscripción registral, aunque la finalidad de ambas figuras era bien distinta.

6.2.2 ORIGEN DE LOS ARTÍCULOS RELATIVOS A LA DONACIÓN

Resulta interesante constatar los antecedentes de los cuarenta y un artículos dedicados a la donación en el anteproyecto de CC de 1882-1889, que fueron expresamente reseñados por la Comisión redactora²⁶³:

- Proyecto de CC de 1851: diecinueve artículos.
- Código Civil portugués de 1867: nueve artículos.
- Código Civil italiano de 1865: cinco artículos.
- Sin referencia del antecedente: tres artículos.
- Proyecto de CC de 1851 y Código Civil Portugués de 1867: dos artículos.
- Código Civil italiano de 1865 y Código Civil portugués de 1867: un artículo.
- Proyecto de CC de 1851, Código Civil portugués de 1867 y Código Civil mexicano de 1870: un artículo.
- Código Civil de Guatemala de 1877: un artículo.

Por su singular trascendencia en el régimen jurídico de la donación, conviene destacar el origen de los siguientes artículos del anteproyecto:

- Definición de donación (art. 615 del anteproyecto): artículo 1050 del Código Civil italiano de 1865, que decía así: «la donación es un acto de espontánea liberalidad, con el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada a favor del donatario que la acepta»²⁶⁴. Para la doctrina italiana del siglo XIX era pacífico que con arreglo al *Codice Civile* la donación transmitía el dominio sin necesidad de la entrega o tradición de la cosa donada²⁶⁵.
- Capacidad del donante para contratar y disponer (art. 621 del anteproyecto): artículo 1476 del Código Civil portugués de 1867: «pueden hacer donaciones todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes»²⁶⁶. El *Código Civil portuguez* también contem-

²⁶³ LASSO GAITE, 1979, pp. 610-614; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 192-203.

²⁶⁴ «La donazione è un atto di spontanea liberalità, con quale el donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta».

²⁶⁵ BORSARI, 1877, p. 10; PACIFICI-MAZZONI, 1872, p. 464-465; RICCI, 1878, pp. 345-348.

²⁶⁶ «Podem fazer doações todos os que podem contractar e dispor des seus bens». El texto del Código Civil portugués ha sido tomado de *Código Civil portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867*, 1868.

plaba una transmisión de la propiedad por donación meramente consensual, sin necesidad de entrega o tradición²⁶⁷.

– Prohibición de donación de bienes futuros (art. 634 del anteproyecto): artículo 953 del proyecto de 1851 («la donación no puede comprender los bienes futuros») y artículo 1453 del Código Civil portugués de 1867 («la donación no puede comprender bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos que no se encuentran en poder del donante, o sobre los cuales este no tiene derecho al tiempo de la donación»²⁶⁸).

A la vista de los preceptos de Códigos extranjeros que fueron utilizados como base para redactar los artículos relativos a la donación en el anteproyecto de CC de 1882-1889, salta a la vista que la Comisión imitó de manera evidente la regulación francesa de la donación, plasmada en el *Code* de 1804 y en todos los textos legales de su influencia²⁶⁹, como fueron el proyecto de CC de 1851, el Código Civil italiano de 1865, el Código Civil portugués de 1867, e incluso los Códigos Civiles mexicano de 1870 y guatemalteco de 1877. Con acertadas palabras, Peña Bernaldo de Quirós subrayó que el Código Civil francés de 1804 «influye en el nuestro, ya directamente, ya a través de los Códigos o Proyectos posteriores que cita nuestro Anteproyecto, los cuales recibieron la influencia del Código francés. Así resultan recogidos diferentes preceptos del Código francés, sin que éste sea citado y sí lo sea, en cambio, el

²⁶⁷ El artículo 1452 del Código Civil portugués de 1867 decía que «donación es un contrato, por el que cualquier persona transfiere a otra gratuitamente una parte, o la totalidad de sus bienes presentes» («doação é um contracto, por que qualquer pessoa transfere a outrem gratuitamente uma parte, ou a totalidade de seus bens presentes»). El artículo 715 del Código establecía con total claridad la transmisión consensual del dominio a través de los contratos, al señalar que «en la enajenación de cosas ciertas y determinadas, la transferencia de la propiedad se produce entre los contratantes, por el mero efecto del contrato, con independencia de la tradición o posesión, ya sea material o simbólica, salvo que exista acuerdo de las partes en contrario» («nas alienações de cousas certas e determinadas a transferencia da propriedade opera-se entre os contrahentes, por mero effeito do contrato, sem dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo accordo das partes em contrario»). El más reputado comentarista del Código Civil portugués de 1867, DIAS FERREIRA, destacó que el Código, apartándose de la legislación anterior, seguía abiertamente la doctrina del Derecho francés, dispensando la tradición para la validez de la enajenación, y considerando transferida la propiedad con la perfección del contrato (DIAS FERREIRA, 1871, p. 222).

²⁶⁸ «A doação não pôde abranger bens futuros. Por bens futuros entendem-se aqueles, que não se acham em poder do doador, ou a que este não tem direito au tempo de doação».

²⁶⁹ Siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el Código italiano de 1865 tuvo como modelo el *Code* francés; el Código portugués estuvo muy influido por el proyecto de CC español de 1851; el Código mexicano de 1870 por el proyecto español de 1851 y por el Código portugués de 1867; y el Código guatemalteco por el Código francés de 1804, el Código portugués de 1867, el anteproyecto de Código belga (de clarísima influencia francesa) y el proyecto español de 1851, entre otros (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 23-28).

Proyecto de 1851, el Código italiano o cualquier otro elaborado sobre el modelo francés»²⁷⁰.

La influencia del Código Civil francés de 1804 en el anteproyecto de CC español de 1882-1889 fue tan evidente, que es posible establecer una correlación directa entre las normas del *Code* reguladoras de la donación y los artículos que regulan la donación en el CC de 1889, con independencia de las influencias intermedias de otros códigos extranjeros. Así:

– La definición de donación (art. 618 CC) procede del artículo 615 del anteproyecto, que tomó como referencia el artículo 1050 del Código Civil italiano, que a su vez era una copia literal del artículo 894 del Código Civil francés («la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta»²⁷¹).

– La necesaria capacidad del donante para contratar y disponer (art. 624 CC) procede del artículo 621 del anteproyecto, que tomó como referencia el artículo 1476 del Código Civil portugués de 1867, que a su vez estaba inspirado en el artículo 902 del Código Civil francés («todas las personas pueden disponer y recibir, ya sea por donación entre vivos o por testamento, excepto aquellas a quienes la ley declare incapaces para ello»²⁷²).

– La prohibición de donación de bienes futuros (art. 635 CC) procede del artículo 634 del anteproyecto, que tomó como referencia el artículo 953 del proyecto de CC de 1851 y el artículo 1453 del Código Civil portugués, los cuales estaban a su vez claramente influidos por el artículo 943 del Código Civil francés («la donación entre vivos sólo puede comprender los bienes presentes del donante; si incluye bienes futuros, será nula a este respecto»²⁷³).

Tales antecedentes evidencian que el anteproyecto de CC de 1882-1889 se desmarcó de la regulación de la donación contenida en el Derecho castellano histórico, y acabó acogiendo el modelo de donación francés, que transmitía la propiedad automáticamente una vez perfeccionada, sin necesidad de entrega o tradición²⁷⁴.

²⁷⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, p. 25.

²⁷¹ «La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte».

²⁷² «Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables».

²⁷³ «La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard».

²⁷⁴ Parte de la doctrina ha argumentado que el Código Civil francés de 1804 influyó en el CC de 1889 menos que en el proyecto de CC de 1851. A modo de ejemplo, BARÓ PAZOS, pese a admitir que «la influencia francesa no es la única, pero sí la más importante en la codificación española», sostuvo que la influencia del *Code* en el CC de 1889 fue menor, debido a múltiples factores: la aparición de nuevos códigos europeos

Se trata de una circunstancia especialmente trascendente, dado que el anteproyecto de CC abandonó el modelo consensual de la transmisión de la propiedad que contenía el proyecto de CC de 1851, y recuperó la tradicional teoría del título y modo. La asunción en el anteproyecto de CC de 1882-1889 de una mecánica traslativa específica para la donación, en contraposición a los demás negocios traslativos de dominio, constituye una circunstancia muy reseñable, debido a su excepcionalidad en el marco del sistema, y al abandono de la eficacia transmisiva tradicional de la donación en el Derecho castellano.

Al respecto, resulta igualmente destacable que en la versión definitiva del CC fuese suprimido el artículo 632 del anteproyecto de CC de 1882-1889, que decía que la donación de bienes muebles se transmitía mediante la tradición, y la de bienes inmuebles mediante la inscripción registral. La desaparición de todo vestigio relativo a la aplicación de la teoría del título y el modo a la donación no puede ser minusvalorada ni desdeñada²⁷⁵.

o americanos, que concitaron el interés del legislador español; el resurgimiento doctrinal de los juristas españoles, que destacaron lo propio frente a lo extranjero; la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que con la instauración de los recursos de nulidad (1838) y de casación (1855), junto con la obligación de motivar las Sentencias, adaptó el antiguo derecho propio a las circunstancias sociales, económicas y políticas del siglo XIX; y que tanto el *Code* como el derecho español histórico son herederos de la misma tradición romana, por lo que «más que hablar de *afrancesamiento* de nuestro Código, bien pudiera hablarse de un *romanismo compartido*, eso sí, al gusto y al estilo de la doctrina francesa precodificadora, que constituye el fundamento y la esencia misma del *Code*» (BARÓ PAZOS, 2014, pp. 114-117). Sin necesidad de cuestionar este planteamiento, y con independencia de lo que pueda sostenerse respecto de otras instituciones jurídicas, el *afrancesamiento* de la regulación del CC de 1889 es palmaria en todo lo relativo a la donación.

²⁷⁵ ALBALADEJO GARCÍA manifestó que la eliminación del artículo 632 del anteproyecto no tendría ninguna relevancia, sobre la base de que «las supresiones de artículos del Anteproyecto, que no pasaron al Código, las más de las veces se debieron a considerarlos innecesarios, redundantes, superfluos, etc., y querer simplificar eliminándolos» (ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, p. 47). Además, intentó apoyar su argumentación en los apuntes manuscritos que dejaron algunos miembros de la Comisión redactora del CC que constan en los archivos de la Comisión General de Codificación (ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, pp. 47-49). Sin embargo, tales argumentos no son convincentes: los apuntes manuscritos no son ni claros ni terminantes, y además serían contradictorios no solo con el articulado del anteproyecto de 1882-1889, sino también con la Ley de bases aprobada en 1888, cuyo proyecto databa de 1885. No es un argumento sólido afirmar que el artículo 632 del anteproyecto fue suprimido por considerarse que dicha norma era innecesaria, pues «que no lo era, lo demuestra la aún existente controversia sobre la naturaleza de la donación» (MONTERO LEÓN, *RCDI*, 1992, p. 2117). A mayor abundamiento, los debates parlamentarios de la época rebatieron rotundamente que los redactores del CC pretendiesen exigir la tradición para la transmisión de la propiedad por donación (cfr. *infra*, III.6.2.4). En todo caso, hay que tener en cuenta que la postura de ALBALADEJO GARCÍA estuvo condicionada por su planteamiento de que en el CC la transmisión de la propiedad por donación requiere en todo caso de la entrega o tradición de las cosas donadas, postura que en la actualidad prácticamente nadie defiende (cfr. *supra*, I.1).

6.2.3 PROYECTO DE LEY DE BASES DE 1885 Y LEY DE BASES DE 1888

El proyecto de ley de bases de 1885²⁷⁶, obra del Ministro de Gracia y Justicia Silvela y de Le Vielleuze, también es relevante. En la base I se decía:

«El Código se ajustará en el trazado de su plan general al proyecto de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico de Castilla; debiendo formularse por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil, sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que, no sólo tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, sino que hayan obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos».

La base XIII comenzaba diciendo que «como el primero entre los medios de adquirir, se definirá la ocupación», para referirse sin solución de continuidad a la donación:

«Como otro de los medios de adquirir será la donación, se definirá fijando su naturaleza y efectos, personas que pueden dar y recibir por medio de ella sus limitaciones, revocaciones y reducciones, las formalidades con que deben ser hechas, los respectivos deberes del donante y donatario y cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero».

Es muy destacable que en esta base XIII se calificase a la donación como modo de adquirir, no como contrato; así como que se determinase la necesidad de definir la donación, determinando además su naturaleza y efectos.

Además, se estableció una nítida separación entre la donación, regulada en la base XIII, de los contratos, considerados como meros títulos de adquisición, a los que se mencionó en la base XIX:

«Los contratos, considerados como fuente de las obligaciones, continuarán siendo meros títulos de adquirir, sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas; y se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto a la capacidad, como en cuanto a la libertad de los que le

²⁷⁶ Presentado a las Cortes por autorización concedida por Real Decreto de 7 de enero de 1885.

presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden».

Después de una accidentada tramitación parlamentaria²⁷⁷, el proyecto de ley de bases fue finalmente aprobado por las Cortes, dando lugar a la Ley de 11 de mayo de 1888, que dio cobertura al Gobierno para la aprobación del CC.

Si se comparan las bases del proyecto de ley de 1885 con la Ley de bases finalmente aprobada en 1888, se advierten, en lo que aquí interesa, las siguientes variaciones:

– En la base 1.^a se mantuvo como referencia primordial el proyecto de 1851, concediendo mayor libertad a la introducción de novedades cuya necesidad fuese puesta de relieve por el Congreso de los Diputados o por el Senado.

– Los contratos, como fuentes de las obligaciones y títulos de adquisición, se incluyeron finalmente en la base 20.^a, cuyo contenido era sustancialmente idéntico al de la base XIX del proyecto de ley de 1885:

«Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente. Igualmente se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto a la capacidad, como en cuanto a la libertad de los que le presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden».

– La ocupación, primer modo de adquirir, fue incluida de manera aislada en la base 14.^a

– La donación fue finalmente insertada en la base 26.^a, entre los contratos en particular y una alusión a la futura ley especial de reunión de los dominios de los foros, subforos, derechos de superficie y otros gravámenes semejantes²⁷⁸:

«Las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular, se desenvolverán y definirán con sujeción al cuadro general

²⁷⁷ LASSO GAITE, 1978, pp. 432-481, 524-542; BARÓ PAZOS, 1993, pp. 250-257.

²⁷⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1973, p. 407: «La base 26, en la que se indican los criterios de regulación de los contratos en particular, es una simple yuxtaposición del

de las obligaciones y sus efectos, dentro del criterio de mantener por base la legislación vigente y los desenvolvimientos que sobre ella, ha consagrado la jurisprudencia, y los que exija la incorporación al Código de las doctrinas propias a la Ley Hipotecaria, debidamente aclaradas en lo que ha sido materia de dudas para los Tribunales de justicia y de inseguridad para el crédito territorial. La donación se definirá fijando su naturaleza y efectos, personas que pueden dar y recibir por medio de ella, sus limitaciones, revocaciones y reducciones, las formalidades con que deben ser hechas, los respectivos deberes del donante y donatario y cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero. Una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes constituidos sobre la propiedad inmueble».

Así pues, las novedades introducidas en la Ley aprobada en 1888 afectaron, por lo general, al orden y a la numeración de las bases, pero no a su contenido. La diferencia más destacada entre la base XIII del proyecto de 1885 y la base 26.^a de la Ley aprobada en 1888 es que no se calificó expresamente a la donación como modo de adquirir²⁷⁹. Sin embargo, como es notorio, la donación fue finalmente mencionada separadamente de los contratos en el artículo 609 CC, e incluida en el Título II del Libro III del CC, cuya denominación es «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», y no en el Libro IV del CC²⁸⁰.

Evidentemente, la Ley de bases de 1888 perdió carácter normativo con la aprobación del CC de 1889. Por ello, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que sus preceptos no pueden servir de fundamento a ningún recurso judicial, ordinario o extraordinario, dado que no se promulgó para que la aplicasen los

texto íntegro de la Base XXVI y de la segunda parte de la Base XIII del Proyecto de 1885»).

²⁷⁹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RD*P, 1973, p. 407: «Esta segunda parte de la Base XIII del Proyecto de Silveira pasa intacta a la Ley de Bases de 1888, con la única particularidad de que ya no se alude a donación como «otro medio de adquirir la propiedad». Según el mismo autor, «el hecho de que en la Base 26 se aluda con amplitud al régimen de la donación, después de la referencia genética que se hace a las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular, permite sostener que en la Ley de 11 de mayo de 1888 la donación es considerada como contrato. Pero como un contrato de naturaleza singular, a juzgar por la extensión con que se exponen los principios a que ha de someterse su regulación» (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RD*P, 1973, p. 407). Este razonamiento no fue del todo acertado, dado que de los debates parlamentarios se desprende que los miembros de la Comisión redactora del CC reconocieron haber calificado deliberadamente a la donación como modo de adquirir, y no como contrato (cfr. *infra*, III.6.2.4).

²⁸⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, muy certeramente, destacó que «con estos antecedentes, es difícil admitir la hipótesis de que los redactores del Código no fueran conscientes del alcance de la referencia a la donación entre los modos de adquirir en el artículo 609» (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RD*P, 1973, p. 407). Los debates parlamentarios sobre la materia confirman plenamente esta hipótesis (cfr. *infra*, III.6.2.4).

Tribunales, sino para que el Gobierno se amoldase a ella al hacer uso de la autorización que le confirieron las Cortes²⁸¹. Así las cosas, en caso de una eventual contradicción entre la Ley de bases y el CC, siempre prevalece el segundo²⁸².

Sin embargo, la Ley de bases de 1888 constituye un medio de interpretación histórico finalista²⁸³, al poseer un valor interpretativo ciertamente autorizado²⁸⁴. No en vano, constituye «la antecámara de nuestro Código Civil vigente»²⁸⁵. Por ello, la jurisprudencia ha aludido a las bases de la Ley de 1888 resaltando su carácter interpretativo, para reforzar la interpretación del contenido del CC o para destacar el espíritu del CC conforme a la Ley de bases²⁸⁶.

En este sentido, resulta muy significativo que las dos únicas Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cuarenta años que hemos logrado localizar que mencionaron la Ley de bases de 1888 fueron las SSTs de 22 de diciembre de 1986²⁸⁷ y 23 de septiembre de 1993²⁸⁸, que aludieron a la base 20.^a para resaltar la distinta eficacia transmisiva de la compraventa y de la donación en el CC. En todo caso, sorprende que ambas Sentencias no mencionasen la base 26.^a, que se refería expresamente a las donaciones, lo que hubiese reforzado la argumentación en clave histórica acerca de la distinta virtualidad transmisiva de la compraventa y de la donación.

²⁸¹ STS de 24 de junio de 1897 (ECLI: ES: TS:1897:162, JC, t. 81, 143; ponente Pedro Lavín y Olea); STS de 10 de noviembre de 1902 (ECLI: ES: TS:1902:105, JC, t. 94, 97; ponente Antonio Alonso Casaña); STS de 27 de diciembre de 1935 (ECLI: ES: TS:1935:918, RJ 1935\2482; ponente José María Rodríguez de los Ríos); y STS de 22 de enero de 1948 (ECLI: ES: TS:1948:1271, RJ 1948\19; ponente Felipe Gil Casares).

²⁸² STS de 27 de diciembre de 1935 (ECLI: ES: TS:1935:918, RJ 1935\2482; ponente José María Rodríguez de los Ríos); STS de 16 de mayo de 1963 (ECLI: ES: TS:1963:156, RJ 1963\2519; ponente Manuel Lojo Tato); BONET RAMÓN, *ARAJL*, 1988, pp. 343-344; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, p. 757.

²⁸³ BONET RAMÓN, *ARAJL*, 1988, pp. 344-345; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, p. 757.

²⁸⁴ LASSO GAITE, 1978, p. 542; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, p. 757.

²⁸⁵ BONET RAMÓN, *ARAJL*, 1988, p. 328.

²⁸⁶ Entre otras, STS de 19 de diciembre de 1903 (ECLI: ES: TS:1903:671, JC, t. 96, 156; ponente Ildefonso López Aranda); STS de 13 de febrero de 1907 (ECLI: ES: TS:1907:324, JC, t. 106, 56; ponente Pascual Doménech Marín); STS de 4 de abril de 1921 (ECLI: ES: TS:1921:1147, JC, t. 153, 4; ponente Jacinto Jaraiz y Fernández); STS de 31 de octubre de 1924 (ECLI: ES: TS:1924:96, JC, t. 164, 57; ponente Diego Medina García); STS de 25 de noviembre de 1925 (ECLI: ES: TS:1925:1029, JC, t. 168, 164; ponente Mariano Avellón Quemada); STS de 2 de marzo de 1926 (ECLI: ES: TS:1926:1151, JC, t. 170, 2; ponente Mariano Avellón Quemada); STS de 8 de febrero de 1943 (ECLI: ES: TS:1943:16, RJ 1943\129; ponente Celestino Valledor y Suárez Otero); o STS de 26 de junio de 1946 (ECLI: ES: TS:1946:607, RJ 1946\840; ponente Manrique Mariscal de Gante y de Gante).

²⁸⁷ ECLI: ES: TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso.

²⁸⁸ ECLI: ES: TS:1993:6242, RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda.

6.2.4 DEBATES PARLAMENTARIOS

a) Debates sobre la Ley de bases de 1888.

Los debates que se celebraron durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de bases de 1885, que cristalizaron en la Ley de bases de 1888, resultan de extraordinario interés en todo lo referente a la donación.

Conviene recordar que en dicho proyecto la donación estaba incluida en la base XIII, junto con la ocupación, y que era calificada expresamente como modo de adquirir. Además, ordenaba al Código definirla, fijando su naturaleza y efectos. A la naturaleza y efectos de las obligaciones se aludía en la base XVIII. Finalmente, en la base XIX se decía que los contratos eran considerados meros títulos de adquisición. Tal encuadramiento de la donación fue cuestionado en el Senado, lo que motivó interesantes intervenciones²⁸⁹.

Coronado y Parada²⁹⁰ echó de menos en las bases del proyecto «un tratado general en que se expusiera la doctrina referente a adquisiciones»²⁹¹, cuya necesidad fundamentó en la teoría del título y el modo:

«No hay título sin tradición, ni tradición sin título; principio axiomático por el que si se tiene presente, se distinguirá bien la causa del derecho y el derecho constituido. No bastará a transferir el dominio de las cosas la tradición sin el título, ni este sin aquella: *nec titulus sine traditione, nec traditio sine titulo sufficit ad transferendum rerum dominium*. La hipoteca, que algunos indican como excepción en los modos de adquirir, lejos de ser la excepción, confirma más y más el principio y la regla. La causa, el título, la tradición: la causa próxima de toda adquisición en la generalidad de los casos; quién mediante un justo título puede entregar y adquirir; doctrinas generales sobre la adquisición. Todo esto debía consignarse al hablar de los modos de adquirir»²⁹².

Aunque en esta intervención no mencionó expresamente a la donación, a la vista de sus palabras no hay ninguna duda de que

²⁸⁹ A pesar de ello, el debate parlamentario, en lo que a la donación se refiere, ha sido escasamente destacado por la doctrina, y, además, de manera superficial e incompleta: LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1973, pp. 404-406; LASSO GAITE, 1978, pp. 454, 462; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 45-46; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 8, 192.

²⁹⁰ CARLOS MARÍA CORONADO Y PARADA fue Catedrático y Ministro de Gracia y Justicia. Puede consultarse su bibliografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/15061/carlos-maria-coronado-y-para-da>.

²⁹¹ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del martes 21 de abril de 1885, pp. 2176-2177.

²⁹² *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del martes 21 de abril de 1885, p. 2177.

daba por supuesta su inclusión en el ámbito de la teoría del título y el modo. En todo caso, cualquier atisbo de duda se disipa a la vista de lo que dijo en la siguiente sesión parlamentaria:

«¿Qué sucede con las bases? La base 13.^a, dice: “se ha de tratar del modo de adquirir que se llama ocupación, y del modo de adquirir que se llama *donación*”. ¿Qué relación, ni qué conexión tiene la ocupación con la donación? Entonces hablemos también de la *compraventa*, háblese también de la *dación en pago*”. No; la ocupación no tiene para qué confundirse con la donación»²⁹³.

Más adelante, tras insistir sobre «esa confusión, esa especie de amalgama, la ocupación y la donación»²⁹⁴, remachó la idea que planeaba sobre su intervención:

«Es defectuosa la base que indica que se tratará de la donación, porque con ocasión de ese modo de adquirir, ha debido hablarse, si ya no se había hecho cuando se trató del matrimonio, de la donación por causa de matrimonio, y entonces también ha debido hablarse de las donaciones remuneratorias, es decir, de todas las materias importantísimas de la donación, sin dar lugar a que las donaciones se consideren como un contrato, si bien podían serlo, porque realmente la donación puede consistir, como acto de liberalidad, en la promesa de la entrega, o en la entrega de una cosa a otro, sin que haya para ello ninguna causa o razón obligatoria legal requerible»²⁹⁵.

Para Coronado y Parada, la falta de método que apreciaba tenía su origen en un claro seguidismo del *Code* francés:

«El método exigía que adoptase algún plan o sistema para tratar de los distintos modos de adquirir, que en las bases no se dice; y esto es, sin duda, por un descuido, o por seguir e imitar en un todo al Código francés, porque repito que esto, no solo se observa en las bases que está pendientes de la discusión del Senado, sino también en el Código francés. El Código francés decía: “que se adquiere por última voluntad, por contrato y por prescripción”; y nosotros, señores, siguiendo al derecho romano, siguiendo el orden de la Instituta, hemos dicho siempre, y esto me parece que es más lógico, más racional y metódico, que los modos de adquirir eran: naturales y civiles, universales y singulares, en vida o por causa de muerte; y esto conducía como por la mano, por un método racional y lógico, a la exposición de las materias que son propias del Código Civil»²⁹⁶.

²⁹³ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2190.

²⁹⁴ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2190.

²⁹⁵ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2190.

²⁹⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2190.

La réplica por parte de la Comisión que emitió dictamen favorable a la ley en el Senado corrió a cargo de Colmeiro y Penido²⁹⁷, quien en ningún momento abordó el fondo del asunto. Se limitó a señalar que lo que se estaban discutiendo eran las bases, no el Código, por lo que no procedía ahondar excesivamente («si las bases hubiesen de comprender todos los pormenores que aquí hubieran de absorber la atención del Sr. Coronado, de seguro no habría necesidad de que discutiéramos más, ni de que estas bases pasasen a la Comisión de Codificación, porque estaría el Código hecho»²⁹⁸); llegó a reconocer que las bases tampoco eran de su completo agrado («a buen seguro que si yo fuese capaz de escribir un libro de derecho civil, no seguiría el método ni adoptaría el sistema que se observa en la exposición de las bases. A buen seguro que la Comisión de codificación no lo seguirá tampoco, de la misma manera que no lo habría seguido el Sr. Coronado»²⁹⁹); y finalizó con un argumento de procedimiento (acertado, todo hay que decirlo) con el que hábilmente esquivó la cuestión de fondo: la base 13 ya había sido aprobada y constituía cuestión resuelta, por lo que la intervención de Coronado y Parada debería de haberse limitado a la discusión de la base 14, pues «de otra manera nunca podría haber acuerdo definitivo tomado por el Senado»³⁰⁰.

De mayor interés si cabe fue un debate posterior, en el que participaron Fabié Escudero³⁰¹ y Gutiérrez Fernández³⁰². Las intervenciones del segundo son especialmente interesantes: además de ser el miembro de la Comisión de Códigos que redactó los artículos del anteproyecto de 1882-1889 relativos a la donación³⁰³, fue un eminente Catedrático, autor de la obra *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, uno de los tratados de Derecho civil que gozó de mayor aceptación durante la segunda mitad del siglo XIX.

²⁹⁷ MANUEL COLMEIRO Y PENIDO fue un eminente Catedrático y Fiscal del Tribunal Supremo. Puede leerse su biografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/4643/manuel-colmeiro-y-penido>.

²⁹⁸ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2194.

²⁹⁹ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2194.

³⁰⁰ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2195.

³⁰¹ ANTONIO MARÍA FABIÉ ESCUDERO fue un prestigioso jurista, Ministro, Catedrático y Magistrado del Tribunal Supremo. Puede consultarse su bibliografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/13022/antonio-maria-fabie-escudero>.

³⁰² La bibliografía de BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, que da cumplida cuenta de su reconocido prestigio como jurista durante el siglo XIX, también está disponible en la página web de la Real Academia de la Historia: <https://dbe.rah.es/biografias/11370/benito-gutierrez-fernandez>.

³⁰³ LASSO GAITE, 1978, p. 551; BARÓ PAZOS, 1993, pp. 257-258.

En la sesión celebrada en el Senado el 27 de abril de 1885, Fabié Escudero dijo:

«Teniendo presente el orden que parece que debía haberse seguido para la concepción y sucesiva redacción de las bases, no acierto a explicarme cómo no figuran en esta base 18.^a las donaciones; porque si bien estas constituyeron en el derecho romano una especialidad, por decirlo así, determinada y distinta, no se puede negar que en el concepto teórico del derecho, en los momentos actuales, las donaciones se comprenden por todos los tratadistas de filosofía del derecho, o de consideraciones generales acerca del derecho, en la materia de las obligaciones»³⁰⁴.

Tras destacar que «nada se ha dicho de las donaciones, porque esta ha sido una de las bases que pasó inadvertida para el Senado; y sin embargo, la materia de donaciones es de suma importancia»³⁰⁵, y manifestar que «esta materia de las donaciones ofrece caracteres y circunstancias muy dignas de llamar la atención del legislador, porque es una manera de adquirir la propiedad de los bienes, que presenta aspectos muy especiales»³⁰⁶, justificó su discrepancia con el proyecto de ley:

«Para disculpar el haberme ocupado de esta materia a propósito de la base 18.^a, yo me pregunto a mí mismo: ¿constituyen una verdadera obligación, en el sentido más lato de esta palabra, las donaciones? Y desde luego, como antes he insinuado, doy a esta pregunta una contestación afirmativa; porque, en efecto, desde el momento en que se manifiesta de una manera explícita e indudable la voluntad del donante, nace un vínculo de derecho entre él y la persona del donatario; vínculo que, como saben los Sres. Senadores, puede llegar a ser efectivo y a tener las condiciones de un verdadero vínculo legal, cuando esta manifestación de voluntad revisite ciertos caracteres y condiciones»³⁰⁷.

La contestación por parte de la Comisión nombrada por el Senado que había dictaminado a favor de la ley de bases corrió a cargo de Gutiérrez Fernández. Tras resumir el punto central de la intervención que le había precedido («ha supuesto el Sr. Fabié, que entre las obligaciones ocupa o debe ocupar un papel importante la

³⁰⁴ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.* Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2271.

³⁰⁵ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.* Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2271.

³⁰⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.* Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2272.

³⁰⁷ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.* Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2272.

donación»³⁰⁸), intentó justificar la ubicación de la donación entre los modos de adquirir con las siguientes palabras:

«Los Sres. Senadores saben perfectamente bien que las donaciones son susceptibles de ser consideradas bajo distintos aspectos; que han tenido en la historia del derecho esas diferentes representaciones; que no las han perdido, no obstante las reformas que en esa materia han podido hacerse, porque todavía hay diversidad en los Códigos, efecto de esos mismos conceptos. La donación fue en su origen modo de adquirir; y en Roma, el verdadero y primitivo derecho romano, la donación se encontraba entre los modos singulares de adquirir, que eran la tradición, la prescripción, la donación, etc.

Andando los tiempos, Justiniano creyó que debía reformar este punto como tantos otros del derecho, y comprendió las donaciones entre los contratos; admitió la posibilidad de considerar las donaciones bajo este aspecto, como título de adquirir o como contrato, y tuvo por conveniente no incluirlas entre los modos de adquirir. Con efecto, desde su época hay autores que hablan de las donaciones como modo de adquirir, y hay otros que las consideran como contrato; hay códigos que cuentan las donaciones entre los modos de adquirir, y hay otros que las consignan como contratos.

Pues bien, el Gobierno de S. M. ha podido elegir entre los dos aspectos bajo los cuales pueden considerarse las donaciones, y ha entendido que debía dar preferencia a la teoría jurídica que las coloca entre los modos de adquirir; por eso no habla de ellas en la base 18.^a; no las reserva para tratar de ellas al lado de los contratos y con ocasión del desenvolvimiento de esas fuentes de las obligaciones, sino que, por el contrario, ha hablado de ellas entre los modos de adquirir, diciéndolo de una manera expresa y categórica»³⁰⁹.

Más adelante, Gutiérrez Fernández reconoció sin ambages que la donación no estaba incluida en la base relativa a las obligaciones o a los contratos simplemente porque la Comisión de Códigos decidió imitar lo que habían resuelto al respecto otros Códigos Civiles extranjeros:

«Habría digo, otro motivo o razón para que el Gobierno de S. M. hubiese tomado este principal aspecto de la donación y hablado de ella, no entre los contratos sino entre los modos de adquirir. Así lo establecen el Código francés y la mayor parte de los que le siguen, el Código italiano y que en parte le copia, pero no de una manera tan sumisa o servil que haya renunciado por completo a la originalidad; y el Código belga, que, como saben perfectamente bien los Sres. Senadores, no es más que una copia o trasunto del Código francés, y cuya reforma o redacción ha sido últimamente encargada al gran publicista Monsieur Laurent.

³⁰⁸ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2274.

³⁰⁹ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, pp. 2274-2275.

Ese último, en el segundo o tercer libro, que trata de los modos de adquirir, después de haber hablado antes de las personas, de las cosas y de los derechos, dice, o ha de decir lo siguiente: «La propiedad de las cosas se adquiere por ocupación, por donación, por las sucesiones y por efecto de los contratos». Pues este es el sistema que ha seguido en este punto el Sr. Ministro, autor de las bases presentadas a la deliberación del Senado: otro de los modos de adquirir es la ocupación, otro la donación, otro la sucesión testada o intestada, y otro por efecto de los contratos, no considerando los contratos como modo de adquirir, sino como título en cuya virtud se puede adquirir la propiedad»³¹⁰.

Como argumento de cierre, Gutiérrez Fernández intentó justificar el planteamiento de la ley de bases aludiendo a las donaciones *mortis causa*:

«Además de esta consideración hay otra, que es seguramente la que ha tenido el distinguidísimo e ilustrado autor de las bases, y es, que las donaciones son de dos clases principales: las donaciones *inter vivos* y las donaciones *mortis causa*. ¿Se puede decir con propiedad que la donación *mortis causa* revista o tenga la forma de contrato? En el desenvolvimiento de esa doctrina o materia, ¿no ofrecería alguna dificultad, al tratar de los contratos, hablar de la donación *mortis causa*, que participa de la donación de las últimas voluntades? ¿Y no se ve el inconveniente que podría resultar de dividir la materia, de fraccionarla, reservando parte de ella para los contratos, y otra para desarrollarla y tratarla cuando se hable de las sucesiones? No se puede ocultar seguramente»³¹¹.

Finalmente, concluyó su intervención citando a «los legisladores franceses [...] de los cuales, después de haber procurado estudiarlos a fondo, he formado una idea distinta de la que por lo visto tienen algunos otros Sres. Senadores y algunos jurisconsultos que han analizado el Código Civil francés. [...] Dieron a la donación el carácter de modo de adquirir, aun cuando Justiniano la había llamado contrato, porque creyeron que en este punto no estaba muy justificada la reforma de Justiniano; les pareció más fundamental, como a mí me parece, quizás con error, la doctrina jurídica, la verdadera doctrina de derecho, de que al hablar de la organización definitiva de la donación, se coloque esta entre los modos de adquirir»³¹².

³¹⁰ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2275.

³¹¹ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2275.

³¹² *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2275.

Sin embargo, sus palabras no pusieron fin a la discusión. En esa misma sesión, poco después, el senador Seoane Bayón³¹³ hizo uso de su derecho a la rectificación manifestando lo siguiente:

«La primera observación que dirigiré se refiere a lo manifestado por mi amigo el Sr. Gutiérrez respecto a la donación, respondiendo, creo, al Sr. Fabié.

El Sr. Gutiérrez parecía encontrar grandes dificultades en lo que se había entendido respecto a la donación por el derecho romano y lo que se disponía por varios Códigos modernos.

Creo, señores, que no puede haber ninguna dificultad en concebir cuándo y cómo la donación es un modo de adquirir; cuándo es una disposición por causa de muerte, y cuándo es un contrato»³¹⁴.

Tras una breve explicación sobre la historia de la donación en la época romana, expuso su argumento principal:

«Yo no creo que pueda haber las dificultades que, al parecer, mi amigo el Sr. Gutiérrez consideraba que existían; sin que haya necesidad de ocuparse mucho de lo que dispongan sobre esto el Código francés y sus similares, pues sabe muy bien S. S. y todos los Sres. Senadores que me escuchan, que el Código civil francés, como las demás instituciones de la época, quiso romper con el pasado y no sujetarse a los modelos anteriores, y de tal manera llevó esto al exceso, además de la intervención de Napoleón, que no entendía de leyes, en las cuestiones capitales, que no es el mejor modelo científico el Código civil francés, aunque es muy digno de respeto bajo otros conceptos, siquiera por haber sido el que ha señalado el camino de la codificación»³¹⁵.

Gutiérrez Fernández replicó con una breve explicación acerca de la donación justiniana; continuó diciendo que «considerada, pues, la donación en su verdadero espíritu, no como promesa, sino como entrega, no era contrato, sino modo de adquirir, y este es el carácter que ha tenido en la legislación romana, que han copiado muchas otras legislaciones»; y finalizó elogiando al *Code* francés y a Napoleón³¹⁶.

Sin embargo, la cuestión estaba lejos de haber quedado cerrada. Al día siguiente, durante la sesión celebrada en el Senado el 28 de

³¹³ JUAN ANTONIO SEOANE BAYÓN, I Marqués de Seoane, desempeñó a lo largo de su vida los cargos de Fiscal y Magistrado. Su bibliografía está disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/60502/juan-antonio-seoane-bayon>.

³¹⁴ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2281.

³¹⁵ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, pp. 2281-2282.

³¹⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2283.

abril de 1885, la discusión volvió a reproducirse. Fue de nuevo Fabié Escudero quien inició el debate sobre la donación, diciendo:

«Oyendo con la atención de siempre lo que se sirvió decir el Sr. Gutiérrez respecto a las opiniones que yo expuse acerca de si era o no lugar más apropiado para tratar de las donaciones estas bases que se refieren a las donaciones; oyéndole, digo, con atención, se evocaron en mi memoria los recuerdos de los fundamentos de esta opinión mía. Ya aduje algunos cuando os dirigí la palabra, y estos consistían, y así lo dije, en la opinión de los tratadistas puramente abstractos, digámoslo así; en las teorías desarrolladas por los que más se ocupan de las doctrinas generales del derecho. Pero bullía algo en mi memoria que no pude entonces determinar, y que en realidad forma una base, un argumento, un apoyo de mi opinión; y meditando después y hasta revolviendo libros, me encontré con que mi memoria, aunque no con exactitud, no me había servido mal; porque, en efecto, y no puede menos de causar cierta maravilla, como estoy seguro que los pocos Sres. Senadores que me escuchan también la experimentarán cuando sepan que el apoyo de mi opinión a que antes me he referido, se halla en la del mismo Sr. Gutiérrez³¹⁷».

Tras señalar que Gutiérrez Fernández había escrito «una obra importantísima» (sin duda, estaba haciendo referencia al tratado *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*), puso especial énfasis en destacar lo siguiente:

«En una obra de estas condiciones, en la cual es de notar que dos de sus volúmenes, el tercero y el cuarto, están dedicados a estudiar esta materia que nosotros vamos a despachar breve y sumariamente en un par de sesiones, en esta, y formando la sección tercera el tratado de las obligaciones y contratos, el Sr. Gutiérrez expone las doctrinas relativas a la donación»³¹⁸.

A la vista los problemas que se habían planteado en la sesión del día anterior sobre las donaciones *mortis causa*, Fabié Escudero propuso la división de las donaciones en el Código «tratando de unas cuando se hable de las obligaciones, y ocupándose de las obligaciones *mortis causa* cuando se llegue a la materia de las sucesiones»³¹⁹.

En la réplica, Gutiérrez Fernández dijo:

«La verdad es que en la obra a que S. S. se ha referido, y que no debo citar, hablaba yo de la donación entre los contratos, y que con

³¹⁷ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, p. 2298.

³¹⁸ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, p. 2299.

³¹⁹ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, p. 2299.

ese motivo ha podido y debido S. S. señalar esta contradicción respecto a lo que dije en la sesión de ayer y lo que había sostenido, debe creerse que de una manera más fría y pensada, cuando escribí la obra.

Pero a esa reflexión del Sr. Fabié voy a contestar con otra sencillísima, y es la siguiente: ¿es o no verdad que la donación es o puede ser un modo de adquirir? ¿Es cierto que así se ha considerado, que se puede muy bien decir que tal es su verdadero carácter, y tal el aspecto que predomina en esa liberalidad llamada donación? Pues si esto es cierto, resultará una de dos consecuencias: o que yo me equivoqué entonces, o que he variado de opinión, cediendo a la de otros jurisconsultos bastante más autorizados. Podrán ser las dos cosas; no me atrevo a insistir, ni a hacerme a mí mismo la ofensa de creer que fuese la primera, es decir, que yo estuviese equivocado sobre el carácter de la donación; no, es que conociendo ese carácter, conociendo que puede ser la donación modo de adquirir, era también título, y de esas dos aserciones, de esas dos opiniones, por lo visto, en aquel momento al menos, tomé la peor, la de examinar como contrato lo que en rigor debí haber examinado como donación. También ha podido ser otra cosa, y es, que aun cuando yo haya manifestado particularmente esa opinión, y aunque haya dicho y sostenido donde tenía necesidad y el deber de hacerlo, siguiendo las huellas de algunos otros Códigos, valía más que examináramos o colocáramos a la donación entre los demás contratos, algunos señores de la Comisión no se conformaron conmigo, fueron de dictamen opuesto al mío, y yo que no pretendo tener razón contra todos, y me hallo dispuesto, sin renunciar a mis convicciones, a admitir en lo que me parezcan razonables y justas las de los demás, cedí en este caso a lo que fue o pareció ser una convicción de la Comisión, de que yo tenía el inmerecido honor de formar parte»³²⁰.

Cuando tres años después se reanudó el debate de la ley de bases en el Congreso de los Diputados, la donación no fue cuestionada³²¹.

b) Debates sobre el CC tras su publicación.

Una vez el Gobierno aprobó el CC redactado por la Comisión constituida al efecto en la Comisión General de Codificación, las Cortes debatieron acerca de su ajuste a la Ley de bases de 1888. En

³²⁰ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, p. 2304.

³²¹ La base relativa a los contratos como fuentes de las obligaciones (base 19.ª del dictamen del Congreso de los Diputados) fue aprobada sin debate (LASSO GAITE, 1978, p. 537; *Diario de sesiones de Córtes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 9 de abril de 1888, p. 2339). La base que incluía a las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular, a la donación y a los foros, subforos, derechos de superficie, fue debatida únicamente en lo relativo a su última parte, sin cuestionamiento alguno acerca de la donación (LASSO GAITE, 1978, p. 538; *Diario de sesiones de Córtes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 9 de abril de 1888, pp. 2340-2341).

este trámite parlamentario, la naturaleza de la donación y su ubicación sistemática en el CC volvió a ser abordada, tanto en el Senado como en el Congreso de los Diputados.

Por lo que se refiere al debate en la cámara alta, Duran i Bas³²² criticó la estructura del CC, y se refirió a la ubicación sistemática de la donación con gran acritud:

«No teniendo el Código francés y el proyecto de 1851 más que tres libros, y estando el tercero dedicado al modo de adquirir la propiedad, se ha dividido en dos, pero al dividirle, se ha hecho como si se cortara algo con tijera, porque cuando los dos formaban un solo libro, y todo se encontraba dentro del mismo epígrafe, cabía bien que en ese libro se hablase de la propiedad, de los derechos reales y del modo de adquirirlos, y no había inconveniente en que en la sección de la propiedad se hablase de los contratos de compra-venta, porque al fin y al cabo la compra-venta es uno de los modos de adquirir la propiedad; mas hoy nos encontramos con que si bien hay un título sobre los modos de adquirir la propiedad, hay otro relativo a las obligaciones y contratos, y en el primero, sin embargo, se habla de las donaciones. Pues bien; todo hombre que conozca, siquiera rudimentariamente, el derecho, sabe que la donación es un contrato, título indudable de adquirir la propiedad; pero en cambio también lo es la compra-venta, y no obstante se le incluye en el libro que trata de las obligaciones y de los contratos. Por ese estilo podría citaros muchos casos; mas me basta referirme a las prescripciones adquisitiva y [extintiva]³²³ que se ponen entre las obligaciones y contratos, o sea, como parte del libro 4.º

Tal es la estructura que se ha dado al Código actual, y como se ha deferido a las indicaciones del señor Comas, cortando, según he dicho, como con una tijera lo que antes formaba parte del libro 3.º»³²⁴.

En una réplica no menos contundente, Romero Girón, interviniendo en defensa del dictamen de la Comisión constituida en el Senado que se había pronunciado a favor del ajuste del CC a la Ley de bases de 1888, dijo:

«Con permiso de S. S., que ha seguido con más asiduidad que yo estos trabajos, y que ha podido informarse del curso que llevaba la formación del Código civil en el seno de la Sección de lo civil de la Comisión de Códigos, debo hacerle observar que sin duda alguna S. S. habrá podido notar en las actas de sus sesiones, que un ilustre profesor suyo, y llorado maestro mío, D. Benito Gutiérrez

³²² MANUEL DURAN I BAS fue uno de los juristas catalanes más influyentes del siglo XIX, máximo exponente de la escuela histórica. Fue Catedrático y Ministro de Gracia y Justicia. Puede consultarse su bibliografía en la página web de la Real Academia de la Historia: <https://dbe.rah.es/biografias/6278/manuel-duran-i-bas>.

³²³ Sin duda debido a un error tipográfico, el *Diario de Sesiones* alude a «prescripciones adquisitiva y extensiva».

³²⁴ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del viernes 22 de febrero de 1889, pp. 863-864.

rez, sostuvo la opinión diametralmente opuesta a la de S. S., e hizo que triunfara su propio parecer por una consideración: porque por más que se quiera, las donaciones *mortis causa* nunca tendrán el contenido de un verdadero contrato. Por esta y otras razones, el Sr. D. Benito Gutiérrez entendió e hizo predominar su opinión de que el título de las donaciones en general debía incluirse entre los modos de adquirir la propiedad»³²⁵.

En su turno para la rectificación, Duran i Bas volvió a referirse a las donaciones:

«Yo respeto mucho la memoria de aquel distinguido compañero mío en el profesorado, y amigo mío particular, porque con él me unían no solo estrechos vínculos de amistad, sino mucha identidad de opiniones en los diversos órdenes intelectuales; pero aun así, no puedo someterme a ella.

El Sr. Romero Girón sabe mejor que yo, por qué motivo las donaciones se incluyeron en el título en que figuran en el Código francés. «De las donaciones y testamentos» es el epígrafe del título de dicho Código. Porque en la época en que el Código francés se hizo, hubo grande empeño en establecer y realizar todo lo que podía afectar a la distribución de los bienes, sobre todo de los padres a favor de sus hijos, con un criterio, no de libertad, sino de igualdad, y se cercenaba, pero limitándola de extraordinaria manera, la libre facultad que el padre tiene de disponer de los bienes en favor de propios o extraños. Se quería la igualdad, y como se señalaba allí lo que pudiéramos llamar la reserva hereditaria, y las donaciones no podían exceder, como no podía exceder la institución hereditaria, del límite fijado para esa reserva, claro está que era necesario incluir el título de las donaciones en el de los testamentos y ponerlo en el lugar en que se encuentra en el Código francés.

Esta es la única razón. Tal vez no la vieron alguno de los Códigos americanos que imitaron el ejemplo del Código francés; pero otros, y sobre todo el del Uruguay, que es el más perfecto tal vez, se han apartado de ese sistema, y muchos se apartan de él, como sucede en el Código de la moderna Alemania, porque en ese Código sabéis que las donaciones están tratadas en dos partes: como contratos, en el título de las obligaciones, refiriéndose a las donaciones *inter vivos*; y en el referente a las donaciones *mortis causa*, por el carácter de semejanza con los legados, y por eso está incluido en el título de las sucesiones. Véase, por consiguiente, cómo estas observaciones mías sobre el Código civil no estaban fuera de lugar, como decía el Sr. Romero Girón»³²⁶.

También en el Congreso de los Diputados se cuestionó la regulación de la donación en el CC. Durante su intervención en contra,

³²⁵ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del martes 26 de febrero de 1889, p. 924.

³²⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 27 de febrero de 1889, p. 956.

De Azcárate Menéndez³²⁷ dijo: «prescindo de los modos de adquirir, aunque no sé por qué no figura en ellos la accesión, ni por qué la donación se la separa de los contratos»³²⁸.

Por su parte, Rodríguez de San Pedro³²⁹ alertó de las consecuencias de conceptualizar a la donación como modo de adquirir:

«En las donaciones se observa que se colocan aparte del libro 4.º, que trata de las obligaciones y contratos [...] convirtiéndose por tanto en un contrato verdadero, no sé por qué, porque, aunque tenga todas las condiciones de tal, se coloca en un sitio a las donaciones, que por la razón misma del método no debe estar sujeta a los efectos generales de los contratos»³³⁰.

La réplica, a cargo de Gamazo Calvo³³¹, fue extraordinariamente parca: «las donaciones [...] en algo difieren de los contratos»³³². En este punto, el debate en la cámara baja tuvo bastante menos nivel y contenido que el del Senado.

c) Cuestiones que destacar sobre los debates parlamentarios.

A la vista de los debates que se celebraron en el Senado y en el Congreso de los Diputados en los que se aludió a la donación, diversas cuestiones merecen ser destacadas.

– Los críticos del proyecto de Ley de bases y del CC partieron de la premisa de que hasta entonces la donación siempre había sido considerada como un contrato productor de obligaciones para el donante, un simple título de adquisición, y que la sistemática adoptada por las bases del CC comportaba un cambio radical.

– Llama la atención que los senadores críticos con la novedosa caracterización y ubicación sistemática de la donación se limitasen a mencionar el Derecho Romano, especialmente la *Instituta*.

³²⁷ GUMERSINDO DE AZCÁRATE MENÉNDEZ fue un destacado Catedrático de Derecho y político. Puede consultarse su biografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/7278/gumersindo-jose-de-azcarate-menendez>.

³²⁸ *Diario de sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 8 de abril de 1889, p. 2392.

³²⁹ FAUSTINO RODRÍGUEZ SAN PEDRO Y DÍAZ-ARGÜELLES fue abogado y varias veces Ministro. Puede consultarse su biografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/5957/faustino-rodriguez-san-pedro-y-diaz-arguelles>.

³³⁰ *Diario de sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 15 de abril de 1889, p. 2551.

³³¹ GERMÁN GAMAZO CALVO fue Doctor en Derecho, eminente abogado, y ocupó en varias ocasiones el puesto de Ministro. Puede consultarse su biografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/10144/german-gamazo-calvo>.

³³² *Diario de sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 10 de abril de 1889, p. 2440.

Hubiese resultado de interés que hubiesen aludido a la normativa castellana (singularmente, Fuero Real y Partidas). No obstante, seguramente esta actitud obedecía a que daban por sabido que la regulación castellana de la donación era coherente con la regulación justiniana de la institución.

– Los críticos sostuvieron que todas las novedades relativas a la donación tenían su origen en una mera copia del Código Civil francés.

– Los críticos también argumentaron que eran perfectamente distinguibles las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, ya que las primeras tenían carácter contractual y las segundas no, y que ello no justificaba que fuesen reguladas en el mismo Libro del CC.

– Gutiérrez Fernández, que había formado parte de la Comisión redactora del anteproyecto de CC, reconoció sin ambages que la Ley de bases había asumido en un todo la naturaleza y la ubicación sistemática de la donación tal y como estaba regulada en el *Code* francés.

– Según manifestaron Gutiérrez Fernández y Romero Girón, las donaciones *mortis causa* impedían caracterizar a las donaciones *inter vivos* como contratos, e imponían su calificación como modo de adquirir, porque ambas clases de donaciones debían ser reguladas de manera coherente. Como es obvio, este planteamiento presuponía la pervivencia de la donación *mortis causa* en el CC. Sin embargo, es de sobra conocido que la práctica totalidad de la doctrina, así como la jurisprudencia, entienden que el artículo 620 CC certificó la erradicación de las donaciones *mortis causa*³³³, al haber quedado asimiladas a los legados³³⁴. A mayor abundamiento, el CC de 1889 no respetaría ese pretendido rigor sistemático, habida cuenta de que las donaciones entre vivos fueron incluidas en el Libro III, mientras que las donaciones por causa de matrimonio acabaron reguladas en el Libro IV³³⁵.

– Gutiérrez Fernández admitió que efectivamente existía una flagrante contradicción entre su obra (en la que la donación se calificaba como un contrato, título de adquisición) y la postura de la Comisión de Códigos, reflejada en las bases del CC (donde la donación fue caracterizada como un modo de adquirir).

– Gutiérrez Fernández expuso las posibles razones de tal contradicción. Planteó dos opciones: o que él mismo se había equivocado en el pasado, o que había desechado su punto de vista aco-

³³³ En famosa expresión, el artículo 620 CC constituiría «una cita postrera, una esquela mortuoria» (DE FUENMAYOR CHAMPÍN, *ADC*, 1951, p. 1095).

³³⁴ En relación con la posición doctrinal y jurisprudencial sobre la donación *mortis causa*, *Vid.* LUQUIN BERGARECHE, 2017, pp. 1305-1318.

³³⁵ LASSO GAITE, 1978, p. 552; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, p. 8.

giendo la opinión mayoritaria divergente de la Comisión de Códigos, que no podía tildarse de irrazonable. Aunque sus palabras discurrieron con calculada ambigüedad, acabó admitiendo que había asumido la posición mayoritaria de la Comisión (donación como modo de adquirir), que no coincidía con su visión particular de la donación (contrato y título de adquisición)³³⁶.

– Sin embargo, de manera totalmente contradictoria, Romero Girón aseveró que fue Gutiérrez Fernández quien impuso la inclusión las donaciones en el Libro III, tras convencer a la Comisión de Códigos de que las donaciones debían ser reguladas como un modo de adquirir, y no como un contrato.

– Ante estas dos versiones incompatibles³³⁷, resultaría de sumo interés poder analizar las actas de la Comisión de Códigos que dieron cuenta de los debates mantenidos por sus miembros sobre la regulación y ubicación sistemática de la donación. Sin embargo, ello no es posible, dado que las actas de la Comisión posteriores a octubre de 1882 se encuentran extraviadas, sin que se hayan podido encontrar, a pesar de los múltiples intentos realizados hasta la fecha³³⁸.

– En todo caso, más allá del indudable interés en determinar quién fue la concreta persona que impulsó o convenció a los demás individuos de la Comisión de Códigos para regular la donación como modo de adquirir, separada de las obligaciones y los contratos, lo relevante es que esa fue la decisión colegiada que adoptó la Comisión redactora; que esa decisión quedó reflejada en el proyecto de la ley de bases de 1885; que esa decisión fue aceptada por las Cortes con la aprobación de la Ley de bases de 1888; y que, a la postre, esa decisión acabó convirtiéndose en ley con la definitiva aprobación del CC en 1889.

Se ha señalado (con acertadas matizaciones) que los debates parlamentarios pueden no resultar de demasiada utilidad para la interpretación histórica de una norma, ya que en muchas ocasiones las manifestaciones vertidas en las cámaras legislativas poseen un carácter más político que técnico. Con base en este planteamiento,

³³⁶ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 45; DOMÍNGUEZ NAFRÍA, 1997, p. 160 («según se desprende de su respuesta, estaba defendiendo el criterio de la Comisión de Códigos y no exactamente el suyo propio»).

³³⁷ Así las cosas, resulta inexacto atribuir a GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ la ‘paternidad’ de la regulación de la donación como modo de adquirir la propiedad en el Libro III del CC, tal y como se ha escrito en varias ocasiones (LASSO GAITE, 1978, p. 552; GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, 1993, pp. 177-180; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, p. 13), sin percatarse de que fue el propio GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ quien manifestó en el Senado haber asumido el criterio mayoritario de los demás miembros de la Comisión, en contra de su particular criterio al respecto.

³³⁸ LASSO GAITE, 1978, pp. 543-544; BARÓ PAZOS, 1993, p. 259.

las intervenciones de los miembros de los órganos legislativos tendrían gran utilidad para poner de relieve la *ocassio legis*, pero no tanto para determinar la *ratio legis*³³⁹.

Descendiendo al caso concreto del CC de 1889, se ha valorado que la discusión parlamentaria «devino incluso en su mayor parte como un debate más político y generalista que técnico y detallado, y dirigido a cuestionar la idoneidad o necesidad misma del Código y la propia actuación de la Comisión, tanto en su modo de proceder (desde una pretendida Ley de Bases) como en la propia redacción y contenido del CC propuesto»³⁴⁰. Y que, pese a que se realizaron algunas referencias más detenidas y particulares sobre determinadas materias o instituciones, «en la mayoría de las ocasiones con el fin, más político que técnico, de ridiculizar o desprestigiar burlescamente aquella propuesta de CC, y solo algunas veces para cuestionar su adecuación a la Ley de Bases de 1888, o bien como objeción a su propia redacción, o, la menor de las veces, a su propio contenido»³⁴¹. Por ello, la relevancia en clave de interpretación histórica de los debates parlamentarios relativos al CC de 1889 tendría un valor muy secundario, frente al mayor protagonismo de otros precedentes, como el proyecto de 1851, la Ley de bases de 1888 o la Exposición de Motivos que acompañó a la segunda edición del CC³⁴².

Ciertamente, una valoración genérica de los debates parlamentarios que se celebraron en las Cortes con motivo de la tramitación de la Ley de bases de 1888 y del ajuste del CC a la referida Ley de bases puede ser compatible con aquella valoración. Sin embargo, la trascendencia de los debates parlamentarios que se plantearon en relación con la ubicación sistemática y la eficacia traslativa de la donación en el CC no puede ni debe ser minusvalorada.

Los senadores y diputados que cuestionaron la ubicación sistemática de la donación, y su virtualidad transmisiva, fueron eminentes y reputados juristas, cuyos cuestionamientos obedecieron a cuestiones estrictamente sistemáticas y dogmáticas, o en tono crítico ante lo que valoraron como injustificada importación de legislación extranjera. Es cierto que Duran i Bas, máximo exponente de la escuela histórica del Derecho, atacó en sus intervenciones la conveniencia de la codificación y el método seguido en la confección del CC; pero en lo que respecta a la donación, sus críticas fueron jurídicas, y no políticas.

³³⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, p. 768.

³⁴⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2019, p. 280.

³⁴¹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2019, p. 280.

³⁴² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2019, pp. 324-325.

Por otro lado, los senadores que intervinieron en el debate en defensa de los dictámenes favorables al proyecto de la Ley de bases y al ajuste del CC respecto de la propia Ley de bases, obviamente defendieron la necesidad de la codificación civil y el método de trabajo seguido; pero cuando se pronunciaron sobre la donación, justificaron sus palabras con argumentos históricos y jurídicos.

En este orden de cosas, la intervención de Gutiérrez Fernández fue extraordinariamente relevante, pues a su condición de senador se unía su sólida formación jurídica como Catedrático universitario especialista en Derecho civil, reputado tratadista de la disciplina, miembro de la Comisión redactora del CC, autor material de la redacción los artículos del anteproyecto de CC relativos a la donación, y miembro de la Comisión constituida en el Senado para dictaminar el proyecto de ley de bases de 1885³⁴³. En consecuencia, por mucho que sus palabras se pronunciasen en un foro parlamentario, poseen un extraordinario valor, en tanto que dieron cuenta de primera mano sobre el planteamiento que se adoptó en relación con la donación en la Ley de bases de 1888 y en el anteproyecto de CC de 1882-1889.

A pesar de la contradicción existente entre Gutiérrez Fernández y Romero Girón acerca de quién fue el autor intelectual de la caracterización de la donación como modo de adquirir, situándola al margen de la aplicación de la teoría del título y el modo, su naturaleza y ubicación sistemática, expresamente reconocida en diversos debates del Senado, debe ser valorada como auténtica expresión de la *mens legis*. Al respecto, no debe olvidarse que el CC fue aprobado mediante una delegación legislativa a favor de la Comisión creada al efecto en la Comisión General de Codificación.

Por las razones expuestas, los debates que tuvieron lugar en el Senado en los que se discutió sobre la naturaleza y la mecánica traslativa de la donación son claves para la recta interpretación en clave histórica de la regulación de la donación en el CC.

IV. CONCLUSIONES

Los antecedentes históricos de la donación demuestran que las Partidas asumieron el modelo justiniano de la institución. Por tanto, la donación se situaba dentro del ámbito de aplicación de la

³⁴³ LASSO GAITE, 1978, p. 374, 381, 432, 440-441, 551; GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, 1993, pp. 142, 165, 176-181; DOMÍNGUEZ NAFRÍA, 1997, pp. 46-47, 55, 106-107, 109, 124-126, 139.

teoría del título y el modo, y precisaba la entrega de las cosas donadas para operar la transmisión del dominio. Este planteamiento es palpable en la práctica totalidad de la doctrina y en la jurisprudencia del siglo XIX anterior a la aprobación del CC.

Los antecedentes legislativos de la donación demuestran que la Ley de bases de 1888 y la Comisión redactora del anteproyecto de CC de 1882-1889 calificaron deliberadamente a la donación como modo de adquirir, al margen de las obligaciones y los contratos, y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo. El CC abandonó la tradicional regulación de la donación en el Derecho castellano, asumiendo el modelo de donación del *Code* francés de 1804, que regulaba a la donación como un negocio consensual, que transmitía la propiedad sin necesidad de entrega o tradición. La Comisión redactora fue plenamente consciente de las consecuencias de la nueva regulación³⁴⁴, que provocó perplejidad y oposición por parte de reputados juristas durante los debates parla-

³⁴⁴ Cuestión distinta es si la codificación de la donación obligaba a asumir la regulación del Código Civil francés, abandonando la tradicional regulación castellana de la institución. Todo hace pensar que la Comisión redactora del CC prefirió imitar la regulación francesa, debido a su relativa modernidad y reconocido prestigio, aunque la justificación que se esgrimió para dar cobertura a tal decisión (la necesaria regulación unitaria de la donación y el carácter extracontractual de la donación *mortis causa*) no resulta convincente: buena prueba de ello es que las donaciones matrimoniales terminaron reguladas en el Libro IV del CC, y que la redacción definitiva del artículo 620 CC ha sido interpretado en clave de derogación de las donaciones por causa de muerte.

Ciertamente, la regulación de la donación al tiempo de la aprobación del CC era antediluviana, y existían lagunas legales sobre algunas cuestiones que había tenido que resolver la jurisprudencia. Por ejemplo, ante la falta de regulación expresa, el Tribunal Supremo se vio obligado a recalcar que la naturaleza bilateral de la donación y el espíritu de las leyes de Partidas exigían la aceptación del donatario para que la donación fuese válida: SSTS de 9 de diciembre de 1864 (ECLI: ES: TS:1864:145, JC, t. 10, 369; ponente Eduardo Elfo y Jiménez Navarro) y 5 de marzo de 1870 (ECLI: ES: TS:1870:637, JC, t. 21, 84; ponente Laureano de Arrieta Barcina). La aceptación no tenía por qué ser expresa, bastando la aceptación tácita o implícita, a partir de hechos concluyentes: STS de 1 de octubre de 1888 (ECLI: ES: TS:1888:1155, JC, t. 64, 85; ponente Francisco Soler). También es cierto que parte de la doctrina había criticado algunas de las normas vigentes. Significativamente, la insinuación de las donaciones y su aprobación por parte de la autoridad judicial fue blanco fácil para la crítica en un ambiente de fuerte penetración del individualismo característico de la doctrina liberal imperante en el siglo XIX (*vid.* DE CÁRDENAS ESPEJO, 1852, p. 108: «no es menester para eso que intervengan los tribunales en aprobar todas las donaciones que excedan de cierta medida inflexible, excudriñando la fortuna de cada individuo, y sacando a plaza sus secretos: que semejantes investigaciones son siempre gravosas y repugnantes sin ser un medio seguro de llegar al descubrimiento de la verdad, que se busca cuando las partes interesadas procuran ocultarla»). Sin duda, el CC vino a corregir las lagunas y defectos denunciados; pero para ello no era necesario incluir a la donación entre los modos de adquirir, ni tampoco sacar a la donación de la órbita de la teoría del título y el modo. No en vano, un repaso somero a la doctrina decimonónica evidencia que el mantenimiento del régimen jurídico tradicional de la donación, como contrato (título) que unido a la entrega (modo) transmitía la propiedad, no había sido cuestionado, ni se había abogado por su modificación (cfr. *supra*, II.5.7.2). Puede que la indisimulada admiración que el Código napoleónico despertó a la Comisión de Códigos (o incluso, la comodidad de tomar como referencia el *Code* a la hora de redactar el CC español) primase sobre la conveniencia o necesidad valorada en términos estrictamente jurídicos.

mentarios que se celebraron con motivo de la Ley de bases de 1888 y la aprobación del CC de 1889. La sustracción de la donación de la teoría del título y el modo, y la implantación en el CC de una donación dispositiva, que transmite el dominio con la perfección del negocio, sin necesidad de entrega, no fue algo accidental, sino la consecuencia derivada de una decisión conscientemente adoptada por la Comisión redactora del anteproyecto, que fue refrendada por las Cortes al aprobar la Ley de bases de 1888.

La interpretación histórica de la normativa reguladora de la donación en el CC confirma la corrección de la postura doctrinal y jurisprudencial hoy prácticamente unánime, que sostiene que la donación es un negocio dispositivo que transmite el dominio de las cosas donadas sin necesidad de entrega o tradición.

Este estudio demuestra que el canon histórico resulta de utilidad para la correcta interpretación las normas jurídicas e instituciones reguladas en el CC de 1889.

V. FUENTES LEGALES

A) Derecho Romano

Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona-València, 1889-1898.

B) Aragón

Observancias del Reino de Aragon. Vertidas del latín al castellano por los autores del Derecho y jurisprudencia de Aragon en sus relaciones con la legislacion de Castilla, Zaragoza, 1865.

C) Castilla

Recopilacion de las leyes destos reynos hecha por mandado dela magestad catholica del Rey don Philippe Segundo nuestro Señor, Alcalá de Henares, 1569.

Novisima Recopilacion de las leyes de España. Tomo V. Libros X, XI y XII, Madrid, 1805.

Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo II. Partida Segunda y Tercera, Madrid, 1807.

Fuero Juzgo. Edición de la Real Academia Española de 1815, edición anastática, Madrid, 2015.

Fuero Real de Alfonso X El Sabio. Edición de la Real Academia de la Historia de 1836, edición anastática, Madrid, 2015.

Opúsculos del Rey Sabio: el Espéculo. Edición de la Real Academia de la Historia (1836), edición anastática, Madrid, 2018.

D) España.

Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecución é Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro, Madrid, 1861.

Código Civil. Edición oficial reformada, Madrid, 1889.

E) Francia.

Code Civile des Français, París, 1804.

F) Italia.

Codice Civile del Regno d'Italia, Turín, 1865.

G) Portugal.

Código Civil português aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867, Lisboa, 1868.

H) València

Fori Regni Valentiae, València, 1547.

BIBLIOGRAFÍA

ABELENDA, Virginia: *Beneficio de competencia: fuentes romanas, derecho intermedio y latinoamericano*, Buenos Aires, 2010.

AGUIRRE DE LA PEÑA, Joaquín y GARCÍA GOYENA, Florencio: *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo. Tomo III*, Madrid, 1841.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia: *La donación*, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ CORA, Enrique: «Aproximación al derecho contractual visigodo», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2004, pp. 543-582.

— *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, 2005.

ÁLVAREZ Y ESTRADA, José María: *Instituciones de Derecho Real de España. Tomo I*, Madrid, 1829.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo: *Instituciones de Derecho civil*, Valladolid, 1840.

ANTEQUERA BOBADILLA, José María: *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886.

- APALATEGUI OCEJO, Pedro y OYUELOS PÉREZ, Ricardo: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Madrid, 1896.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, Madrid-Barcelona, 1998.
- «¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, pp. 569-625.
- ARCHI, Gian Gualberto: «L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1958, pp. 391-426.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización», en *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Cizur Menor, 2019, pp. 57-118.
- BARÓ PAZOS, Juan: *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993.
- «La influencia del Código Civil francés (1804) en el Código Civil español (1889)», en *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, Cizur Menor, 2014, pp. 53-128.
- BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: «Artículo 3», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo I. Artículos 1 a 41 del Código Civil*, Madrid, 1978, pp. 77-87.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: «La tradición como modo de adquirir la propiedad», *Revista de Derecho Privado*, 1967, pp. 103-116.
- BERNAD SEGARRA, Lucía: «Sobre la publicidad en Derecho Romano postclásico: el supuesto de la insinuatio donationis», *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2012, pp. 661-682.
- BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960.
- BONEL Y SÁNCHEZ, León: *Código Civil español. Comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los Códigos Civiles de la mayor parte de los países de Europa y América. Tomo III. Libro III*, Barcelona, 1890.
- BONET RAMÓN, Francisco: «La ley de bases del Código Civil», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1988, pp. 321-346.
- BORSARI, Luigi: *Commentario del Codice Civile italiano. Volume terzo. Parte seconda*, Turín, 1877.
- BUCHHALTER MONTERO, Brian: «Notas sobre nomofilaxis a la luz de la casación civil histórica: de la constitución de Cádiz a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, 2022, pp. 243-306.
- CALVO SORIANO, Álvaro: «Tradición y donación», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1946, pp. 399-472.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo Tercero. Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos. Derecho de familia)*, Madrid, 1944.
- CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín: «Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1952, pp. 731-1141.

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos», *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 756-757.
- «El (relativo) valor interpretativo de los debates parlamentarios sobre el Código Civil español de 1889», en *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*, València, 2019, pp. 269-328.
- CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe: *Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II*, Madrid, 1930.
- DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1775.
- DE BUEN LOZANO, Demófilo: *Curso elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colín y H. Capitant. Con notas sobre el Derecho Civil español. Tomo Octavo y último. Derecho Sucesorio. Donaciones. Ausencia*, Madrid, 1928.
- *Derecho Civil Español Común. Volumen I*, Madrid, 1931.
- DE CÁRDENAS ESPEJO, Francisco: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el proyecto de Código Civil*, Madrid 1852.
- DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: «Sobre una revisión de las donaciones “mortis causa” en nuestro Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pp. 1082-1095.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 1971, pp. 803-821.
- *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000.
- DE MOLINA, Luis: *De Iustitia, Tomus Primus. Complectens Tractatum Primum, et ex Secundo Disputationes 251 usque*, Cuenca, 1593.
- *Los seis libros de la justicia y el derecho*, Madrid, 1943.
- DEL VISO Y AÑÓ, Salvador: *Lecciones elementales de Historia, y de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España. Parte Segunda del Derecho Civil. Tratado Tercero. Del derecho de las personas para exigir de otro lo que debe, ó sea: de las obligaciones*, València, 1857.
- DIAS FERREIRA, José: *Código Civil portuguez anotado. Volume II*, Lisboa, 1871.
- *Código Civil portuguez anotado. Volume III*, Lisboa, 1872.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores: «La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1985, pp. 703-755.
- DÍAZ DE MONTALVO, Alonso: *El Fuero Real de Espala diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso noveno*, Salamanca, 1569.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», *ADC*, 1966, pp. 555-573.
- DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón: *Estudios de ampliación de la historia de los códigos españoles, de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, Valladolid, 1856.
- *El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Codigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala. Tomo Segundo*, Valladolid, 1868.
- DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos: *El jurisconsulto Benito Gutiérrez, entre la historia y la razón*, Madrid, 1997.
- D'ORS PÉREZ PEIX, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, 2004.
- *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Madrid, 2014.

- DURÁN RIVACOBA, Ramón: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 1995.
- ESCRICHE Y MARTÍN, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo Primero*, Madrid, 1847.
- ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid, 1995.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil Español. Vol. III. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1954.
- FALCÓN Y OZCOIDI, Modesto: *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral, según las leyes escritas, la jurisprudencia de los Tribunales y la opinión de los escritores. Tomo II*, Salamanca, 1878.
- FEBRERO, José: *Librería de Escribanos, e instrucción jurídica teórica practica de principiantes. Primera parte dividida en tres Tomos. Tomo Primero*, Madrid, 1769.
- FERNÁNDEZ DE RETES, José: *De donationibus, academica relectio*, Salamanca, 1666.
- FERRANDIS VILELLA, José: «Donación traslativa y contrato de donación», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1960, pp. 329-365, 579-609.
- FRÍAS DE ALBORNOZ, Bartolomé: *Arte de los contractos*, València, 1573.
- GARCÍA, Francisco: *Parte Segunda del Tratado utilísimo y muy general de todos los contractos quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*, València, 1583.
- GARCÍA-GALLO DE DIEGO, Alfonso: «Las fuentes legales vigentes a comienzos del siglo XIX», *Anales, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Especial dedicado el centenario del Código Civil español (I)*, 1988, pp. 9-34.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel: *Derecho Privado Romano. I. Instituciones*, Madrid, 1982.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*, Madrid, 1852.
- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo III*, Madrid, 1852.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Justo: «Consideraciones acerca de una escritura de donación», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Volumen II*, Madrid, 1988, pp. 393-411.
- GARCÍA TROBAT, Pilar: «Libertad de cátedra y manuales en la facultad de derecho (1845-1868)», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija. Revista de Historia de las Universidades*, 1999, pp. 37-58.
- GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael: «Benito Gutiérrez, redactor y orador del Código Civil», en *Centenario del Código civil. V-1*, Madrid, 1993, pp. 133-214.
- «Bicentenario de la muerte de don José Febrero. Acto de homenaje y catálogo de la exposición bibliográfica», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1998, pp. 593-596.
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa: *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1999.
- GÓMEZ, Antonio: *Variae resolutiones iuris civilis*, Fráncfort del Meno, 1596.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN HERNANZ, Juan Manuel: *Elementos del derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española. Tomo segundo*, 1872.
- GRAULLERA SANZ, Vicente: *Historia del Derecho Foral Valenciano*, València, 1994.

- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las obligaciones. Tomo Quinto*, Madrid, 1869.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, Santiago de Chile, 2001.
- «La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2004, pp. 199-267.
- HERNÁNDEZ DE LA RÚA, Vicente: *Lecciones de derecho español. Tomo Segundo*, Madrid, 1838.
- IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1979.
- KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1968.
- KUNKEL, Wolfgang: *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1937.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Inscripción y tradición», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, pp. 1-16.
- «La donación», en *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos y cuasicontratos*, Barcelona, 1986.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», *Revista de Derecho Privado*, 1964, pp. 275-299.
- «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1973, pp. 383-419.
- LAMBERTINI, Renzo: «I. 2.7.2. Un problematico raccordo tra effetti della donazione e della compravendita in diritto giustiniano», *Labeo: rassegna di diritto romano*, 2003, pp. 60-75.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Volumen I*, Madrid, 1978.
- *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Volumen II*, Madrid, 1979.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, Madrid, 1990.
- LEVY, Ernst: *West Roman Vulgar Law*, Filadelfia, 1951.
- LÓPEZ, Gregorio: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida*, Salamanca, 1555.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Madrid, 1896.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel: «Donación “mortis causa”», en *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano*, Cizur Menor, 2017, pp. 1305-1320.
- MARLASCA MARTÍNEZ, Olga: «Los actos jurídicos documentados en los textos legales visigodos», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 2010, pp. 79-114.
- MARTÍNEZ NEIRA, Manuel: *El estudio del derecho. Libros de texto y planes de estudio en la universidad contemporánea*, Madrid, 2001.
- MERÊA, Manuel Paulo: «A doação per cartam no Direito Romano vulgar e no Direito Visigótico», en *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948, pp. 63-81.
- MONTERO LEÓN, Juan: «Adquisición de inmuebles por donación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pp. 2107-2141.
- MONTES SALGUERO, Jorge: «La doctrina de la donación en Fernández de Retes», en *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen. Volumen I*, Madrid, 2000, pp. 499-525.

- MORCILLO ORTIZ, Juan: *Novísima ilustración del derecho español, metodizada escrupulosamente, para la mejor comprensión de las doctrinas jurídicas y distinción de sus diversas materias, redactada bajo los principios y axiomas generales del derecho comun. Tomo II*, Madrid, 1848.
- NAVARRO AMANDI, Mario: *Código Civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales Códigos de otros pueblos y comentarios. Tomo Primero*, Madrid, 1880.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Pago de lo indebido sin error», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946, pp. 129-157.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y contratos. Volumen 2.º*, Madrid, 2001.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA MONTEMAYOR, Manuel: *Biblioteca de escribanos, ó Tratado general teórico-práctico para la completa instrucción de estos funcionarios. Tomo I*, Madrid, 1841.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, José María: «Las fuentes del régimen de la donación en las Partidas», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, 23, 2001, pp. 369-390.
- OSSORIO SERRANO, Juan Miguel: «El contrato de donación», en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, València, 2021, pp. 281-307.
- PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Istituzioni di Diritto Civile italiano. IV*, Florencia, 1872.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.ª ed., Madrid, 2006.
- PÉREZ ALGAR, Félix: *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del artículo 3.1 del Código Civil*, Barcelona, 1995.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Pamplona, 1994.
- PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier: *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias, por orden cronológico de sus Cuerpos, y Decisiones no recopiladas: y alfabético de sus Títulos y principales Materias. Tomo XI*, Madrid, 1796.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio: «Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá», en *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Ius Commune*, Frankfurt am Main, 1982, pp. 245-292.
- «Fuentes romanas en las Partidas», *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 4, 1992, pp. 215-246.
- PESET REIG, Mariano: «La enseñanza del Derecho y la Legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1968, pp. 229-375.
- «Universidades y enseñanza del Derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1969, pp. 481-544.
- «El plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las Facultades de Derecho», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1970, pp. 613-652.
- *Derecho Foral Valenciano*, València, 1995.
- *Lecciones de Historia del Derecho*, València, 2000.
- PETIT, Carlos: «España y el Code Napoléon», *Anuario de Derecho Civil*, 2008, pp. 1814-1815.
- PRADO RODRÍGUEZ, Juan Carlos: «Incumplimiento de la donación promisorias y beneficium competentiae: Bases romanistas de su recepción en el Código

- civil de Bello», *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 2020, pp. 628-672.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, Barcelona, 1956.
- PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y contratos. Vol. II. De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*, Madrid, 1946.
- RICCI, Francesco: *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, Turín, 1878.
- RODRÍGUEZ GIL, Magdalena: *La donación en la Alta Edad Media en los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1981.
- RODRÍGUEZ PENELAS, Horacio: *Ética y sistemática del contrato en el Siglo de Oro. La obra de Francisco García en su contexto jurídico-moral*, Pamplona, 2007.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Miguel Ángel: «El criterio histórico en la interpretación jurídica», *Dereito: revista xurídica da Universidad de Santiago de Compostela*, 2013, pp. 599-632.
- ROMERO Y GINZO, Joaquín: *Sala Novísimo, o nueva ilustración del derecho real de España, Tomo Primero*, Madrid, 1843.
- SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, Juan: *Curso de ampliación del Derecho Civil Español*, Barcelona, 1857.
- SALA BAÑULS, Juan: *Ilustración del derecho real de España. Tomo I*, Madrid, 1820.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1657-1684.
- SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, Jaime: «Sobre la naturaleza y la forma de la donación», *Información Jurídica*, 1952, pp. 795-817.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo III. Derechos de obligaciones*, Madrid, 1888-1889.
- *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación*, Madrid, 1890.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo II. Derecho de cosas*, Madrid, 1973.
- SANTOS MORÓN, María José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, 1996.
- SERNA VALLEJO, Margarita: *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, Madrid, 1996.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 2002.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo III. Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, Valladolid, 1920.
- VALIÑO DEL RÍO, Emilio: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, València, 1991.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Donación, condición y conversión jurídica material», *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pp. 1205-1328.
- VILLADIEGO BASCUÑANA Y MONTROYA, Alfonso: *Gothorum Regum Hispaniae, olim Liber Iudicum: hodie Fuero Juzgo nuncupatus*, Madrid, 1660.
- VOCI, Pasquale: «Tradizione, donazione, vendita da Costantino e Giustiniano», *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, 1987, pp. 72-147.

Todos hablan, pero pocos saben. Los alimentos y su distribución a debate

TERESA RODRÍGUEZ CACHÓN

Profesora permanente laboral de Derecho civil
Universidad de Burgos

RESUMEN

Mucho se ha hablado en los últimos tiempos sobre los alimentos y su distribución. Pero poco se ha hecho con precisión económica y legal suficiente como para plantear medidas realmente capaces de mejorar el funcionamiento de este sector; mejora que redunde en beneficio, tanto de los propios operadores (especialmente, de los productores primarios), como de los consumidores.

En el presente trabajo trato de explicar ciertos aspectos nucleares de los alimentos –en su consideración de bienes de consumo–, de su distribución y de la interrelación entre todos los operadores implicados hasta que son puestos a disposición del consumidor final. Todo ello es abordado desde puntos de vista contable, económico, matemático y jurídico, con la finalidad de refutar algunos de los lugares comunes más habituales sobre este sector. Con el mismo objetivo, en la última parte del trabajo analizo algunas de las medidas más recientes adoptadas en España destinadas a la mejora de la cadena alimentaria.

Ninguna medida económica es inocua. Tampoco la economía es siempre un juego de suma cero. A partir de estas premisas, toda sociedad ha de asumir que la vida en comunidad implica una pugna entre múltiples intereses que, por lo general, son igualmente merecedores de protección y, en muchas ocasiones, contrapuestos.

PALABRAS CLAVE

alimentos, distribución minorista, cadena alimentaria, inflación, venta a pérdida, bajo valor unitario

Everyone talks, but few know. Food and its distribution under debate

ABSTRACT

In recent times, much has been said about food and its distribution. But little has been laid out with sufficient economic and legal precision to propose measures truly capable of improving this sector for the benefit of both, the operators themselves (especially primary producers) and consumers.

In this paper, I attempt to explain certain nuclear aspects of food –as long as consumer goods–, its distribution and the interrelation between all the operators involved until they are made available to the final consumer. All of this is approached from accounting, economic, mathematical and legal points of view, to refute some of the most usual clichés about this sector. With the same goal, in the last part of the paper I analyse some of the most recent measures adopted in Spain aimed at improving the food chain.

No economic measure is innocuous. Nor is the economy always a zero-sum game. Based on these premises, every society must assume that living in a community involves a struggle between multiple interests, which are, generally, equally deserving of protection and, on many occasions, opposing.

KEY WORDS

food, retail distribution, food chain, inflation, sales below cost, low unit value

SUMARIO: I. Introducción.–II. Notas distintivas de los alimentos, su distribución y su consumo. 1. Operadores desiguales. 2. «Voto» del consumidor casi diario. 3. Imposibilidad de comercialización bajo signo distintivo. 4. Valor económico y social de la alimentación.–III. Situación de la distribución minorista de alimentos. 1. Análisis de la oferta en el mercado de distribución minorista de alimentos en España. 2. Análisis de resultados contables de la distribución minorista de alimentos. 3. Análisis de resultados contables de la distribución minorista de alimentos tras la explosión inflacionista de 2022. 3.1 Análisis de la cifra nominal de negocio. 3.2 Análisis del resultado de explotación. 4. Matemáticas en la cadena alimentaria.–IV. Examen de algunas medidas estrella. 1. Premisa de partida. 2. Prohibición de venta a pérdidas. 2.1 Paralelismo con la ley de ordenación del comercio minorista. 2.2 ¿Qué se está prohibiendo en realidad?. 2.3 La entelequia de los costes de producción. 3. Creación de un observatorio público de márgenes de beneficios de la empresas. 4. Fomento de la autorregulación. 4.1 El código de buenas prácticas mercantiles en la contratación alimentaria. 4.2 Motivo del fomento de la autorregulación en la cadena alimentaria. A. Noción de coste de transacción. B. Costes de transacción de la primera fase del proceso contractual. C. Mecanismos informales de reducción de los costes de transacción. 4.3 Análisis de la eficacia del Código: ¿nadar para morir en la orilla? A. Capacidad del Código para reducir los costes de transacción de la primera fase del proceso contractual. B. Capacidad del Código de reducir los costes de transacción en su consideración de mecanismo informal. 5. Impuesto especial sobre los beneficios de las grandes distribuidoras.–V. Reflexiones conclusivas, que no soluciones.–Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado en los últimos tiempos sobre los alimentos y su distribución. Pero poco se ha hecho con precisión econó-

mica y legal suficiente como para plantear medidas realmente capaces de mejorar el funcionamiento de este sector, mejora que redunde en beneficio, tanto de los propios operadores (especialmente, de los productores primarios), como de los consumidores.

El infierno está empedrado de buenas intenciones, de palabras bonitas y de medidas aparentemente voluntariosas. La realidad es mucho más compleja de lo que se puede expresar en 280 caracteres o en 20 segundos de una pieza periodística. Por ello, los relatos extremadamente reduccionistas y dicotómicos sobre el funcionamiento del sector alimentario a los que estamos sometidos casi a diario deberían provocar que la academia alce la voz y haga valer su capacidad de realizar análisis sosegados y en profundidad, y con potencial para espolpear verdaderos cambios sociales basados en evidencias contrastables.

En las siguientes páginas, trato de explicar ciertos aspectos nucleares de los alimentos, de su distribución y de la interrelación entre todos los operadores implicados hasta que son puestos a disposición del consumidor final. Todo ello es abordado desde puntos de vista contable, económico, matemático y jurídico, con la finalidad de refutar algunos de los lugares comunes más habituales sobre este sector. Con el mismo objetivo, en la última parte del trabajo analizo algunas de las medidas más recientes adoptadas en España destinadas a la mejora de la cadena alimentaria.

Mi voluntad de refutar estos lugares comunes sobre los alimentos, su distribución y la cadena alimentaria no pretende terminar por ofrecer una visión almidarada de la realidad, en la que no existen dilemas ni abusos. Todo lo contrario; mi análisis asume un punto de partida repleto de innegables problemas y complejidades a los que hace frente el conjunto del sector alimentario, tanto estructurales (diferencias en el poder de negociación entre operadores¹, prácticas contractuales desleales²) como coyunturales (inflación desbocada, principalmente), a nivel español y europeo³.

¹ Sobre esta cuestión se centran, entre otros, LIANOS y LOMBARDI, 2016.

² Tal es la relevancia de este problema en el sector alimentario que la UE lo ha debido abordar específicamente en la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. Esta Directiva está precedida de infinidad de recomendaciones y comunicaciones de diversas instituciones comunitarias.

Asimismo, la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (Ley de la cadena alimentaria) dedica su capítulo II del título II a este respecto.

³ Parte de las afirmaciones realizadas en este trabajo parten de análisis previos sobre la contratación en la cadena alimentaria, desde un punto de vista tanto doctrinal, como, principalmente, ligado al análisis económico del Derecho. Para un análisis en profundidad de estas cuestiones, véanse RODRÍGUEZ CACHÓN, 2020 y RODRÍGUEZ CACHÓN, 2019.

En cualquier caso, no existe ninguna fórmula mágica para la resolución de los problemas (o la mejora de las circunstancias, según se prefiera). No existen, tampoco, medidas económicas o políticas inocuas. Toda sociedad debe asumir esta realidad, y no cerrar los ojos ante el devenir de la otra cara de cualquier moneda, cuya existencia resulta igualmente indispensable para el desarrollo de todo sector. Solo así, partiendo de análisis omnicomprensivos y desprovistos de posiciones apriorísticas y emocionales, estaremos en disposición de proponer medidas que caminen hacia, al menos, una más equitativa distribución del valor añadido generado en la cadena.

II. NOTAS DISTINTIVAS DE LOS ALIMENTOS, SU DISTRIBUCIÓN Y SU CONSUMO

En los últimos lustros, la consideración de los alimentos como *commodities*, así como las reglas que reglamentan su comercialización y su propiedad, han comenzado a ser puestas en cuestión, de forma semejante a lo ocurrido con el agua tiempo atrás (teoría de los bienes comunes)⁴. No obstante, y dejando tan solo apuntado este interesante debate, resulta ciertamente pertinente detenerse en analizar qué particularidades presentan los alimentos en su dimensión de bienes de consumo sujetos a comercialización.

En el mismo sentido, resulta útil a efectos analíticos hacer uso de la noción de «cadena alimentaria». Esta es una abstracción de las cadenas de suministro de todos los productos agrícolas y alimentarios, conformada por las relaciones entre productores, transformadores y distribuidores de alimentos, quedando excluidos los consumidores finales.

A continuación, se exponen, de manera sinóptica, algunas de las principales notas características de los alimentos, de su distribución y de la cadena alimentaria⁵ como cadena de valor⁶. Esta exposición resulta indispensable para el análisis posterior.

⁴ Para obtener una visión general de la teoría de los *common goods* aplicada a los alimentos, véase VIVERO-POL, *et. at.*, 2019.

⁵ A pesar de las diferencias existentes entre las cadenas alimentarias española y europea, a los efectos que me propongo, tales diferencias carecen de relevancia.

⁶ Gran parte de la literatura sobre gobernanza de las cadenas de valor incluyen las relaciones de consumo (aunque no los consumidores) como parte de la propia cadena de valor. Como ejemplos prominentes de ello, véanse CAFAGGI, 2012 y BALDWIN, 2013.

Sin embargo, a los efectos analíticos que me propongo, así como en concordancia con la regulación específica de la cadena alimentaria en España (fuertemente determinada por fuentes comunitarias), las relaciones de consumo quedarán excluidas de la noción de cadena de valor agroalimentaria.

1. OPERADORES DESIGUALES

La gran diferencia de tamaño entre los operadores que la conforman es una de las notas que en mayor medida definen la cadena alimentaria europea y, muy especialmente, la española, sea cual sea la medida de tamaño que se tome. Abarca desde el atomizado sector primario⁷, escasamente asociado en origen (aunque muy desigual, del 10 % en la patata al 99 % en el plátano)⁸, hasta el concentrado sector de la distribución, pasando por el sector industrial también concentrado (aun siendo el 96 % de las empresas PYMEs de menos de 50 empleados)⁹.

Esta estructura, principalmente la elevada atomización del sector primario, ha tratado de ser modificada por diversas iniciativas legales, sin demasiado éxito hasta el momento. De entre ellas, a nivel nacional destaca la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario¹⁰, aprobada el mismo día que la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (Ley de la cadena).

Esta estructura desigual de la cadena deriva en fuertes asimetrías de poder contractual entre sus operadores (en este caso, asimetría en el poder de compra)¹¹, muy similar a la situación que se produce, por ejemplo, respecto del consumidor de bienes y servi-

⁷ Para obtener una visión panorámica de la estructura productiva española en el marco comparado internacional, véase VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS, 2022, pp. 169-174.

⁸ Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la competencia) sobre competencia y sector agroalimentario, 16 de junio de 2010, pp. 58-59.

Documento disponible en: <https://www.cnmec.es/expedientes/e-2009-05>

⁹ Respecto del sector agrario, el más atomizado y, en consecuencia, el más expuesto tanto a las inclemencias del mercado como a prácticas comerciales desleales, el 78,5% de las explotaciones agrarias hacen uso del 11,2% de la superficie agrícola utilizada en 2020 en España, siendo todas estas explotaciones agrarias de menos de 10 hectáreas; por otro lado, el 6 % de las explotaciones agrarias representan el 67,8 % de la superficie agrícola utilizada, de una superficie todas ellas mayor de 50 hectáreas.

Información obtenida del Censo Agrario 2020, realizado por el Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: <https://n9.cl/407nc>

¹⁰ Para obtener una visión completa de las consecuencias económicas y jurídicas de la aplicación de la Ley 13/2013 de Vargas Vasserot (dir.), Cano Ortega (coord.), 2018.

¹¹ Resulta muy interesante la distinción que realizan VELÁZQUEZ y BUFFARIA, 2017, pp. 2-4, entre poder de mercado (*market power*) y poder de negociación (*bargaining power*). La primera de estas nociones se refiere a la habilidad de una empresa –o un grupo de ellas– para aumentar y mantener los precios por encima del nivel que tendrían bajo condiciones competitivas. Por el contrario, poder de negociación se refiere al poder de una parte para obtener una concesión de la otra mediante la amenaza de la imposición de un coste –o la retirada de un beneficio– si no acepta tal concesión.

Bajo estas premisas, la cadena alimentaria responde una situación de desequilibrio de poder de negociación, y no tanto (o, cuando menos, no en la misma medida) de desequilibrio de poder de mercado.

cios frente a la empresa que se los proporciona. Como consecuencia de ello, *ceteris paribus*, el sector industrial y el distribuidor podrían idealmente imponer un precio de venta inferior al precio competitivo. En esencia, nada nuevo bajo el sol: el pez grande se come al chico.

Hasta aquí la parte más fotografiada y menos puesta en cuestión de la cadena alimentaria. No obstante, como todo escenario humano complejo (y este lo es, mucho), la realidad dista de esa visión maniquea que prácticamente siempre y sin matices se ofrece en los medios de comunicación, incluso desde instancias públicas.

Per se, una mayor concentración empresarial en determinados eslabones de la cadena respecto de otros no implica necesariamente efectos negativos para el funcionamiento del mercado, ni siquiera para el consumidor final. Una elevada concentración en el sector industrial y de la distribución de alimentos favorece las economías de escala, tan necesarias en sectores intensivos en capital y en bienes de equipo, como ambos lo son. De hecho, esta es, precisamente, la función que cumplen las centrales de compra respecto de distribuidores minoristas de reducido tamaño¹².

Una mayor concentración empresarial en alguno o algunos de los eslabones de la cadena puede, finalmente, derivar en menores precios al consumo¹³, sobre todo en sectores sometidos a una elevada competencia, como es este caso (aspecto analizado a continuación). Esa mayor concentración solo sería negativa para el conjunto del mercado si, y solo si, de ella se derivaran abusos de posición de dominio (entendidos estos de forma amplia).

2. «VOTO» DEL CONSUMIDOR CASI DIARIO

No obstante su elevado nivel de concentración, el sector de la distribución minorista de alimentos está presidido por un elevado nivel de competencia. Ello se debe a que el consumidor de alimentos compra y, con ello, «vota» por un distribuidor u otro con frecuencia variable, pero, en cualquier caso, mucho mayor que respecto de otros bienes de consumo, incluso respecto de otros bienes

¹² COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2023. E/CNMC/003/23, Estudio sobre la traslación de la reducción del IVA en el sector alimentario, 25 de julio, p. 52.

¹³ A esta conclusión llegan CIAPANNA y RONDINELLI, 2014, quienes, tras una investigación empírica, concluyen que una mayor concentración de los minoristas de alimentos en su posición de compradores de *commodities* está asociada con menores precios al consumo.

En el mismo sentido, véase European Commission, Dirección General de Competencia, *The Economic Impact of Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector*, 2014, disponible en <https://bit.ly/3JtDFIH>

también consumibles. Esta situación hace que exista competición prácticamente diaria entre distribuidores de alimentos por obtener este «voto» en forma de decisión de compra.

De hecho, la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se refiere a la distribución de alimentos como distribución minorista de bienes de consumo diario. En el mismo sentido, en sus estudios de mercado, analiza de forma separada los hábitos de compra de alimentos frente a otro tipo de productos no alimentarios que son habitualmente vendidos en los mismos establecimientos minoristas (textiles, herramientas, juguetes, electrodomésticos, entre otros)¹⁴.

Otra circunstancia del sector alimentario que se superpone a la anterior es la ausencia de consumidor cautivo. Esto es, el hecho de que un consumidor compre una vez a un distribuidor de alimentos no implica, en absoluto, que vuelva a hacerlo en el futuro, al ser un bien consumible de ciclo corto. Ejemplos contrarios existen miles: piénsese en la compra de una impresora, que condiciona las futuras decisiones de compra de tinta; o en los repuestos de un coche¹⁵.

Este voto casi diario, sumado a la ausencia de consumidor cautivo, incrementa las asimetrías presentes en el mercado alimentario, ya que hace que sea precisamente el sector de la distribución el que puede desarrollar estrategias de fidelización respecto de clientes, pudiendo así obtener –al menos hipotéticamente– mayor parte del pastel, sin que, para ello, resulte imprescindible contar con un tamaño mayor que el resto de operadores¹⁶. Asimismo, los nuevos sistemas de información y *el big data* permiten precisamente, de nuevo, a los distribuidores recibir señales prácticamente en tiempo real sobre las preferencias del consumidor¹⁷, lo que les facilita una rápida adaptación a las dinámicas del mercado.

¹⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2023. E/CNMC/003/23, Estudio sobre la traslación de la reducción del IVA en el sector alimentario, 25 de julio, p. 39.

¹⁵ La ecuación se complica si incluyéramos la (nueva) categoría de bienes con elementos digitales, acuñada por la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Esta categoría hace referencia a los supuestos de contenidos/servicios digitales que aparecen incorporados en un bien o que interconectan con el mismo.

En estos casos, el nexo entre el bien comprado y el servicio digital es tal que el primero no funciona sin el segundo. Por ejemplo, un teléfono móvil no funciona (especialmente, pasado un tiempo) sin las debidas actualizaciones del *software* pertinente. Y así, la condición de cautivo del consumidor es máxima.

Como fácilmente se puede deducir, nada de esto sucede con un alimento, dado que, como todo bien consumible, desaparece de la esfera física cuando se hace uso de él conforme a su naturaleza.

¹⁶ CARSTENSEN, *et al*, 2016, p. 25.

¹⁷ LIANOS y LOMBARDI, 2016, p. 8.

Conscientes de esta realidad, las propias organizaciones de empresarios europeos reconocen hacer uso de estrategias de fidelización de clientes (tarjetas de puntos, descuentos por membresías, etc.) como consecuencia de la carencia de vínculos permanentes con los consumidores, lo que se traduce en la necesidad de continua innovación para atraerlos y fidelizarlos¹⁸.

3. IMPOSIBILIDAD DE COMERCIALIZACIÓN BAJO SIGNO DISTINTIVO

Los signos distintivos, entendidos en sentido amplio, desempeñan una finalidad comercial esencial. Respecto de lo que aquí interesa, permiten distinguirse de la competencia y asociar una determinada calidad a un concreto bien o servicio¹⁹. Esto se conoce como «señalización» de la calidad. Esta cuestión resulta especialmente relevante respecto de aquellos atributos ligados a la calidad cuya constatación resulta imposible incluso tras el uso del bien o servicio en cuestión. Piénsese, por ejemplo, en cuestiones relacionadas con el respeto a los derechos de los trabajadores o el cumplimiento de la normativa sobre residuos, tratamiento de aguas o sobre bienestar animal.

Pues bien, la comercialización de alimentos, en este caso circunscribiéndonos a los alimentos frescos no procesados, presenta una especial complejidad, precisamente, por la imposibilidad comercializarlos bajo marca. Es cierto que existe otro tipo de signos distintivos –como las denominaciones de origen protegidas (DOP) o las indicaciones geográficas protegidas (IGP), entre otros–, que, en cierta medida, cumplen la misma función que las marcas. Sin embargo, tan solo una proporción muy pequeña de los alimentos frescos son comercializados bajo estos signos o sellos de calidad porque, por definición, su finalidad es discriminar entre alimentos de diversa calidad.

En este contexto de imposibilidad de comercialización bajo marca y de bajísima proporción de alimentos frescos comercializados bajo signo distintivo, estudios empíricos muestran que el precio es el único elemento tomado por el consumidor para valorar la

¹⁸ *Directorate General for Internal Policies. Policy Department A: economic and scientific policy. «Unfair trading practices in the business-to-business food supply chain (UTPs). Proceedings of the Workshop», Bruselas, 24 de marzo de 2015, pp. 13-15. Punto de vista ofrecido por la directora de EuroCommerce.*

¹⁹ A pesar de su gran relevancia en otros contextos, para el caso analizado dejamos a un lado todas aquellas finalidades de los signos distintivos ligadas al posicionamiento social y a la alineación con determinados valores.

calidad de un alimento²⁰. Es más, en realidad es (casi) el único con el que cuenta²¹.

4. VALOR ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA ALIMENTACIÓN

A medida que la renta disponible disminuye, el peso relativo que el gasto en alimentación representa es mayor. Esta afirmación se explica a través de la noción de elasticidad-renta de la demanda. La elasticidad-renta de la demanda mide, *ceteris paribus*, el grado en que la cantidad demandada de un determinado bien aumenta o disminuye ante una variación en la renta del consumidor. La relación entre ambas magnitudes, cuya representación gráfica se conoce como curva de Engel, divide a los bienes en normales e inferiores. Los bienes normales son aquellos cuya demanda varía de forma directa con relación a una variación de la renta del consumidor, es decir, aquellos cuya elasticidad-renta de su demanda es mayor que cero. Por su parte, los bienes inferiores son aquellos cuya demanda varía de forma inversa respecto de variaciones en la renta del consumidor, esto es, aquellos cuya elasticidad-renta de su demanda es negativa.

Respecto de los bienes normales cabe hacer una subdivisión en función del valor de su elasticidad: bienes normales y bienes de lujo o superiores. Los bienes normales serán de primera necesidad si el valor de la elasticidad-renta de su demanda se sitúa entre cero y la unidad (bienes cuya demanda es inelástica). Esto es, la demanda de bienes de primera necesidad varía menos que proporcionalmente ante variaciones de la renta del consumidor. Por su parte, son bienes de lujo o superiores aquellos cuya elasticidad-renta de su demanda está por encima de uno, es decir, cuya demanda es elástica. O lo que es lo mismo, la demanda de bienes de lujo es especialmente sensible a cambios en la renta del consumidor, ya que su demanda varía más que proporcionalmente ante variaciones en la renta.

En 1857, Ernest Engel demostró empíricamente que los alimentos son, en este sentido, bienes de primera necesidad, pues la proporción de renta de las familias gastada en alimentación (proporción, que no valor absoluto) disminuye según aumenta la renta; o, expresado en términos de elasticidad, que, a partir de un cierto nivel de renta, la elasticidad de la demanda de productos alimenti-

²⁰ BREDHAL, 2004, p. 66.

²¹ No obstante, este hecho no debería extrañarnos, ya que esta es, en términos originales, la función económica del precio.

cios es menor que la unidad, pudiendo llegar a hacerse negativa, lo que comúnmente se conoce como Ley de Engel²². De esta forma, Engel entendía que la proporción de renta familiar gastada en alimentación es un buen indicador de la situación económica de un país: a mayor proporción, menos desarrollado es un país. Y así, tradicionalmente se ha afirmado que la protección al sector alimentario repercute directamente tanto en los países con economías más débiles como en los estratos económicamente menos desarrollados de la sociedad.

Siendo perfectamente consciente del desatino y el anacronismo que supondría pretender explicar la realidad actual con base exclusivamente en la Ley de Engel²³, que obvia cuestiones relacionadas con la calidad de los alimentos, con la posible utilización de los alimentos como insumos de procesos industriales²⁴, o con el nivel de gasto en bienes o servicios sustitutivos perfectos e imperfectos de los alimentos (principalmente, en hostelería), estimo oportuna traerla a colación en este momento, pues cuenta con una capacidad explicativa formidable gracias a su sencillez y carácter sintético.

De tal modo, aún con salvedades, se puede afirmar que la alimentación es proporcionalmente más costosa a medida que disminuye el poder adquisitivo. Por tanto, la protección y la atención preferente a toda cuestión relacionada con la regulación de la alimentación, desde una perspectiva puramente contractual, vinculada con la gobernanza o ligada a la defensa de la competencia²⁵, resulta imprescindible en toda economía social de mercado que se precie de serlo.

Por otra parte, huelga añadir que una buena gestión económica y jurídica de la cadena alimentaria redundará en beneficio de la dimensión cultural exterior de la gastronomía, tan relevante en los países de la Europa meridional, como España²⁶.

²² Téngase en cuenta que la Ley de Engel se basa en la elasticidad-renta de la demanda de un bien, y no en la elasticidad-precio de la demanda. Ambas magnitudes son diferentes, aunque con ciertas relaciones.

²³ De entre los críticos históricos a la aplicación contemporánea de la Ley de Engel destaca TAMAMES, Ramón, 1992, p. 282-283, al afirmar que «la contracción de los sujetos activos (agrarios) junto con la persistencia de la expansión de los rendimientos, disminuye de manera decisiva las razones basadas en la Ley de Engel por ser su impacto mucho menor entre los agricultores (cada vez) menos numerosos y altamente tecnologicados».

²⁴ Los alimentos que constituyen la materia prima para las industrias de transformación presentarán una elasticidad dependiente de los caracteres económicos del producto transformado final. Asimismo, la elasticidad de cada alimento se ve afectada por la calidad de los mismos (piénsese, por ejemplo, en trigo cultivado con pesticidas frente al trigo de cultivo ecológico).

²⁵ A la relevancia social y económica de la regulación sobre competencia en sector de la alimentación se refieren específicamente LIANOS y LOMBARDI, 2016, p. 2.

²⁶ Tanto la investigación cualitativa como la cuantitativa han puesto de relieve la importancia de los condicionantes culturales en la percepción de las experiencias que se

III. SITUACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE ALIMENTOS

1. ANÁLISIS DE LA OFERTA EN EL MERCADO DE DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE ALIMENTOS EN ESPAÑA

A fin de contextualizar correctamente cualquier análisis posterior, resulta interesante examinar cuál es la actual situación de la oferta en el mercado de distribución minorista de alimentos en España, cuál ha sido su evolución y en qué situación se encuentra en términos comparativos respecto de los países de nuestro entorno. Para ello, vamos a tomar dos momentos clave: 2011, año de publicación de un relevante informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el sector alimentario; y 2023, momento de publicación de otro estudio sobre el sector alimentario.

En 2011, la CNMC (en aquel momento, Comisión Nacional de la Competencia) dio a conocer su Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario. Sintéticamente, en este informe se identificaban las siguientes barreras regulatorias sobre las condiciones de apertura y ejercicio de actividad de los establecimientos comerciales: (i) regímenes de acceso a la actividad, (ii) otros elementos normativos relativos a la ordenación territorial y al planeamiento urbanístico, (iii) horarios comerciales y apertura de domingos y festivos, (iv) limitación de los periodos de rebajas, y (v) prohibición de la venta a pérdida.

Centrándonos en aquellas barreras relacionadas con competencias estatales, al momento del cierre de la redacción del presente trabajo (diciembre de 2023), algunas de estas barreras han sido removidas. Por ejemplo, en 2012 se modificó el artículo 25 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM). Desde ese momento, las ventas en rebaja en comercios

suscitan con relación a la comida (HOOGLAND, *et al*, 2005, pp. 15-23 y OVERBY, *et al*, 2004, pp. 437-460).

Como consecuencia de ello, algunos consumidores están más orientados a la valoración de la calidad de los alimentos, mientras que otros se muestran más preocupados por cuestiones de seguridad alimentaria. Estas diferencias se perciben claramente en el contexto europeo: por un lado, se encuentran los países del norte y centro de Europa, como Reino Unido, Alemania o los países escandinavos, más concienciados con las repercusiones éticas de la producción de alimentos (por ejemplo, el bienestar animal) y con su seguridad; por otro, los países de la Europa meridional, como Francia, España, Italia y Grecia, en los que se valora de forma sobresaliente la calidad de los alimentos y el placer que se deriva de la gastronomía (PETTINGER, *et al*, 2004, pp. 307-316).

minoristas pueden realizarse en cualquier momento y con cualquier duración²⁷.

Asimismo, la (casi) prohibición general de la venta a pérdida identificada en 2011, regulada en el artículo 14 de la misma LOCM, fue modificada en 2018 para alinearse con el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. De tal modo, en la actualidad la venta a pérdida de distribuidores minoristas al consumidor final solo está prohibida en la medida en que se reputa desleal²⁸.

En 2023, la CNMC, en su estudio publicado el 25 de julio sobre la traslación de la reducción del IVA en el sector alimentario²⁹, afirma que «la distribución minorista en España está dominada por grandes cadenas de supermercados e hipermercados, aunque también existen distribuidores minoristas de carácter regional con una presencia muy relevante a nivel provincial o local». De hecho, estos distribuidores de carácter regional han conseguido ser los líderes en 18 provincias españolas, así como situarse en segunda o tercera posición en términos de cuotas de mercado de muchas provincias españolas.

Son precisamente estos distribuidores regionales de tamaño mediano y pequeño los que han permitido mantener en España unos niveles de concentración en el sector de la distribución alimentaria más reducidos que en otros países europeos, lo cual ha generado efectos positivos en el nivel de competencia efectiva del mercado de distribución de gran consumo en España³⁰.

Los datos globales nacionales de cuotas de mercado ofrecidos por la CNMC han de enmarcarse adecuadamente. El mercado de distribución minorista de alimentos es, esencialmente, un mercado de proximidad. Ello implica que el único dato sobre la concentración de mercado que resulta relevante a efectos de competencia y de

²⁷ LOCM, «artículo 25. Temporada de rebajas.

1. Las ventas en rebajas podrán tener lugar en los periodos estacionales de mayor interés comercial según el criterio de cada comerciante.

2. La duración de cada periodo de rebajas será decidida libremente por cada comerciante.»

²⁸ Esta cuestión es analizada en detalle más adelante, respecto de la específica regulación de la cadena alimentaria.

²⁹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2023. E/ CNMC/003/23, Estudio sobre la traslación de la reducción del IVA en el sector alimentario, 25 de julio.

Documento disponible en: <https://acortar.link/3Y3zbw>

³⁰ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2023. E/ CNMC/003/23, Estudio sobre la traslación de la reducción del IVA en el sector alimentario, 25 de julio, pp. 52-53.

cara al consumidor es el dato a nivel local³¹. Los datos nacionales a este respecto pueden resultar distorsionadores respecto del conocimiento de la realidad de cada municipio. Por tanto, la interpretación de los datos de este estudio puede resultar errónea si, con el objetivo de comprobar el grado de competencia en el sector, se toma el dato de cuota de mercado general de cada operador en todo el país³².

Y así, podemos afirmar que: i) la actual situación de la oferta en el mercado de distribución minorista de alimentos en España ha mejorado significativamente su configuración en términos de fomento de la competencia durante la última década, gracias a la eliminación de barreras regulatorias para la apertura de establecimientos comerciales minoristas; ii) en términos comparativos, España presenta un mayor nivel de competencia en el mercado alimentario, hecho que redundará en beneficio del consumidor.

2. ANÁLISIS DE RESULTADOS CONTABLES DE LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE ALIMENTOS

Haciendo uso de una simple y básica intuición económica, resulta difícil de comprender esa habitual letanía que afirma que existen grandes distribuidoras de alimentos que venden al consumidor final productos a un precio 4, 5, 6 ó 10 veces superior al precio al que los compran³³, con la consiguiente ingente ganancia, porque, si fuera cierto, ¿no querríamos todos abrir un supermercado, o dos, o cincuenta?

En esencia, ¿es cierto que en un sector como el de la distribución minorista de alimentos, en el que no existen (grandes) barreras ni de entrada ni de salida y con un elevado nivel de competencia, existen operadores que, sin aportar valor, multipliquen por 10 los precios de venta final respecto de los de compra? Vayamos por partes.

³¹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2023. E/CNMC/003/23, Estudio sobre la traslación de la reducción del IVA en el sector alimentario, 25 de julio, p. 7.

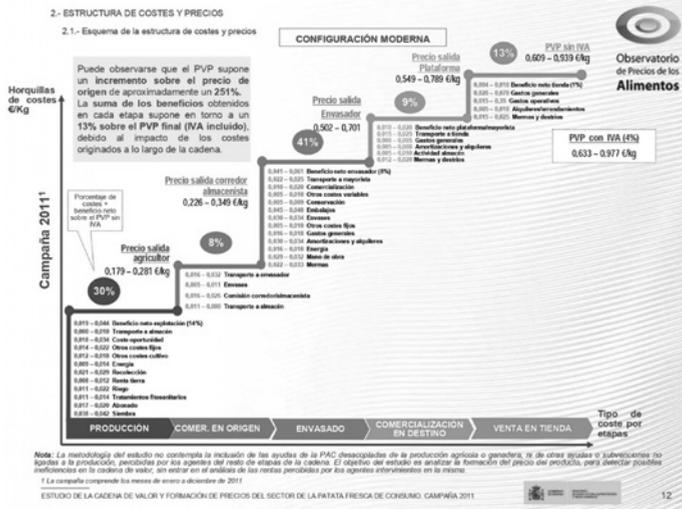
³² Y así, los datos ofrecidos por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2023. E/CNMC/003/23, Estudio sobre la traslación de la reducción del IVA en el sector alimentario, 25 de julio, pp. 49-50, indican que Mercadona casi dobla en cuota de mercado (en términos de superficie de venta) al segundo distribuidor en España a nivel nacional, Carrefour (17,3% frente al 9,1%). Sin embargo, este dato agregado a nivel nacional no presenta ninguna correlación respecto del grado de competencia a nivel local.

³³ Para muestra, véanse las siguientes noticias en prensa escrita:

<https://acortar.link/yKWoof>
<https://acortar.link/sizIL5>
<https://acortar.link/H2Ge2o>
<https://acortar.link/LH7BQC>
<https://acortar.link/uHRnBk>

Muy al contrario de las habituales manifestaciones –incluso desde instancias institucionales³⁴– a las que últimamente estamos acostumbrados, lo cierto es que el margen unitario por producto en la gran distribución de alimentos es muy pequeño, realmente pequeño. A esta conclusión se puede llegar por diversos cauces y mediante el análisis de datos de muy diversa procedencia. A continuación, desmenuzo los datos procedentes de dos cauces: información proporcionada por el Ministerio de Agricultura español y las cuentas anuales de las empresas de distribución.

El Ministerio de Agricultura ofrece en su página web de forma abierta una gran variedad de estudios de costes de cadenas de valor de productos frescos, desde el cordero a la zanahoria, desde los huevos a la merluza³⁵. El valor extra que aportan estos estudios es que están fuera de toda sospecha partidista, pues han sido realizados por el Ministerio, y no por alguna entidad privada que pudiera ser acusada de tener intereses ocultos. Como resulta lógico, existen importantes diferencias entre las cadenas de valor de los diversos productos frescos analizados. A modo de ejemplo, tomaré dos cadenas, la de la patata y la del plátano, por ser los productos que, respectivamente, menor y mayor grado de asociacionismo presentan en el sector primario español.



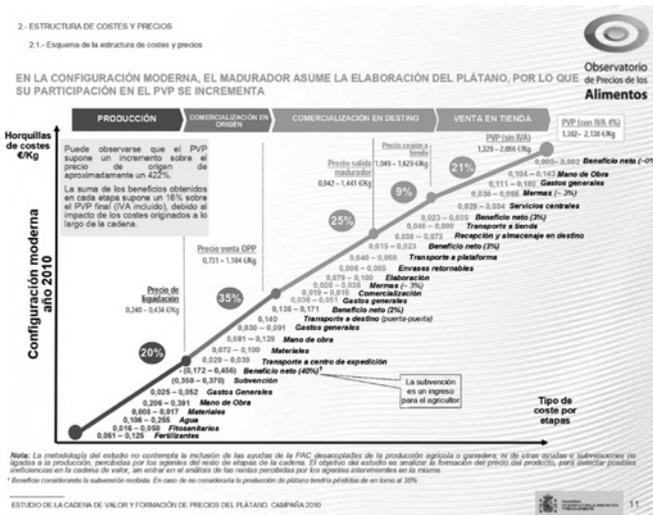
³⁴ Para muestra, véanse unas declaraciones de la Vicepresidenta del Gobierno de España y Ministra de Economía Nadia Calviño el 23 de marzo de 2023: <https://bit.ly/3ZeiGOD>

³⁵ El Ministerio no ha actualizado estos estudios desde 2013. En cualquier caso, todos los estudios pueden consultarse en: <https://bit.ly/3wdGzJE>

Las últimas noticias al respecto parecen indicar que en marzo de 2023 el Ministerio ha decidido retomar estos interesantísimos análisis: <https://bit.ly/3Lx7BnC>

En el «Estudio de la cadena de valor y formación de precios del sector de la patata fresca de consumo. Campaña 2011» se observa que la gran distribución presenta, respecto de la patata, un beneficio neto del 1%³⁶.

Por su parte, en el mismo estudio respecto del plátano, este margen ronda el 0%³⁷.



Estas cifras son congruentes con el resultado que se desprende de las cuentas anuales del año 2021 de, por ejemplo, Día y Carrefour. Respecto de la primera, el resultado de explotación de explotación sobre ingresos totales supone un 2,6%³⁸; con relación a la segunda, el resultado de explotación sobre ingresos totales supone un 2,6%³⁹. De tal modo, la gran cifra que Carrefour ha obtenido como resultado de explotación, y a la que habitualmente se apela como presunta constatación de sus ingentes beneficios, no es tal en términos relativos, dado que una cosa son los ingresos totales, otra cosa es el beneficio de explotación, y otra cosa es el resultado de explotación sobre los ingresos totales.

Esta realidad implica que, para lograr mantenerse a flote, estas empresas deban, simplemente, vender mucho, con un margen unitario por producto muy reducido⁴⁰.

³⁶ «Estudio de la cadena de valor y formación de precios del sector de la patata fresca de consumo. Campaña 2011», p. 12. Documento disponible en: <https://bit.ly/3UB8soA>

³⁷ «Estudio de la cadena de valor y formación de precios del plátano. Campaña 2010», p. 11. Documento disponible en: <https://bit.ly/3F2Vavz>

³⁸ Información disponible en: <https://bit.ly/3iAtaaV>

³⁹ Información disponible en: <https://bit.ly/3F6AOSb>

⁴⁰ Por este motivo, no se entienden declaraciones como estas: <https://bit.ly/3IQEYb6>

Esta situación es muy similar en países de nuestro entorno: *Tesco*, cadena de supermercados británicos, obtuvo en 2021 un 2,75% de beneficio de explotación sobre ingresos totales⁴¹; mientras que *Esselunga*, cadena italiana, obtuvo un 2,3% por el mismo concepto⁴². Piénsese en lo que supone operar con márgenes tan reducidos: supone estar, constantemente, a expensas de cualquier vicisitud.

En el mismo sentido, a efectos comparativos resulta interesante contrastar estos datos con los existentes respecto de la cadena de valor textil, especialmente el *fast fashion*, al ser la cadena que mayores similitudes presenta respecto de la cadena alimentaria. En concreto, en el mismo periodo por el mismo concepto, Inditex obtuvo un margen del 13%; Mango, de un 10%⁴³. Estos márgenes son también pequeños, aunque no tan exigüos como los de la alimentación.

3. ANÁLISIS DE RESULTADOS CONTABLES DE LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE ALIMENTOS TRAS LA EXPLOSIÓN INFLACIONISTA DE 2022

El incremento vertiginoso experimentado por la inflación en la mayoría de países occidentales desde mediados de 2021⁴⁴, especialmente relevante respecto de los alimentos⁴⁵, y, dentro de estos, los alimentos frescos⁴⁶, ha tenido en Mercadona su personificación

⁴¹ Información disponible en: <https://bit.ly/3uu1kjf>

⁴² Información disponible en: <https://bit.ly/3utHyEH>

⁴³ Información disponible en: <https://bit.ly/3iFmh8v>

⁴⁴ Según Eurostat, la inflación interanual media en diciembre 2021 en la UE (*Harmonised index of consumer prices*) fue de 5,3%, y en diciembre 2022 fue casi el doble, el 10,4%, aún con grandes variaciones entre países: en 2022 la mayor, el 25%, corresponde a Hungría, mientras que la menor, 5,5%, corresponde a España. Pero, en cualquier caso, es una la inflación muy superior a la media de la Unión durante los últimos años, que rondaba el 2-3%. Fuente: Eurostat. Información disponible en: <https://bit.ly/40o8vaO>

A diciembre 2022, la inflación en España alcanzó 5,7% anual. Por contraposición, la inflación de alimentos y bebidas no alcohólicas es casi tres veces mayor, llegando al 15,7%. Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas. Información disponible en: <https://bit.ly/3JD5A7i>

⁴⁵ Eurostat gestiona el *Food price monitoring tool*, herramienta que recoge datos sobre la evolución específica del precio de los alimentos en la UE. El año base de su cálculo es 2015, el cual corresponde al valor 100.

A diciembre de 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022 los datos fueron los siguientes: 101,22 – 103,75 – 105,21 – 107,99 – 109,15 – 113,87 – 134,61. Fácilmente se aprecia la escalada de los precios de los alimentos desde mediados de 2021. Información disponible en: <https://bit.ly/3LLklYh>

⁴⁶ Por alimentación fresca se entiende: frutas frescas, hortalizas frescas (incluidas patatas frescas), carnes frescas, pescado fresco, marisco/ molusco fresco, pan fresco y huevos (Informe del consumo alimentario en España 2021, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, p. 33. Informe disponible en: <https://bit.ly/40qAUO1>)

en el discurso político español⁴⁷. Ante esta tesitura, procede analizar con datos la veracidad de las declaraciones que afirman que los grandes de la distribución de alimentos se están enriqueciendo como consecuencia de esta espiral inflacionista, o, incluso, que son ellos quienes la están creando. Para ello, a continuación, comparo la Cuenta Consolidada de Pérdidas y Ganancias del Grupo Mercadona⁴⁸ del año 2022 respecto de la de 2021⁴⁹.

3.1 Análisis de la cifra nominal de negocio

En 2022 respecto de 2021, el importe nominal de la cifra de negocio de Mercadona aumentó en un 10,36%. Este incremento puede deberse: i) a un aumento real en el volumen de negocio⁵⁰; ii) a un aumento en el precio de los productos vendidos; iii) o a una combinación de ambos factores. No resulta complicado advertir que, de estos dos factores, el aumento del precio de los productos vendidos ha sido especialmente relevante, dado que el coste de los aprovisionamientos aumentó en 2022 respecto 2021 en un 11,14%. Esto es, en 2022, Mercadona aumentó sus ingresos (que no beneficios) en un 10,36%, mientras que su coste de aprovisionamiento aumentó en un 11,14%. A su vez, el coste de personal aumentó en el mismo periodo en un 8,08%.

Esto es tanto como afirmar que el aumento en la cifra nominal de ingresos de Mercadona se debió, principalmente, a un aumento tanto en su coste de aprovisionamiento como en su coste de personal; o lo que es lo mismo, Mercadona ingresó más en 2022 porque vendió más caro como consecuencia de que pagó más a sus proveedores y a sus empleados.

El mayor aumento del precio de los alimentos frescos respecto del resto de alimentos se debe a su mayor inmediatez (menor tiempo de procesamiento y transporte) en ser ofrecidos al consumidor. Ello origina que sean especialmente sensibles a los cambios de precio de cualquiera de los suministros que su producción y venta requiere (fitosanitarios, fertilizantes, combustible, etc.), al contar con mucho menor margen de maniobra.

Fácilmente se puede observar este hecho en el Informe del consumo alimentario en España 2021, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. En todos los alimentos frescos se observa un descenso significativamente mayor en su consumo que respecto del resto de alimentos. Aún no se encuentra disponible el informe de 2022, pero cabe aventurar que este descenso será aún más pronunciado.

⁴⁷ Como muestra, véanse las siguientes declaraciones (y concomitantes): <https://bit.ly/3ndZ8fA>

⁴⁸ El Grupo Mercadona está conformado por la propia Mercadona y la Sociedad Irmãdona, a través de la que opera en Portugal.

⁴⁹ Cuentas de Pérdidas y Ganancias de Mercadona correspondientes a los años 2021 y 2022: <https://bit.ly/2QYKVP3>

⁵⁰ Este aumento real del volumen de negocio de Mercadona puede deberse, a su vez, bien a un aumento del mercado general (o de los mercados) de venta minorista de alimentos, bien a un aumento de la cuota de mercado de Mercadona en este mercado de venta minorista de alimentos, bien a una combinación de ambos factores.

3.2 Análisis del resultado de explotación

Respecto del resultado de explotación sobre ingresos totales, en 2021 esta cifra fue 3,27%. Tal y como ya he apuntado, esta cifra en el mismo periodo respecto del Grupo Carrefour fue de 2,6%, 2,75% en el caso de *Tesco*, y 2,3% para *Esselunga*. Por tanto, en 2021 Mercadona obtuvo un resultado sensiblemente mejor al de sus homólogos europeos, pero muy en la línea.

Sin embargo, el dato definitivo que mata el relato imperante es el siguiente: en 2022, el resultado de explotación sobre ingresos totales de Mercadona fue de un 3,24%, tres centésimas inferior al obtenido en 2021. Esto significa que por cada euro que ha ingresado en 2022, su beneficio es de 3,24 céntimos de euro, frente a un beneficio de 3,27 céntimos en 2021.

De tal modo, salvo error u omisión por mi parte, con base en sus Cuentas Anuales, accesibles de forma pública, resulta posible afirmar con certeza matemática que el Grupo Mercadona no se está aprovechando de la escalada de precios para aumentar sus beneficios.

A esta misma conclusión respecto del conjunto del sector alimentario han llegado los autores de un informe sobre precios y márgenes en este sector encargado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación español en 2022⁵¹. Su segunda conclusión es absolutamente ilustrativa: «Las subidas de precios al consumidor [en 2022] están siendo inferiores a los incrementos que se producen en los niveles previos de la cadena de valor (industria y agricultores), mostrando la función estabilizadora que desempeñan los intermediarios frente a los incrementos de precios en origen». O lo que es lo mismo: los distribuidores de alimentos han subido los precios al consumo en menor medida de lo que han subido los precios del total de sus insumos. Ello implica que han mitigado en parte la inflación.

4. MATEMÁTICAS EN LA CADENA ALIMENTARIA

Entonces, ¿dónde está el problema en la cadena alimentaria? Y, casi más importante, ¿quién es el responsable de esta situación? Si es cierto (que lo es) que, por ejemplo, el precio de la patata en un supermercado es entre 4 y 8 veces mayor que el precio en origen,

⁵¹ Informe elaborado por ROMERO DE LA FUENTE, y CRUZ ROCHE. Disponible en: <https://acortar.link/LVzDtV>

¿quién se lleva la diferencia? Es muy posible que la respuesta a estas preguntas no sea la que esperan.

La clave es simple: el bajo precio unitario de los alimentos. Veamos.

Imagine que tiene que transportar una tonelada de plátanos y una tonelada de ordenadores, en ambos casos del punto A al B. El precio de la tonelada de plátanos es 3.500 €, mientras que el de los ordenadores es de 300.000 €. En ambos casos, el transporte cuesta 1.000 €, dado que es el mismo peso y la misma distancia⁵². Suponiendo que no existiera ningún otro coste, *ceteris paribus*, la tonelada de plátanos en destino costaría 4.500 €, y la de material informático, 301.000 €. Y así, el coste que supone el transporte en el precio final de venta de los plátanos es del 22%⁵³, mientras que en el caso de los ordenadores es del 0,33%⁵⁴.

Voilà!, aquí lo tienen. La razón de esa presunta explotación de los productores primarios por parte de las grandes superficies no puede ser más simple: el «problema» (en realidad irresoluble, por lo que no es un problema) es que el valor unitario de los alimentos/productos frescos es (relativamente) bajo, por lo que cualquier incremento de costes en la cadena de valor, por pequeño que sea, tendrá un efecto relativo muy elevado en el precio de venta al siguiente eslabón. Esto es, cuando se trata de bienes de bajo valor unitario, cualquier incremento de costes es proporcionalmente muy elevado; con los mismos datos, mover de un sitio a otro un plátano hace que este se encarezca un 22%, mientras que transportar un ordenador hace que se encarezca un 0,33%.

Por si esto fuera poco, existen tres circunstancias que amplifican este problema. En primer lugar, por lo general, a igual peso entre alimentos y ordenadores, mayor volumen suponen los alimentos (una tonelada de plátanos ocupa más que una tonelada de ordenadores), de modo que será necesario mayor espacio para su transporte. En segundo lugar, lo más habitual es que los alimentos necesiten refrigeración, de modo que su transporte será más caro. Y, en tercer lugar, los alimentos son productos perecederos⁵⁵ (unos

⁵² Más adelante se añaden algunas salvedades a esta presuposición.

⁵³ 1.000 € de coste de transporte sobre 4.500 € de precio de venta.

⁵⁴ 1.000 € de coste de transporte sobre 301.000 € de precio de venta.

⁵⁵ Precisamente, a esta cuestión hace referencia la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2020. IPN/CNMC/015/20 Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, 2 de septiembre, pp. 5-6. Afirma la comisión que el hecho de que los alimentos sean productos perecederos hace que su aptitud comercial se vea limitada, al tiempo que supone que toda la cadena esté sujeta a una mayor dependencia coyuntural.

más que otros, evidentemente), por lo que los plazos de transporte y entrega están indefectiblemente constreñidos⁵⁶.

Toda esta situación resulta muy fácil de imaginar ante una compra online de 100 € en material informático frente a 100 € en alimentación. En el primer caso, el pedido le llegará a casa en un paquete presumiblemente no muy grande y de poco peso; en el segundo caso, el peso y volumen del pedido hará poco menos que imposible su entrega en mano (levantado con los brazos sin demasiado esfuerzo) por parte del repartidor al cliente, además de requerirse, como mínimo, de un vehículo refrigerado (incluso con nivel de congelación).

Así las cosas, llama poderosamente la atención que, desde instancias públicas, e incluso desde los mismos organismos que publican algunos de los estudios antes citados, se fomenten discursos maniqueos. Esto es, simplemente, hacerse trampas al solitario.

En el mismo sentido, los costes en que la distribución de alimentos incurre no se limitan a los relacionados con el transporte desde el lugar de producción al lugar de venta, sin cuya existencia (recordemos) no podríamos comer, por ejemplo, naranjas en Santander o percebes en Lérida. Además del transporte, en los estudios de costes antes referidos se puede encontrar el desglose de todos los demás costes en que incurre la distribución de alimentos: mermas, mano de obra, energía, amortización, alquileres, envases, embalaje, conservación, actividad de almacenaje, etc.

IV. EXAMEN DE ALGUNAS MEDIDAS ESTRELLA

1. PREMISA DE PARTIDA

Con el propósito de mejorar la situación de la cadena alimentaria, en España en los últimos años se han propuesto iniciativas de muy diversa consideración y alcance, algunas de las cuales han sido ya implementadas. A lo largo de las siguientes páginas, me centro en el análisis de cuatro de ellas: la (presunta) prohibición de venta a pérdidas en la cadena alimentaria, la creación de un Observatorio Público de Márgenes de las Empresas, el fomento de la autorregulación y la creación de un impuesto especial sobre los beneficios extraordinarios de las grandes distribuidoras.

⁵⁶ En una entrevista en febrero de 2023, Juana Roig, CEO de Mercadona online, afirmó que un pedido online le cuesta a Mercadona 20 €, entre, principalmente, mano de obra, combustible y amortización del vehículo. Al consumidor le cobran 7,21 €. Entrevista disponible en: <https://bit.ly/3Gr1TU9>

Todas estas iniciativas son analizadas bajo, a mi entender y en este contexto, el prisma más pertinente: valorar en qué grado favorecen la creación de valor en la cadena y, al mismo tiempo, una más equitativa distribución de este valor creado entre todos los operadores.

Ello supone aplicar el criterio de Pareto al análisis de cualquier iniciativa, a pesar de que, en puridad, este criterio se refiere específicamente al ámbito contractual. Una situación es pareto-eficiente si no es posible hacer que, al menos, una persona mejore su posición sin empeorar las condiciones de alguna otra. Por lo tanto, una situación es mejor o pareto-superior a otra cuando: i) o todos los individuos involucrados mejoran su situación; o ii) uno mejora y los demás mantienen su posición⁵⁷.

En realidad, la aplicación absoluta de este criterio es una entelequia, pues solo resultaría posible en un inexistente mundo sin costes de transacción, en el que se produjeran intercambios de forma instantánea y entre extraños, de productos con sustitutivos perfectos y valorados únicamente en unidades monetarias⁵⁸. No obstante, mantiene un gran poder analítico.

2. PROHIBICIÓN DE VENTA A PÉRDIDAS

En 2020, a las puertas del primer confinamiento en España, la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (en adelante, Ley de la cadena alimentaria⁵⁹) es modificada por Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero⁶⁰. A finales de 2021, esta Ley de la cadena alimentaria es de nuevo modificada por Ley 16/2021, de 14 de diciembre⁶¹.

Tras estas modificaciones, el artículo 12.ter de la Ley de la cadena alimentaria establece que «con el fin de evitar la destrucción del

⁵⁷ Por el contrario, el criterio de eficiencia de KALDOR-HICKS exige que quien gana como consecuencia de una transacción o un cambio legal o institucional pueda, potencial e hipotéticamente, compensar a quien pierde para dejarle en una posición idéntica a la inicial y al mismo tiempo mantener un *surplus* (un excedente, un remanente), sin que importe que tal compensación efectivamente se lleve a cabo (QUEROL ARAGÓN, 2014, p. 18, COOTER, y ULEN, 2014, p. 275 y TREBILCOCK, 1993, p. 7).

Para un análisis en profundidad de esta cuestión, véase SMORTO, 2007 y lo apuntado anteriormente sobre la escuela de Chicago.

⁵⁸ FURUBOTN y RICHTER, 1991, p. 630-63, GÓMEZ POMAR, 2006, p. 17, MERCURO Y MEDEMA, 1997, p. 148 y STORDEUR, 2011, p. 120.

⁵⁹ Esta Ley de la cadena alimentaria, aprobada en 2013, es la principal norma reguladora en la actualidad de las principales cuestiones contractuales propias de la cadena alimentaria, así como de ciertas prácticas comerciales con especial incidencia en la misma.

⁶⁰ Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación.

⁶¹ Ley 16/2021, de 14 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

valor en la cadena alimentaria, cada operador de la misma deberá pagar al operador inmediatamente anterior un precio igual o superior al coste de producción de tal producto [...]». Correlativamente, el mismo texto califica como «infracción grave» (art. 23.2.f) «el incumplimiento de las obligaciones del artículo 12 ter o la destrucción de valor en la cadena alimentaria, conforme al artículo 12 ter».

El correcto análisis de esta prohibición se ha de abordar de forma secuencial en tres pasos⁶².

2.1 Paralelismo con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

Este artículo 12.ter resulta aplicable a las relaciones entre operadores de la cadena (productores, industriales y distribuidores), pero no respecto de ventas a consumidores. Ello se deriva de la propia noción de operador que ofrece esta Ley, en la que excluye expresamente a los consumidores finales⁶³. Por tanto, a pesar de que este artículo 12.ter pudiera parecer redundante respecto del artículo 14 (venta con pérdida) de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), en realidad no lo es, ya que esta última solo se aplica en ventas al público⁶⁴.

Por tanto, con relación a la venta a pérdidas, la Ley de la cadena y la LOCM presentan diferencias tanto respecto de su ámbito de aplicación subjetivo –operadores de la cadena alimentaria *versus* mercado minorista, incluido el consumidor final– como con relación a su contenido sustantivo respecto de la venta a pérdidas –prohibición absoluta en el primer caso, frente a una prohibición en la medida en que se reputen desleales en el segundo⁶⁵.

Así las cosas, entiendo que resulta más que pertinente plantearse si realmente tiene sentido esta nueva regulación de la Ley de la cadena, y si, bajo el respeto al funcionamiento competitivo de los

⁶² Apunta VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS, 2022, pp. 156-160, a que el principal motivo del retoque que sufrió este artículo 12 ter en 2021 fue tratar de evitar ser objeto de un procedimiento de infracción por dictar normas contrarias al TFUE; en concreto, los artículos 101 y 102.

⁶³ Artículo 5.c de la Ley de la cadena: «Operador: La persona física o jurídica del sector alimentario, incluyendo una agrupación, central o empresa conjunta de compra o de venta, que realiza alguna actividad económica en el ámbito de la cadena alimentaria. Los consumidores finales no tendrán la condición de operadores de la cadena alimentaria».

⁶⁴ Artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: «[...] no se podrán realizar ventas al público con pérdida si éstas se reputan desleales [...]».

⁶⁵ La COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2020. IPN/ CNMC/015/20 Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, 2 de septiembre, p. 12, entiende que resultaría conveniente dotar de mayor seguridad jurídica a esta cuestión mediante la clarificación de los ámbitos de aplicación de ambas normas.

mercados, cumple realmente el objetivo que pretende: proteger a los consumidores, como destinatarios últimos de los bienes producidos en la cadena alimentaria.

La gran mayoría de autoridades de competencia, así como la normativa específica a este respecto, afirman que, para proteger el funcionamiento competitivo de los mercados, ya sea el alimentario o cualquier otro, no resulta necesario prohibir con carácter general la venta a pérdida; para lograr este objetivo, basta con prohibir las ventas a pérdida que sean engañosas, denigratorias o predatorias. Considero que esta es la postura más acetada.

Esta es precisamente la postura adoptada por la mencionada LOCM. Con base en ella, no existe una prohibición general y absoluta de la venta a pérdida a los consumidores generales –esto es, no siempre se reputa desleal–, sino que se establecen tan solo 4 concretas situaciones en las que la venta a pérdida será considerada desleal: cuando induzcan a error sobre el nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento, cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno, cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor, o cuando forme parte de una práctica comercial que contenga información falsa que pueda inducir a error al consumidor medio.

En este mismo sentido se manifestó el TJUE en 2017, como resultado de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia⁶⁶. Esta sentencia obligó a la modificación del artículo 14 de la LOCM, dando lugar a su actual redacción. Los motivos que llevaron al planteamiento de esta cuestión ante el TJUE fueron las dudas respecto de la transposición al ordenamiento español de algunas de las cuestiones establecidas en la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre las prácticas comerciales desleales⁶⁷.

La trasposición española presentaba un carácter más estricto que la Directiva 2005/29/CE, al prohibir de forma completa la venta con pérdida –incluso a los mayoristas–, y establecer excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva. Era precisamente el propio juez español quien se planteaba si esta prohibición general de la venta a pérdida protegía o no los intereses de los consumidores.

El TJUE sentenció que dicha Directiva sobre las prácticas comerciales desleales no permite que las legislaciones nacionales establezcan una prohibición general de ofertar o realizar ventas de

⁶⁶ Texto completo de la sentencia disponible en: <https://bit.ly/3uwazQ5>

⁶⁷ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

bienes con pérdida, dado que una hipotética prohibición general de esta práctica entre mayorista/minorista no protege al consumidor. Este fallo se fundamenta en que, a pesar de que la LOCM no regula directamente relaciones de consumo, su propósito en última instancia es la protección del consumidor⁶⁸.

Este es exactamente el mismo planteamiento que yo propongo respecto de la Ley de la cadena alimentaria. Esto es: a pesar de que la ley de la cadena tampoco regula relaciones con consumidores, su contenido incide indirectamente en ellos. Y, dado que el TJUE entendió que la prohibición general de la venta con pérdida en la LOCM no protege al consumidor, tampoco protege al consumidor de alimentos la prohibición general de venta con pérdida contenida en la Ley de la cadena alimentaria.

2.2 ¿Qué se está prohibiendo en realidad?

Sin embargo, si nos detenemos con calma en el análisis de este artículo 12.ter debemos plantearnos la siguiente cuestión: ¿qué prohíbe exactamente?

Este artículo no prohíbe la venta a pérdida entre operadores de la cadena, entendida como venta por debajo del coste de adquisición. Lo que en realidad prohíbe es la «compra a pérdida». Préstese atención del tenor literal del artículo: cada operador deberá pagar al operador inmediatamente anterior un precio igual o superior al coste de producción de tal producto⁶⁹.

Esto sí que es algo nuevo bajo el sol.

Según queda establecida esta previsión, es sobre el comprador (ya sea el industrial o la distribución) sobre quien recae esta obligación de pagar un precio igual o superior al coste de producción. Pero, dado que no existe una obligación de comprar o deber de contratar sobre ningún operador, ¿cuáles serán los efectos de esta medida?

Pensemos, por ejemplo, que, si comprador y vendedor están de acuerdo en un precio de venta, pero este precio no cubre los costes de producción, ¿qué pueden hacer para cumplir con esta nueva pre-

⁶⁸ Último párrafo del preámbulo de la LOCM: «La Ley no sólo pretende establecer unas reglas de juego en el sector de la distribución y regular nuevas fórmulas contractuales, sino que aspira, también, a ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia. No es preciso insistir en que los efectos más inmediatos y tangibles de una situación de libre y leal competencia se materializan en una mejora continuada de los precios y de la calidad y demás condiciones de la oferta y servicio al público, lo que significa, en definitiva, la más eficaz actuación en beneficio de los consumidores.»

⁶⁹ Estas reflexiones son compartidas por ALFARO ÁGUILA-REAL, expresadas en 2020 en su blog: <https://acortartu.link/ew1qc>

visión? En el cumplimiento escrupuloso de este 12.ter.3, solo se me ocurre una respuesta: deberían dejar que los productos se echen a perder.

En contra de esta afirmación tan sorprendente, cualquiera podría afirmar que, en realidad, el artículo 12 ter, en su apartado 3, permite la situación descrita⁷⁰. Pero en realidad no es así, dado que lo que permite este 12.ter.3 es realizar ventas a pérdida de los alimentos perecederos que se encuentren en una fecha próxima a su inutilización, pero solo al consumidor final, no entre operadores de la cadena. Es más, esta prohibición de compra a pérdida resulta de aplicación a todas las relaciones comerciales reguladas por la Ley de la cadena alimentaria, y no solo a aquellas que la propia Ley considera desequilibradas⁷¹.

Dicho de un modo más desarrollado, ¿qué sucede si es el vendedor –principalmente, el productor primario– el que, por el motivo que sea, desea vender por debajo de su coste de producción (por liquidación de stock, por sacar algún rendimiento de productos defectuosos o próximos a su fecha de caducidad, por ejemplo), pero, a fin de evitarse posibles sanciones en virtud de este artículo 12 ter, el siguiente eslabón de la cadena se niega a comprarle esos productos por debajo del coste de producción?

Y, lo que es más importante: ¿a quién beneficiaría esto? A nadie, absolutamente a nadie.

2.3 La entelequia de los costes de producción

El tercer paso que cierra el análisis de esta, digamos, *sui generis* prohibición de venta a pérdida consiste en desgranar la función económica del precio.

Este artículo obliga a cada operador a pagar al operador inmediatamente anterior un precio igual o superior al coste de producción de tal producto. Esto es, Juan, dueño de una fábrica de patatas fritas, está obligado a pagarle a María, dueña de una explotación

⁷⁰ Artículo 12.ter.3. «El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior tendrá la consideración de venta desleal sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero. No se reputarán como desleales las ventas con pérdidas al público de los alimentos o productos alimenticios perecederos que se encuentren en una fecha próxima a su inutilización siempre que se proporcione información clara de esta circunstancia a los consumidores».

⁷¹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2020. IPN/CNMC/015/20 Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, 2 de septiembre, pp. 11-12.

agrícola de patata, un precio por sus patatas que iguale o supere los costes de producción de cada tipo de patata⁷².

Pero ¿quién conoce los costes de producción de cada tipo de patata? María. Entonces, ¿cómo va a saber Juan qué precio pagar?, ¿acaso se establece indirectamente la obligación de que María «se abra en canal» y permita a Juan examinar su contabilidad? Y si esta obligación extrema y kamikaze de transparencia existiera, ¿no implicaría ello, de facto, la desaparición de cualquier margen de beneficio de María, dado que Juan sólo le ofrecerá el precio que cubra estrictamente sus costes?, ¿no supondría eso también un desincentivo a la productividad de María, dado que Juan le va a pagar en función de sus costes?

Y, en última instancia, ¿supone esto un ataque al principio de libre formación de los precios, base del funcionamiento del mercado interior en la UE?⁷³

En una situación normal de mercado, ¿qué «ve» el comprador? El comprador ve los precios de mercado y, con base en ellos, toma sus decisiones contractuales. Esa es precisamente la base de la Teoría de Precios: los precios sirven, *ceteris paribus*, para informar a los demandantes sobre cuánto cuesta producir un bien o servicio y descubrir, de entre los oferentes, a aquellos que pueden producirlos al menor coste.

Un hipotético funcionamiento perfecto del sistema de precios derivaría en aquella situación de mercado en la que el precio incorpora toda la información que los agentes tienen sobre las cualidades y atributos del bien objeto de intercambio y en la que, además, dicha información contenida en el precio resulta completa para conocer todas características relevantes del objeto de la transacción⁷⁴. De tal modo, los agentes económicos responden a incentivos que en todo caso toman la forma de precio, bien sean precios explícitos (los indicados, por ejemplo, en las etiquetas de los productos en un establecimiento de venta al público) o bien sean precios implícitos (en forma de cualquier tipo de sanción ante la con-

⁷² Otra cuestión que complica aún más la situación es que, en principio, este coste de producción se establece respecto de cada producto, y no respecto del conjunto de productos que un determinado operador le venda a otro.

⁷³ Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

«1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; [...]

⁷⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, 1994, p. 77.

travención de una previsión legal o contractual)⁷⁵. En este contexto, el precio representaría el único patrón necesario para comparar todos los bienes existentes en el mercado, pues no sería necesario aportar ni descubrir ninguna información adicional.

Sin embargo, el sistema de precios desempeña perfectamente esta función informativa solo con relación a un ideal (y, por tanto, inexistente) modelo de mercado perfectamente competitivo⁷⁶. En cualquier caso, la cadena alimentaria no es, precisamente, el sector en el que el sistema de precios funcione mejor. Es un sector que presenta fuertes asimetrías en los sistemas de transmisión de los precios⁷⁷, como consecuencia de la presencia de varias de las fuentes de asimetría identificadas por la literatura empírica, como el carácter perecedero de los insumos alimentarios y el elevado nivel de costes fijos⁷⁸. Pero, aún con todo, en este mercado los precios cumplen su función⁷⁹.

En el mismo sentido, la nueva regulación no aclara qué criterios de determinación de costes se deben utilizar en la determinación de los costes efectivos de producción. La regulación contable tanto en España como en el resto de mundo presta gran atención a esta cuestión, dada su complejidad y relevancia, pero, en este caso, ni siquiera se hace referencia a la necesidad de remitirse a normas contables⁸⁰. De tal modo, en principio, no habría impedimento a la inclusión en este coste efectivo de producción de, por ejemplo, costes de oportunidad o costes derivados de la imputación de los costes comunes de cada operador (derivados de otras actividades ajenas a la transacción) al objeto de cada contrato.

Por otro lado, aún pudiéndose determinar estos costes de producción, su determinación supondría una mayor complejidad en la contratación. O, en su caso, a fin de evitar esta complejidad de su determinación caso por caso, esta situación podría terminar por provocar un alineamiento de precios derivado de la utilización de

⁷⁵ TREBILCOCK, 1993, p. 6.

⁷⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, 1996, pp. 133-134.

La inexistencia en términos absolutos del modelo de sistema de precios perfecto no le hace perder su utilidad, pues su utilidad recae en su valor como modelo de comparación.

⁷⁷ Para obtener una síntesis muy ilustrativa de los problemas e imperfecciones del sistema de transmisión de precios en la cadena alimentaria, véase VELÁZQUEZ, BUFFARIA y EUROPEAN COMMISSION, 2017, pp. 2-4.

⁷⁸ FELIS y GARRIDO, 2015; ACHARYA, KINNUCAN y CAUDILL, 2011; y FERNÁNDEZ-AMADOR, BAUMGARTNER y CRESPO-CUARESMA, 2010.

⁷⁹ En el apartado 4.3 se analiza otra medida destinada a mitigar los problemas del sistema de precios en la cadena alimentaria.

⁸⁰ Piénsese que existe una rama de la contabilidad que se dedica específicamente a esta cuestión, la contabilidad de costes (a veces también denominada contabilidad de gestión). Tal es así porque el cálculo de costes no es algo que resulte unívoco.

índices comunes de referencia sobre los costes de producción de cada producto⁸¹.

Según parece estar mostrando la realidad contractual del sector, esta medida, que pretendía proteger a los productores primarios, está quedando absolutamente en agua de borrajas. A fin de cumplir con lo preceptuado, unido al hecho de que no se establece a quién corresponde la responsabilidad de verificar que efectivamente se ha pagado un precio superior al coste efectivo de producción, y partiendo de que no hay forma humana de corroborar el cumplimiento de esta previsión, en la gran mayoría de contratos alimentarios regulados por la Ley de la cadena alimentaria se está incluyendo una cláusula que afirme que «el precio pagado cubre los costes de producción del producto vendido». Todo ello ha terminado por introducir aún más inseguridad jurídica en las transacciones comerciales en el sector.

3. CREACIÓN DE UN OBSERVATORIO PÚBLICO DE MÁRGENES DE BENEFICIOS DE LAS EMPRESAS

En los últimos meses hemos podido escuchar declaraciones referidas a la posible creación de un Observatorio Público de Márgenes de Beneficios de las Empresas⁸². «La publicación de márgenes visibilizaría estos comportamientos [aumento de precios] y en particular la rigidez de los precios finales de consumo a bajar, a pesar de la rebaja que se está produciendo en los costes de la energía, materias primas y transporte. CCOO exige, asimismo, que, para aquellos sectores más inflacionistas, como el de la cadena alimentaria y la energía se publique información individualizada para las grandes empresas», manifiesta CC. OO.⁸³

Estas declaraciones resultan ciertamente curiosas por dos motivos. El primero, por los exigüos márgenes de beneficios de la distribución de alimentos, calculados muchos de ellos por el propio Ministerio de Agricultura. El segundo, la ya actual accesibilidad pública de las cuentas anuales de las grandes distribuidoras, como consecuencia de su depósito obligatorio en el Registro Mercantil y de la, además,

⁸¹ Sobre esta cuestión se expresa la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 2020. IPN/CNMC/015/20 Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, 2 de septiembre, p. 11. En el mismo sentido, también la CNMC en 2022. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Registro de Contratos Alimentarios, 26 de julio, p. 9.

⁸² Noticias donde se recogen declaraciones institucionales a este respecto: <https://bit.ly/3ISf4Ug>

⁸³ Comunicado público de CCOO de 14 de marzo de 2023, disponible en: <https://bit.ly/3FZikPL>

habitual accesibilidad de estas cuentas a través de las páginas webs de las empresas en cuestión; todo lo cual permite fácilmente calcular estos márgenes de beneficios (tal y como he hecho yo).

Estos dos motivos por los que, estimo, resultan poco rigurosas las declaraciones reproducidas no deben llevar a la conclusión de que esté afirmando que aumentar la transparencia en un mercado, sea el que sea, no sea positivo. Todo lo contrario; toda medida destinada a aumentar la información disponible en el mercado y, por ende, la transparencia, debe ser bien recibida. Además, en la actualidad, realizar análisis de *big data* resulta extremadamente sencillo y barato. El problema estriba, bajo mi punto de vista, en que esta información ya está disponible, por lo que este Observatorio no aportaría ningún valor al mercado alimentario.

Quizá, lo que sí podría tener sentido –enlazando con una idea apuntada en la introducción– es confiar, valorar y difundir más los trabajos de aquellas personas e instituciones que ya se dedican a analizar la realidad social, siendo una faceta de esta realidad el análisis de los márgenes de las empresas. Estas personas se llaman investigadores y estas instituciones son, principalmente, las universidades.

Quizá, en esencia, la propuesta de creación de este observatorio suponga un ejemplo de la relevancia social y de la capacidad de crear valor de la investigación en ciencias sociales. Quizá se esté planteando la necesidad de crear algo que ya existe.

4. FOMENTO DE LA AUTORREGULACIÓN

4.1 El Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria

Aunque quizá es menos conocida que las anteriores, otra de las medidas estrella de los últimos tiempos sobre la cadena alimentaria, tanto en España como a nivel europeo, es el fomento de la autorregulación a través, principalmente, de códigos de conducta o de buenas prácticas⁸⁴.

⁸⁴ No contamos en el Derecho español una definición legal de código de conducta (FERNÁNDEZ BAÑOS, 2017, p. 3 y VÁZQUEZ RUANO, 2015, p. 330). Por tanto, para esta labor hemos de acudir al Derecho comunitario.

En efecto, en el artículo 2.f de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales de 2005 encontramos la primera definición de código de conducta ofrecida por el legislador comunitario: «acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código de buenas prácticas en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concreto».

En línea con ello, la Ley de la cadena alimentaria, en sus artículos 15 y siguientes, fomenta la autorregulación de la cadena a través de la creación de un Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria (en adelante, CBP) por parte del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y las organizaciones y asociaciones [...] representativas de los operadores de la producción, la industria o la distribución.

Este es un código de adhesión (en teoría) voluntaria, de aplicación uniforme en todo el territorio nacional. Fue aprobado el 24 de noviembre de 2015⁸⁵ por la Ministra de Agricultura y Alimentación, Pesca y Medio Ambiente y seis representantes de las organizaciones y asociaciones de operadores de la cadena alimentaria⁸⁶.

El principal objetivo del CBP es establecer «los principios sobre los que han de fundamentarse las relaciones comerciales entre los diferentes operadores que intervienen en la cadena, con objeto de facilitar el desarrollo de sus relaciones contractuales, la observancia de las mejores prácticas en el desarrollo de dichas relaciones» que se dirijan al fomento de relaciones justas, equilibradas y leales entre los operadores de la cadena alimentaria (art. 15 de la Ley de la cadena). Desde el momento de la adhesión al CBP, los operadores están obligados a que sus relaciones comerciales se ajusten a sus principios y reglas y a la utilización de los sistemas de resolución de conflictos que contiene⁸⁷.

4.2 Motivo del fomento de la autorregulación en la cadena alimentaria

Existen varios motivos de peso que sustentan el fomento de la autorregulación en la cadena alimentaria. Sin embargo, a los efectos que me propongo en este trabajo, el único relevante es uno: su capacidad para reducir los costes de transacción⁸⁸.

⁸⁵ Publicado en el *BOE* el 10 de diciembre de 2015. Documento disponible en: <https://bit.ly/3uAp5X6>

⁸⁶ El Código ha sido suscrito por las Organizaciones Profesionales Agrarias ASAJA, COAG y UPA; Cooperativas Agro-alimentarias de España, la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) y la Asociación Española de Distribuidores de Autoservicio y Supermercados (ASEDAS).

La aprobación del Código no ha estado exenta de polémica debido a la negativa desde el inicio de algunos operadores de plasmar su rúbrica en el documento final. Dos asociaciones de la distribución comercial, ANGED y ACES, aunque daban libertad de adscripción a sus grupos y empresas asociadas, no han suscrito el CBP al considerar que podría restringir la libertad empresarial en este ámbito.

⁸⁷ DOMÈNECH MARTÍNEZ, 2016, p. 81.

Un análisis en profundidad de las consecuencias de la nueva regulación de prácticas desleales en la cadena alimentaria puede encontrarse en AMAT LLOMBART, 2022.

⁸⁸ La fundamentación teórica de este apartado está tomada de RODRÍGUEZ CACHÓN, 2020.

En particular, la autorregulación cuenta con potencial para reducir los costes de transacción de la primera fase del proceso contractual. Ello es así como consecuencia de que la adhesión al código de que se trate permite deducir una mayor voluntad del operador adherido de respetar sus obligaciones contractuales, dado que, en caso de no hacerlo, se expone a dos sistemas de sanción: el articulado por el sistema jurídico propiamente dicho y el que se deriva de la propia iniciativa de autorregulación⁸⁹.

Asimismo, la presencia de un instrumento típico del *soft law*⁹⁰ como es un código de conducta logra también reducir el conjunto de los costes de transacción en su condición de mecanismo informal.

Una vez apuntadas estas cuestiones, vayamos por partes: primero, qué son los costes de transacción; segundo, cuáles son los costes de transacción de la primera fase del proceso contractual, y; en tercer lugar, qué son los mecanismos informales de reducción de los costes de transacción.

A. NOCIÓN DE COSTE DE TRANSACCIÓN

La explícita introducción en el análisis económico de lo que ahora conocemos por costes de transacción se produce en 1937 por parte de Ronald Coase en su artículo *The Nature of the Firm*, dando lugar al nacimiento como escuela del análisis económico del Derecho de la Nueva Economía Institucional, como contraposición a la Vieja Economía Institucional⁹¹.

La economía de los costes de transacción (en adelante, TCE) es una teoría interdisciplinar que combina el Derecho, la Economía y la Teoría de la Organización⁹². Pone el acento en la importancia de entender que la existencia del fenómeno contractual se debe a la necesidad de articular mecanismos que establezcan determinados incentivos y que fomenten la producción e intercambio de información entre las potenciales partes contratantes.

Este análisis se basa en la importancia que para la organización de la actividad económica tiene el estudio de los costes que se derivan del perfeccionamiento de contratos, costes que se denominan

⁸⁹ La única sanción prevista en el CBP es la suspensión temporal o exclusión definitiva del operador incumplidor (punto 7 del CBP). Más adelante se realizarán las oportunas matizaciones sobre esta cuestión.

⁹⁰ Para hacer referencia a los instrumentos típicos del *soft law* también podemos encontrarnos con otras denominaciones. Entre ellas, legislación blanda, autorregulación, autocontrol, autodisciplina, corregulación o regulación auto-otorgada (FERNANDO MAGARZO, 2010, p. 2).

⁹¹ COASE, 1998, p. 72.

⁹² WILLIAMSON, 2007, p. 4.

«de transacción»⁹³. De este modo, la transacción se convierte en la unidad básica del análisis económico, pues en la realización de cualquier transacción económica se incurre indefectiblemente en costes como consecuencia de la inevitable existencia fallos de mercado. Estos fallos de mercado amenazan permanentemente la consecución de la solución de equilibrio, entendida como aquella solución que –en el contexto de un mercado idealmente perfecto, esto es, sin costes de transacción– los individuos racionales alcanzarían de forma natural o automática y que se correspondería con la ubicación de cada recurso en manos de aquel agente que mayor valor le otorgara⁹⁴.

B. COSTES DE TRANSACCIÓN DE LA PRIMERA FASE DEL PROCESO CONTRACTUAL

En un primer estadio de construcción doctrinal de la TCE, Coase lista, a modo de enumeración no cerrada, una serie de costes en los que indefectiblemente se incurre al llevar a cabo una transacción de mercado⁹⁵: descubrir quién es la persona con la que deseamos contratar, informar a la otra parte sobre nuestro deseo de contratar y en qué términos, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar el contrato en sí mismo, establecer una estructura de control de las respectivas prestaciones que recaen sobre cada parte, etc. Con frecuencia –continúa afirmando Coase–, estas operaciones son extremadamente costosas, en ocasiones hasta tal nivel que complican e incluso impiden que se concreten ciertas transacciones económicas que tendrían lugar en el contexto de un hipotético sistema de precios sin coste⁹⁶.

Posteriormente, otros economistas, de entre los que seguiremos a Dahlman, realizan un análisis estructurado de los costes listados por Coase, dando lugar a su sistematización en tres categorías atendiendo a la fase prototípica del proceso contractual en que se produzcan.

⁹³ Una simple frase que condensa la trascendencia de la inclusión de forma específica de los costes de transacción en el análisis económico y la irrealidad que supone trabajar obviando toda consideración al respecto es la siguiente: «El mundo de costes de transacción nulos es tan extraño como el mundo físico sin fricción.» STIGLER, 1972. «The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars», *Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 12, citado por COASE, 1988, p. 19.

⁹⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, 1994, pp. 85-86.

⁹⁵ En este primer momento, los costes de transacción eran denominados como «el coste de usar el mecanismo de los precios» o «el coste de llevar a cabo una transacción mediante intercambio en el mercado» (COASE, 1998, p. 72).

⁹⁶ COASE, 1960, p. 7. A pesar de atribuírsele la paternidad de este concepto, COASE nunca proporcionó una definición de lo que para él constituían los costes de transacción y ni siquiera llegó a utilizar este término para referirse al concepto (ALLEN, 2000, pp. 895-896).

En la primera fase de todo proceso de contratación nos encontramos con costes de investigación e información. Son aquellos en que se incurre durante la búsqueda de agentes económicos con quienes contratar y en la averiguación de si resulta o no beneficioso contratar. Si esta búsqueda es fructífera, ambas partes deben informar a la otra sobre las opciones de intercambio que existen.

Posteriormente, en la segunda fase de todo proceso de contratación se producen costes de negociación y decisión. Estos costes se derivan del juego de la oferta y la aceptación contractuales y de la propia redacción del contrato. Esto supone acordar cómo se reparte la ganancia conjunta que entraña la transacción. Esta fase está dominada por una racionalidad concesiva: ambas partes están interesadas en hacerse concesiones mutuas a fin de obtener una ganancia neta de la celebración del contrato.

Por último, tras el perfeccionamiento del contrato, esto es, en la tercera fase de todo proceso de contratación, nos encontramos con costes de transacción denominados de vigilancia y ejecución, pues se ha de asegurar si la otra parte cumple con sus obligaciones contractuales y si lo hace en los términos convenidos. En este último tipo de coste se debe incluir los que, en su caso, se deriven de la exigencia forzosa del cumplimiento del contrato. La racionalidad en este caso es meramente individual: las partes, en función de los costes y beneficios que le ocasiona el incumplimiento, han de decidir si cumplir o no con lo pactado⁹⁷.

El propio Dahlman realiza una matización sobre su clasificación de los costes de transacción, la que considera –al menos hasta cierto punto– innecesaria. La razón de esta afirmación radica en que las tres clases de costes pueden ser reconducidas a tan solo una, cuyo nexo de unión es la característica que subyace a todas ellas: la pérdida de recursos en que todo agente económico incurre como consecuencia de la falta de información sobre el mercado⁹⁸. Por lo tanto, planteada de este modo la cuestión, tan solo resultaría necesario hablar de un tipo de costes de transacción: aquellos derivados de la pérdida de recursos (o de la utilización de los mismos, como se prefiera) a causa de falta de información⁹⁹. Así entendido, la noción de costes de transacción resultaría equivalente a la de coste de información.

⁹⁷ DAHLMAN, 1979, pp. 147-148 y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, 1994, pp. 86-87.

⁹⁸ En el mismo sentido apunta ALLEN, 2000, p. 906, al afirmar que «*the underlying theme for transaction costs is the notion of ignorance*» (el motivo subyacente a la existencia de costes de transacción lo representa la falta de información).

⁹⁹ En el mismo sentido se expresa PAZ-ARES RODRÍGUEZ, 1994, p. 80, nota 17: «Todos los costes de transacción son costes de información o incertidumbre».

C. MECANISMOS INFORMALES DE REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE TRANSACCIÓN

Los mecanismos de reducción de los costes de transacción pueden ser formales o informales. Los mecanismos formales son los mecanismos jurídicos en sentido estricto, es decir, las normas jurídicas emanadas del poder legislativo. Por su parte, se entiende por mecanismos informales o de mercado los desarrollados por el mercado o, en términos jurídicos, los derivados de la autonomía privada¹⁰⁰.

Tomamos la expresión «autonomía privada» de Alvaro Águila-Real, quien la utiliza no en el sentido tradicional en el que es habitualmente utilizada en el Derecho de contratos, sino en un modo ciertamente más ampliado. Con esta expresión, Alvaro Águila-Real se refiere a cualquier modo de articulación de una transacción comercial que, bajo el respeto a los límites marcados por la ley, la moral y el orden público (art. 1.255 del CC español), va más allá de los modos legales convencionales de regulación bajo el Derecho de contratos clásico.

El recurso tanto a los mecanismos de mercado como a los mecanismos jurídicos de reducción de los costes de transacción depende de la eficiencia del sistema de precios en cada concreto sector de la economía.

Cuanto más eficientemente se haya desarrollado el sistema de precios en un mercado, esto es, cuanta más información recoja el precio de los productos intercambiados, menos necesario será para los particulares recurrir a mecanismos de reducción de costes de transacción con el objetivo de obtener información de la contraparte¹⁰¹. En definitiva, en presencia de un hipotético perfecto sistema de precios, no sería necesario recurrir a ningún mecanismo de reducción de los costes de transacción, esto es, no sería necesario acudir ni a mecanismos informales de reducción de estos costes (contratos que regulen los intercambios, además de estructuras creadas por los actores implicados, principalmente instrumentos de *soft law*) ni tampoco a mecanismos jurídicos¹⁰². En definitiva, en

¹⁰⁰ El planteamiento de este epígrafe es adaptado tomando de referencia a ALFARO ÁGUILA-REAL, 1996, p. 145.

¹⁰¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, 1996, p. 156.

¹⁰² Sobre esta cuestión, matiza ALFARO ÁGUILA-REAL, 1996, p. 157, que la relación entre los distintos mecanismos que sirven para organizar los intercambios es dinámica. En la medida en que un mecanismo se haga más eficiente (es decir, reduzca en mayor medida los costes de transacción), asistiremos a una reducción en el uso de los mecanismos alternativos con el límite en un sistema de precios perfectamente eficiente. Generalizando, puede afirmarse que existe una sustituibilidad marginal entre los mecanismos que tengan como fin reducir los costes de transacción: se recurrirá en mayor o menor medida a un mecanismo en atención al mejor o peor funcionamiento de los restantes en cada circunstancia.

un mundo donde el sistema de precios funcionara a la perfección no habría lugar para el Derecho¹⁰³.

Tal y como ha sido expuesto en el apartado 4.1.3, en la cadena alimentaria el sistema de precios presenta fuertes asimetrías. Por tanto, es un sector en el que la articulación de medidas reductoras de los costes de transacción reviste una trascendental repercusión como medio a través del que «aumentar, en beneficio de la sociedad y de los consumidores, la eficacia y la competitividad del sector alimentario globalmente considerado»¹⁰⁴.

4.3 **Análisis de la eficacia del Código: ¿nadar para morir en la orilla?**

Partiendo del motivo que justifica el fomento de la autorregulación en la cadena alimentaria que pretendo poner de relieve –la reducción de los costes de transacción–, y una vez realizadas las anteriores aclaraciones, procede examinar en qué medida el CBP ha logrado este objetivo.

A. CAPACIDAD DEL CÓDIGO PARA REDUCIR LOS COSTES DE TRANSACCIÓN DE LA PRIMERA FASE DEL PROCESO CONTRACTUAL

Tal y como ha sido apuntado, la capacidad del CBP de reducir los costes de transacción de la primera fase del proceso contractual se basa en que resulta lógico deducir una mayor voluntad de un operador adherido al CBP de respetar sus obligaciones contractuales. Ello se debe a que, en caso de ser incumplirlas, se expone a dos sistemas de sanción: el articulado por el sistema jurídico propiamente dicho¹⁰⁵ y el que se deriva de la propia iniciativa de autorregulación. Todo ello a pesar de que la única sanción prevista en el CBP ante el incumplimiento de alguna de sus previsiones es la suspensión temporal o exclusión definitiva del operador incumplidor¹⁰⁶.

¹⁰³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, 1994, p. 79.

¹⁰⁴ Artículo 3.a de la Ley de la cadena alimentaria.

¹⁰⁵ En este caso, por sanciones derivadas directamente del sistema jurídico me refiero a las que corresponde por responsabilidad contractual y a las sanciones administrativas establecidas en la Ley de la cadena alimentaria, según corresponda.

¹⁰⁶ MARTÍ MIRAVALLS (2016, pp. 300-303) se muestra extremadamente crítico con el hecho de que el CBP no prevea, a su juicio, ninguna consecuencia jurídica relevante para el caso de contrastarse el incumplimiento de alguno de los compromisos de su articulado. Llega incluso a afirmar que el CBP carece de contenido jurídico. En el mismo sentido, se expresa GONZÁLEZ CASTILLA, 2016, p. 191.

No puedo estar más en desacuerdo con esta afirmación, pues, precisamente, obvia el diferente carácter de una iniciativa de autorregulación, como el CBP, en relación con las normas jurídicas *strictu sensu* y, en consecuencia, el diferente papel que mecanismos formales e informales de reducción de costes de transacción están llamados a desempeñar.

En efecto, al poderse deducir este mayor compromiso con el sector del operador adherido, este operador resultará más atractivo en términos contractuales para el resto de operadores. En consecuencia, le resultará más sencillo contratar y, correlativamente, más barato en términos de costes de transacción, especialmente respecto de aquellos costes que se producen durante la primera fase arquetípica de un proceso de contratación.

Sin embargo, para que esta reducción de costes de transacción efectivamente exista se deben dar simultáneamente dos condiciones: en primer lugar, verdadera voluntariedad de adhesión al código; y, en segundo lugar, alto porcentaje de conocimiento de la existencia del código y buena valoración del mismo, tanto entre el resto de operadores, como entre los consumidores.

Respecto de la primera condición, se precisa de la configuración de un régimen de adhesión al CBP que realmente respete la libertad de los operadores de adherirse, sin vincular su pertenencia a incentivos que sean difícilmente renunciables. En el caso, por ejemplo, de condicionar la concesión de alguna ayuda o subvención pública a la adhesión al CBP (o, tan siquiera, dar prioridad a aquellos operadores adheridos), la función a la que –en este contexto– sirve el código quedaría desactivada, pues no podría deducirse un compromiso extra del operador adherido en cuestión respecto del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Con relación a la segunda condición, un elevado conocimiento de la existencia del CBP hará que aumente el valor esperado de la sanción por incumplimiento. Bajo el prisma de la TCE, todo contratante está incentivado a ejecutar la prestación a la que contractualmente se ha comprometido solo en la medida en que ello le resulte beneficioso. Para calcular si resulta o no beneficioso cumplir lo acordado, se debe considerar la cuantía de la sanción que en su caso pudiera ser impuesta por incumplimiento contractual, ponderada por la probabilidad de ser descubierto y por las consecuencias reputacionales del incumplimiento; este será el valor esperado de la sanción. Este valor esperado de la sanción se debe comparar con el beneficio privado que hipotéticamente se obtendría del incumplimiento contractual. Si el valor esperado de la sanción es menor que dicho beneficio privado, todo contratante tendrá incentivos a incumplir lo acordado. En suma, todo contratante está incentivado a incumplir sus compromisos contractuales siempre que tal incumplimiento «merezca la pena»¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Bajo este planteamiento, subyace la idea de que incumplir el contrato siempre resulta socialmente ineficiente. Mantendremos esta hipótesis de trabajo a fin de ser coherentes con la línea argumental mantenida.

Una vez delimitadas estas dos condiciones, veamos en qué medida se dan en el actual estado de la cuestión.

A.I) *Valoración de la voluntariedad de adhesión al código*

No obstante su aparente voluntariedad¹⁰⁸, el artículo 17.5 de la Ley de la cadena alimentaria determina que «La inscripción de los operadores en el Registro¹⁰⁹ se tendrá en cuenta en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones que en relación con la alimentación y la cadena alimentaria se promuevan por parte del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente». En el mismo sentido, el artículo 7.2 del Real Decreto de desarrollo de la Ley de la cadena alimentaria (art. que en el texto del Proyecto de Ley correspondía con el 8.2) señala que, en las ayudas y subvenciones, el Ministerio dará prioridad a aquellos solicitantes adheridos al CBP.

Esta referencia a la preferencia de los operadores adheridos en la concesión de subvenciones, por somera e irrelevante que pudiera parecer, desvirtúa la capacidad del CBP de enviar las correctas señales al mercado¹¹⁰. Piénsese ante qué tesitura se encuentra cualquier operador que conoce de esta preferencia: cabe suponer que, al menos, en un elevado porcentaje de casos, resultará complicado renunciar a la preferencia en la concesión de subvenciones públicas, especialmente para operadores con poco poder contractual.

De hecho, la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se refirió ya en 2014 a esta cuestión, al pronunciarse con ocasión de la publicación del Proyecto de Real Decreto de desarrollo de la Ley de la cadena alimentaria¹¹¹. Si bien

Sin embargo, en ocasiones sucede que precisamente la opción contractual óptima es su incumplimiento, esto es, el incumplimiento contractual (bajo determinadas circunstancias) resulta eficiente.

¹⁰⁸ Esta aparente voluntariedad en la adhesión se fundamenta en el artículo 17.3 de la Ley de la cadena alimentaria, el artículo 4.1 del Real Decreto 64/2015 y en el artículo 3 del propio CBP.

¹⁰⁹ Este Registro es el Registro Estatal de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria. Es un instrumento público que agrupa a todos aquellos operadores que, interviniendo en la cadena alimentaria, se adhieran voluntariamente al Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria.

¹¹⁰ Cualquier persona recelosa sobre la relevancia de la emisión al mercado de señales apropiadas no tiene más que recordar la que ha sido, con toda seguridad, la señal económica más relevante de las últimas décadas: el *Whatever it takes*, pronunciado por Mario GRAGHI en 2012, logró, casi por sí misma, salvar el euro.

¹¹¹ El Informe de la CNMC sobre este RD 64/2015 lleva por título «Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de Medidas para Mejorar el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria», de 2 de julio de 2014. Documento disponible en: <https://bit.ly/3FdVoA8>

no hace uso del marco teórico de los costes de transacción, el razonamiento de su postura no dista mucho del aquí expuesto.

En principio –apunta la CNMC–, las ayudas y subvenciones públicas deberían dirigirse preferentemente a corregir fallos de mercado, sin que la existencia de diferencias en cuanto al poder de negociación entre compradores y vendedores pueda considerarse como tal en este caso¹¹². Por tanto, concluye la CNMC, la vinculación entre la adhesión al CBP y la concesión de subvenciones menoscaba, en la práctica, el carácter voluntario de la adhesión al Código. De este modo, la voluntariedad de pertenencia al CBP solo es tal desde un punto de vista formal, pero no resulta predicable desde una óptica económica¹¹³.

Además, a pesar de los términos tan generales en que está redactada la preferencia en la concesión de ayudas a los firmantes del CBP, tanto en la Ley de la cadena alimentaria como en su Real Decreto de desarrollo, su mera existencia puede suponer problemas de legalidad derivados de la discriminación positiva respecto de los operadores adheridos¹¹⁴, al tiempo que puede introducir disfunciones en la mitigación de los fallos de mercado a los que, supuesta y preferentemente, se orientan las subvenciones públicas¹¹⁵.

De tal modo, puedo afirmar que la actual configuración legal del CBP respecto de su régimen de adhesión no cumple con la función de reducción de los costes de transacción de la primera fase del proceso contractual.

A.II. *Grado de conocimiento del código y valoración del mismo entre operadores y consumidores*

Una vez comprobado que la configuración del CBP no cumple con la primera de las condiciones necesarias para reducir los costes de transacción de la primera fase del proceso contractual, en realidad no sería necesario analizar la segunda, dado que ambas deben darse de forma simultánea. No obstante, su análisis puede resultar, igualmente, interesante a efectos analíticos.

Como ya se ha apuntado, a un operador adherido le resultará más barato contratar, en términos de costes de transacción, dado

¹¹² Esta misma idea es reiterada por la CNMC en su Informe sobre la propuesta de acuerdo sobre el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria (INF/CNMC/003/15), de 10 de septiembre de 2015, p. 9. Documento disponible en: <https://bit.ly/3FDmdyN>

¹¹³ VAN DER MEULEN, 2011, p. 31. Este autor no se refiere en concreto al CBP, pero su reflexión sobre esta cuestión resulta directamente aplicable al caso español.

¹¹⁴ GARCÍA MAGARZO, 2017, p. 1298 y MARTÍ MIRAVALLS, 2016, p. 287.

¹¹⁵ MAUDES GUTIÉRREZ y SILOS RIVAS, 2016, pp. 106-107.

que se le presumirá más comprometido con el sector. Pero para que esto suceda, el CBP debe ser ampliamente conocido por el resto de operadores y por los consumidores; si nadie conoce el CBP, nadie percibirá ni valorará positivamente las señales que la pertenencia al mismo emite al mercado.

Precisamente, la relevancia de las señales que emite al mercado la simple pertenencia al CBP se aprecia en el hecho –ya apuntado– de que la única sanción prevista en el mismo es la suspensión temporal o exclusión definitiva del operador incumplidor. Por tanto, se entiende que la simple suspensión o expulsión del CBP de un operador es suficiente para dañar su reputación, ante la «puesta en evidencia» del infractor¹¹⁶.

Aún sin hacer referencia a la TCE, existen cuatro fuentes normativas que se refieren a la relevancia del conocimiento del CBP: el artículo 17.3 de la Ley de la cadena, que establece que «periódicamente se dará publicidad de los operadores que figuren inscritos en el Registro en la página web del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación»¹¹⁷; el artículo 46 del CBP, que encomienda a la Comisión de Seguimiento la promoción de actuaciones para facilitar el conocimiento del CBP entre los operadores de la cadena alimentaria; la labor encargada al Observatorio de la Cadena Alimentaria –órgano colegiado, adscrito al Ministerio de Agricultura–, relativa a facilitar el conocimiento del CBP entre los operadores de la cadena y promover su adhesión al mismo (art. 20.1.d de la Ley de la cadena); y el artículo 37.2 de la Ley de Competencia Desleal, que afirma que se dará «publicidad suficiente (a los códigos de conducta) para su debido conocimiento por los destinatarios»¹¹⁸.

En el mismo sentido ahonda la previsión contenida en el artículo 17.2 de la Ley de la cadena. Prevé la posibilidad de que los operadores adscritos utilicen la mención «Acogido al Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria», así como el logo diseñado al efecto:



CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS
EN LA CONTRATACIÓN ALIMENTARIA

¹¹⁶ RUIZ PERIS, 2017, p. 240.

¹¹⁷ Esta obligación es cumplida por parte del Ministerio de Agricultura. La lista de operadores adheridos puede ser consultada en: <https://bit.ly/41umaxG>

¹¹⁸ Sobre las interacciones entre el CBP y la normativa de competencia desleal, véase RODRÍGUEZ CACHÓN, 2018.

Como se ha apuntado, si el valor esperado de la sanción por incumplimiento del CBP es menor que el beneficio privado del incumplimiento de un determinado contrato, todo contratante tendrá incentivos a incumplir lo acordado. Veamos en qué medida resulta posible actuar sobre las variables que influyen en esta ecuación.

El beneficio privado que puede ser obtenido de un incumplimiento contractual depende de las circunstancias concretas de cada operador y de cada transacción; por tanto, sobre esa variable no resulta posible actuar de forma directa y general. La cuantía de la sanción, en este caso, no es cuantía como tal, sino la expulsión del CBP; de tal modo, el resultado es dicotómico, a saber, expulsión o no expulsión. La probabilidad de ser descubierto en un incumplimiento depende de cómo ejecute la Comisión de Seguimiento su labor de control del CBP¹¹⁹, la cual, en sí misma, es un instrumento diferente del CBP propiamente dicho; por tanto, actuar sobre esta probabilidad excede de lo aquí planteado. Por último, las consecuencias reputacionales del incumplimiento están directamente ligadas con el grado de conocimiento y valoración positiva del CBP.

De tal modo, la única variable respecto de la que es posible actuar directamente es sobre el grado de conocimiento del CBP, tanto entre los operadores de la cadena como entre los consumidores.

En la actualidad, me ha resultado imposible obtener datos sobre esta cuestión, ni recabados por organismos oficiales ni por cualquier otra entidad. La única información al respecto es la que proporciona la web del Ministerio de Agricultura, donde se puede consultar la lista de operadores adheridos al CBP¹²⁰.

En cualquier caso, la prueba del nueve no resulta complicada: planteo al lector de este artículo, quien estimo es un consumidor medio, si conocía la existencia del CBP o de su logo, o si lo ha visto alguna vez ubicado en la puerta de algún establecimiento o web de alguna empresa.

¹¹⁹ El artículo 16.3 de la LMFCa prevé la constitución de una Comisión de Seguimiento del CBP «integrada por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, el Ministerio de Economía y Competitividad y representantes de las organizaciones y asociaciones representativas de los diferentes operadores de la cadena alimentaria [...]».

La Comisión de Seguimiento es el órgano encargado de la interpretación del CBP, así como de proponer la suspensión temporal o la exclusión definitiva de la inscripción de un operador en el Registro Estatal. También se ocupa de analizar los resultados obtenidos en la aplicación del CBP y de proponer, en su caso, las modificaciones para su adaptación a la realidad del momento.

¹²⁰ Información disponible en: <https://bit.ly/3LatfN9>

B. CAPACIDAD DEL CÓDIGO DE REDUCIR LOS COSTES DE TRANSACCIÓN EN SU CONSIDERACIÓN DE MECANISMO INFORMAL

Tal y como he mencionado anteriormente, el CBP puede ser considerado como un mecanismo informal de reducción de los costes de transacción.

El Derecho de contratos, en tanto en cuanto mecanismo formal, es el mecanismo más eficiente de reducción de los costes de transacción en aquellas economías –como la española– que han alcanzado un nivel de desarrollo notable. Por tanto, es en este sector normativo en el que debemos redoblar nuestros esfuerzos a fin de articular mecanismos que logren reducir los costes de transacción, pues una economía es más eficiente no sólo si reduce los costes de producción, sino si, al mismo tiempo, reduce los costes de intercambiar las mercancías que produce¹²¹.

No obstante, en especial en mercados –como el alimentario– en los que el sistema de precios funciona de forma deficiente, en ocasiones también puede resultar útil el recurso a mecanismos informales de reducción de costes de transacción, especialmente cuando los intercambios han de desarrollarse entre grupos de operadores que cuentan con estructuras comunes y con relación a los que existen mecanismos de control social con cierta trascendencia que pueden funcionar como mecanismos de gobernanza de la red¹²².

De este modo entendidos los mecanismos informales de reducción de los costes de transacción, podemos afirmar que el CBP lo es, y que la cadena alimentaria es un sector que puede verse altamente beneficiado de su existencia.

Sin embargo, la capacidad del CBP de reducir los costes de transacción también está supeditado a las dos condiciones anteriores: libertad de pertenencia al código y grado de conocimiento en el sector.

¹²¹ MATTHEWS, 1986, pp. 903-907.

¹²² Esta concepción amplia de ordenación que subyace a todo el conjunto de la normativa aplicable a la cadena alimentaria no resulta extraña a nuestra tradición jurídica. Ya en 1999 los profesores ARIÑO ORTIZ y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ acuñan su propia definición de regulación, que dista muy poco del análisis que realizo en el presente trabajo: regulación es «aquel conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales, necesario para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados» (ARIÑO ORTIZ y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, 2000, p. 11).

Conforme a esta idea, la regulación de cualquier parcela de actividad humana no es una responsabilidad reservada en exclusiva a los poderes públicos, sino que todos aquellos operadores que, de un modo u otro, tienen intereses en la misma están llamados a participar activamente en la configuración de un marco regulatorio que permita un adecuado funcionamiento de tal parcela de actividad, todo ello como vía para la mejora de su funcionamiento de acuerdo tanto con sus intereses privados como con el interés general (GARCÍA DE CAL, 2014, p. 189).

Por tanto, salvo error u omisión por mi parte, puedo afirmar que, de nuevo, bajo la perspectiva propuesta en este trabajo (a salvo cualquier otra), respecto de esta iniciativa de autorregulación, el legislador español y todos los operadores implicados han nadado para morir en la orilla.

5. IMPUESTO ESPECIAL SOBRE LOS BENEFICIOS DE LAS GRANDES DISTRIBUIDORAS

He dejado para último lugar el análisis de esta medida, dado que, tras la lectura de las páginas precedentes, considero que su valoración resulta palmaria. Aún muy desdibujada, la propuesta de algunos grupos políticos españoles consiste en crear un impuesto del 33% a los beneficios extraordinarios de las grandes cadenas de supermercados¹²³.

En este punto, cualquier persona podría realizar una estimación de la capacidad recaudatoria de esta medida: prácticamente nula. En 2022, no han existido beneficios extraordinarios de las grandes cadenas de supermercados, entendidos estos como incremento del porcentaje que representa el resultado de explotación sobre ingresos totales. Es cierto que el beneficio neto en valor nominal de las empresas analizadas ha aumentado en 2022, pero sería totalmente falaz obviar que ello se debe a un aumento en los precios de venta al consumo derivado del aumento del coste de aprovisionamiento, y no a un aumento en el margen por producto (que, como se ha demostrado, se ha mantenido).

Pero, aun asumiendo que esta medida fuera implementada con base en el aumento nominal del beneficio neto, si su finalidad (como así se ha manifestado) es reducir la inflación, en caso de lograrse, esta sería la primera vez en la historia de la humanidad que la creación de un impuesto produce como efecto la reducción de la inflación.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS, QUE NO SOLUCIONES

Con todo lo expuesto no pretendo afirmar la ausencia de problemas tanto en las relaciones entre operadores alimentarios como, en específico, en la distribución de los mismos. Todo lo contrario; la cadena alimentaria es un sector como ningún otro, especialmen-

¹²³ Propuesta recogida en varios medios de comunicación: <https://bit.ly/3L54D8y>, <https://bit.ly/3LexyqK>, <https://bit.ly/40FZBF9>, <https://bit.ly/3n2eZya>

te complejo, pero para cuya mejora resulta imprescindible hacer buena la frase «dato mata relato».

Bajo la premisa de que la economía no siempre es un juego de suma cero y asumiendo que ninguna medida económica es inocua, solo puedo afirmar con rotundidad que no existe ninguna solución infalible o mágica que, de un plumazo, vaya a dejar atrás todos los problemas, desequilibrios e ineficiencias que arrastra este sector, tanto estructurales como coyunturales. Todo ello, máxime teniendo presente que algunas de las cuestiones aquí expuestas no son problemas como tal, sino condiciones intrínsecas de este sector.

Ahora bien, partiendo de esta realidad, me aventuro a formular las siguientes reflexiones conclusivas a modo tanto de síntesis como de consciente exhortación provocadora:

1. El transporte de un bien de bajo valor unitario es proporcionalmente muy costoso respecto del valor del propio bien. En consecuencia, comer alimentos, sobre todo alimentos frescos, en lugares distantes de donde se producen conlleva, indefectiblemente, un aumento muy grande (en algunos casos, exponencial) respecto del coste de su producción. Ello sin entrar a valorar las externalidades tanto positivas (aumento del mercado, mayor competencia, mayor surtido para el consumidor) como negativas (contaminación por transporte).

2. Al igual que en el resto de sectores económicos, el rendimiento del sector primario puede verse beneficiado por mejoras técnicas/tecnológicas. Por tanto, la inversión en investigación aplicada a este sector podría redundar en beneficio de todos los operadores de la cadena y del consumidor.

3. A la luz de los datos aportados, la reducción de los márgenes, al ser tan exigüos, en cualquiera de los eslabones de la cadena alimentaria, especialmente en la distribución minorista, resulta (casi) imposible.

4. Si, como sociedad, consideramos adecuado el aumento de los márgenes de beneficio del sector primario (o de cualquier otro), ello solo podría lograrse a través de un aumento del precio final de los alimentos.

5. El fomento del asociacionismo agrario podría mitigar algunos de los problemas derivados de la falta de economías de escala en el sector primario. Pero este fomento no puede descansar en exclusiva en medidas legales, sino que debería ir acompañado de otro tipo de medidas dirigidas al cambio de visión y mentalidad sobre este fenómeno. Deberíamos evitar el conocido como «delirio de omnipotencia»¹²⁴ en el que, en muchas ocasiones, cae el positi-

¹²⁴ COOTER, *et al*, 1999, pp. 11-12. La economía enseña al jurista a despertarse del sueño irreal del positivismo legal, entendido como el principio de autoridad del ordenamiento. Esto es así porque el jurista está habituado a creer que una ley es suficiente para

vismo legal: entender que la mera prohibición de un determinado comportamiento, conducta o actuación es condición suficiente para que las personas alineen su comportamiento conforme a esa nueva prohibición.

6. El fomento de los circuitos cortos de distribución, productos de proximidad y de kilómetro cero supone una reducción del número de intermediarios y, sobre todo, una reducción del coste de transporte. De este modo, su fomento podría aumentar los márgenes del sector primario y/o disminuir los precios de venta al consumo. Pero ello, necesariamente, implica una reducción del mercado en el que cada productor puede colocar su producto, al tiempo que, en el caso de extenderse de forma completa, supondría que en España no comamos piña de Costa Rica ni en Alemania, naranjas españolas. En el mismo sentido, permite a los productores ser directores de todo el proceso comercial, pero también les obliga a embarcarse en actividades para las que, quizá, no estén especializados, aumentando su carga administrativa.

7. No considero necesario crear ningún observatorio público sobre ninguna de las cuestiones aquí analizadas, dotado de personal *ex professo* y presupuesto propio. No es necesario, simplemente, porque lo que hipotéticamente haría ese observatorio es lo que yo he hecho en este trabajo y que podría hacer cualquier otra persona, dado que todos los datos aquí analizados son públicos y accesibles. Ya existen personas y organismos que se dedican, entre otras cuestiones, a monitorear sectores económicos: esos organismos son, principalmente, universidades y centros de investigación.

8. Y así, lo que sería realmente revolucionario es una verdadera puesta en valor de la investigación en ciencias sociales. La gran mayoría de los problemas que acechan nuestra sociedad son de tipo social, nacidos de la interacción humana y que no existirían en el mundo de *Robinson Crusoe*. Esta puesta en valor pasa por, entre otras cuestiones, que los propios investigadores nos creamos la relevancia social, cultural y económica de nuestro trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

ACHARYA, Ram N., KINNUCAN, Henry W. y CAUDILL, Steven B.: «Asymmetric farm–retail price transmission and market power: a new test», *Applied Economics*, vol. 43, núm. 30, 2011.

determinar un determinado curso de acontecimientos, pero, sin embargo, el economista está habituado a estudiar el mercado (también el mercado negro), que muestra cómo estas convicciones de los juristas suponen un «delirio de omnipotencia» de la ciencia jurídica.

- ALLEN, Douglas W.: «Transaction cost», *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 1, editado por B. BOUCKAERT y G. De GEEST. Edward Elgar, 2000.
- AMAT LLOMBART, Pablo: *Relaciones comerciales entre operadores de la cadena alimentaria. contratos alimentarios y prácticas desleales*. Madrid: Reus, 2022.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel: «Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos», *Cuadernos de Derecho Público* núm. 9. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2000.
- BALDWIN, Richard: «Global supply chains: Why they emerged, why they matter, and where they are going», en WORLD TRADE ORGANIZATION (ed), *Global Value Chains in a Changing World*, 2013.
- BREDHAL, Lone: «Cue utilisation and quality perception with regard to branded beef», *Food Quality and Preference*, vol. 15, núm. 1. Elsevier, 2004.
- CAFAGGI, Fabrizio: «Transnational Governance by Contract – Private Regulation and Contractual Networks in Food Safety», en *Private Standards and Global Governance*, Edward Elgar Publishing, 2012.
- CARSTENSEN, Peter C., et al: «Competition law and policy and the food value chain», *Concurrences*, n.º 1. París: Institut de Droit de la Concurrence, 2016.
- CIAPANNA, Emanuela, y RONDINELLI, Concetta: «Retail Market Structure and Consumer prices in the Euro Area», *ECB Working Paper Series*, núm. 1744, December, 2014.
- COASE, Ronald: «The New Institutional Economics», *The American Economic Review*, vol. 88, núm. 2. Pittsburgh: American Economic Association, 1998.
- *La empresa, el mercado y la ley*, versión traducida al español por CONCOME Y BOREL, Guillermo. Madrid: Alianza Editorial. Título original: *The Firm, the Market and the Law*; «The Federal Communications Commission», publicado en *Journal of Law and Economics*, vol. 2, octubre. Chicago: University of Chicago Press, 1988.
- «The problem of social cost», *Journal of Law and Economics*, vol. 3, octubre. Chicago: The University of Chicago both School of Business and Law School, 1960.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: INFORME SOBRE LAS RELACIONES ENTRE FABRICANTES Y DISTRIBUIDORES EN EL SECTOR ALIMENTARIO, 2011.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: E/CNMC/003/23, Estudio sobre la traslación de la reducción del IVA en el sector alimentario, 25 de julio, 2023.
- Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Registro de Contratos Alimentarios, 26 de julio, 2022.
- IPN/CNMC/015/20. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, 2 de septiembre, 2020.
- COOTER, Robert, et al.: *Il mercato delle regole. Analisi Economica del Diritto Civile*. Bolonia: Il Mulino, 1999.
- COOTER, Robert, y ULEN, Thomas: (sexta edición). *Law and Economics*. Essex: Pearson New International Edition, 2014.
- DAHLMAN, Carl J.: «The Problem of Externality», *Journal of Law and Economics*, vol. 22, núm. 1, abril. Chicago: The University of Chicago both School of Business and Law School, 1979.
- DE LA CUESTA DE LOS MOZOS, María Paz: «Organizaciones de productores en la economía colaborativa», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 78, 2021.

- DOMÈNECH MARTÍNEZ, Gloria: «El Código de Buenas Prácticas y los acuerdos de mediación: su ejecución», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, Año núm. 32, núm. 68. Madrid: E. T. S. Ingenieros Agrónomos, Departamento de Economía y Ciencias Sociales Agrarias, 2016.
- FELIS, Ana, GARRIDO, Alberto: «Market power and price volatility in markets of fresh fruits and Vegetables», working paper núm. 757/2014, Fundación de las Cajas de Ahorro, 2015.
- FERNÁNDEZ-AMADOR, Octavio, BAUMGARTNER, Josef, y CRESPO-CUARESMA Jesús: «The role of asymmetries in the price transmission mechanism for milk products in Austria», *WIFO Working Papers in Economics and Statistics* 378, 2010.
- FERNÁNDEZ BAÑOS, Juan: «Autorregulación y competencia desleal en el sector alimentario español», *Diario La Ley*, n.º 8899, Sección Tribunal. Madrid: Wolters Kluwer, 2017.
- FERNANDO MAGARZO, María del Rosario: «Código de conducta», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 7. Editorial Wolters Kluwer, 2010.
- FURUBOTN, Eirik G., y RICHTER, Rudolf: «The New Institutional Economics: An Assessment», en WILLIAMSON, Oliver E., y MASTEN, Scott E, *The International Library of Critical Writings in Economics*, núm. 54, vol I. Aldershot: Edward Elgar Publishing Limited, 1995.
- GARCÍA DE CAL, José Luis: «Control público y autorregulación para mejorar la eficiencia de la cadena alimentaria», en BAÑÓN I MARTÍNEZ, Rafael, y TAMBOLEO GARCÍA, Rubén, *La modernización de la gestión y los asuntos público*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2014.
- GARCÍA MAGARZO, Ignacio: «El código de buenas prácticas mercantiles en la contratación alimentaria», *Distribución comercial: todas las claves de la Distribución desveladas por las grandes compañías del sector*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- GEREFFI, Gary, y KORZENIEWICZ, Miguel: *Commodity Chains and Global Capitalism*. Westport: Praeger, 1994.
- GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «La represión de las prácticas comerciales desleales en la cadena agroalimentaria europea», en GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, y RUIZ PERIS, Juan Ignacio (dirs.), *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Compensation after Termination of Long-Term Distribution Contracts: An Economic Perspective of EU Law», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2006, núm. 4. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2006.
- HOOGLAND, C. T., DE BOER, J. y BOERSEMA, J. J.: «Transparency of the meat chain in light of food culture and history», *Appetite*, vol. 45, núm. 1. Elsevier, 2005.
- LIANOS, Ioannis y LOMBARDI, Claudio: «Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain: The Wuthering Heights of Holistic Competition Law?», *Concurrences I*, 2016.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «Los códigos de buenas prácticas en el mercado agroalimentario», en GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, y RUIZ PERIS, Juan Ignacio (dirs.), *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- MARTÍN PARADA GÓMEZ, Álvaro: «La fuerza motriz en el desarrollo económico de las Micros, Pequeñas y Medianas Empresas (Mipymes) en la Cadena Glo-

- bal de Ropa», Revista Iberoamericana de Economía Ecológica (REVIBEC), vol. Extra 10. Morelia: Red Iberoamericana de Economía ecológica, 2009.
- MATTHEWS, R. C. O.: «The Economics of Institutions and the Sources of Growth», *The Economic Journal*, vol. 96, núm. 384. Wiley, 1986.
- MAUDES GUTIÉRREZ, Antonio, y SILOS RIVAS, Mateo: «En defensa de un marco normativo que fomente la competencia efectiva y la eficiencia económica en la cadena alimentaria» en GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, y RUIZ PERIS, Juan Ignacio (dirs.), *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- MERCURO, Nicholas, y MEDEMA, Steve G.: *Economics and The Law. From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- OVERBY, J. W., GARDIAL, S. F. y WOODRUFF, R. B.: «French versus American consumers' attachment of value to a product in a common consumption context: a cross-national comparison», *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 32, núm. 4. Springer, 2004.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: «Seguridad jurídica y sistema notarial (Una aproximación económica) », en *La fe pública: jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994*. Madrid: Consejo General del Notariado, 1994.
- PETTINGER, C., HOLDSWORTH, M. y GERBER, M.: «Psycho-social influences on food choice in Southern France and Central England», *Appetite*, vol. 42, núm. 3. Elsevier, 2004.
- QUEROL ARAGÓN, Nuria: *Análisis económico del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2014.
- RODRÍGUEZ CACHÓN, Teresa: *Relaciones contractuales en la cadena alimentaria: estudio desde el análisis económico del Derecho*. Dykinson, 2020.
- «Condiciones de eficiencia contractual bajo la economía de los costes de transacción: estudio de los contratos-tipo de productos agroalimentarios», *Indret*, 4/2019. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2019.
- «Posible consideración como acto de competencia desleal de algunas prácticas relacionadas con el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria», *Revista de Derecho Agrario y Agroalimentario*, Año núm. 34, núm. 73, 2018.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Asimetría y abuso en la cadena de distribución», en *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- SMORTO, Guido: «Autonomia contrattuale e diritto europeo», *Europa e diritto privato*, 2007, núm. 2. Milán: Giuffrè, 2007.
- STORDEUR, Eduardo: «Economía de los contratos y escuela austríaca de economía: consideraciones preliminares», *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, núm. 54. Buenos Aires: Instituto Universitario ESEADE, 2011.
- TALBOT, John M.: «Where Does Your Coffee Dollar Go? The Division of Income and Surplus Along of coffee commodity chain», *Studies in Comparative International Development*, vol.32, núm. 1. Springer, 1997.
- TAMAMES, Ramón: «Del proteccionismo agrario a las nuevas tendencias de desarrollo rural (internacionalización y cambio estructural)», *Revista de Estudios Agrosociales*, núm. 161. Madrid: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, 1992.
- TIROLE, J.: *La Teoría de la Organización Industrial*. Barcelona: Ariel Economía, 1990.
- TREBILCOCK, Michael J.: *The Limits of Freedom of Contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

- VARGAS VASSEROT CARLOS, (dir.), CANO ORTEGA, Cristina (coord.): *Integración y concentración de empresas agroalimentarias. Estudio jurídico y económico del sector y de la Ley 13-2013 de fomento de la integración cooperativa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- VAN DER MEULEN, Bernd: «Private food law», en VAN DER MEULEN, Bernd (ed.) *Private food law. Governing food chains through contract law, self-regulation, private standards, audits and certification schemes*. Wageningen Academic Publishers, 2011.
- VELÁZQUEZ, Beatriz, y BUFFARIA, Bruno: *Agricultural and Food Economics*, vol. 5, núm. 16, 2017.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «La autorregulación en la propuesta del Código Mercantil», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- VELÁZQUEZ, Beatriz, BUFFARIA, Bruno y EUROPEAN COMMISSION: «About farmers' bargaining power within the new CAP», *Agricultural and Food Economics*, vol. 5, núm. 16, 2017.
- VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS, Emilio: «Los motivos de la escasa eficacia de la Ley 12/2013 de mejora de la cadena alimentaria», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 80, 2022.
- VIVERO-POL, José Luis *et. at.*: *Routledge Handbook of Food as a Commons*. Routledge: Abingdon, 2019.
- WILLIAMSON, Oliver E.: «Transaction Cost Economics: An Introduction», *Economics Discussion Papers*, Discussion Paper 2007-3, 2007.
- «Transaction cost economics», *Handbook of Industrial Organization*, vol. 1. North-Holland: Elsevier, 1989.

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

ANDRADES NAVARRO, Agustín: *Usucapión y Registro de la Propiedad*, Aranzadi, Pamplona, 2023, 428 pp.

Cualquier jurista medianamente familiarizado con la bibliografía española de Derecho civil habrá percibido la clara tendencia de los autores contemporáneos al abandono de los temas considerados clásicos. Diríase que, tras más de un largo siglo de laboreo en sus parcelas tradicionales, los cultivadores de la materia han esparcido su interés por territorios bien alejados del núcleo central de la disciplina. Es como si hubiese cundido una peculiar sensación de agotamiento o, si se me permite la expresión, «sobreexplotación» de las viejas cuestiones del *ius civile*, en las que se piensa que ya no queda nada por explorar o aportar, y se creyese por tanto necesario emigrar en busca de nuevos terrenos para la investigación jurídica.

El libro objeto de esta reseña es una excepción e incluso, sin decir una palabra al respecto, una impugnación en toda regla de esa ya consolidada tendencia. Pues lo primero que llama la atención es su título, centrado en una cuestión tan clásica en Derecho civil como las relaciones entre la usucapión y el Registro de la propiedad. Y lo que quizá más sorprende al lector es comprobar, si se toma la molestia de repasar la amplia y bien documentada bibliografía, que cuestión tan central y compleja, objeto de numerosos estudios parciales, no había recibido tratamiento específico en una monografía de Derecho civil español. Peculiar descubrimiento que, de suyo, contradice el mencionado y supuesto agotamiento de las cuestiones vírgenes en materias tradicionales.

El libro es clásico, en el mejor sentido y en todos los aspectos. Si ya me he referido al tema, tradicional pero sorprendentemente inexplorado, hay que decir que también es clásico en su concepción, ordenada en tres capítulos bien estructurados y documentados: uno primero relativo a la usucapión, algo más breve, otro segundo referente a la llamada usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 de la Ley hipotecaria y otro último que se ocupa de la usucapión

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

contra tabulas del 36 de la misma Ley. Viene cerrado por unas detalladas conclusiones, una amplia relación bibliográfica y una no menos extensa recopilación de sentencias que da muestra palpable del interés y actualidad del objeto de estudio. Entraré ya con ello en el análisis del contenido

El capítulo primero, ya lo he mencionado, trata de la usucapión en general. En ese sentido, puede ser tenido por más introductorio, y de hecho lo es; pero a la vez, y eso es muestra ya desde el comienzo de la calidad del trabajo, esas páginas no constituyen una mera exposición genérica del *status questionis*, sino más bien una apretada síntesis de la doctrina de la usucapión, donde el autor toma postura, razonada y razonable, sobre cuestiones objeto de seria controversia en relación con la institución. Así el lector, o al menos es mi caso, quedará convencido de que, a pesar de no ser breve ni de escasa autoridad la lista de los autores que sostienen lo contrario, la buena fe de la usucapión ordinaria sólo ha de referirse a la titularidad del *tradens*, o más en general a su poder de disposición, sin extenderse también al desconocimiento de los vicios que pueden afectar al título, pues no es función de la usucapión sanar éstos. Y del mismo modo aceptará que la interrupción de la buena fe no obstará a que el tiempo de usucapión ordinaria se sume a efectos del computo de la extraordinaria, pero sin poder computarlo como doble a dichos efectos, ya que no se tratará de una adquisición de propiedad por acumulación de diversas usucapiones parciales, sino de una usucapión extraordinaria que requiere de todos sus requisitos. Y también sobre otras varias cuestiones relativas al resto de requisitos de la usucapión, como la falta de virtualidad a efectos de la usucapión del título *pro herede* o la eficacia del anulable no anulado, encontrará el lector respuesta en estas páginas.

El segundo capítulo aborda, según lo dicho, el problema de la usucapión *secundum tabulas* prevista en el artículo 35 de la Ley hipotecaria, es decir, la producida a favor de quien consta inscrito como titular en el Registro. El autor analiza aquí todas las cuestiones que suscita el artículo, pero centrándose en las dos que resultan más problemáticas: el valor de la equiparación que el artículo realiza entre la inscripción y el justo título de la usucapión y el mayor o menor ámbito de actuación del precepto. En cuanto a la primera cuestión, Agustín Andrades apuesta por la tesis llamada de la presunción reforzada, que entiende que la eficacia del artículo 35 es conceder una presunción de existencia de título de la usucapión ordinaria que no puede verse refutada sino mediante la impugnación de la propia inscripción. Por su parte, en lo referente al campo de actuación de la usucapión *secundum tabulas*, el autor se ve obligado a tomar posición entre las tesis llamadas monistas o dualistas, pues es claro que la segunda, en cuanto concede un campo de actuación propio al artículo 32 de la Ley hipotecaria, restringe el recurso al 35. El autor apuesta aquí por una posición que se está tornando quizá en mayoritaria en la doctrina española y que va siendo conocida como «dualismo moderado», que opta por renunciar al requisito de adquirir de inscrito para conceder al titular la eficacia defensiva del artículo 32 de la Ley hipotecaria. Postura que reconozco no compartir, pues a mi juicio entra en clara contradicción con la regla del 69 de la misma Ley, pero que, no puede ocultarse, parece incluso amparada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que Andrades expone y justifica con detallada argumentación. Con ello consigue delimitar el artículo 35 de la Ley como un supuesto de cierre para los casos en que el adquirente inscrito requiera de una protección que no le conceden ni el 34 ni el 32 de la mencionada Ley.

El tercer y último capítulo aborda la que es, sin duda, cuestión estrella de las relaciones entre usucapión y registro, la eficacia de la usucapión en contra del titular inscrito y en contra incluso del tercero protegido por el artículo 34 de la Ley. Como es bien sabido, esa última eficacia de la usucapión en contra del principio de fe pública registral, introducida por la reforma de la Ley hipotecaria de 1944-46, ha constituido una auténtica bomba de relojería colocada en el sistema de protección por ella prevista. De ahí que la norma haya sido objeto desde su inclusión de dos lecturas diferentes y contradictorias, quizá igualmente desenfocadas: la de los que pretenden limitarla y excepcionarla, reduciendo así su fuerza en contra de la previsión del legislador, y la de los que pretenden extrapolar su sentido mediante argumento *a fortiori*, hasta el punto de hacer saltar por los aires las reglas registrales protectoras de la apariencia. Andrades, a mi juicio con buen criterio, huye de dichos extremos, y sin rehuir ningún problema, va planteándose y resolviendo las muchas cuestiones discutidas en relación con la materia. Así, admite en contra de ciertos hipotecaristas excesivamente celosos de la fuerza del Registro, que la buena fe del usucapiente no se ve obstaculizada por el mero hecho de que su transmitente no conste inscrito en el Registro, y que cabe por tanto una usucapión ordinaria *contra tabulas*: es verdad que un deber activo derivado de la buena fe puede imponer en ciertos casos la consulta de los libros registrales; pero no lo es menos que hay supuestos y causas bien atendibles que justifican y amparan la buena fe del que adquirió de quien no constaba inscrito, bien porque conocía o suponía una inexactitud registral, bien porque la apariencia creada por la posesión civil le parecía suficiente para legitimar su adquisición. En lo referente a la extensión del deber de diligencia del tercer adquirente que pretende hacer su adquisición en contra del que consumó la usucapión o está a punto de consumarla, evita igualmente las posturas extremas de un deber de diligencia y comprobación en todo caso de los hechos posesorios, así como las posturas más laxas que pretenden limitarla a los datos registrales. Con ello logra un justo equilibrio, atento a la práctica y al caso, entre la mera confianza tabular y una diligencia desconocedora del valor del Registro. Se enfrenta luego a la cuestión de si la oposición que debe mostrar el tercero protegido por el artículo 34 frente al favorecido por la usucapión ha de traducirse en el empleo de alguna acción judicial, y cuáles son adecuadas a estos efectos, concluyendo que una mera oposición que no se tradujese en actuación procesal alguna no sería bastante, y pronunciándose a favor de la acción reivindicatoria, la del artículo 41 de la Ley hipotecaria, y la acción de desahucio por precario como las apropiadas a tal efecto. Y del mismo va abordando otras muchas cuestiones debatidas sobre la norma, que analiza en su integridad, hasta plantearse el ámbito de actuación de la usucapión liberatoria *contra tabulas* en relación con los derechos reales limitados.

Hasta aquí el libro. Hay que agradecerle al autor la cuidada investigación que ha llevado a cabo sobre una materia de extrema dificultad. La sobria publicación no lo expresa, pero quizá convenga dejar constancia de que el libro fue resultado de la tesis doctoral de su autor, defendida en la Universidad de Bolonia, y de cuyo tribunal tuve el placer de formar parte. Hacía años que yo había conocido a Agustín Andrades, cuando daba sus primeros pasos en la investigación en la Universidad de Sevilla, de la mano de los que habrían de ser los directores de la tesis, los profesores Manuel Espejo y Juan Pablo Murga. El día de su defensa Agustín Andrades me recordó aquel encuentro inicial, y que yo le había asegurado que, de la mano de tan buenos maestros, no podía sino pronosticar el éxito de la investigación. Pienso, en efecto, que

no me equivoqué y aquí está el resultado. Ahora sólo quiero hacer constar que no conozco mejor receta para llevar a cabo una investigación inicial en Derecho civil que hacer trabajar a una persona joven y con las necesarias cualidades, de la mano de personas inteligentes y prudentes, sobre un objeto de entidad jurídica y necesitado de revisión. Es fórmula de éxito.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

GÓMEZ BLANES, Pablo: *El gestor fiduciario – Ensayo para la formación de un arquetipo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2023, 150 pp.

Sobre los medios de transformación de bienes en Derecho patrimonial se ha escrito mucho y desde diversos aspectos, pero no es frecuente un libro de Derecho con propuesta de una regulación específica, abierta y flexible. Nada menos que la propuesta de un arquetipo jurídico. El propio autor del libro que ahora comento me facilitó advertir el interés con su lectura guiada. Analiza varios tipos de gestión y modalidades de fiducia con la complejidad jurídica que en el patrimonio suscita el fenómeno fiduciario.

El estudio tiende a una mejor comprensión de la fiducia, que concita numerosos problemas y condensa diversos aspectos jurídicos. En época moderna, recoge reglas y fuentes históricas y las proyecta al tiempo presente. Nada tiene de extraño, puesto que el autor, Pablo Gómez Blanes, aunque tiene formación civilista de origen, es profesor de Derecho romano, y se mueve por ello con soltura en un plano diacrónico. Como marco conceptual invoca una figura vinculada a un fenómeno a la vez histórico y actual, designado, en términos generales, «fenómeno fiduciario».

Tal estudio realizado con fin formativo describe diversas formas y grados de gestión patrimonial, «en nombre e interés ajeno». Expone los caracteres del patrimonio gestionado con viejas palabras que con su evolución alcanzan el significado actual. Se trata de un análisis bien pensado, con esmerada técnica jurídica, y amplia perspectiva de derecho y economía que abarca diversos sectores de actividad personal y patrimonial. El autor acopia en la exposición los tipos más frecuentes en los cuales una persona gestiona bienes, con interés preciso en derechos o patrimonios, ajenos. En particular gestor que no fuera único ni exclusivo.

En un trabajo minucioso el autor dedica al estudio 145 páginas, incluidas una selecta bibliografía, con amplio índice fuentes de derecho y guía tópica. En conformidad con este esquema, el subtítulo matiza el contenido: *Ensayo para la formación de un arquetipo jurídico*.

En una breve Introducción detalla el contenido. Queda patente el lenguaje jurídico con los términos suficientes para la expresión del pensamiento. Advierte, por ejemplo, que el mismo título de fiduciario con ser unívoco admite varios significados. En efecto, puede encontrarse referido a todo tipo de «gestión representativa». Con ser el punto principal de referencia admite otras palabras clave. Con un mismo término se entienden varios tipos de fiducia como gestión entre personas, bienes y patrimonios ajenos.

Se detiene en el principal deber del fiduciario, la buena fe, la *fides* indica que tal comportamiento atrae hacia sí soluciones congruentes de gestión, aun

con figuras heterogéneas de representación. El calificativo de representativa confirma la afirmación de Álvaro d'Ors, que toda representación viene determinada por la estructura de un *aliud pro alio*.

El propósito de arrojar nuevas luces en problemas de actuación conduce a Pablo Gómez Blanes a explicar supuestos o elementos con origen histórico. Grados que se proyectan durante siglos en situaciones repetidas en la vida económico-social. La titularidad de gestor de negocios ajenos sí que reclama de suyo un deber especial de lealtad. Tal razón orienta la responsabilidad fiduciaria frente a los límites irreductiblemente antagonistas de abuso o exceso, en materia económica del patrimonio. Como ejemplo ilustrativo toma la versión inglesa que contempla la figura con singularidad, *fiduciary duty*.

En el texto rebosan intuiciones romanistas con sugerentes criterios de analogía entre instituciones históricas, que el autor combina con ideas intuitivas y empleo de técnica jurídica reciente. Ello facilita una argumentación distintiva para la comprensión elaborada con capacidad y esfuerzo. La estructura del libro se distribuye en cuatro capítulos. Cada uno de ellos concreta los aspectos precisos pero expresivos de la unidad y pluralidad de la figura. Del conjunto de la obra se desprende el planteamiento del arquetipo que el autor defiende. Se detiene el razonamiento de pluralidad con las consecuencias de eventual exceso allá donde el Derecho legal se presenta intolerable y el enriquecimiento sin causa ventaja marrullera.

Para llegar a la conclusión (página 117), Gómez Blanes presenta en cada capítulo el alcance y contenido de la «potencialidad», presente en la función de gestor, aunque enlazada a los diversos aspectos del fenómeno fiduciario. Esboza los límites de gestión que en algún caso puede resultar abusiva. A estos aspectos de expansión y dedica una referencia con valoración de conjunto. Elemento clave de la estructura del libro es que fiducia y gestión son la base y fundamento del arquetipo jurídico; abundantes son también muestras de interpretación sobre el poder discrecional, derechos y facultades del gestor fiduciario. En el cuadro de deberes, el deber genérico de lealtad se convierte en el específico del gestor fiduciario. Éste debe acomodarse en la actuación a los prototipos patrimoniales.

Entre la clasificación de deberes se comprenden además de los derivados de la buena fe que es común a todo negocio jurídico el deber específico de lealtad. Este sí que es común y específico a todo fiduciario, como derivado de su condición de gestor a quien se confían determinados bienes y derechos para su administración fiduciaria. Es el que asume todo aquel que gestiona bienes ajenos, (pp. 43). Precisamente cada capítulo contiene una breve referencia a la extensión y análisis del gestor fiduciario sobre aspectos de comportamiento conexos con las características comunes a la gestión: diligencia, lealtad, beneficio de otro, y la componente de responsabilidad patrimonial.

En el análisis de la responsabilidad, la patrimonial se detiene en la relación entre patrimonios. Prototipo es el patrimonio especial o separado de aplicación al fondo fiduciario. Los patrimonios especiales o autónomos son más complejos desde la perspectiva del gestor en la evaluación del perjuicio, patrimonios de afectación y de destino ante el contenido de actividades variables en el valor y unificados en la persona del gestor. La vertiente real, propiedad, posesión, y la personal, vinculada al titular, admiten funciones varias de función gestora, en la vertiente sucesoria, de garantía. Una aplicación recientemente regulada en la discapacidad es el juego del contenido del patrimonio y la elección de la persona representante *ad casum*.

El capítulo primero que titula «*Los fenómenos fiduciarios: La relación fides-fiducia*» destaca que ambos son conceptos básicos de claro sabor romanista. Expone el concepto amplio de *fiduciary*, que refleja cierto antecedente en la idea de *fides*, enlace entre la *bona fides* (fidelidad) y la correlativa palabra *fiducia* (fides, confianza). La referencia al Derecho inglés interesa de modo particular por la diferencia de sistemas. Allí figura el *arbitrium boni viri*, expresivo de libertad y considerado como piedra angular de responsabilidad, regla que facilita el enlace entre deberes fiduciarios y derechos de crédito, que delimitan la idea de justicia tal y como ha aparecido en primer término.

El capítulo segundo amplía la idea en «*El trustee inglés y su posible recepción*» (pp. 23-29). Este capítulo abarca un estudio comparativo destacado en teoría y práctica sobre métodos o sistemas variados ante un problema común. Es el caso de las funciones del *trust* en el Derecho inglés ante las propuestas de Derecho europeo (*Principles of European Trust Law* y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR, X), que son significativas del dinamismo económico, la circulación de personas y bienes. Los puntos de referencia, contrato y propiedad, siguen siendo instituciones actuales; el fiduciario adquiere una propiedad delimitada, temporal, provisional o transitoria (Rodríguez Rosado), por más que la *conditio* como *causa data* modula el alcance de la transmisión. Gómez Blanes no ve en una eventual recepción la necesidad de introducir la *causa fiduciae* en el proceso traslativo, a modo de causa adquisitiva de propiedad, ni la necesidad de transmitir la propiedad: Basta la autorización para ceder facultades dispositivas. El *trustee* no considera la cosa como propia, pero eso sí, siempre le son exigibles los deberes fiduciarios. La institución tiene mayor juego en el *common law* por el predominio jurisprudencial y en el sistema angloamericano, un sistema prefijado.

El tercer capítulo penetra en una cuestión de responsabilidad en torno al «*El Gestor Fiduciario: Claves de interpretación*» (31-55). Se concentra en las aplicaciones concretas en el marco de actuación del plano personal y real. Reúne la composición entre personas, cosas y acciones como relaciones entre dos patrimonios, uno personal y otro de gestión. Mientras que la función del representante difiere en cada clase, la fianza responderá en todo caso de la posible mala administración o exceso o abuso en la actividad.

Con relación a la persona se exige al gestor buscar el mejor interés en la administración de los bienes, actuar con diligencia según lo señalado por el disponente. Puntualiza la responsabilidad del supervisor o gestor profesional ¿será solo ante reglas fijas, funciones encomendadas, por la propia naturaleza, según los actos de administración o disposición? Supuestos de responsabilidad fiduciaria son los de cogestión, quizá pueda distinguirse la responsabilidad solidaria por hecho propio y la responsabilidad fiduciaria. En el nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad, la curatela (ley 8/2021) es nueva institución importante con régimen jurídico y ocasionales facultades de representación, con respeto a la voluntad, deseos y preferencias por la persona, que pueda ejercer con el riesgo de su ingenuidad o fragilidad.

El juego de las acciones útiles en Roma con la ficción (*si heres esset*) es sugerente en el estudio del fideicomiso; la integración del valor de los bienes del patrimonio hereditario y titularidad real de los bienes. La herencia de presunto incapaz, suscita en nuestros días numerosas cuestiones. Son materia interesante en los tipos de gestión, titularidad y de patrimonio hereditario, patrimonio activo, patrimonio de maniobra, patrimonio personal y separado, en el proceso de transmisión patrimonial, herencia en representación.

Finalmente, el cuarto capítulo, brillante, tercia con un repaso histórico que se centra en los límites de diversidad: «tipos de gestor fiduciario» (57-115) con las funciones de cada clase, la representación y responsabilidad. La correspondiente descripción detallada agrupa una gama de gestores y figuras fiduciarias a las que se adapta la fórmula ofrecida por Pablo Gómez del *arquetipo* como modelo o paradigma. Con las consecuencias y alcance de lo que en la realidad actual cobra sentido: a saber, la solución de nuevas figuras jurídicas heterogéneas entre los componentes fundamentales de Justicia. Tipos congruentes de figuras de gestión fiduciaria que se han generalizado en época reciente que admiten un ajuste de reglas y normas de convivencia social, cómo relacionar el fenómeno fiduciario con la función gestora, representativa, que sea útil sin excederse de su limitación administrativa; conservar los bienes y obtener los frutos. Ciertos tipos de gestor fiduciario, el fiduciario familiar, fideicomiso y el fiduciario negocial, la fiducia, comprenden aplicaciones novedosas (pp. 57-117)

En la Conclusión comprueba el autor la posible aplicación en diversos supuestos específicos del fenómeno fiduciario. En particular se refiere a los actos de gestión en que interviene un gestor fiduciario enlazado a un fenómeno representativo. No se trata de uniformar el derecho sino de mejorar su técnica.

En el elenco de casos preferidos para configurar el posible arquetipo hace una referencia concreta a los patrimonios especiales o autónomos fundamentales. Entre ellos incluye el gestor de instituciones de inversión colectiva. Quizá mediante ciertos reajustes por vía de mandato cabe en el marco del patrimonio separado. En tal caso el concepto de deber fiduciario delimita por sí gestiones abusivas por ausencia de lealtad, sin excederse de los límites. El fiduciario en donaciones (p. 70), donación fiduciaria implica el deber fiduciario de lealtad, a mi juicio como donación con destino sujeta al cumplimiento del fin considerada como patrimonio separado es discutible —«como si fuese propia»— pero su transcendencia *post mortem* acerca los deberes en vía objetiva de heredero o legatario, en la esfera del deudor *ex recepto*, al patrimonio hereditario. Me recuerda la inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución a título de herencia, que realizará Juan Vallet de Goytisolo en un artículo publicado en 1981 en la Revista de Derecho notarial.

En época de proposiciones innovadoras, de regulación apresurada, predominio de legalismo, gusta reflexionar sobre instituciones jurídicas con historia. No olvidar el pasado para la mejor comprensión que obliga a reflexionar con profundidad es un buen consejo. Se hallan soluciones que admiten valorar supuestos en que la tecnología no alcanza a obtener garantías suficientes, aquellas en las que el factor humano es enfoque en momento crítico. En el libro afirma el autor que un reconocimiento legal genérico y flexible del fenómeno fiduciario enriquecería indudablemente nuestro derecho: «mantendría el dinamismo y frescura de la figura y, asimismo, permitiría una regulación específica, más detallada de algunos tipos»: el negocio fiduciario, la fiducia «cum amico». No va descaminado el autor que toma en consideración lugares comunes de justicia capaces de llenar un vacío legislativo. Patrimonio, gestión, límites con principios jurídicos y cláusulas generales, permiten la aplicación ajustada a nuevas leyes sin complicaciones inútiles. El Derecho se presenta efectivamente como *obligatio iuris*, donde el deber en interés ajeno se prioriza como premisa básica. Entre otras figuras fiduciarias analiza las situaciones fiduciarias de hecho, el cesionario fiduciario, depósito de confianza, incluye el robot como agente. A mi modo de ver, la analogía en algu-

nos casos es discutible: ¿un robot como agente fiduciario?; ofrece mayor dificultad de encajar el fenómeno en la doctrina representativa, pero la discusión excede estas páginas.

En el anexo final con la jurisprudencia y exposición de los fundamentos jurídicos se encuentra la precisa referencia en las sentencias citadas, base del razonamiento jurídico sobre cuestiones controvertidas. Reflexionar y razonar acerca de cuestiones jurídicas buscando la *ratio iuris* de la cuestión es de suyo una aportación encomiable, tanto en el ámbito didáctico como de interpretación y aplicación del derecho. Se advierte cómo en el Derecho privado los temas Derecho y Patrimonio atraen a la deliberación jurídica los principios y reglas enraizados de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados a que se refirió Rafael Domingo, expresivos de un Derecho nuevo que garantice la libertad en la solución de casos complejos. María Néida Tur Faúndez, en su libro sobre *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, publicado en cuadernos de Aranzadi Civil, enfoca también la lealtad y buena fe a partir de la mayoría de las sentencias del TS, muestra de un Derecho vivo que supera el texto legal.

La bibliografía es abundante, en cantidad y calidad, la jurisprudencia citada enriquece el panorama en la vida práctica en cada uno de los presupuestos en que se basan las reglas y principios referidos en el texto, el anexo final es un resumen autorizado con el elenco de materias sobre las que versa este libro. Una obra que ofrece un panorama y unos materiales para reflexionar.

Jose Antonio DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Navarra

VIVES VELO DE ANTELO, M.^a Patricia: *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, Fundación Notariado, Madrid, 2024, 475 pp.

En los últimos años son muchas y, con frecuencia muy interesantes, las aportaciones de distinta procedencia sobre una de las eternas disputas presentes en Derecho civil español. Desde luego, lo es si el punto de partida para valorar la eternidad se sitúa en la Codificación, pues ya en el largo y convulso periodo que antecedió a la publicación del Código civil de 1889 el de la libertad de testar frente a la legítima fue uno de los temas discutidos con singular pasión por quienes, como tantas otras veces en nuestra historia, no parecían entender de matices y preferían optar o bien por una negación absoluta de la legítima en aras de la sacrosanta libertad, o por una afirmación sin límites de las bondades de una institución destinada a frenar la facultad de disponer del testador, quien habitualmente sería un ser caprichoso o injusto.

Tras recogerse en el Código civil un sistema legitimario fuerte y bastante rígido, que otorgaba un derecho muy potente a los parientes más cercanos del causante –hijos y descendientes por un lado; ascendientes por otro, y en mucha menor medida y sin otorgarle el título expreso de legitimario, cónyuge viudo–, a la par que limitaba extraordinariamente la libertad dispositiva de ese mismo causante, el debate nunca llegó a apagarse del todo, si bien es cierto que no fue hasta finales del siglo XX cuando volvió a adquirir un fragor entre los especialistas en Derecho de sucesiones y en Sociología jurídica en buena

medida parangonable al de la época codificadora. Me parece que no exagero si digo que ya entrado el siglo XXI ese fragor no ha hecho sino aumentar.

Citaré, a título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, entre lo más recientes, las monografías de Victorio Magariños Blanco, *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, y de Rafael Verdera Servet, *Contra la legítima*, ambas publicadas en 2022, cuyos títulos son suficientemente expresivos como para no necesitar mayores explicaciones sobre la opinión de ambos autores acerca de la legítima del Código civil español. Con una postura bastante más favorable al régimen codificado, en la que no se elude la defensa de su virtualidad para el futuro, llamo la atención sobre la pequeña, a la vez que densa, obra de Manuel Espejo Lerdo de Tejada, cuyo título es también muy significativo: *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*. Pues bien, el libro del que aquí me hago eco y sobre el que pretendo hacer algunas reflexiones en las páginas que siguen se sitúa en ese mismo contexto; lo hace, otra vez más, con un título suficientemente explícito: *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, si bien con algunas diferencias respecto de las de tres obras antes citadas. La primera que destaco es que las precedentes están firmadas por especialistas en Derecho de sucesiones de larga carrera, mientras que la autora de esta es una joven civilista, no exenta de valentía, que decidió en su día que la legítima en el Código civil sería el tema de su Memoria doctoral. En un momento en que no son frecuentes los trabajos de investigación profundos, y mucho menos lo son aquellos que se encaran con temas civiles clásicos como el presente, creo que M.^a Patricia Vives Velo de Antelo merece ya, por ello, una primera felicitación.

Es bastante probable que la Orden del Ministerio de Justicia de 4 de febrero de 2019 por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y de libertad de testar, que los cuatro libros mencionados conocen, haya contribuido a revitalizar un asunto que en realidad nunca ha dejado de estar en discusión. De hecho, la propia Orden se hace eco de lo mucho que se ha escrito sobre el tema y de las dos posiciones contrapuestas: «la de mantenimiento del actual sistema legitimario del Código civil en sus líneas básicas, añadiendo los retoques que el paso del tiempo haya hecho convenientes o imprescindibles, por un lado, y la de la absoluta libertad de testar, por otro». Dice también la Orden que «razones para optar por aquel o por este no faltan en ninguno de los dos sectores doctrinales», por lo que «la Sección Primera de la Comisión General de Codificación deberá profundizar lo que sea necesario en los pros y contras de las opciones expuestas y de todas cuantas puedan parecer merecedoras de estudio por los expertos»; todo ello se pide con el objetivo de incorporar «sendas Propuestas que, con el debido rigor técnico, sirvan de la mejor manera posible a la sociedad, de modo que, se opte por una u otra, esté disponible un texto articulado a partir del cual iniciar la futura reforma». Como miembro de esta Comisión, y precisamente en un momento en que sus componentes estamos tratando de dar cumplimiento al mandato contenido en esta Orden de 2019, no puede extrañar que el libro de la Dra. Vives me haya suscitado un marcado interés y que haya disfrutado mucho con su lectura.

La autora tiene la honestidad intelectual de manifestar, ya en la introducción de su obra, que su postura sobre la conveniencia de mantener o no la institución de la legítima no es la misma que tenía cuando acometió el empeño. Literalmente manifiesta que «en contra de lo que suponíamos al comienzo de esta investigación, a raíz de lo estudiado no podemos afirmar que la

institución de la legítima haya perdido todo su fundamento ni razón de ser hoy en día», lo que no le impide considerar imprescindible una reforma profunda del sistema legitimario, en la línea de incrementar la libertad de disposición, para lo que será preciso configurar una legítima más laxa y flexible de la que actualmente se recoge en el Código civil español. Anticipo mi conformidad con este pensamiento general, sobre el que incluiré comentarios que, según mi consideración, merecen algunas partes de su trabajo y, singularmente, los susceptibles de ser introducidos en la propuesta de *lege ferenda* que la Dra. Vives incluye como último capítulo del libro.

Para llegar a ese capítulo propositivo, en el sentido retórico de la palabra, la autora desarrolla un discurso en el que su eje fundamental es el de encontrar «un fundamento jurídico sólido» que permita ganar con argumentos definitivos el debate sobre el mantenimiento o no de la institución. Con ese objetivo en mente, desarrolla las razones históricas que han servido para justificar la legítima, remontándose a los orígenes romanos, desgranando los avatares seguidos en los diferentes cuerpos normativos que fueron construyendo el Derecho castellano bajo la doble influencia romana y germánica, hasta llegar a la época codificadora, con las consiguientes reglas legales plasmadas en el Código civil. Deja también constancia la Dra. Vives, en un capítulo separado, de las respectivas leyes civiles de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, donde ya se da cuenta de una regulación actual de la legítima que trata de responder, en cada caso, a sus propias tradiciones.

Como en otros trabajos similares, también en este se hace un recorrido por el Derecho comparado más cercano y más significativo para el debate que nos empeña. Así, se detiene, por un lado, en la angloesfera, tradicionalmente considerada paladín de la libertad de testar. En este marco la Dra. Vives nos da cumplida cuenta de los principales rasgos de dos ordenamientos especialmente significativos: el inglés (entiendo que se alude a Inglaterra y Gales) y el norteamericano, mostrando que en ambos la absoluta libertad de testar está seriamente restringida a través de figuras de naturaleza asistencial que incluso pueden llegar a sustituir la voluntad del testador por la decisión de la autoridad judicial. Respecto de los Estados Unidos, cuyo régimen hereditario es fundamentalmente estatal, hubiera enriquecido el panorama la inclusión de una exposición sucinta del Código civil de Luisiana, al tratarse del único estado norteamericano que, a pesar de las fuertes presiones sufridas en las últimas décadas para que abandonase su tradición legitimaria de inspiración hispano-francesa, ha mantenido la legítima. Es cierto, no obstante, que ha abandonado su histórica protección constitucional *tout court* y desde finales del siglo pasado la regula como una legítima asistencial, reconocida solo para los hijos menores o iguales de veintitrés años y para los de cualquier edad que por razones físicas o mentales fueran incapaces de modo permanente de cuidar de sí mismos o de su patrimonio.

Como envés de este sistema de raigambre anglosajona, mal llamado de libertad de testar, la autora realiza una exposición de algunos de los ordenamientos continentales más significativos en la defensa de una figura de atribución legal imperativa de derechos sucesorios en favor de los más próximos parientes. En concreto, se refiere primero al italiano, con su legítima como forma de sucesión necesaria. Traigo aquí a colación la opinión al respecto del Profesor Vincenzo Barba, que le fue solicitada para la preparación de los trabajos de la Comisión General de Codificación a los que ya he tenido ocasión de aludir y para quien «El sistema de protección de los legitimarios en Italia no sólo constituye una fuerte limitación a la autonomía negocial *post*

mortem, no sólo constituye un límite a la aplicación misma de las normas sobre la sucesión intestada, sino que, lo que es aún más significativo, supone una grave limitación a la circulación jurídica», conclusión que le hace abogar, en la línea de otros especialistas de su país, por una fuerte modificación del Código civil italiano en esta materia.

Se exponen a continuación en el libro las características principales del régimen francés de la reserva, cuyas reformas más o menos recientes interesan especialmente a la autora, de cara a una eventual modificación de nuestro Código civil. En este punto se detiene en algunas de las modificaciones operadas en la institución por la Ley de 23 de junio de 2006. Conviene advertir, como añadido, que existe un extenso *Rapport du Groupe de Travail sobre La réserve héréditaire* remitido al Ministerio de Justicia en diciembre de 2019, que no se recoge en el libro que estoy comentando, y que me parece de singular interés en la medida en que él se vuelve a abordar una posible reforma en profundidad de la reserva y se someten a cuestión algunos de los cambios operados en 2006; entre ellos el de la sustitución de la reserva de los ascendientes por un derecho de alimentos, que según el mencionado *Rapport*, no ha resultado bien. El texto que menciono parece también partidario de excluir al cónyuge viudo del grupo de los reservatarios (en la actualidad lo es, pero solo en defecto de descendientes), sin perjuicio de reconocerle derechos legales o voluntarios por otras vías de naturaleza más familiar que sucesoria, al considerarlos más adaptados al fin de permitir que el sobreviviente mantenga sus condiciones concretas de vida y conservar su nivel. Es oportuno asimismo señalar que el citado *Rapport* se muestra totalmente contrario a introducir causas de pérdida de la reserva basadas en la voluntad del testador y expresamente descarta la derivada del abandono o la pérdida de la relación entre el causante y el reservatario. Además, los autores del *Rapport* también consideran que una de las estrellas de la reforma de 2006, la renuncia anticipada a la acción de reducción, no está siendo muy utilizada en la práctica, por lo que plantean la necesidad de modificar la figura para convertirla en un verdadero pacto de familia. Creo que son consideraciones a sumar a las ya recogidas en el libro comentado.

Todavía en el marco de los sistemas continentales, resulta llamativo que la Dra. Vives no haga alusión alguna a la *Pflichtteil* alemana, sobre la que existen decisiones recientes de los más altos tribunales del país, las cuales hubieran aportado algunos argumentos aprovechables también para nuestro empeño. Muy conocida entre nosotros es la Sentencia del *BVerfG* de 19 de abril de 2005, que reconoce la protección constitucional de la legítima en aquel país. Con menos eco en el nuestro, pero igualmente importante, es la más reciente sentencia del *BGH* de 29 de junio de 2022, que, confirmando una decisión previa del *OLG* de Colonia de 22 de abril de 2021, considera que la aplicación del Derecho hereditario inglés, elegido lícitamente por el causante, viola el orden público alemán si significa la privación a los hijos del testador de su legítima, con independencia de su necesidad y de si existe con ellos suficiente relación. Con seguridad también hubiera aportado ideas de interés el estudio de las recientes reformas de los Códigos civiles de Bélgica, en 2017 y Suiza, en 2023, donde se han dado nuevas respuestas a muchas de las cuestiones que planean en torno a la posible reforma de nuestra legítima.

En la parte en la que la autora de la obra reflexiona sobre la situación en la que se halla la legítima del Código civil español en el momento presente, se combinan con gran acierto, de un lado, el análisis de las circunstancias que parecen haber conducido a un paulatino proceso de debilitación de la institu-

ción legitimaria tal y como se recogió en 1889, y de otro, un estudio de naturaleza empírica que pretende calibrar su arraigo en la sociedad en la que se inserta.

La introducción de esta última perspectiva ha sido demandada con frecuencia por quienes entienden que cualquier reforma de la legítima debe de ir precedida de un análisis sociológico riguroso sobre lo que piensan las personas sobre el mejor destino que han de tener tras su muerte los bienes que en vida les pertenecen. Existen ya diferentes trabajos de esta índole (algunos muy recientes como el financiado por la Fundación BBVA en 2021, a cargo del Catedrático de Sociología de la Universidad de Málaga, Luis Ayuso), a los que se añade ahora el contenido en este libro.

En este caso estamos ante una encuesta de opinión que la autora dirigió en 2021 al notariado español —operadores jurídicos especialmente cualificados, en sus propias palabras— y que también según esas mismas palabras se erige en instrumento fundamental para comprobar qué clase de reglas podrían atender mejor a las necesidades de la práctica. Aunque la encuesta no pretende tener valor estadístico, el cuidado con el que se ha hecho, la extensión de los encuestados y las respuestas obtenidas, de la que derivan los resultados expuestos de modo ordenado, constituyen, sin duda, un valioso instrumento de trabajo para ayudar en la reflexión que ocupa a la Dra. Vives.

Los resultados de la encuesta que, por esperados, escasamente sorprenderán al lector, reflejan las siguientes opiniones: el sistema legitimario del Código civil vigente no se adapta a la realidad social actual; más en concreto, se estima que la legítima de los 2/3 a favor de los descendientes es excesiva y debería reducirse su cuantía; para la mayoría de los encuestados la flexibilidad que representa la mejora no es suficiente para entender que no hace falta reducir la legítima de los descendientes; la opinión notarial está muy dividida en relación a la conveniencia de establecer una legítima variable en función del número de hijos, como también lo está respecto a si, de mantenerse la legítima de los descendientes, deberían o no tenerse en cuenta los gastos invertidos por los progenitores en la formación a los efectos de disminuir la cuantía de la legítima; la mayoría de los encuestados son partidarios de consagrar una futura legítima como un derecho de crédito contra la herencia; también son mayoritariamente partidarios de fortalecer la posición del cónyuge viudo, aunque no existen opiniones comunes sobre cómo hacerlo concretamente, más allá de buscar una garantía para que continúe en el uso de la vivienda familiar; parecen, asimismo, partidarios de suprimir o al menos reducir la legítima de los ascendientes; finalmente, de las respuestas obtenidas se deduce que una buena parte de los notarios se inclinan, bien por la eliminación de la legítima, bien por la introducción de una legítima de carácter meramente asistencial, a favor de determinados parientes especialmente vulnerables.

La parte final de la encuesta muestra la práctica notarial en puntos tales como que frecuentemente el testador reparte su herencia entre sus hijos, a salvo la cuota que le deja a su cónyuge; que la inmensa mayoría de los testadores no nombra heredero a un extraño, dejando a sus hijos o a su cónyuge únicamente lo que por legítima le corresponde; que no es infrecuente que el testador quiera desheredar a uno o varios hijos por abandono emocional o falta de trato y encuentre dificultades para hacerlo con la legislación vigente; y que tampoco es nada infrecuente que los cónyuges acudan juntos a la notaría para testar de la misma forma, aunque en instrumentos separados, dada la imposibilidad de hacerlo de forma mancomunada.

Sin duda, las respuestas obtenidas en esta trabajada encuesta son casi siempre las esperadas por quienes se han cuestionado la necesidad o no de modificar el régimen jurídico de las legítimas en el Código civil vigente; con todo, a la Dra. Vives le corresponde el mérito de sacar fuera de las notarías esta rica experiencia, haciéndolo además de modo ordenado y claro, y cubriendo, al menos en parte, las lagunas en torno a los datos sociológicos que demandan los juristas.

Con los avíos previos, en el capítulo VII del libro se vuelve a reflexionar sobre el fundamento de la legítima, tratando de verlo exclusivamente desde la perspectiva de hoy en día. Desde el punto de vista formal, la autora pone de manifiesto que nuestra Constitución, a diferencia de la alemana en la interpretación del *BVerfG* a la que más arriba he tenido ocasión de aludir, no contiene una garantía institucional de la legítima. Desde luego, como la mayor parte de los que se han pronunciado al respecto, concuerdo con esta postura, a la que añadiré que tampoco cabe considerar que la legítima sea en nuestro Derecho una institución de orden público, ni interno, ni internacional, a diferencia de lo que han considerado, por ejemplo, los tribunales franceses y alemanes respecto a sus respectivas cuotas forzosas.

Respecto al fundamento sustancial hace bien la autora en diferenciar su búsqueda en función del grupo de legitimarios, en la medida en que estos ni han sido nunca, ni pueden serlo actualmente, homogéneos. Precisamente por ello cabe cuestionar también que el fundamento tenga que ser uno solo y el mismo para descendientes que para ascendientes o para el cónyuge viudo.

En relación con la legítima de los descendientes, la Dra. Vives descarta que ese fundamento se halle ni en la igualdad aritmética entre los hijos, ni en un hipotético vehículo para la conservación del patrimonio familiar (más bien, reconoce, todo lo contrario). Tampoco entiende que exista en todos los casos un deber moral frente a los hijos que el Estado deba reconocer con independencia de su comportamiento. Se centra así en la fórmula más utilizada en la doctrina moderna para justificar la pervivencia de la legítima, que no es otra que la apelación a un principio de solidaridad familiar cuyo exacto significado, como muy bien pone de manifiesto la autora, no es, ni mucho menos, unívoco. En su opinión, la solidaridad familiar supone un sólido fundamento de la institución de la legítima si aquella se entiende como una relación de ayuda mutua entre los miembros de la familia, afirmación que parece sustentar con carácter general. Aplicada a los descendientes, ello conlleva la garantía de un mínimo de cuota patrimonial de la herencia que deberán recibir de su ascendiente, garantía que funciona sobre todo cuando ese mínimo se quiere quebrar, señaladamente en el caso de familias desestructuradas; no obstante, tal garantía exigirá que el descendiente en cuestión haya cumplido con sus deberes y obligaciones familiares respecto de su causante, subrayando el factor de reciprocidad que subyace en la así entendida solidaridad familiar. A partir de lo expuesto, justifica también la autora su rechazo a un (mal llamado) sistema de libertad de testar, en el que se elimine la legítima para sustituirla por unas provisiones de índole alimenticia que, por un lado, cambian la atribución legal por la discrecionalidad judicial, y por otro, pueden conducir en la práctica a resultados de menor libertad dispositiva.

Se defiende en el libro que el principio de solidaridad familiar, tal y como se ha descrito, justifica, a pesar de la tendencia contraria manifestada en el Derecho comparado y en la propia encuesta realizada por la autora, el mantenimiento de una legítima en favor, sino de todos los ascendientes, sí al menos de los padres (padre y madre), que en su opinión contribuiría a paliar la situa-

ción de necesidad que suele generar la vejez, aunque no termina de considerar que se haya de tratar como una legítima asistencial.

Se cuestiona, en fin, el fundamento de la institución en el caso del cónyuge viudo, y tras contrastar las opiniones dispares de los autores, estima la Dra. Vives que la concesión por ley de derechos sucesorios al cónyuge superviviente está ligada a unas consideraciones mínimas de justicia y equidad, para garantizarle la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual, así como una cierta prolongación del deber de ayuda y socorro mutuo entre los cónyuges, tomando en consideración además su participación en la creación o incremento del patrimonio familiar. Aunque de nuevo concuerdo con gran parte de las afirmaciones vertidas por la autora, incluso compartiendo la tesis de la existencia de un principio de solidaridad, en este caso conyugal, que se podría extender, con muchos matices, *post mortem*, no deja de ser cuestionable que la atribución de una cuota legitimaria abstracta (en propiedad, preferiblemente en mi opinión) sea la mejor manera de asegurar que la viuda (así ha sido históricamente y así lo sigue siendo en la actualidad en la mayor parte de los casos) mantiene tras la muerte de su consorte sus condiciones de vida anteriores, en particular en lo que afecta a su vivienda, cuestión sobre la que volveremos en pocas líneas.

Me hubiese gustado que las reflexiones de la Dra. Vives, tan bien construidas, la hubiesen llevado a calibrar la conveniencia o no de extender las atribuciones legales previstas para el cónyuge viudo a la pareja de hecho sobreviviente, al menos cuando esta pareja está formalizada de alguna manera. Sabido es que este es un tema controvertido en nuestro ordenamiento, con respuestas diferentes según el sistema autonómico de referencia. Se trata de un asunto en el que se ha de contar con una sentencia del Tribunal Constitucional muy controvertida, cuya tesis pronto tendrá que ser objeto de refrendo o de revocación por el mismo tribunal, al estar pendiente una cuestión de inconstitucionalidad donde se pregunta por la conformidad con la ley fundamental de la norma catalana que atribuye derechos sucesorios legales a la pareja sobreviviente. Precisamente por esa controversia y porque la tipología familiar a la que tan íntimamente está ligada a la legítima ha cambiado radicalmente en las últimas décadas, hubiera sido interesante que la autora, que tanto y tan bien ha ahondado en el fundamento de la legítima, se hubiera pronunciado al respecto.

Quizás el último capítulo de la obra, en el que la intrépida autora se atreve a incluir una propuesta de *lege ferenda* sobre la legítima, sea el más atractivo para el lector que se acerca al libro buscando algo distinto de los precedentes. Si me lo permite quien haya tenido la paciencia de llegar hasta aquí, dedicaré los párrafos que me quedan a analizar alguna de esas propuestas. Aunque los deberes de confidencialidad debidos a la Comisión General de Codificación me impiden ser más explícita, sí debo señalar la similitud o proximidad de algunas de las propuestas de la Dra. Vives con algunas de las debatidas en el seno de la Sección Primera.

En el libro se apuesta por una disminución en de la cuota de legítima de los descendientes, que pasaría de los $\frac{2}{3}$ actuales a ser de $\frac{1}{4}$ en presencia de un hijo y de $\frac{1}{3}$ en presencia de dos o más, con desaparición de la mejora. Concuerdo del todo con la autora: creo que esa cuantía variable es más sensata que bajar en todo caso la cuota a $\frac{1}{4}$, como sucede en la actualidad en Galicia y en Cataluña, pues en presencia de varios hijos lo recibido por cada uno de ellos al repartir igualmente ese cuarto sería, en la mayor parte de

las herencias, prácticamente irrelevante, con lo perdería sentido el mantenimiento la institución.

La autora considera un pilar esencial de su propuesta la ampliación de las causas de desheredación, mostrándose muy partidaria de introducir entre ellas tanto el maltrato psicológico como la ausencia de trato familiar; incluso propone un concreto texto para ambas situaciones, donde se trata de evitar lo que llama «conceptos genéricos». Al respecto diré que, en mi opinión, la pérdida de la entidad - sobre la que volveré- y de la extensión de la legítima, tal y como se propone y con la que estoy conforme, hace perder también importancia objetiva al tema de la desheredación, puesto que lo que está en juego ya será, en cualquier caso, menos de lo que está hoy con el régimen vigente. Añadiré también que, a diferencia de la autora, no soy partidaria de introducir causas de desheredación demasiado concretas en su tipificación, por varias razones de las que solo mencionaré aquí dos: la primera, que los comportamientos familiares y sociales son aceleradamente cambiantes y pretender tipificarlos como sancionables puede dejar la norma obsoleta en muy poco tiempo; la segunda, que introducir términos como sufrimiento o impugnación respecto a la ausencia de trato, con seguridad rayana en la certeza, será garantía de controversia y de judicialización de la sucesión. En lo que estoy de acuerdo es en la conveniencia de cambiar la regla tradicional, poniendo la carga de la prueba de la desheredación en manos de quien la recibe, al menos cuando los sucesores la nieguen y advirtiendo de la importancia de un buen asesoramiento notarial al desheredante para que deje en el testamento perfecta constancia de los hechos en los que se funda su decisión.

También me parece acertada la propuesta de cambiar la legítima *pars bonorum*, que es la general en el sistema actual del Código, por una *pars valoris* que permita, como derecho de crédito que es, obviar los problemas derivados de la intervención necesaria del legitimario en la partición y favorecer su satisfacción a través del pago del citado crédito de la forma más conveniente para el heredero. En este punto, relativo a la cuantía y pago de la legítima la autora es partidaria de seguir el modelo alemán-catalán de computar solo las de los últimos años, en los que es más probable el propósito defraudatorio, decisión además pragmática puesto que cuanto más alejadas en el tiempo estén, más difícil será probar las liberalidades. En este punto, llamo la atención sobre un tema que apenas aparece en la obra y que resulta del máximo interés en el momento actual, cual es el de considerar el trato que ha de darse a los instrumentos de previsión y ahorro de naturaleza contractual en los que el beneficiario es un tercero distinto del causante, tal vez un legitimario, a los efectos de computación, imputación y pago de la legítima. La cuestión no es ni mucho menos baladí, su conflictividad creciente y la respuesta en el ámbito comparado muy diversa.

Apuesta la autora por conservar la legítima de los ascendientes, pero solo para los progenitores, fijada en un cuarto del valor la herencia y siempre a falta de descendientes. Aparte de considerar que también pueden ser desheredados por maltrato o ausencia de relación, deja pendientes cuestiones de interés tales como el acrecimiento o no entre ambos progenitores en caso de premuerte, renuncia o desheredación de uno de ellos, y si resulta o no necesario hacer referencia a la situación de necesidad para acreditarla.

En lo que atañe al viudo o viuda –cuya posición en la herencia de su cónyuge ha estado históricamente unida a la situación de las mujeres, y en buena medida lo sigue estando, sobre todo en el caso de las viudas mayores, como vuelvo a recordar– las propuestas de la autora tratan de garantizar, por enci-

ma de todas las cosas, que continúe en el disfrute de la vivienda familiar tras la muerte del causante. El instrumento que elige a este fin es el de conceder al supérstite un derecho legal de usufructo sobre la vivienda habitual de la familia, adicional a otras atribuciones que haya podido recibir, se entiende que voluntarias, por parte del causante. La propuesta no termina de ser convincente, porque como ella misma reconoce, las situaciones pueden ser muy distintas en unos casos que en otros. La vivienda puede ser propiedad del causante, común de ambos o incluso ser propiedad exclusiva de la persona sobreviviente, en cuya hipótesis la cuota se queda en nada; lo mismo si la vivienda es propiedad de un tercero y se disfrutaba en arrendamiento, por ejemplo. Si la herencia es lo suficientemente cuantiosa, tal vez la cuota en usufructo de la vivienda sea insuficiente para acreditar una hipotética solidaridad conyugal *post mortem*; y si, como ocurrirá en la mayor parte de los casos, la vivienda es el principal activo de la herencia y la persona viuda concurre con descendientes, quedará afectada la legítima de estos, situación especialmente complicada cuando, por añadidura, no lo son del viudo o viuda. Para evitar esta situación la idea pergeñada por la Dra. Vives es que la cuantía máxima de ese usufructo sea un tercio del haber hereditario, con la opción en caso de exceso de esa cuota, de que el sobreviviente abonase dicho exceso a los herederos o legitimarios. La propia autora, consciente de la disparidad de situaciones que pueden producirse, incluye más excepciones a la regla que presenta, como la posibilidad de que el causante excluya el mencionado usufructo en el caso de matrimonios de corta duración.

Recapitulando sobre la situación del viudo o viuda, si la legítima se considera la vía adecuada para procurar que continúe utilizando, si lo desea, la vivienda familiar que compartía con el causante, me parece más seguro establecer una cuota legitimaria fija, en propiedad o en usufructo, y permitir que sea el sobreviviente el que decida si quiere que su derecho se satisfaga con el uso de la vivienda; siempre con la posibilidad de pagar en metálico a los herederos la diferencia de el valor de este uso supera el de la legítima viudal o de exigir la diferencia en caso contrario. Claro que también cabe cuestionarse si la mejor manera de proteger la situación de la viuda prototípica es la de otorgarle una cuota abstracta en la herencia del difunto. Al menos nos deberíamos preguntar si sería preferible, en la línea de algunas experiencias comparadas, reconocerle derechos de naturaleza estrictamente familiar, en particular sobre la vivienda, derechos que deberían estar ligados al régimen económico del matrimonio y en los que tuviera un peso fundamental la voluntad de ambos cónyuges, pues conviene recordar que en vida pueden romper el vínculo matrimonial en cualquier momento y por su sola voluntad y sin alegar causa alguna, con lo que resulta coherente que también juegue un papel fundamental la voluntad *post mortem*.

Para ir terminando, comparto la preocupación de la Dra. Vives porque quede garantizada la libre voluntad del causante cuando redacta su testamento, aunque el contraste con la experiencia de la mayor parte de los países de nuestro entorno pone de manifiesto que la práctica habitual española de hacer testamento notarial garantiza, más que ninguna otra, esa libertad. No en vano, el notario es una persona independiente y especialmente formada para detectar las eventuales captaciones de voluntad y para dar el mejor cauce a los deseos del testador.

Concluyo, en fin, estas líneas con un breve colofón sobre la obra que he tenido la satisfacción de leer y de recensionar: la autora que la firma merece reconocimiento y felicitación por su valentía, por su rigor y por sus aporta-

ciones que, sin lugar a dudas, ayudarán en un debate que sigue abierto. Se trata de buscar las normas jurídicas más adecuadas para conjugar los importantes y crecientes cambios en las familias con los valores y principios básicos de nuestra sociedad igualmente cambiante, pero en el que las instituciones jurídicas tradicionales, como la legítima, también han jugado y pueden seguir jugando un papel de cohesión y de continuidad.

M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

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 (acreditado a Profesor Titular), Universidad Pablo de Olavide de Sevilla], Davinia CADENAS OSUNA [Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesora titular), Universidad Pablo de Olavide de Sevilla]

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Animales. 4. Obligaciones y contratos. 5. Responsabilidad civil. 6. Posesión. 7. Derechos reales. 8. Propiedad horizontal. 9. Propiedad intelectual. 10. Patentes y marcas. 11. Derecho inmobiliario registral. 12. Derecho de familia. Matrimonio, régimen económico-matrimonial y crisis matrimoniales. Parejas de hecho. 13. Patria potestad y filiación. 14. 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. *Varia*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

BERNARD MAINAR, Rafael: «Derecho romano y Derecho civil aragonés», en *RGLJ*, núm. 3, 2023, pp. 441-466.

ROGEL VIDE, Carlos: «Los principios y reglas de derecho y su relatividad», en *RDP*, núm. 1, 2024, pp. 45-59.

SANTANA VEGA, Dulce María: «Cuasi prescripción: la pseudo atenuante analógica. Comentario a la STS 849/2023, de 20 de noviembre», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 651-662.

TORIBIOS FUENTES, Fernando: «Interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial. Diferencia de efectos dependiendo de que se reclame contra el asegurado o exclusivamente contra la compañía aseguradora: comentario a la STS 1219/2023, de 11 de septiembre», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 309-332.

DERECHO DE LA PERSONA

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La anticresis como instrumento jurídico-privado de financiación para la asistencia de personas declaradas dependientes», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2563-2600.
- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar: «Comentario a la STS de 20 diciembre de 2022 (RJ 2022, 5668). Ficheros de morosos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: una interpretación conservadora», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 355-372.
- ARISMENDY MENGUAL, Lorena: «Desafíos jurídicos del metaverso: protección de datos, propiedad intelectual y responsabilidad civil», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 61-102.
- CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: «Comentario a la STS de 21 de noviembre de 2022 (RJ 2022, 5645). Cambio de apellidos en “circunstancias excepcionales”», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 185-196.
- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «Incapacidad y discapacidad en el derecho internacional privado tras la Ley 8/2021», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 395-416.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena: «El notario, autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 47-83.
- CONESA CABALLERO, Óscar: «El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 136-171.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Algunas cuestiones sobre la filiación, la identidad nacional y el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” del art. 8 CEDH en la jurisprudencia del TEDH», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2855-2873.
- «Breves apuntes sobre el derecho a la imagen en la era digital», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3399-3415.
- «Insuficiencia de la guarda de hecho y surgimiento de la curatela: compatibilidad o complementariedad», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 319-335.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2022 (RJ202, 981). Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en relación las necesidades educativas de una persona con discapacidad», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 165-184.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «El cambio de la mención registral de sexo de los menores en la Ley Trans de 2023», en *RDP*, núm. 1, 2024, pp. 3-43.
- DIÉGUEZ MORÁN, Macarena: «El poder preventivo como medida de apoyo voluntaria para proteger los derechos morales de autor», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 225-260.

- DÍEZ ESTELLA, Fernando: «¿Se puede cometer un abuso de domino ex artículo 102 TFUE en relación con los datos personales y por infracción del RGPD?: La STJUE de 4 de julio de 2023 (As. C-252/21) Meta Platforms Inc.», en *RDCD*, núm. 33, 2023.
- GARCÍA MARCOS, Julián: «Hacia una exclusiva reserva jurisdiccional en la protección del derecho a la intimidad», en *AC*, núm. 4, 2024.
- GARCÍA VELASCO, Leticia: «Análisis de procedimiento de jurisdicción voluntaria de la donación de órganos de donante vivo», en *RDP*, núm. 1, 2024, pp. 91-114.
- GIL ANTÓN, Ana María: «El derecho a la protección de datos en los Sistemas de Información según la Ley 2/2023 (Ley del informante)», en *RDNT*, núm. 4, 2024.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «El ineficiente y discriminatorio régimen transitorio previsto en la Ley 8/2021, de 2 de junio: comentario a la resolución DGSJPF 20146/2023, de 26 de julio», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 297-308.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «La impugnación de los actos y acuerdos del patronato de las fundaciones», en *RDM*, núm. 331, 2024.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, José Carlos: «El derecho al olvido oncológico. Aproximación a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro introducida por el Real Decreto Ley 5/2023 de 28 de junio», en *PDD*, núm. 157, 2023.
- «La tutela judicial civil de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: criterios consolidados y retos presentes y futuros. Parte I», en *AC*, núm. 2, 2024.
- «La tutela judicial civil de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: criterios consolidados y retos presentes y futuros. Parte II», en *AC*, núm. 3, 2024.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Responsabilidad civil por daños derivados de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito de los servicios sociales desde un enfoque nacional y europeo», en *RDP*, núm. 2, 2024, pp. 79-114.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Reflexiones sobre la reforma de la discapacidad», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 237-349.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Las garantías en la protección de datos personales en las ciudades inteligentes “smart cities” e implantación de decisiones automatizadas con uso de la inteligencia artificial», en *RDP*, núm. 1, 2024, pp. 61-89.
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa: «La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ante el resurgir de la curatela romana en aras a fomentar que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad sean proporcionadas y respeten su máxima autonomía», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2339-2356.
- NICASIO JARAMILLO, Isabel María y PIZARRO MORENO, Eugenio: «Protección del interés superior de menor en materia de vivienda: cuestiones jurisprudenciales», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3417-3467.

- NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: «Una propuesta de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia en la legislación autonómica de Galicia», en *RDP*, núm. 6, 2023, pp. 81-128.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «Las nuevas tecnologías y la protección de datos de carácter personal desde el Derecho Internacional Privado: redes sociales de internet y cloud computing», en *AC*, núm. 12, 2023.
- ORTEGA PUENTE, Glòria: «La identidad de la persona en la era digital ¿Es la identidad digital una proyección de la identidad de la persona?», en *AC*, núm. 1, 2024.
- PÉREZ DÍAZ, Raquel: «La vulneración del derecho al honor por la inclusión indebida en los ficheros de morosos y en la Central de Información de riesgos del Banco de España (CIRBE)», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 61-104.
- RECUERO LINARES, Mikel: «El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 525-551.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía I.: «¿Se puede perder la nacionalidad española de origen (hijos de colombianos nacidos en España) por adquirir la nacionalidad colombiana de origen?: comentario a la STS 280/2023 de 21 de febrero», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 11-24.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Las “personas con discapacidad” y la permanente tentación eugenésica», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. I-III.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La tutela de las personas menores después de la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 41-113.
- «La asistencia: la medida formal de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica del Derecho catalán», en *AC*, núm. 4, 2024.
- TRINCADO AZNAR, José María: «El concebido no nacido», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2641-2678.
- TRUJILLO CABRERA, Carlos: «El derecho a la propia imagen (y a la voz) frente a la inteligencia artificial», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 74-113.
- VASCO GÓMEZ, Antonio: «La cesión de datos personales en los procesos de apoyo y control judicial del arbitraje», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 265-294.
- VÁZQUEZ ASENJO, Óscar: «El régimen jurídico de los derechos y situaciones etológicas», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2081-2116.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz: «Una nueva aportación del Tribunal de Luxemburgo en materia de adquisición y pérdida de nacionalidad a la luz del derecho de la Unión Europea: el asunto C-689/21, “Udlændinge- og Integrationsministeriet”», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 211-231.
- VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu: «La desamparada muerte prenatal en el Registro Civil español», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 241-264.

- VICENTE DOMINGO, Elena y RODRÍGUEZ CACHÓN, Teresa: «Derecho de la persona, neurodatos y neuroderechos», en *RGLJ*, núm. 3, 2023, pp. 495-526.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío: «El menor como sujeto de protección en el Derecho», en *AC*, núm. 12, 2023.

ANIMALES

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Los animales –aún hoy– como posibles inmuebles por destinación, y su repercusión práctica», en *AC*, núm. 4, 2024.
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa: «El bienestar de los animales o “animalium” como bien jurídico protegido: de su consideración como “res” a seres vivos dotados de sensibilidad», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 785-807.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Comentario a la STS de 27 de octubre de 2022 (RJ 2022, 5304). Coligación de contratos financieros, diferencias entre préstamo y crédito, e incidencia en el dies a quo de la acción de nulidad», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 117-142.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2022. Extinción de contrato de arrendamiento de local de negocio por transcurso del plazo. Aplicación de la Disposición transitoria tercera apartado B.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. Traspaso realizado en el plazo de los diez años anteriores a la vigencia de la LAU de 1994», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 307-336.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Límite a la restitución debida por persona con discapacidad (antes de la reforma), tras la nulidad contractual», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 221-230.
- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: «La responsabilidad del cedente en la cesión de créditos: análisis de los artículos 1529 y 1530 del Código Civil», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 3003-3019.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Anticipo de alquileres y estrategias jurídicas subyacentes», en *AC*, núm. 2, 2024.
- BARRIO DEL OLMO, Concepción Pilar: «Aspecto documental de la contratación electrónica», en *RJNot*, núm. 117, 2023, pp. 87-110.
- BECH SERRAT, Josep María: «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 45-101.
- CADENAS OSUNA, Davinia: «Análisis jurisprudencial de la prescripción extintiva de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas en aplicación de cláusulas abusivas», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2401-2423.

- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «Régimen jurídico aplicable al alquiler y al subarriendo de habitaciones destinadas a vivienda permanente», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2681-2728.
- CASTELLS SOMOZA, Carlos: «Comentario a la STS de 13 de diciembre de 22 (RJ 2022, 5659). Novación de contratos de consumo litigiosos y cláusulas de renuncia de acciones: ¿cuándo, cómo y con qué alcance?», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 261-272.
- CONESA CABALLERO, Óscar: «El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 136-171.
- CORTEZ LÓPEZ, Hernán Felipe: «La obligación de reparar en la propuesta de Directiva UE 2023/0083», en *AC*, núm. 3, 2024.
- CRUZ RIVERO, Diego: «Resolución y vencimiento anticipado en el contrato de préstamo bancario», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 233-270.
- DE GOÑI BARBARIN, María: «Servicios de intermediación contractual prestados por plataformas digitales: la financiación participativa a través de préstamos», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3247-3274.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y RODRIGO VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La exterioridad del caso fortuito y la esfera de control», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 29-60.
- ESPLUGUES GARCÍA, Julio: «Comentario del recorrido jurisprudencial del caso Orcel: daño emergente y lucro cesante en la indemnización de daños contractuales», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 477-504.
- «La infracompensación como excepción al deber de limitar el daño», en *RdPat*, núm. 63, 2024.
- FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: «La solidaridad familiar y su relación con la indignidad como causa de la desheredación y con la revocación de donaciones por ingratitud», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 955-980.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Cláusulas abusivas en contratos de mantenimiento de ascensores», en *AC*, núm. 4, 2024.
- «Problemática sobre la aplicación de los límites de renta en los arrendamientos de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado», en *AC*, núm. 5, 2024.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro (coord.): «Problemática sobre la aplicación de los límites de renta en los arrendamientos de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado», en *AC*, núm. 4, 2024.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Ana Julia: «Hipoteca en garantía de los contratos de permuta de tipo de interés (interest rate swap): llamando a las cosas por su nombre», en *AC*, núm. 1, 2024.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor: «Comentario a la STS de 17 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4494). Compraventa de vivienda y denegación de devolución de cantidades entregadas a los adquirentes por ir en contra de sus propios actos», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 79-96.

- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Ampliación de garantías, transparencia y abusividad en las hipotecas multidivisa: comentario a la STS 418/2023, de 28 de marzo y a la STS 445/2023, de 10 de abril», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 53-88.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La cláusula de intereses en el préstamo hipotecario entre particulares: el límite de la usura», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2357-2373.
- «El arrendamiento de habitación en un edificio en propiedad horizontal», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 431-449.
- GSEL, Beate: «Derecho contractual en y para tiempos de crisis», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 480-503.
- HARANA SUANO, Estefanía: «La figura del prestador del servicio “online” y su responsabilidad tributaria. Comentario de la sentencia del TJUE OnlyFans», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 233-250.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «La incidencia de la ciberseguridad en la conformidad de los bienes con elementos digitales», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2731-2748.
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «Los efectos de la anotación preventiva de demanda: intento de explicación del artículo 198 del Reglamento Hipotecario a la luz de la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN / DGSJyFP», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3469-3497.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «La reparación del daño mediante obligación de hacer del responsable», en *PDD*, núm. 158, 2024.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica: «La eficacia de los MASC como presupuesto de su eficiencia en la gestión de conflictos derivados de incumplimientos contractuales», en *AC*, núm. 12, 2023.
- MINAYA MORENO, Lidia: «La regulación de los contratos en la Ley de Reestructuración Empresarial austríaca: un análisis comparativo con el ordenamiento español», en *AC*, núm. 5, 2024.
- MOLINA ROIG, Elga: «Los límites a las viviendas de uso turístico para incentivar el alquiler de vivienda habitual», en *AC*, núm. 4, 2024.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «La venta extrajudicial de inmuebles hipotecados: un estudio crítico», en *RDC*, vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 1-42.
- MURUAGA HERRERO, Pablo: «Acción de consentimiento y pago de precio en el contrato de hospitalización. Entre consumidores sanitarios, aseguradoras y prestación de servicios médicos», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 201-240.
- PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves: «La tokenización inmobiliaria: articulación en el Derecho de Contratos y particular relevancia del sistema registral español», en *AC*, núm. 1, 2024.
- PÉREZ HERESA, Juan: «¿Es adecuada la Ley de Crédito Inmobiliario para el cumplimiento de sus objetivos?», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 175-235.

- PÉREZ-CRESPO PAYÁ, Francisco: «El concepto de crédito financiero», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 220-228.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús: «La acumulación de acciones de reclamaciones de rentas y otras cantidades debidas y acción indemnizatoria por daños en la finca», en *AC*, núm. 5, 2024.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «El negocio incompleto», en *RDC*, vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 43-91.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Discapacidad y régimen de la anulabilidad del contrato», en *RGLJ*, núm. 1, 2024, pp. 79-107.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Giro en la doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas suelo: el deber de transparencia se ancla en la mera inclusión de la cláusula en la documentación precontractual», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 211-220.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2022 (RJ 2023, 317). Extinción del contrato de arrendamiento complejo e indemnización de daños: trascendencia de la mayor o menor probabilidad de celebrar un contrato semejante para desarrollar una actividad comercial», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 337-354.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva: «La prescripción de la acción de responsabilidad por deudas: una solución basada en el método (Comentario de la STS (1.ª) de 31 de octubre de 2023)», en *RDM*, núm. 331, 2024.
- REINHART SCHULLER, Robert: «IRPH: dudas y certezas tras la STJUE de 13 de julio de 2023: ¿Existe algún cauce, viable, para conseguir la nulidad de la cláusula que incorpora el IRPH?», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1085-1113.
- SÁENZ DE JUBERA HIGURO, Beatriz: «El control de la comisión de apertura conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2971-3002.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Jorge: «Transparencia en la compra de vivienda nueva: conformidad contractual y urbanística», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 351-394.
- SOLER PRESAS, Ana: «El control de los pactos de pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento del contrato», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 115-138.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Algunos aspectos relativos a la coordinación entre el régimen jurídico de las condiciones testamentarias y las obligaciones condicionales», en *AC*, núm. 5, 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL

- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: «La responsabilidad del cedente en la cesión de créditos: análisis de los artículos 1529 y 1530 del Código Civil», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 3003-3019.

- ARISMENDY MENGUAL, Lorena: «Desafíos jurídicos del metaverso: protección de datos, propiedad intelectual y responsabilidad civil», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 61-102.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «¿Daños nuevos, reglas nuevas para su indemnización? Responsabilidad civil e inteligencia artificial a la luz de las últimas Propuestas de la Unión Europea», en *RDNT*, núm. 4, 2024.
- BECH SERRAT, Josep María: «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 45-101.
- CERVERA MONTES, María: «La responsabilidad civil de los administradores sociales: cambios legislativos y análisis jurisprudencial», en *AC*, núm. 4, 2024.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2022 (RJ202, 981). Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en relación las necesidades educativas de una persona con discapacidad», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 165-184.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por delincuentes que “deberían haber estado en prisión”», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 476-524.
- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «Supuestos de culpa o negligencia a propósito de los tratamientos médicos para la reasignación de género», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 105-152.
- ESPLUGUES GARCÍA, Julio: «Comentario del recorrido jurisprudencial del caso Orcel: daño emergente y lucro cesante en la indemnización de daños contractuales», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 477-504.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: «Cuestiones actuales sobre la responsabilidad parental por los actos lesivos de los hijos adolescentes o grandes menores», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 731-782.
- GILABERT GASCÓN, Albano: «El Derecho aplicable a la responsabilidad del consignatario en el transporte marítimo internacional de mercancías: comentario a la STS de 28 de junio (RJ2022, 3061)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 11-26.
- «La exoneración de responsabilidad del porteador marítimo por actos imputables al cargador y por embalaje insuficiente: comentario a la STS 1085/2023, de 4 de julio», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 219-236.
- GILI SALDAÑA, María Àngels: «Responsabilidad extracontractual del asesor registrado frente a los adquirentes de las acciones de Gowex en el mercado alternativo bursátil por el incumplimiento de los deberes que le impone la normativa interna de bolsas y mercados españoles: comentario a la STS de 19 abril de 2023 (RJ 2023, 2464)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 271-300.
- GÓMEZ TRINIDAD, Silvia: «Daños y responsabilidad solidaria entre sociedad matriz y filial tras la STJUE Sumal», en *RDCD*, núm. 33, 2023.

- HERNÁNDEZ MANZANARES, Augusto: «Responsabilidad del proyectista versus el director de la ejecución de la obra», en *PDD*, núm. 158, 2024.
- JORDÀ CAPITÁN, Eva: «Consentimiento informado, derecho a la integridad física y psíquica o moral y responsabilidad civil médica», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1137-1177.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Amnistía y responsabilidad civil», en *PDD*, núm. 157, 2023.
- «La reparación del daño mediante obligación de hacer del responsable», en *PDD*, núm. 158, 2024.
- «Responsabilidad por daños en modificaciones estructurales», en *AC*, núm. 5, 2024.
- LÓPEZ MAS, Pedro José: «La responsabilidad civil en la conducción de vehículos autónomos o semiautónomos y su aseguramiento», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 59-102.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Comentario a la STS de 26 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4894). La responsabilidad de los infractores indirectos de derechos de propiedad intelectual (art. 138. II LPI)», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 101-116.
- MARCO DE LA HOZ, Álvaro: «Visión jurisprudencial de las características de la responsabilidad civil del notario», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2425-2459.
- MIRANDA ANGUITA, Ana: «Acción de indemnización de daños y perjuicios frente al poseedor en precario de un inmueble», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3531-3565.
- MONTEROSO CASADO, Esther: «El resarcimiento de daños en los accidentes aéreos: más allá del baremo», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3567-3588.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús: «La acumulación de acciones de reclamaciones de rentas y otras cantidades debidas y acción indemnizatoria por daños en la finca», en *AC*, núm. 5, 2024.
- PLANAS BALLVÉ, María: «Responsabilidad civil médica», en *RJC*, núm. 1, 2024, pp. 65-80.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La responsabilidad civil del artículo 82 RGPD en brechas de seguridad», en *RDNT*, núm. 4, 2024.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2022 (RJ 2023, 317). Extinción del contrato de arrendamiento complejo e indemnización de daños: transcendencia de la mayor o menor probabilidad de celebrar un contrato semejante para desarrollar una actividad comercial», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 337-354.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia: «Talidomida II y los esfuerzos de AVITE por posponer el inicio del plazo de prescripción de la acción con base en el conocimiento tardío de las patentes de la Talidomida y otros documentos inscritos en registros públicos (Arts. 1968.2 y 1969 CC)», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 279-296.

- REDONDO TRIGO, Francisco: «La responsabilidad extracontractual del asesor registrado en el MAB: ¿un caso del artículo 1107 CC?», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 3049-3061.
- «La prescripción de la responsabilidad de administradores derivada de deudas sociales ex. art. 367 LSC en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023, responsabilidad legal y derecho común aplicable ante la laguna mercantil», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1203-1220.
- SANTOS MORÓN, María José: «A vueltas con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 1-44.
- SOLÉ FELIU, Josep: «Responsabilidad civil y accidente de navegación aérea. Un compendio de la jurisprudencia sobre el caso “Spanair”: comentario a la STS 963/2023, de 14 de junio», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 177-204.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: «El aseguramiento de la responsabilidad civil de terceros en el proceso penal», en *AC*, núm. 12, 2023.

POSESIÓN

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El interdicto de obra nueva y sus diferencias con las acciones para la tutela sumaria de la posesión», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1069-1084.
- MUT PIÑA, Antoni: «La vulnerabilidad y su incidencia en los lanzamientos», en *AC*, núm. 2, 2024.

DERECHOS REALES

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «El contrato de extinción parcial de la comunidad de bienes, ¿un embrollo jurídico?: comentario a la RDGS-JYFP de 20 de diciembre de 2022 (RJ 2023, 546)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 41-70.
- «La anticresis como instrumento jurídico-privado de financiación para la asistencia de personas declaradas dependientes», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2563-2600.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Comentario a la STS de 16 de enero de 2023 (RJ 2023, 905). Invasión y eliminación incontestada de elementos comunitarios por la dueña de un local realizando obras de importancia económica y prolongada en el tiempo a la vista de la Comunidad. No cabe articular una acción para recobrar la posesión cuando se pudo evitar la consumación del despojo combatido a través de un procedimiento sumario de obra nueva. La controversia sobre el derecho que asista a las partes queda diferida a in plenario posterior. Legitimación entre comuneros para defender la integridad de la cosa común», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 405-428.
- CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar: «Denegación de la cancelación de la anotación de un censo enfiteúutico en aplicación del procedimiento especial

del art. 210.1.8.^a previsto en la ley hipotecaria: comentario a la resolución de la DGSJFP», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 71-80.

GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio: «Prenda de créditos futuros. Requisitos para su resistencia al concurso: comentario a la STS 1015/2023, de 22 de junio», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 205-218.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «El Registro de la Propiedad forma parte del núcleo esencial del dominio», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 13-58.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Evolución del derecho de cosas y sus retos de futuro», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2915-2934.

— «La hipoteca de vivienda habitual: ¿un derecho real de “menor” garantía?», en *AC*, núm. 3, 2024.

GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «El ejercicio de facultades dispositivas por una junta de compensación para constituir hipoteca unilateral y la evaluación notarial de la suficiencia de facultades representativas: comentario a la resolución de la DGSJFP de 1 de marzo de 2023 (RJ 2023, 1616)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 173-194.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Ejecución hipotecaria y concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3589-3608.

LAMBEA RUEDA, Ana: «Cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso en la nueva Ley 2\2023 de Cooperativas de Madrid», en *RDC*, vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 231-257.

LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Posibilidades de concentración de la afección real urbanística reparcelatoria y de su sustitución por otras garantías», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 577-598.

LASO BAEZA, Vicente: «Propietarios en proindiviso en el sistema de compensación: su adhesión a la junta de compensación y su posterior tratamiento», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3623-3635.

MEDINA ALCOZ, María: «El usufructo de dinero como usufructo de cosa consumible: sobre el usufructo vidual universal de dinero y sus eventuales efectos indeseados», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2935-2969.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «La venta extrajudicial de inmuebles hipotecados: un estudio crítico», en *RDC*, vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 1-42.

ORDÁS ALONSO, Marta: «La privación de luces y vistas como consecuencia de la instalación de ascensor en patio de luces comunitario: comentario a la STS 435/2023 de 29 de marzo», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 89-112.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Efectos de la sentencia penal absolutoria en la prescripción adquisitiva: comentario a la STS núm. 419/2023, de 28 de marzo (RJ 2023, 2154)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 255-270.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Legitimación para el ejercicio de la acción por desahucio por parte de algunos copropietarios en comunidad en la cosa común: comentario a la sentencia núm. 198/2023, de 9 de febrero (RJ 2023, 1093)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 121-132.

PROPIEDAD HORIZONTAL

- ALONSO PÉREZ, María Teresa: «¿Es necesario reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios organizadas en régimen de propiedad horizontal?», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 639-672.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos: ¿por ser una actividad económica o potencialmente molesta y abusiva? (Comentario a las SSTs de 27 y 29 de noviembre de 2023)», en *AC*, núm. 2, 2024.
- CORVO LÓPEZ, Felisa María: «A propósito de lo que el Tribunal Supremo ha dicho y lo que no en materia de Propiedad Horizontal en 2022 y 2023», en *AC*, núm. 12, 2023.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El arrendamiento de habitación en un edificio en propiedad horizontal», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 431-449.

PROPIEDAD INTELECTUAL

- ARISMENDY MENGUAL, Lorena: «Desafíos jurídicos del metaverso: protección de datos, propiedad intelectual y responsabilidad civil», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 61-102.
- DIÉGUEZ MORÁN, Macarena: «El poder preventivo como medida de apoyo voluntaria para proteger los derechos morales de autor», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 225-260.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Propiedad Intelectual y tecnología inteligente», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3103-3146.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Comentario a la STS de 26 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4894). La responsabilidad de los infractores indirectos de derechos de propiedad intelectual (art. 138. II LPI)», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 101-116.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Antonio: «La sentencia de 18-11-2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C- 147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE): Un desafío para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y los artistas musicales en el ámbito audiovisual», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 172-232.
- RODRÍGUEZ TEMBLEQUE, Miguel Brey: «El derecho de transformación: límites y obra derivada», en *RJUAM*, núm. 48, 2023, pp. 125-152.

PATENTES Y MARCAS

- CRUZ GONZÁLEZ, Marcos: «Validez de la marca tridimensional consistente en la forma de una botella que cumple un propósito técnico: comentario a la STS 1190/2023, de 19 de julio», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 253-266.

REDONDO TRIGO, Francisco: «Un caso de perjuicio reputacional o moral por infracción de marca en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 13 de julio de 2023», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3609-3622.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar: «Denegación de la cancelación de la anotación de un censo enfitéutico en aplicación del procedimiento especial del art. 210.1.8.^a previsto en la ley hipotecaria: comentario a la resolución de la DGSJFP», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 71-80.

DE ARAGÓN AMUNÁRRIZ, Fernando: «De un catastro fiscal a un catastro de servicios», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 391-412.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Atribución del uso de la vivienda del art. 96 CC. Situación registral y procesal del cónyuge en el proceso de ejecución: comentario a la STS 526/2023, de 18 de abril», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 113-146.

GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Apuntes sobre doble inmatriculación», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 133-168.

GÓMEZ GÁLIGO, Francisco Javier: «El Registro de la Propiedad forma parte del núcleo esencial del dominio», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 13-58.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El interdicto de obra nueva y sus diferencias con las acciones para la tutela sumaria de la posesión», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1069-1084.

JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «Los efectos de la anotación preventiva de demanda: intento de explicación del artículo 198 del Reglamento Hipotecario a la luz de la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN / DGSJyFP», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3469-3497.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria: «Inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad y reanudación del tracto sucesivo», en *RDP*, núm. 2, 2024, pp. 3-40.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral en el sistema registral inmobiliario español», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2027-2079.

NAVARRO VALIENTE, Antonio Jesús: «Inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca: motivación de la calificación y principio de oponibilidad: comentario a la Resolución de DGSJFP de 25 de octubre de 2023 (*BOE* núm. 279, de 22 de noviembre de 2023) (*JUR* 2023,417600)», en *RdPat*, núm. 63, 2024.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «El régimen económico matrimonial en Dinamarca y su aplicación al caso con respecto a un inmueble registralmente inscrito en España», en *RDF*, núm. 102, 2024, pp. 43-52.

PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves: «La tokenización inmobiliaria: articulación en el Derecho de Contratos y particular relevancia del sistema registral español», en *AC*, núm. 1, 2024.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «Problemática de la inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad», en *RDF*, núm. 102, 2024, pp. 25-41.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «La configuración unitaria y el derecho de superficie rústica en el derecho común», en *RGLJ*, núm. 4, 2023, pp. 659-698.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO, RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y CRISIS MATRIMONIALES. PAREJAS DE HECHO

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «Comentario a la STS de 28 de noviembre de 2022 (RJ 2022, 5143). Criterios para la atribución de la pensión compensatoria», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 227-242.

— «Función de la compensación por trabajo doméstico: reequilibrar la falta de proporción en la contribución a las cargas», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 43-52.

BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Sociedad de gananciales. Inclusión en el inventario de la aportación realizada para la adquisición de vivienda familiar, en régimen de copropiedad y por partes iguales antes de comenzar la sociedad. Derecho de reembolso entre masas privativas por deudas personales, acuerdo de atribución de copropiedad: comentario a la STS 319-2023, de 28 de febrero (RJ 2023, 1659)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 145-172.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad: su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (I)», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2275-2337.

— «La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad: su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (y II)», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2875-2913.

— «Pactos prematrimoniales en previsión de ruptura: régimen jurídico, contenido y eficacia», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 337-430.

CASADO CASADO, Belén: «Violencia económica y relaciones de pareja. Los efectos de una violencia soterrada», en *AC*, núm. 1, 2024.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «“Comaternidad”, por adopción e inseminación artificial, en parejas de mujeres: ¿novedad o aclaración?», en *RGLJ*, núm. 1, 2024, pp. 9-53.

CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry: «La custodia de los animales de compañía en la Ley 17/2021», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2119-2142.

— «Las parejas de hecho y la custodia de los animales de compañía», en *AC*, núm. 3, 2024.

DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica: «Inadmisibilidad de la limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar cuando la atribución es favor de los hijos menores de edad y del progenitor custodio: comentario a la STS 1153/2023, de 17 de julio», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 237-252.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Atribución del uso de la vivienda del art. 96 CC. Situación registral y procesal del cónyuge en el proceso de ejecución: comentario a la STS 526/2023, de 18 de abril», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 113-146.

DURÁN RIVACOBA, Ramón y MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: «La elección expresa del régimen económico matrimonial», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 1-28.

ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Comentario a la STS de 23 de diciembre (RJ 2023, 725). La calificación de las indemnizaciones percibidas por despedido en el régimen de gananciales», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 393-404.

GAGO SIMARRO, Clara: «Gastos satisfechos por un cónyuge durante la comunidad postganancial y su posible inclusión en la liquidación de la sociedad de gananciales», en *RDP*, núm. 6, 2023, pp. 57-80.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «El trabajo para la casa y su compensación económica en el régimen matrimonial de separación: algunas perplejidades que suscita la aplicación judicial del art. 1438 CC», en *AC*, núm. 1, 2024.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Familia, matrimonio y Constitución», en *RGLJ*, núm. 4, 2023, pp. 603-628.

JIMÉNEZ LINARES, María Jesús: «Comentario a la STS de 5 de octubre de 2022 (RJ 2022,4835). La omisión voluntaria de un bien ganancial y las llamadas cláusulas cierre en la liquidación de la sociedad de gananciales ¿son formas de renuncia de la acción de complemento o adición de complemento o adición de la sociedad de gananciales?», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 25-50.

JORDÀ CAPITÁN, Eva: «Eficacia de los pactos prematrimoniales. la renuncia a la pensión compensatoria y la indemnización por razón de matrimonio: comentario a la STS 879/2023, de 13 de marzo (RJ 2023, 879)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 195-210.

LAMARCA MARQUÈS, Albert: «Las parejas de hecho ante el tribunal constitucional», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. I-VI.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2022 (RJ 2022, 5507). Régimen económico de gananciales. Liquidación de la sociedad por los herederos. Bienes que integran el activo ganancial», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 273-306.

— «La guarda y custodia de los menores. Últimos criterios jurisprudenciales (2022-2023)», en *AC*, núm. 1, 2024.

MARTÍNEZ SEGURA, Fernando: «La pareja de hecho: ciertas reflexiones», en *RJNot*, núm. 117, 2023, pp. 411-432.

MORENO MOZO, Fernando: «La titularidad de la vivienda familiar adquirida a plazos y el régimen de gananciales», en *RJNot*, núm. 117, 2023, pp. 111-174.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «El régimen económico matrimonial en Dinamarca y su aplicación al caso con respecto a un inmueble registralmente inscrito en España», en *RDF*, núm. 102, 2024, pp. 43-52.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: «La autonomía privada y la organización patrimonial de los matrimonios transfronterizos», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 261-436.

PÉREZ FUENTES, Gisela María: «Protección de la persona en caso de gestación por sustitución y subrogada: análisis crítico del amparo en revisión 516/2018», en *RGLJ*, núm. 1, 2024, pp. 55-77.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «El Tribunal Supremo “reinterpreta” su doctrina jurisprudencial en relación a la compensación por el trabajo para la casa», en *RDF*, núm. 102, 2024, pp. 301-304.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «El último ajuste en la regulación del comerciante casado», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 295-299.

VILELLA LLOP, María del Pilar: «Cuestiones controvertidas en torno al derecho de uso de la vivienda familiar tras la reforma del art. 96.1 CC», en *AC*, núm. 3, 2024.

PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

ADROHER BIOSCA, Salomé *et al.*: «La adopción abierta en el derecho español: sus antecedentes, y su aplicación administrativa y judicial», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3147-3191.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 171-200.

ARGELICH COMELLES, Cristina: «El interés superior del menor desamparado como “förderungsprinzip” condiciona su retorno con los progenitores biológicos: comentario a la STS 281/2023, de 21 de febrero», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 11-24.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2022 (RJ 2022, 5485). Prevalencia del derecho a la tutela judicial efectiva sobre la eficacia de la cosa juzgada en los procesos de filiación», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 143-164.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Paternidad extramatrimonial por posesión de estado o allegados: el interés real de los menores», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2255-2274.

— «Algunas cuestiones sobre la filiación, la identidad nacional y el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” del art. 8 CEDH en la jurisprudencia del TEDH», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2855-2873.

DÍAZ SENÉS, Juan Pedro: «La adopción abierta, una nueva perspectiva sobre la adopción: causas de su implantación y régimen jurídico», en *RJUAM*, núm. 48, 2023, pp. 105-124.

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicaciones sucesorias», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 1-39.

GARAYOVA, Lilla: «La evolución de la maternidad subrogada transfronteriza en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *RDC*, vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 259-277.

MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Posesión de estado, interés superior del menor, vínculo afectivo de los niños entre sí y determinación legal de la filiación en casos de maternidad subrogada: comentario a la STS (Sala 1.ª) núm. 754/2023, de 16 de mayo de 2023 (RJ 2023, 2751)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 301-320.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «La propuesta de Reglamento Europeo de filiación: estudio comparativo con el Derecho Internacional Privado español», en *AC*, núm. 4, 2024.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «La eficacia jurídica de la sentencia que declara la extinción de la pensión de alimentos a hijo mayor de edad: comentario a la STS 1196/2023, de 20 de julio», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 267-278.

DERECHO DE SUCESIONES

BARBA, Vincenzo: «Acotaciones sobre la capacidad para otorgar testamento en Italia: escueta comparación con España, dogmática e innovación por dos caminos muy distintos», en *RDP*, núm. 2, 2024, pp. 41-78.

BERNAD MAINAR, Rafael: «Incidencia de la ley 8/2021 sobre las personas con discapacidad en el ámbito de la sucesión testamentaria», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3195-3243.

CRESPO GARRIDO, María: «Doble tributación en los pactos sucesorios: determinación del valor de adquisición de los bienes transmitidos antes del fallecimiento», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2375-2399.

— «Autonomía fiscal de las comunidades autónomas en las transmisiones “mortis causa”», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 451-475.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La sucesión “mortis causa” en los casos de premuerte y renuncia del instituido», en *RJNot*, núm. 117, 2023, pp. 11-84.

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicaciones sucesorias», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 1-39.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Comentario a la RDGSJFP de 21 diciembre (RJ 2023, 1338). El usufructo viudal y su commutación», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 373-392.

ESPÍN ALBA, Isabel: «Capacidad para testar e intervención de facultativos en el testamento abierto notarial: comentario a la STS de 3 de febrero de 2023 (RJ 2023, 1557)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 103-120.

FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: «La solidaridad familiar y su relación con la indignidad como causa de la desheredación y con la revocación de donaciones por ingratitud», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 955-980.

FONT BARONA, José-Luis: «Comentario a la STS núm. 419/2022, de 24 de mayo (RJ 2022,2747). Sujeción a prueba del maltrato psicológico en general y del abandono afectivo en particular como justa causa de desheredación», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 11-24.

GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel: «La testamenti factio activa: una reivindicación de la intervención de las medidas de apoyo en el negocio testamentario», en *RDC*, vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 93-171.

GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban Matías: «La mejora asistencial y las personas vulnerables en el derecho sucesorio», en *RDP*, núm. 2, 2024, pp. 131-137.

- LÓPEZ PELÁEZ, Patricia: «La partición realizada por el propio testador en acto inter vivos y su problemática», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 153-197.
- «Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2147-2190.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Derecho de voto de las participaciones sociales de una comunidad hereditaria: comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Núm. 406/2023, de 24 de marzo (RJ 2023, 2130)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 231-254.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2022 (RJ 2022, 5507). Régimen económico de gananciales. Liquidación de la sociedad por los herederos. Bienes que integran el activo ganancial», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 273-306.
- MEDINA ALCOZ, María: «El usufructo de dinero como usufructo de cosa consumible: sobre el usufructo viudal universal de dinero y sus eventuales efectos indeseados», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2935-2969.
- MURUAGA HERRERO, Pablo: «Reflexiones en torno a la prohibición de confesores», en *RJNot*, núm. 117, 2023, pp. 239-296.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: «¿Apropiación indebida de la herencia yacente? Comentario a la STS 885/2023, de 29 de noviembre», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 663-670.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Progenitores e hijos ausentes: el maltrato psicológico a debate como causa de desheredación», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3499-3529.
- URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: «Pactos sucesorios: un pasado para nuestro futuro», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 217-266.
- «Legítima sucesoria y donación: su relación en el derecho civil vasco», en *RJNot*, núm. 117, 2023, pp. 347-410.
- VALVERDE GONZÁLEZ, Carlos: «A propósito de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 24 de julio de 2023 (*BOE* 27 de septiembre de 2023): la “*professio iuris*” en el Reglamento de la Unión Europea 650/2012, del Parlamento y el Consejo, de 4 de julio de 2012», en *RJNot*, núm. 117, 2023, pp. 297-344.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Algunos aspectos relativos a la coordinación entre el régimen jurídico de las condiciones testamentarias y las obligaciones condicionales», en *AC*, núm. 5, 2024.

DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: «Cuando acaba la sequía: la obligación de repartir beneficios», en *RDS*, núm. 70, 2024.

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina: «El procedimiento especial para microempresas en el texto refundido de la Ley Concursal: ámbito subjetivo y aspectos relevantes», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2461-2480.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Nuevos requisitos de las modificaciones estructurales en el Real Decreto-Ley 5/2023», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 271-298.
- BENÉITEZ BERNABÉ, José Manuel: «Montes de socios: análisis del problema y posibles soluciones», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 41-70.
- BORMANN, Jens: «La trasposición de la Directiva societaria digital, perspectiva desde Alemania: un viaje por el pasado, el presente y el futuro», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 13-45.
- BUESO GUILLÉN, Pedro José: «Comentario a la STS 22 de noviembre de 2022 (RJ 2023, 646). Una nueva vuelta de tuerca jurisdiccional a la flexibilización del concepto legal de grupo del artículo 42.1 del Código de comercio», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 213-226.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La Ley de Creación y Crecimiento de Empresas y otras recientes leyes conexas», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 267-340.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Sobre el momento de presentación de propuesta de convenio con conversión de créditos en acciones o participaciones sociales y aumento del capital en ejecución de convenio», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 275-296.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias: comentario a STS 582/2023 de 20 de abril», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 147-164.
- CERVERA MONTES, María: «La responsabilidad civil de los administradores sociales: cambios legislativos y análisis jurisprudencial», en *AC*, núm. 4, 2024.
- CIFREDO ORTIZ, Patricia *et al.*: «Reestructuraciones preconcursales y operaciones societarias: XIII Congreso español de derecho de la insolvencia», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 299-310.
- CORTÉLL CERDÁ, Inés: «¿Reparto judicial de dividendos?: comentario de la STS 33/2023, de 11 de enero de 2023», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 249-270.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos: «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procesos judiciales de impugnación de acuerdos sociales: Un análisis crítico doctrinal», en *Indret*, núm. 1, 2024, pp. 441-479.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «Aspectos generales de las cooperativas de viviendas colaborativas en la Ley de Sociedades Cooperativas de Canarias», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 105-130.
- EHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «La representación en la junta general de las sociedades de capital familiares: representación voluntaria y representación legal», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 673-730.
- GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar: «La negociación en el procedimiento especial para microempresas», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 79-97.

- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «Comentario a la STS de 22 de noviembre de 2022 (RJ 2023, 156). Deber y lealtad de los administradores: dispensa por la junta general y condiciones de realización de la transacción autorizada», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 197-212.
- GÓMEZ TRINIDAD, Silvia: «Daños y responsabilidad solidaria entre sociedad matriz y filial tras la STJUE Sumal», en *RDCD*, núm. 33, 2023.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago y MARTÍN ZAMARRIEGO, Alejandro: «Los deberes de los administradores de las sociedades implicadas en operaciones de M&A», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 1-3.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Responsabilidad por daños en modificaciones estructurales», en *AC*, núm. 5, 2024.
- LLEONART CASTRO, Jesús: «La infracción del deber de lealtad y su nexa con el interés social: las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de anulación», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 299-326.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Derecho de voto de las participaciones sociales de una comunidad hereditaria: comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Núm. 406/2023, de 24 de marzo (RJ 2023, 2130)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 231-254.
- OTERO COBOS, María Teresa: «La cesión del uso de un bien como aportación no dineraria», en *RDM*, núm. 331, 2024.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 435-518.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La responsabilidad de administradores en la ejecución de la ampliación de capital», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2481-2494.
- «La responsabilidad extracontractual del asesor registrado en el MAB: ¿un caso del artículo 1107 CC?», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 3049-3061.
- «La impugnación de acuerdos sociales conformes a los pactos parasociales de exclusión», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 551-575.
- «La prescripción de la responsabilidad de administradores derivada de deudas sociales ex. art. 367 LSC en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023, responsabilidad legal y derecho común aplicable ante la laguna mercantil», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1203-1220.
- REINHART SCHULLER, Robert: «Accionistas y acreedores del Banco Popular: pasado, presente y futuro», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 505-530.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «El régimen especial de remuneración de los consejeros en las sociedades cotizadas», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 175-232.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «La eficacia económica de la suspensión legal de la causa de disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas en supuestos de crisis empresarial», en *ADCOn*, núm. 60, 2023, pp. 51-76.

- SEQUEIRA MARÍN, Adolfo Javier: «La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 59-102.
- THOMÁS PUIG, Petra María: «Operaciones societarias, en especial la capitalización de deuda, en los planes de reestructuración», en *RDS*, núm. 70, 2024.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La emisión de valores de deuda por las sociedades de responsabilidad limitada: licitud y competencia orgánica a la luz de las recientes reformas legislativas», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 125-174.
- VERDÚ CAÑETE, María José: «Protección del inversor en el ámbito del equitycrowdfunding: especial referencia a los titulares de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada», en *RDM*, núm. 331, 2024.
- ZUBIAURRE GURRUTXAGA, Amaia: «La documentación del trabajo de auditoría, su digitalización y el deber de conservación y custodia», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 103-124.

CONTRATACIÓN MERCANTIL Y TÍTULOS VALORES

- GILABERT GASCÓN, Albano: «El Derecho aplicable a la responsabilidad del consignatario en el transporte marítimo internacional de mercancías: comentario a la STS de 28 de junio (RJ2022, 3061)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 11-26.
- «La exoneración de responsabilidad del porteador marítimo por actos imputables al cargador y por embalaje insuficiente: comentario a la STS 1085/2023, de 4 de julio», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 219-236.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «La calificación del contrato como requisito para determinar el parámetro de cálculo de la indemnización por clientela y de su moderación: comentario a la STS 944/2023», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 165-176.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La transparencia y la diligencia debida sobre sostenibilidad de las empresas y su impacto en el sector financiero», en *RdPat*, núm. 63, 2024.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Elementos del contrato de “factoring”», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 811-852.

DERECHO CONCURSAL

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina: «El procedimiento especial para microempresas en el texto refundido de la Ley Concursal: ámbito subjetivo y aspectos relevantes», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2461-2480.
- «La segunda oportunidad para los empresarios en el marco del nuevo régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 531-549.

- BRAZ DE AMORIM, Jorge Eduardo: «La interrupción del plazo de prescripción de los responsables por declaración de concurso: Un análisis de los fundamentos conceptuales de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de diciembre de 2022», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 261-272.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Sobre el momento de presentación de propuesta de convenio con conversión de créditos en acciones o participaciones sociales y aumento del capital en ejecución de convenio», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 275-296.
- CIFREDO ORTIZ, Patricia *et al.*: «Reestructuraciones preconcursales y operaciones societarias: XIII Congreso español de derecho de la insolvencia», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 299-310.
- DE POLI, Matteo: «Valoración negativa del interés público y aplicación de los procedimientos ordinarios de insolvencia», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 425-438.
- DE VIVERO DE PORRAS, Carmen: «La denominada “Loan to own strategy” en el derecho de insolvencia», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 99-116.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «A propósito del Proyecto de Reglamento de la Administración Concursal. (Instrumentos para conformar un modelo europeo de gestión de los procedimientos de insolvencia)», en *AC*, núm. 12, 2023.
- FERNÁNDEZ-SORDO LLANEZA, Enrique: «Reestructuración mediante escisión parcial de unidad productiva solvente: Un apunte relativo al régimen de responsabilidad», en *ADCon*, núm. 61, 2024, pp. 257-269.
- FLORES SEGURA, Marta: «El principio de paridad de trato», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 250-260.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio: «Prenda de créditos futuros. Requisitos para su resistencia al concurso: comentario a la STS 1015/2023, de 22 de junio», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 205-218.
- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «La afectación del crédito público por los planes de reestructuración en el texto refundido de la Ley Concursal a la luz de la directiva 2019/1023», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 7-49.
- GÓMEZ LÓPEZ, Eduardo: «Los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores», en *ADCon*, núm. 61, 2024, pp. 107-147.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, Martín: «Los criterios de atribución de la responsabilidad por déficit concursal sobre los distintos afectados por la calificación culpable del concurso», en *ADCon*, núm. 61, 2024, pp. 149-193.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen: «Sobre la posible comunicación “abusiva” de insuficiencia de masa activa. Comentario a la STS de 9 de diciembre de 2022», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 27-40.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La exoneración del crédito público en el derecho transitorio tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del texto refundido de la Ley Concursal», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 3021-3047.

- «Ejecución hipotecaria y concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3589-3608.
- MAGDALENA, Miriam: «Estudio sobre la actualidad jurídica y jurisprudencial de la pieza de calificación en un procedimiento de insolvencia», en *RJC*, núm. 1, 2024, pp. 39-64.
- MARTÍN TORRES, Ángel: «La viabilidad como condición de la reestructuración», en *ADCon*, núm. 61, 2024, pp. 287-303.
- MARTÍN ZAMARRIEGO, Alejandro: «¿Cómo debería de ser el sistema de acceso a la administración concursal?: Una guía con recomendaciones a la (tenebrosa) luz de una reciente consulta pública previa», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 117-148.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «El perímetro de afectación», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 241-249.
- «El gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia», en *ADCon*, núm. 61, 2024, pp. 221-256.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio: «Las reglas formales y el derecho transitorio», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 212-219.
- «El experto en los planes de reestructuración: nombramiento y estatuto», en *ADCon*, núm. 61, 2024, pp. 197-220.
- MORRAL SOLDEVILLA, Ramón: «La exoneración del pasivo insatisfecho: extensión y efectos», en *ADCon*, núm. 61, 2024, pp. 57-105.
- PEÑA, María: «La vivienda habitual en el texto refundido de la ley concursal: El plan de pagos y el concurso sin masa», en *ADCon*, núm. 61, 2024, pp. 271-283.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Rescisorias concursales y prepack en la propuesta de segunda directiva de insolvencia: su transposición al derecho español», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 11-58.
- REBOLLO DÍAZ, Pedro: «La reapertura del concurso de persona jurídica para el ejercicio de acciones de reintegración. El dies ad quem. A propósito de la STS 160/2024, de 17 de enero», en *AC*, núm. 2, 2024.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «La transmisión de unidades productivas», en *ADCon*, núm. 61, 2024, pp. 7-55.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «La eficacia económica de la suspensión legal de la causa de disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas en supuestos de crisis empresarial», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 51-76.
- THOMÀS PUIG, Petra María: «Comentario a la STS de 1 de diciembre de 2022 (RJ 2022 5580). La buena fe del deudor y el abono de un umbral mínimo en la exoneración del pasivo insatisfecho», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 243-260.
- VILLORIA RIVERA, Íñigo: «La formación de clases», en *ADCon*, núm. 60, 2023, pp. 229-240.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «¿Necrológica de las hipotecas IRPH?», en *AC*, núm. 12, 2023.
- CAPOLINO, Olina: «¿Resolución reformada o liquidación forzosa administrativa? No arrinconemos las experiencias nacionales positivas», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 381-400.
- CARRASCOSA, Antonio: «Las herramientas de transferencia en la resolución de un banco», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 357-380.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «Los objetivos de la propuesta de reforma del régimen europeo de gestión de crisis bancarias y garantía de depósitos de abril de 2023», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 275-292.
- CORPAS PASTOR, Luis: «Deberes de información de las entidades financieras», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2517-2533.
- CRUZ RIVERO, Diego: «Resolución y vencimiento anticipado en el contrato de préstamo bancario», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 233-270.
- DE POLI, Matteo: «Valoración negativa del interés público y aplicación de los procedimientos ordinarios de insolvencia», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 425-438.
- EGEA PÉREZ-CARASA, Íñigo: «Consideraciones tributarias, contables y regulatorias sobre la “tokenización” de activos y derechos en España (Parte I): análisis de las implicaciones para los emisores e inversores en “security tokens” y “utility tokens”», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 103-226.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Ana Julia: «Hipoteca en garantía de los contratos de permuta de tipo de interés (interest rate swap): llamando a las cosas por su nombre», en *AC*, núm. 1, 2024.
- GILI SALDAÑA, María Àngels: «Responsabilidad extracontractual del asesor registrado frente a los adquirentes de las acciones de Gowex en el mercado alternativo bursátil por el incumplimiento de los deberes que le impone la normativa interna de bolsas y mercados españoles: comentario a la STS de 19 abril de 2023 (RJ 2023, 2464)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 271-300.
- LASTRA, Rosa M.: «Armonización internacional de la liquidación bancaria: el proyecto UNIDROIT», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 439-452.
- MACHADO, Pedro y RITA GARCÍA, Ana: «Valoración del interés público: de la planificación de la resolución a la acción de resolución», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 401-424.
- MARTÍNEZ, Cristiano: «Medidas preventivas financiadas por los sistemas de garantía de depósitos: novedades de la propuesta de reforma», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 315-334.
- PASTOR SEMPÈRE, M.^a del Carmen: «Open finance», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 17-60.

- PLATERO ALCÓN, Alejandro: «Apuntes críticos en relación con la reciente interpretación jurisprudencial de los ficheros de información crediticia», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1233-1272.
- RISPOLI FARINA, Marilena: «La propuesta europea de reforma del actual marco regulador de la gestión de crisis bancarias y de los sistemas de garantía de depósitos y las principales novedades, en particular en lo que se refiere a los sistemas de garantía de depósitos. puntos problemáticos», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 293-314.
- RUIZ OJEDA, Alberto: «La legitimación activa de los titulares de “equity swaps” en el contencioso-administrativo para impugnar el precio equitativo de una OPA aprobado por la CNMV: Consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 1232/2022, de 3 octubre (caso “Polygon”)», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 453-490.
- SCIPIONE, Luigi: «Medidas precautorias de la propuesta de la comisión. Problemas pendientes y posibles soluciones», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 335-356.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «La insoportable levedad de la asistencia financiera: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 528/2023, de 20.4.2023, sobre los pactos accesorios de aseguramiento del valor de acciones cotizadas», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 491-505.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

- BECERRIL FERNÁNDEZ, Ester: «Colusión algorítmica: análisis y propuesta legislativa», en *RDCD*, núm. 33, 2023.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando: «¿Se puede cometer un abuso de domino ex artículo 102 TFUE en relación con los datos personales y por infracción del RGPD?: La STJUE de 4 de julio de 2023 (As. C-252/21) Meta Platforms Inc.», en *RDCD*, núm. 33, 2023.
- GONZÁLEZ PACHÓN, Laura: «La restricción de la competencia por el objeto y los acuerdos verticales de fijación de precios: el caso “Super Bock”», en *RDCD*, núm. 33, 2023.
- PEÑAS MOYANO, Benjamín: «La Resolución (S/0013/21/AMAZON/APPLE BRANDGATING) de la CNMC: un claro supuesto de práctica colusoria única y continuada por objeto», en *RDCD*, núm. 33, 2023.

DERECHO DE SEGUROS

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La renta vitalicia como instrumento económico de protección para las personas mayores y discapacitadas», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 981-1068.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Prevalencia de la fecha de diagnóstico sobre la fecha de declaración de incapacidad en caso de secuelas permanentes e irreversibles en un seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario

con cobertura de seguro por incapacidad absoluta: comentario a la STS, Sala 1.^a, de 31 de enero de 2023 (RJ 2023, 846)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 81-102.

LÓPEZ MARTÍNEZ, José Carlos: «El derecho al olvido oncológico. Aproximación a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro introducida por el Real Decreto Ley 5/2023 de 28 de junio», en *PDD*, núm. 157, 2023.

LÓPEZ MAS, Pedro José: «La responsabilidad civil en la conducción de vehículos autónomos o semiautónomos y su aseguramiento», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 59-102.

TORIBIOS FUENTES, Fernando: «Interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial. Diferencia de efectos dependiendo de que se reclame contra el asegurado o exclusivamente contra la compañía aseguradora: comentario a la STS 1219/2023, de 11 de septiembre», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 309-332.

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHO DIGITAL

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar: «Comentario a la STS de 20 diciembre de 2022 (RJ 2022, 5668). Ficheros de morosos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: una interpretación conservadora», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 355-372.

ARISMENDY MENGUAL, Lorena: «A legal status for Avatars in the Metaverse from a Private Law perspective», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 102-135.

BANACLOCHE PALAO, Julio: «El artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el tratamiento probatorio de los documentos privados con firma electrónica», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 189-215.

BARRIO ANDRÉS, Moisés: «Los derechos digitales y la confianza», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 103-138.

— «La ciberseguridad en el Derecho digital europeo: novedades de la Directiva NIS2», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 504-531.

BECH SERRAT, Josep María: «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 45-101.

BORMANN, Jens: «La trasposición de la Directiva societaria digital, perspectiva desde Alemania: un viaje por el pasado, el presente y el futuro», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 13-45.

CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Una nueva graduación de la Eficiencia en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Justicia como “servicio público”: más eficiencia digital, menos eficiencia procesal y ninguna eficiencia organizativa», en *AC*, núm. 1, 2024.

- CALAZA LÓPEZ, Sonia y DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes: «El derecho de defensa y su curiosa ecuación axiomática con el derecho de acción en la proyectada LO del Derecho de Defensa», en *AC*, núm. 2, 2024.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad de los administradores por gestión de riesgos de sostenibilidad. A propósito de la Sentencia de 12 de mayo de 2023 del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales», en *RDS*, núm. 70, 2024.
- CANO FERNÁNDEZ, Sonia: «El “deepfake” en los documentos audiovisuales: un reto para la valoración de la prueba», en *AC*, núm. 2, 2024.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «¿Humanizar o personificar? Inteligencia artificial y fundaciones robóticas», en *AC*, núm. 3, 2024.
- CLIMENT GALLART, Jorge Antonio: «Comentario a la STEDH (Sección Quinta) de 11 de enero de 2024. ¿La STEDH (Sección Quinta) de 11 de enero de 2024, que resuelve el caso Tena Arregui contra España, realmente supone un cambio jurisprudencial en relación con la protección jurídica otorgada a las comunicaciones realizadas mediante correo electrónico?», en *RDNT*, núm. 4, 2024.
- CONESA CABALLERO, Óscar: «El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 136-171.
- DE GOÑI BARBARIN, María: «Servicios de intermediación contractual prestados por plataformas digitales: la financiación participativa a través de préstamos», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3247-3274.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Breves apuntes sobre el derecho a la imagen en la era digital», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3399-3415.
- DE VIVERO DE PORRAS, Carmen: «Los objetivos ESG y su impacto en el deber de diligencia de los administradores», en *RDS*, núm. 70, 2024.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando y FERNÁNDEZ MOLINA, Juan Carlos: «La minería de textos y datos en entornos transfronterizos: régimen en derecho europeo, comparado y en el sistema europeo de derecho internacional privado», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 135-170.
- GALLEGO TORRES, Ana: «Derecho del consumidor en la Unión Europea: transformación digital y transición ecológica», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 519-530.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «Redes sociales e inteligencia artificial: una simbiosis imperfecta», en *AC*, núm. 4, 2024.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «Información, electricidad y códigos. Fundamentos técnicos y lógicos del proceso de digitalización del documento jurídico», en *RDC*, vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 173-199.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, José María: «El cuestionado “status” jurídico del robot», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 139-174.

- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «Inteligencia artificial y razonamiento jurídico: o cómo ser jurista en tiempos del ChatGPT», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 341-390.
- GRAÍÑO ORDÓÑEZ, José M. (coord.): «Protección de la realidad tecnológica en el marco de un nuevo ecosistema notarial», en *AC*, núm. 1, 2024.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «El nuevo marco jurídico de la inteligencia artificial: las novedades del Reglamento Europeo», en *AC*, núm. 5, 2024.
- HERRERO MAZARÍO, César y CLEMENTE CRISTÓBAL, Víctor: «Un “test” de idoneidad jurisprudencial para evitar incurrir en asistencia financiera prohibida», en *RDS*, núm. 70, 2024.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «La incidencia de la ciberseguridad en la conformidad de los bienes con elementos digitales», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2731-2748.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023 y el Real Decreto-ley 6/2023: tramitación electrónica y requisitos de procedibilidad», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1179-1202.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Sistema Arbitral de Consumo: algunas propuestas “inteligentes” de lege ferenda», en *Indret*, núm. 1, 2024, pp. 114-150.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Propiedad Intelectual y tecnología inteligente», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3103-3146.
- «Yo, Robot: ¿puede un robot tener personalidad jurídica?», en *RGLJ*, núm. 4, 2023, pp. 629-658.
- LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo: «La digitalización y la confianza», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 85-101.
- LORENZO CAMACHO, María Salomé: «El deber de no competencia en la sociedad profesional de capital», en *RDS*, núm. 70, 2024.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio: «La sostenibilidad y la digitalización, las dos grandes palancas de cambio del tejido empresarial actual en España», en *RDS*, núm. 70, 2024.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Las garantías en la protección de datos personales en las ciudades inteligentes “smart cities” e implantación de decisiones automatizadas con uso de la inteligencia artificial», en *RDP*, núm. 1, 2024, pp. 61-89.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «Las nuevas tecnologías y la protección de datos de carácter personal desde el Derecho Internacional Privado: redes sociales de internet y cloud computing», en *AC*, núm. 12, 2023.
- ORTEGA PUENTE, Glòria: «La identidad de la persona en la era digital ¿Es la identidad digital una proyección de la identidad de la persona?», en *AC*, núm. 1, 2024.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «El Reglamento de mercados digitales (Reglamento (UE) 2022/1925) y la acción de las Autoridades nacionales de competencia (ANCs) de los Estados miembros», en *RDCD*, núm. 33, 2023.

- SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl: «Transición digital en la Administración de Justicia.: Tramitación judicial electrónica orientada al dato», en *AC*, núm. 3, 2024.
- SOLÉ TRUYOLS, Montserrat: «Les obligacions derivades del dret a la desconexió: anàlisi de la normativa», en *RJC*, núm. 4, 2023, pp. 917-932.
- TRUJILLO CABRERA, Carlos: «El derecho a la propia imagen (y a la voz) frente a la inteligencia artificial», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 74-113.
- TUSET VARELA, María Luisa: «Metaverso: la nueva frontera de derechos y responsabilidades», en *RDNT*, núm. 4, 2024.

DERECHO SANITARIO

- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «Supuestos de culpa o negligencia a propósito de los tratamientos médicos para la reasignación de género», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 105-152.
- JORDÀ CAPITÁN, Eva: «Consentimiento informado, derecho a la integridad física y psíquica o moral y responsabilidad civil médica», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1137-1177.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, José Carlos: «El derecho al olvido oncológico. Aproximación a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro introducida por el Real Decreto Ley 5/2023 de 28 de junio», en *PDD*, núm. 157, 2023.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «El resarcimiento de los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria tras la estabilización de las secuelas durante la vigencia de la reforma introducida por la Ley 21/2007, de 11 de julio. Imposibilidad de equipararlos al mantenimiento y sustitución de prótesis para aceptar su resarcibilidad: comentario a la STS 1226/2023, de 14 de septiembre», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 333-352.
- MURUAGA HERRERO, Pablo: «Acción de consentimiento y pago de precio en el contrato de hospitalización. Entre consumidores sanitarios, aseguradoras y prestación de servicios médicos», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 201-240.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel: «Instrucciones previas en el ámbito sanitario, menores de edad y personas con discapacidad», en *RJNot*, núm. 117, 2023, pp. 175-238.
- PLANAS BALLVÉ, María: «Responsabilidad civil médica», en *RJC*, núm. 1, 2024, pp. 65-80.
- RECUERO LINARES, Mikel: «El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 525-551.
- SANTOS MORÓN, María José: «A vueltas con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 1-44.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

- ABELLA RIBAS, Joaquim: «Extensión y futuro de la tutela judicial de oficio en materia de consumidores», en *AC*, núm. 12, 2023.
- CADENAS OSUNA, Davinia: «Análisis jurisprudencial de la prescripción extintiva de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas en aplicación de cláusulas abusivas», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2401-2423.
- CASTELLS SOMOZA, Carlos: «Comentario a la STS de 13 de diciembre de 22 (RJ 2022, 5659). Novación de contratos de consumo litigiosos y cláusulas de renuncia de acciones: ¿cuándo, cómo y con qué alcance?», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 261-272.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos: ¿por ser una actividad económica o potencialmente molesta y abusiva? (Comentario a las SSTs de 27 y 29 de noviembre de 2023)», en *AC*, núm. 2, 2024.
- CUADRADO SOLER, Joan: «La mera inscripción de sentencias en el RCGC no produce efectos “ultra partes”. Comentario a la STS, Sala 1.ª, n.º 958/2022, de 21 de diciembre (RJ 2023/734)», en *RdPat*, núm. 63, 2024.
- FERNÁNDEZ NÚÑEZ, Jesús: «Análisis práctico sobre la funcionalidad actual del remedio de la reducción del precio en el derecho de consumo», en *RdPat*, núm. 63, 2024.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Cláusulas abusivas en contratos de mantenimiento de ascensores», en *AC*, núm. 4, 2024.
- GALLEGO TORRES, Ana: «Derecho del consumidor en la Unión Europea: transformación digital y transición ecológica», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 519-530.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Ampliación de garantías, transparencia y abusividad en las hipotecas multidivisa: comentario a la STS 418/2023, de 28 de marzo y a la STS 445/2023, de 10 de abril», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 53-88.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Pedro Mario: «La condición de consumidor en los contratos mixtos o con doble finalidad: ¿una cuestión ya resuelta tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de junio de 2023, en el asunto YYY?», en *RDM*, núm. 331, 2024.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «¿Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios?», en *RDC*, vol. 10, núm. 4, 2023, pp. 199-223.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Giro en la doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas suelo: el deber de transparencia se ancla en la mera inclusión de la cláusula en la documentación precontractual», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 211-220.

- REINHART SCHULLER, Robert: «IRPH: dudas y certezas tras la STJUE de 13 de julio de 2023: ¿Existe algún cauce, viable, para conseguir la nulidad de la cláusula que incorpora el IRPH?», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1085-1113.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Jorge: «Transparencia en la compra de vivienda nueva: conformidad contractual y urbanística», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 351-394.
- VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos: «Infracción del ordenamiento privado y la apuesta por otros mecanismos autorregulatorios de protección del consumidor (y del empresario)», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1115-1136.

DERECHO URBANÍSTICO

- ANCOR VIERA GONZÁLEZ, José: «Moldear la normativa a la ilegalidad a través de dispensas urbanísticas y “a sabiendas de su injusticia”», en *RDU*, núm. 367, 2024, pp. 115-151.
- AÑÓN LARREY, Ana: «Propuesta de reforma de lege ferenda de la acción de repetición recogida en el art. 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)», en *AC*, núm. 5, 2024.
- BASTÚS RUIZ, Berta: «El establecimiento de reservas de suelo para la construcción de vivienda de protección pública en suelo urbano consolidado y sus efectos: el caso de Cataluña», en *RDU*, núm. 367, 2024, pp. 57-114.
- CEREZO IBARRONDO, Álvaro: «Viabilidad y sostenibilidad económica: los tres documentos económicos en los instrumentos de ordenación urbanística», en *RDU*, núm. 363, 2023, pp. 55-120.
- CEREZO IBARRONDO, Álvaro y LLAMAS ESCRIBANO, Cristina: «Las reservas de suelo con destino a vivienda pública: la viabilidad y la sostenibilidad económica de las actuaciones de urbanización», en *RDU*, núm. 365-366, 2023, pp. 345-383.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «Las muchas veces olvidada obligación de justificar el nuevo suelo urbanizable se aprueba: en cuanto que garante del predicado desarrollo urbano sostenible », en *RDU*, núm. 364, 2023, pp. 37-104.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: «La ley por el derecho a la vivienda: buenas intenciones y mala plasmación de un desarrollo del derecho constitucional a la vivienda olvidando otros derechos», en *RDU*, núm. 365-366, 2023, pp. 97-174.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa: «La ley de vivienda a debate: propuestas regulatorias en el contexto de un sistema autonómico complejo que olvida lo local», en *RDU*, núm. 365-366, 2023, pp. 19-25.
- «“Neuro-arquitectura” y adecuación tipológica: propuestas normativas para el derecho a una vivienda inteligente. Lecturas a la luz de la Ley del derecho a la vivienda (de oportunidad soñada a oportunidad perdida)», en *RDU*, núm. 365-366, 2023, pp. 269-344.

- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel: «La problemática aproximación al principio de no regresión: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 381/2023 de 22 de marzo de 2023», en *RDU*, núm. 367, 2024, pp. 153-188.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «El ejercicio de facultades dispositivas por una junta de compensación para constituir hipoteca unilateral y la evaluación notarial de la suficiencia de facultades representativas: comentario a la resolución de la DGSJFP de 1 de marzo de 2023 (RJ 2023, 1616)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 173-194.
- HERVÁS MAS, Jorge: «Las limitaciones singulares derivadas de la aprobación del catálogo de bienes inmuebles y de la protección del patrimonio histórico artístico», en *RDU*, núm. 368, 2024, pp. 141-193.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Régimen jurídico de la vivienda protegida en la ley estatal de vivienda», en *RDU*, núm. 365-366, 2023, pp. 53-96.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Soluciones para la definición de parcelas edificables desde un proyecto de reparcelación: los espacios interpuestos», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 3063-3076.
- «Posibilidades de concentración de la afección real urbanística reparcelatoria y de su sustitución por otras garantías», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 577-598.
- LASO BAEZA, Vicente: «Expropiación por ministerio de la ley: antecedentes, marco jurídico, jurisprudencia y relación con la expropiación ordinaria y las cesiones de inscripción unilateral», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 2495-2516.
- «Propietarios en proindiviso en el sistema de compensación: su adhesión a la junta de compensación y su posterior tratamiento», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3623-3635.
- «La aprobación por silencio de los proyectos de reparcelación: limitaciones administrativas y registrales», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1221-1232.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía: «Las comunidades energéticas locales: sinergias de la transición energética y de la lucha frente a la despoblación», en *RDU*, núm. 364, 2023, pp. 105-165.
- MOREU CARBONELL, Elisa: «El limbo de la intermediación inmobiliaria en la legislación sobre vivienda», en *RDU*, núm. 365-366, 2023, pp. 175-218.
- ORTÍZ RAMÍREZ, Jorge: «Consideraciones sobre el delito contra la ordenación del territorio», en *RDU*, núm. 368, 2024, pp. 19-27.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Un panorama general de las novedades jurídicas de la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda», en *RDU*, núm. 365-366, 2023, pp. 27-52.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y las formas de acceso a la vivienda», en *RDU*, núm. 365-366, 2023, pp. 219-268.

- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Jorge: «Transparencia en la compra de vivienda nueva: conformidad contractual y urbanística», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 351-394.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel: «El sistema de compensación en el urbanismo español actual», en *RDU*, núm. 368, 2024, pp. 29-98.
- «La ciudad sostenible: crítica al oximorón “decrecimiento-sostenibilidad”», en *RDU*, núm. 364, 2023, pp. 21-36.
- «La crisis del estándar urbanístico: del principio de no regresión a la construcción de viviendas sobre suelo dotacional público», en *RDU*, núm. 368, 2024, pp. 99-140.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «La gestión de los residuos en los procesos de gestión urbanística», en *RDU*, núm. 363, 2023, pp. 21-53.
- VIÑA GUERRA, José Elías: «Riesgo y desastres naturales: tratamiento legal urgente de los efectos territoriales y urbanísticos de una catástrofe», en *RDU*, núm. 363, 2023, pp. 121-185.

DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUEITOS SORIANO, Sergio: «El papel municipal en la protección ambiental internacional», en *RDA*, núm. 57, 2024.
- BLASCO HEDO, Eva: «Viaje a la Amazonía colombiana: al pulmón del mundo le falta aire», en *RDA*, núm. 57, 2024.
- CALLEJA CRESPO, Daniel: «Los grandes desafíos de la Unión Europea», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 531-550.
- DE SADELEER, Nicolás: «Gestión y conservación de la pesca y el criterio de precaución», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 47-97.
- FARES PAULO, Rodolfo *et al.*: «Abandono estatal: la razón de la prescripción intercurrente en los procesos administrativos ambientales de la Secretaría de Estado de medio ambiente de Mato Grosso (Brasil)», en *RDA*, núm. 57, 2024.
- FURTADO LOUBET, Luciano *et al.*: «Actuación de la fiscalía brasileña en la implementación de la logística inversa (responsabilidad ampliada) de los embalajes en general: Estudio de caso de Mato Grosso do Sul», en *RDA*, núm. 57, 2024.
- GALLEGO TORRES, Ana: «Derecho del consumidor en la Unión Europea: transformación digital y transición ecológica», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 519-530.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «Análisis de la respuesta jurisdiccional al Dieselgate: especial referencia a las Conclusiones del Abogado General y a la STJUE de 21 de marzo de 2023 en el caso C-100/21», en *AC*, núm. 3, 2024.

- LÓPEZ FRAILE, Luis: «La legislación minera española en la transición hacia un nuevo modelo de economía sostenible: Reflexiones en el 50 aniversario de la Ley de Minas de 1973», en *RDA*, núm. 57, 2024.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «La sostenibilidad de los sistemas agroalimentarios», en *RDA*, núm. 57, 2024.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «El contenido nutricional como carácter de una obtención vegetal y los Objetivos de Desarrollo Sostenible», en *RDM*, núm. 331, 2024.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «¡No nos moverán!: el respaldo del Tribunal Supremo a la prórroga de concesiones para usos no conformes con la Ley de Costas», en *RDU*, núm. 367, 2024, pp. 19-56.
- SCHULZ ABDALA, Maia: «Los recursos naturales y el conflicto de valores a proteger», en *RDA*, núm. 57, 2024.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Arbitraje y desahucios», en *AC*, núm. 3, 2024.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón: «Hacia un modelo común de arbitraje en deportes electrónicos», en *AC*, núm. 2, 2024.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica: «La eficacia de los MASC como presupuesto de su eficiencia en la gestión de conflictos derivados de incumplimientos contractuales», en *AC*, núm. 12, 2023.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Sistema Arbitral de Consumo: algunas propuestas “inteligentes” de lege ferenda», en *Indret*, núm. 1, 2024, pp. 114-150.
- TIERNO BARRIOS, Selena: «La mediación como instrumento de acceso a la justicia de menores y víctimas de violencia de género: reflexiones a la luz de la Agenda 2030 y las Reglas de Brasilia», en *RJUAM*, núm. 48, 2023, pp. 61-85.
- VASCO GÓMEZ, Antonio: «La cesión de datos personales en los procesos de apoyo y control judicial del arbitraje», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 265-294.

DERECHO PROCESAL

- ABELLA RIBAS, Joaquim: «Extensión y futuro de la tutela judicial de oficio en materia de consumidores», en *AC*, núm. 12, 2023.
- AÑÓN LARREY, Ana: «Propuesta de reforma de lege ferenda de la acción de repetición recogida en el art. 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)», en *AC*, núm. 5, 2024.

- BANACLOCHE PALAO, Julio: «El artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el tratamiento probatorio de los documentos privados con firma electrónica», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 189-215.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2022 (RJ 2022, 5485). Prevalencia del derecho a la tutela judicial efectiva sobre la eficacia de la cosa juzgada en los procesos de filiación», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 143-164.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Comentario a la STS de 16 de enero de 2023 (RJ 2023, 905). Invasión y eliminación incontestada de elementos comunitarios por la dueña de un local realizando obras de importancia económica y prolongada en el tiempo a la vista de la Comunidad. No cabe articular una acción para recobrar la posesión cuando se pudo evitar la consumación del despojo combatido a través de un procedimiento sumario de obra nueva. La controversia sobre el derecho que asista a las partes queda diferida a in plenario posterior. Legitimación entre comuneros para defender la integridad de la cosa común», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 405-428.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Una nueva graduación de la Eficiencia en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Justicia como “servicio público”: más eficiencia digital, menos eficiencia procesal y ninguna eficiencia organizativa», en *AC*, núm. 1, 2024.
- CANO FERNÁNDEZ, Sonia: «El “deepfake” en los documentos audiovisuales: un reto para la valoración de la prueba», en *AC*, núm. 2, 2024.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Comentario a la STS de 6 de octubre de 2022 (RJ32022, 4420). Ámbito de la oposición en el proceso de ejecución de títulos no judiciales. Efecto de cosa juzgada de los pronunciamientos recaídos en un proceso ejecutivo sobre un proceso declarativo posterior», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 51-78.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos: «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procesos judiciales de impugnación de acuerdos sociales: Un análisis crítico doctrinal», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 441-479.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Atribución del uso de la vivienda del art. 96 CC. Situación registral y procesal del cónyuge en el proceso de ejecución: comentario a la STS 526/2023, de 18 de abril», en *CCJC*, núm. 124, 2024, pp. 113-146.
- FERNÁNDEZ SEJO, José María: «El futuro y el pleito testigo en la jurisdicción civil (Una primera aproximación a la introducción del procedimiento testigo en la LÉC tras la reforma del RDL 6/2023)», en *AC*, núm. 2, 2024.
- FIERRO RODRÍGUEZ, Diego: «Los despojos que quedaban del recurso extraordinario por infracción procesal tras su supresión en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *AC*, núm. 5, 2024.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro (coord.): «¿Es válida la renuncia a la facultad de enervar la acción de desahucio?», en *AC*, núm. 1, 2024.
- «Problemática sobre acumulación de acciones de reclamaciones de rentas y otras cantidades», en *AC*, núm. 2, 2024.

- GARCÍA VELASCO, Leticia: «Análisis de procedimiento de jurisdicción voluntaria de la donación de órganos de donante vivo», en *RDP*, núm. 1, 2024, pp. 91-114.
- GERVASONI VILA, Carlo: «L'antinòmia entre la facilitat probatòria i l'exhibició documental», en *RJC*, núm. 1, 2024, pp. 133-140.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «El trabajo para la casa y su compensación económica en el régimen matrimonial de separación: algunas perplejidades que suscita la aplicación judicial del art. 1438 CC», en *AC*, núm. 1, 2024.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: «La proyectada reforma de la casación civil», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 413-462.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023 y el Real Decreto-ley 6/2023: tramitación electrónica y requisitos de procedibilidad», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1179-1202.
- LÓPEZ GARCÍA, Pablo: «Cantidad no equivale a calidad: la inadmisión del recurso de casación civil por exceso de extensión», en *AC*, núm. 4, 2024.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, José Carlos: «La tutela judicial civil de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: criterios consolidados y retos presentes y futuros. Parte I», en *AC*, núm. 2, 2024.
- «La tutela judicial civil de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: criterios consolidados y retos presentes y futuros. Parte II», en *AC*, núm. 3, 2024.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica: «Fortalecer el servicio público de Justicia, transformar el modelo, mejorar la calidad de la Justicia que se administra», en *AC*, núm. 5, 2024.
- MANSILLA, Andrés y MANSILLA, Ricardo: «Un modelo lógico de ordenamiento jerárquico de los precedentes judiciales», en *RDNT*, núm. 4, 2024.
- MUT PIÑA, Antoni: «La vulnerabilidad y su incidencia en los lanzamientos», en *AC*, núm. 2, 2024.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «El interrogatorio como pseudociencia», en *AC*, núm. 5, 2024.
- ORTEGA JIMÉNEZ, Alfonso: «Derecho a la tutela judicial efectiva y alegación y prueba del derecho extranjero: (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 7 de marzo de 2023)», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 227-248.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «El recurso de casación civil en España y en Catalunya tras la reforma del recurso de casación estatal por el Real Decreto Ley 5/2023», en *AC*, núm. 1, 2024.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús: «La acumulación de acciones de reclamaciones de rentas y otras cantidades debidas y acción indemnizatoria por daños en la finca», en *AC*, núm. 5, 2024.

- PICÓ I JUNOY, Joan: «Les denúncies d'infraccions processals en la cassació civil catalana arrel del RDL 5/2023», en *RJC*, núm. 4, 2023, pp. 901-916.
- RUIZ OJEDA, Alberto: «La legitimación activa de los titulares de “equity swaps” en el contencioso-administrativo para impugnar el precio equitativo de una OPA aprobado por la CNMV: Consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 1232/2022, de 3 octubre (caso “Polygon”)», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 453-490.
- RUTH POLAK, Polly Ruth: «The evolving narrative of the court on the rule of law in the EU and potential future directions», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 171-208.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl: «Transición digital en la Administración de Justicia.: Tramitación judicial electrónica orientada al dato», en *AC*, núm. 3, 2024.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Legitimación para el ejercicio de la acción por desahucio por parte de algunos copropietarios en comunidad en la cosa común: comentario a la sentencia núm. 198/2023, de 9 de febrero (RJ 2023, 1093)», en *CCJC*, núm. 123, 2023, pp. 121-132.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: «El aseguramiento de la responsabilidad civil de terceros en el proceso penal», en *AC*, núm. 12, 2023.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La responsabilidad del legislador por infracción del derecho de la Unión», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 71-84.
- ALONSO GARCÍA, Enrique: «Límites y contra-límites en la aplicación nacional de la CDFUE, y “preeminencia” del Derecho de la UE (STJUE 24 julio 2023, C-107/23 PPU, asunto Lin)», en *REDE*, núm. 89, 2024, pp. 149-167.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente J.: «El concepto europeo de reglamento técnico en el marco del sistema de información previsto por la Directiva (UE) 2015/1535», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 99-134.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 171-200.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: «Ultraje a la bandera y convenio europeo de derechos humanos: comentario a la STEDH Frago Dacosta contra España», en *REDE*, núm. 88, 2023, pp. 145-165.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «¿Daños nuevos, reglas nuevas para su indemnización? Responsabilidad civil e inteligencia artificial a la luz de las últimas Propuestas de la Unión Europea», en *RDNT*, núm. 4, 2024.
- BARRIO ANDRÉS, Moisés: «La ciberseguridad en el Derecho digital europeo: novedades de la Directiva NIS2», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 504-531.

- BORMANN, Jens: «La trasposición de la Directiva societaria digital, perspectiva desde Alemania: un viaje por el pasado, el presente y el futuro», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 13-45.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar: «El control europeo de los ordenamientos nacionales en materia de diversidad sexual», en *REDE*, núm. 88, 2023, pp. 9-47.
- CANO MONTEJANO, José Carlos: «La Agencia Europea de Medicamentos: análisis jurídico y comparación con la FDA estadounidense», en *REDE*, núm. 88, 2023, pp. 49-108.
- CARRILLO POZO, Luis Francisco: «La doctrina del TEDH sobre las parejas de personas del mismo sexo: Una mirada desde el sistema español de Derecho internacional privado», en *RDC*, vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 201-230.
- CONESA CABALLERO, Óscar: «El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 136-171.
- CORTEZ LÓPEZ, Hernán Felipe: «La obligación de reparar en la propuesta de Directiva UE 2023/0083», en *AC*, núm. 3, 2024.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Algunas cuestiones sobre la filiación, la identidad nacional y el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” del art. 8 CEDH en la jurisprudencia del TEDH», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2855-2873.
- DE SADELEER, Nicolás: «Gestión y conservación de la pesca y el criterio de precaución», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 47-97.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando: «¿Se puede cometer un abuso de domino ex artículo 102 TFUE en relación con los datos personales y por infracción del RGPD?: La STJUE de 4 de julio de 2023 (As. C-252/21) Meta Platforms Inc.», en *RDCD*, núm. 33, 2023.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando y FERNÁNDEZ MOLINA, Juan Carlos: «La minería de textos y datos en entornos transfronterizos: régimen en derecho europeo, comparado y en el sistema europeo de derecho internacional privado», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 135-170.
- GALLEGOSUNA, Fernando: «La evolución de la eficacia del cumplimiento de las cláusulas de derechos laborales en los nuevos tratados de libre comercio de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 89, 2024, pp. 93-145.
- GALLEGOSUNAS, Ana: «Derecho del consumidor en la Unión Europea: transformación digital y transición ecológica», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 519-530.
- GARAYOVA, Lilla: «La evolución de la maternidad subrogada transfronteriza en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *RDC*, vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 259-277.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio-Evaristo: «La retirada de contenidos ilícitos constitutivos de delito en el Reglamento 2022/2065», en *REDE*, núm. 88, 2023, pp. 109-142.

- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «El nuevo marco jurídico de la inteligencia artificial: las novedades del Reglamento Europeo», en *AC*, núm. 5, 2024.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «La incidencia de la ciberseguridad en la conformidad de los bienes con elementos digitales», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2731-2748.
- «Análisis de la respuesta jurisdiccional al Dieselgate: especial referencia a las Conclusiones del Abogado General y a la STJUE de 21 de marzo de 2023 en el caso C-100/21», en *AC*, núm. 3, 2024.
- JURADO, Carmen: «La formación del “Acquis communautaire” digital: creación y conveniencia», en *REDE*, núm. 89, 2024, pp. 9-53.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Antonio: «La sentencia de 18-11-2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C- 147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE): Un desafío para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y los artistas musicales en el ámbito audiovisual», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 172-232.
- MEDINA BERNABÉ, Sergio: «Presupuesto y valores comunes en la Unión Europea: mecanismo de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión y su aplicación a Hungría», en *REDE*, núm. 89, 2024, pp. 55-92.
- MONTI, Giorgio: «EU competition law after the Grand Chamber’s December 2023 sports trilogy: European Super League, International Skating Union and Royal Antwerp FC», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 11-43.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «La propuesta de Reglamento Europeo de filiación: estudio comparativo con el Derecho Internacional Privado español», en *AC*, núm. 4, 2024.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Rescisorias concursales y prepack en la propuesta de segunda directiva de insolvencia: su transposición al derecho español», en *RDBB*, año 42, núm. 171, 2023, pp. 11-58.
- RECUERO LINARES, Mikel: «El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 525-551.
- REINHART SCHULLER, Robert: «IRPH: dudas y certezas tras la STJUE de 13 de julio de 2023: ¿Existe algún cauce, viable, para conseguir la nulidad de la cláusula que incorpora el IRPH?», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 1085-1113.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «El Reglamento de mercados digitales (Reglamento (UE) 2022/1925) y la acción de las Autoridades nacionales de competencia (ANCs) de los Estados miembros», en *RDCD*, núm. 33, 2023.
- RUTH POLAK, Polly Ruth: «The evolving narrative of the court on the rule of law in the EU and potential future directions», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 171-208.

- SÁENZ DE JUBERA HIGURO, Beatriz: «El control de la comisión de apertura conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2971-3002.
- SCHINAS, Margaritis: «La Unión Europea en tiempos de crisis: de la inocencia a la confianza», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 13-19.
- SIGNES DE MESA, Juan Ignacio: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como garante de una “Unión de derecho”», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 417-433.
- VALVERDE GONZÁLEZ, Carlos: «A propósito de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 24 de julio de 2023 (*BOE* 27 de septiembre de 2023): la “*professio iuris*” en el Reglamento de la Unión Europea 650/2012, del Parlamento y el Consejo, de 4 de julio de 2012», en *RJNot*, núm. 117, 2023, pp. 297-344.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz: «Una nueva aportación del Tribunal de Luxemburgo en materia de adquisición y pérdida de nacionalidad a la luz del derecho de la Unión Europea: el asunto C-689/21, “*Udlændinge- og Integrationsministeriet*”», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 211-231.

DERECHO COMPARADO

- ARGELICH COMELLES, Cristina: «Soluciones legales comparadas para erupciones volcánicas: los casos del Etna, el Stromboli y La Palma», en *RDC*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 139-170.
- BARBA, Vincenzo: «Acotaciones sobre la capacidad para otorgar testamento en Italia: escueta comparación con España, dogmática e innovación por dos caminos muy distintos», en *RDP*, núm. 2, 2024, pp. 41-78.
- BORMANN, Jens: «La trasposición de la Directiva societaria digital, perspectiva desde Alemania: un viaje por el pasado, el presente y el futuro», en *AAMN*, núm. 61, 2022, pp. 13-45.
- CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry: «El derecho de corrección a los hijos en el Código Civil alemán (BGB)», en *RCDI*, año 99, núm. 802, 2024, pp. 855-881.
- ESCAJADILLO CHIMAYCO, Francisco: «El régimen legal de los terrenos eriazos en el Perú: entre la propiedad estatal y la propiedad privada», en *RCDI*, año 99, núm. 800, 2023, pp. 3277-3308.
- FARES PAULO, Rodolfo *et al.*: «Abandono estatal: la razón de la prescripción intercurrente en los procesos administrativos ambientales de la Secretaría de Estado de medio ambiente de Mato Grosso (Brasil)», en *RDA*, núm. 57, 2024.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles: «El régimen jurídico de la minería en los países nórdicos: en particular, los casos de Suecia y Finlandia», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 171-204.

- FURTADO LOUBET, Luciano *et al.*: «Actuación de la fiscalía brasileña en la implementación de la logística inversa (responsabilidad ampliada) de los embalajes en general: Estudio de caso de Mato Grosso do Sul», en *RDA*, núm. 57, 2024.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Responsabilidad civil por daños derivados de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito de los servicios sociales desde un enfoque nacional y europeo», en *RD*, núm. 2, 2024, pp. 79-114.
- MINAYA MORENO, Lidia: «La regulación de los contratos en la Ley de Reestructuración Empresarial austríaca: un análisis comparativo con el ordenamiento español», en *AC*, núm. 5, 2024.
- NOGUEROLAS PEIRÓ, Nicolás: «El fracaso del sistema Torrens en los Estados Unidos», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2601-2639.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «El régimen económico matrimonial en Dinamarca y su aplicación al caso con respecto a un inmueble registralmente inscrito en España», en *RDF*, núm. 102, 2024, pp. 43-52.
- ORTEGA JIMÉNEZ, Alfonso: «Derecho a la tutela judicial efectiva y alegación y prueba del derecho extranjero: (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 7 de marzo de 2023)», en *CDC*, núm. 80, 2023, pp. 227-248.
- OTÁROLA ESPINOZA, Yasna: «El catastro en el tráfico jurídico de los bienes inmuebles: un estudio comparado entre el régimen de la propiedad en Chile y Alemania», en *RCDI*, año 99, núm. 799, 2023, pp. 2751-2777.
- RAMOS POLEY, Luis: «Evolución de la política común de inmigración en la Unión Europea», en *RGLJ*, núm. 3, 2023, pp. 467-493.
- SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, Javier: «El enriquecimiento sin causa en el Código Civil griego del dodecaneso de 1946», en *AC*, núm. 4, 2024.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Leyes penales, reglamentos administrativos y aplicación judicial: Una mirada desde los Estados Unidos», en *Indret*, núm. 2, 2024, pp. VII-X.
- TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa: «Gestión de compliance publicitario en Clínicas de Reproducción Asistida: un estudio transnacional», en *RDCD*, núm. 33, 2023.

VARIA

- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier: «Una imagen del juez en la cultura del derecho común», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 43-65.
- BARRIOS FERNÁNDEZ, Plácido: «Minorías y marginados en los protocolos notariales», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 85-164.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentario a la STS de 26 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4894). Protección del derecho a retransmitir en exclusiva partidos de fútbol», en *CCJC*, núm. 122, 2023, pp. 97-100.

- BERENGUER ALBADALEJO, María Cristina: «La discriminación algorítmica en la toma de decisiones individualizadas: qué es, por qué se produce y cuáles son los principales desafíos que plantea», en *RDP*, núm. 6, 2023, pp. 3-55.
- BERNAD MAINAR, Rafael: «Derecho romano y derecho civil aragonés: objetivación de una pretendida dialéctica antagónica», en *RCDI*, año 99, núm. 798, 2023, pp. 1973-2026.
- BLAY GIL, Ester: «¿Mejor sin datos o con malos datos?: A propósito de una encuesta sobre la imagen de la Justicia», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. IV-VIII.
- «¿Para qué sirve la policía?: Apuntes desde la criminología», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. XI-XV.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence: «La figura del “juez constitucional” francés: una excepción indefendible en el siglo XXI», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 167-189.
- COELLO DE PORTUGAL Y MARTÍNEZ DEL PERAL, Íñigo: «Consideración financiera de la seguridad jurídica preventiva», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 22-40.
- CRESPO GARRIDO, María: «Autonomía fiscal de las comunidades autónomas en las transmisiones “mortis causa”», en *RCDI*, año 99, núm. 801, 2024, pp. 451-475.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: «El juez constitucional, entre el arquetipo y el fenotipo», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 149-165.
- DE SADELEER, Nicolás: «Gestión y conservación de la pesca y el criterio de precaución», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 47-97.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», en *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 388-440.
- «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por delincuentes que “deberían haber estado en prisión”», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 476-524.
- FERNÁNDEZ PERALES, Francisco: «Legítima defensa frente a agresiones provocadas (o sobre el derecho a la defensa “illicita in causa”). Comentario a la STS 97/2022, de 9 de febrero», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 671-686.
- FERRERES COMELLA, Víctor: «El Tribunal Constitucional como expresión orgánica de la interdisciplinariedad», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 131-147.
- GÓMEZ GARRIDO, Celia: «Prisión permanente revisable: constitucionalidad declarada, inconstitucionalidad manifiesta», en *RJUAM*, núm. 48, 2023, pp. 87-104.
- HARANA SUANO, Estefanía: «La figura del prestador del servicio “online” y su responsabilidad tributaria. Comentario de la sentencia del TJUE OnlyFans», en *RDCE*, año 28, núm. 77, 2024, pp. 233-250.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert: «Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi Civil de Catalunya: Acotacions, comentaris i propostes d'esmena», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 603-650.

- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.: «Título y modo, potestad jurídica y juramento funcional», en *RDP*, núm. 2, 2024, pp. 115-129.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Amnistía y responsabilidad civil», en *PDD*, núm. 157, 2023.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «Ser juez en el Tribunal de Justicia de las UE: pluralidad de culturas y arquetipos jurídicos», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 219-257.
- MECCARELLI, Massimo: «Justicia de leyes: juez y derecho jurisprudencial entre adaptación y nuevo protagonismo», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 113-128.
- MEYER, Jean: «Los ladridos de la OTAN a las puertas de Rusia», en *RJUAM*, núm. 48, 2023, pp. 9-41.
- MIRAPEIX LACASA, Núria: «Propuestas de lege ferenda en la legislación contra la violencia de género», en *RJC*, núm. 4, 2023, pp. 933-952.
- MUÑOZ LERMA, Enrique: «Algunos aspectos controvertidos del régimen fiscal de neutralidad en el canje de valores», en *RJUAM*, núm. 48, 2023, pp. 153-167.
- NACARINO MORENO, Sara: «Discapacidad física y mental en Roma y su solución jurídica: la “cura furiosi”», en *RJUAM*, núm. 48, 2023, pp. 45-60.
- ORTEGO GIL, Pedro: «Juez de decretos y leyes y de ley y jurisprudencia. El modelo del juez contemporáneo (XIX-XX)», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 67-112.
- PASTOR VILANOVA, Pere: «La experiencia de un magistrado de carrera en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 259-266.
- PERAL, María: «La independencia de los Jueces», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 295-302.
- RAMOS ROMEU, Francisco: «La secuenciación del conflicto civil: Nota crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RJC*, núm. 1, 2024, pp. 11-38.
- REMIRO BROTONS, Antonio: «Sobre los jueces de la Corte Internacional de Justicia», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 193-217.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «Necesaria reforma de las falsedades documentales», en *AAMN*, núm. 62, 2023, pp. 165-188.
- SALINAS DE FRÍAS, Ana: «La figura del juez ad hoc en las jurisdicciones internacionales contemporáneas», en *AFDUAM*, núm. 27, 2023, pp. 267-291.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Reflexiones sobre cómo mejorar la deliberación de un tribunal colegiado», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 572-586.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Leyes penales, reglamentos administrativos y aplicación judicial: Una mirada desde los Estados Unidos», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. VII-X.
- VENDRELL FERRER, Eudald: «L'accés a l'habitatge digne: un dret humà fonamental», en *RJC*, núm. 1, 2024, pp. 81-120.

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 SUPREMO

Sentencias comentadas

Honor y prestigio profesional: legitimidad del informe leído en un Consejo de Departamento en el que se denunciaba la falta de profesionalidad del docente universitario, cuya promoción se votaba. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) 1572/2023, de 13 de noviembre

JOSÉ RAMÓN DE VERDAY BEAMONTE

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el derecho al honor en su vertiente del prestigio profesional, estudiándose las reglas de solución de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, en particular el requisito de que la información sea veraz y el test de proporcionalidad.

PALABRAS CLAVE

Derecho al honor, prestigio profesional, libertad de información, conflicto de derechos, veracidad de la información, proporcionalidad.

Honour and professional prestige: the legitimacy of the report presented at the Departmental Council, highlighting the unprofessional conduct of the professor being considered for promotion, was questioned. Commentary on the Supreme Court Judgement (Civil Chambre) 1572/2023, of 13th November

ABSTRACT

This paper examines the concept of professional prestige and its relationship to the right to honour, exploring methods and rules for reconciling conflicts between this right and freedom of information. It focuses on the requirement that the information must be truthful and the proportionality test.

KEY WORDS

Right to honour, professional prestige, freedom of information, conflict of rights, truthfulness of information, proportionality.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *El supuesto de hecho.*–III. *El derecho al honor y el prestigio profesional:*. 1 Antecedentes de la cuestión. 2 La doctrina del Tribunal Constitucional. 3 El requisito del especial grado de intensidad de la intromisión. 3.1 En relación con la libertad de expresión. 3.2 En relación con la libertad de información.–IV. *Las reglas de resolución de la colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (la existencia de un interés público en conocer los hechos).*–V. *El deber de veracidad.*–VI. *La proporcionalidad.*–*Jurisprudencia.*

I. INTRODUCCIÓN

La STS 13 marzo 2023 (P. Juan María Díaz Fraile, ECLI: ES: TS:2023:4649) se enmarca en el ámbito de la colisión entre el derecho fundamental de la personalidad al honor y la libertad de información. En este caso, el conflicto no se da con ocasión del ejercicio de la profesión periodística, sino con motivo de la presentación de un informe negativo, sobre la falta de profesionalidad de

un docente universitario, emitido por la que había sido Secretaria de la Facultad y leído durante un Consejo de Departamento, en el que se discutía la promoción del demandante, de Profesor Ayudante Doctor, a Contrato Doctor interino.

El profesor aludido entendió que dicho informe vulneraba su derecho al honor, en la vertiente del prestigio profesional, constituyendo una intromisión ilegítima por la falta de veracidad de la información que contenía.

La sentencia nos da, pues, pie a reflexionar sobre las siguientes cuestiones generales.

a) La relación entre el derecho fundamental al honor y el prestigio profesional.

b) Las reglas de resolución de la colisión entre el derecho al honor y la libertad de información.

c) En el marco de dichas reglas, el alcance del requisito de veracidad.

d) La cuestión de la proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados.

II. EL SUPUESTO DE HECHO

El litigio, como ya se ha dicho, tuvo su origen en un informe, leído en el Consejo de Departamento, en el que se votaba la promoción del demandante a Contratado Doctor interino.

En dicho informe la antigua Secretaria del Centro ponía de manifiesto «los reiterados incumplimientos» del demandante, «así como las continuas quejas de los alumnos», de las que había sido testigo, las cuales dieron lugar a que el Decanato iniciara los trámites de apertura de un expediente, «porque la situación era insostenible, fundamentalmente por las ausencias a clases y exámenes, la pérdida de pruebas de evaluación y las faltas de respeto, sobre todo a alumnas». Afirmaba que dicho expediente se había incoado en forma, concluyendo con la sanción «de apercibimiento escrito», sin que posteriormente se hubiera detectado «ningún cambio de actitud del docente».

El demandante consideró que los hechos relatados por la demandada (la antigua Secretaria de la Facultad) en el informe eran falsos y vulneraban su derecho al honor en su versión de prestigio profesional.

La demanda fue desestimada en ambas instancias, por entenderse que la información suministrada era veraz, por lo que el actor interpuso recurso de casación en el que se reafirmaba en que la información era falsa y lesiva de su derecho al honor y prestigio profesional, recurso que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

III. EL DERECHO AL HONOR Y EL PRESTIGIO PROFESIONAL

1. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN

En su momento fue discutida la cuestión de si el prestigio profesional podía ser incluido dentro del ámbito de protección del art. 18 CE y de la Ley Orgánica 1/1982, como una variante del derecho fundamental de la personalidad al honor.

En un principio, algunos fallos jurisprudenciales mantuvieron una posición contraria.

Así, la STS 2 marzo 1989 (P. Juan Latour Brotons, ECLI: ES: TS:1989:1516), afirmó que «Los derechos fundamentales del individuo coexisten con otro grupo de derechos de la persona. Aquellos, llamados personalísimos, encuentran una protección jurídica especial, como ocurre con el honor, la intimidad personal y familiar o la propia imagen, al paso que los últimos encuentran también su tutela jurídica cuando son vulnerados, habiéndose catalogado entre estos últimos el prestigio profesional como patrimonio de la persona. Los primeros, encuentran su tutela en el ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de al paso que los segundos han de acogerse a la tutela genérica del artículo 1902 del Código Civil cuando se demuestre la existencia de un daño moral».

En igual sentido se pronunció la STS 16 junio 1989 (P. Juan Latour Brotons, ECLI: ES: TS:1989:3622), a propósito de unas acusaciones, realizadas en un programa de televisión, titulado «Justicia pequeña, gran corrupción», referidas a un abogado, al que se definía como un caza-clientes que aprovechaba la preocupación y angustia de los familiares de encarcelados para defraudarles, pidiéndoles dinero, con promesas engañosas de sobornar a funcionarios de justicia.

Concretamente, dichas acusaciones fueron realizadas por una persona, que aparecía en la pantalla con el rostro cubierto y su tenor literal fue el siguiente: «hace cuatro años detuvieron a mi

hermano por atraco; a nosotros se nos presentó un Abogado, un tal señor P.; nos dijo que era un caso muy difícil, pero que en seis meses, con dinero, todo se arreglaba, y que con 200.000 pesetas, no para sus honorarios, sino para darlas por los Juzgados porque él tenía que ir por los Juzgados saludando con una mano a cada persona con un billete. Nos pidió 200.000 pesetas. Le dijimos que era mucho, nos rebajó 100.000 y cuando mi hermano saliese le dábamos 50.000. Nos dijo que él tenía mucha amistad con los Jueces; que él lo quería meter todo en un Juzgado porque era familiar suyo; que con los demás tomaba cerveza y jugaba al golf. Que los papeles se podían perder porque se habían quemado más veces. Total, que pasó el tiempo, pasaron cuatro meses, pasó mucho tiempo y como veíamos que no hacía nada, fuimos a un Juzgado de Guardia y pusimos una denuncia. Se le condenó a cuatro meses sin ejercer y a darnos una indemnización».

En el reportaje se omitió la circunstancia de que la sentencia de primera instancia había sido revocada por la Audiencia Provincial de Madrid, la cual había absuelto al abogado del delito de estafa, haciendo constar en su fallo que en ningún momento había engañado y que el dinero recibido lo fue en pago de sus trabajos profesionales, quedando plenamente acreditado que los había realizado.

El abogado en cuestión interpuso demanda de protección civil de su derecho al honor contra la cadena televisiva, que fue desestimada en primera instancia y parcialmente estimada en segunda instancia.

Sin embargo, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, por aplicación de la doctrina del reportaje neutral, teniendo en cuenta que Televisión Española había rectificado la información, tan pronto como había tenido noticia de la sentencia absolutoria del delito de estafa, y entendiéndolo que la protección del prestigio profesional no entraba dentro del contenido del derecho al honor.

Dice, así, «que las actuaciones profesionales quedan fuera del ámbito de la Ley Orgánica 1/1982 y que la tutela jurídica, cuando fueren vulnerados esos derechos, ha de formularse por el cauce del art. 1902 del Código Civil siempre y cuando se demuestra la existencia de un daño moral», citando, en apoyo de esta tesis, la STS 2 marzo 1989.

En el correspondiente recurso de amparo interpuesto por el abogado, el Ministerio Fiscal, pidió también la revocación de la sentencia recurrida, afirmando que el argumento «de que las actuaciones profesionales quedan fuera del ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, equivale a decir que el honor garantizado por el art. 18.1

de la CE no abarca el prestigio profesional, con lo que (...) se está privando al honor de parte de su contenido esencial».

La STC 40/1992, de 30 marzo (RTC 40\1992) no estimó el recurso de amparo, porque aplicó la doctrina del reportaje neutral, pero sí se pronunció en contra de la tesis de que las actuaciones profesionales quedan fuera del ámbito de protección de la Ley Orgánica 1/1982, manifestándose, en su FJ 3.º; en los siguientes términos: «conviene precisar que no son necesariamente lo mismo desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional, distinción que, pese a sus contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, no permite confundir, sin embargo, lo que constituye simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad con un atentado o lesión a su honor y honorabilidad personal. Pero ello no puede llevarnos a negar rotundamente, como se hace en cambio en la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza características y forma en que se hace esa divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona».

2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De lo expuesto cabe extraer una serie de conclusiones, reiteradamente confirmadas por posteriores fallos del Tribunal Constitucional.

a) La «simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad» no constituye, en sí misma, un atentado o lesión a su honor, según resulta de las SSTC 40/1992, de 30 marzo (RTC 40\1992); 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999\180); 282/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000/282); y 9/2007, de 15 de enero (RTC 9\2007).

b) Sin embargo, no puede afirmarse, con carácter general, que la crítica de la actividad profesional nunca suponga vulneración del derecho al honor.

Como ponen de manifiesto, las SSTC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999\180); y 9/2007, de 15 de enero (RTC 9\2007), «el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ata-

que a su honor personal», incluso de especial gravedad, ya que «la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga».

c) Por lo tanto, el prestigio profesional, en sí mismo, no es objeto de protección autónoma, ni por el art. 18 CE, ni por la LO 1/1982, sino, tan sólo en la medida en que la crítica acerca de la conducta laboral o profesional de una persona, por su naturaleza, características o forma en que se haga, la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona, es decir, constituya una conducta en la que se den los requisitos necesarios para poder ser considerada una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

Según afirman las SSTC 80/1999, de 11 de octubre (RTC 1999\180); y 9/2007, de 15 de enero (RTC 9\2007), la protección del art. 18.1 CE sólo alcanza «a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido».

3. EL REQUISITO DEL ESPECIAL GRADO DE INTENSIDAD DE LA INTROMISIÓN

La sentencia comentada se enmarca plenamente en esta doctrina, afirmando que «La jurisprudencia constitucional y la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional»; y, más adelante, que el prestigio profesional «forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, si bien exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una trasgresión del derecho fundamental».

Esto es lo que, sin duda, acontecía en el caso resuelto por la STS 7 noviembre 2019 (P. Rafael Saraza Jimena, ECLI: ES:

TS:2019:3529), que conoció del litigio surgido como consecuencia de la creación, por una empresa competidora, de una página web, cuya dirección coincidía con la de la demandante (diferenciándose solo en que la una terminaba en «.es» y la otra en «.com») y cuyo único contenido era un redireccionamiento a una web pornográfica.

Califica dicha actividad como «denigratoria», «puesto que mediante este artificio técnico, de indudable intencionalidad maliciosa, se conecta la actuación de la sociedad demandante, dedicada a prestar servicios médicos, con una actividad que merece una consideración social desfavorable como es la pornografía, con lo que se produce un desmerecimiento en la consideración empresarial, profesional y social de dicha sociedad demandante y de las personas que en ella trabajan».

Téngase en cuenta, no obstante, que la jurisprudencia considera que es posible la vulneración del derecho al honor de las personas jurídicas de carácter privado (apreciado con criterios de ponderación propios), con carácter autónomo, respecto del de las personas físicas que las integran o representan, habiendo afirmado la STS 15 julio 2020 (P. Juan María Díaz Fraile, ECLI: ES: TS:2020:2625) que no se produce una intromisión ilegítima en el honor profesional de la persona física, por la mera circunstancia de que la misma ostente un cargo orgánico en la sociedad a la que se imputan los hechos, actos o comportamientos de carácter injurioso.

3.1 En relación con la libertad de expresión

La exigencia de que el ataque revista «cierto grado de intensidad» excluye que sean intromisiones ilegítimas aquellas expresiones que, como dice la jurisprudencia constitucional, no «excedan de la libre crítica a la labor profesional», teniendo, además, en cuenta el contexto en el que se viertan.

Es clara al respecto la STS 15 julio 2020 (P. Juan María Díaz Fraile, ECLI: ES: TS:2020:2625), la cual observa que «La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que el prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar, y que tiene repercusión en el ámbito social, forma parte de la trascendencia en que se desenvuelve el honor. Para que un ataque al mismo integre además una transgresión del derecho fundamental, es necesario que revista un cierto grado de intensidad. No basta, pues, la mera crítica de la actividad profesional, sino que es precisa la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesio-

nal de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o ética en el desempeño de aquella actividad, lo que deberá apreciarse en función de las circunstancias del caso».

Así, la STS 25 febrero 2015 (P. José Antonio Seijas Quintana, ECLI: ES: TS:2015:562) no consideró intromisión ilegítima en el derecho al honor del médico demandante, lo dicho en un artículo de opinión de un periódico, en el que se denunciaban disfunciones de la administración sanitaria regional. Se decía, así, que se «envían pacientes a los centros privados concertados donde trabajan»; que existía «politización en la adjudicación de plazas, en la que la docilidad, la bifurcación y otros méritos paraclínicos revientan cualquier baremo», sosteniéndose «la descarada utilización del Hospital», que «bien podría decirse prolongación de algunos centros privados».

El Tribunal Supremo entiende que «La intención que preside el artículo es meramente la crítica de determinadas prácticas profesionales, por más que afecten al demandante, que, lejos de pretender lesionar su honor, lo que persigue es ponerles en conocimiento de la opinión pública en cuanto afectan al sistema sanitario. No se trata de vejar o difamar a nadie. Tampoco se utilizan expresiones objetivamente injuriosas, innecesarias o carentes de relación con el asunto sobre el que versa, sobre el que existe un interés general, como señala el Ministerio Fiscal en su informe.»

También la STS 22 enero 2020 (P. María de los Ángeles Parra Lucán, ECLI: ES: TS:2020:143) consideró que no había existido intromisión ilegítima en el derecho al honor de un médico, como consecuencia de las manifestaciones realizadas en medios de comunicación por una paciente descontenta con el tratamiento médico que había recibido y de los informes elaborados por otro médico.

Observa que las manifestaciones de la paciente, «que literalmente fueron redactadas por periodistas y no por ella», se dirigían «a manifestar, de manera subjetiva, su descontento e insatisfacción con el tratamiento recibido, su falta de mejoría»; que sus expresiones peyorativas «respondían a su sentimiento real» y que, pese a su dureza, no resultaban «desproporcionadas con el mensaje que se transmitía ni el contexto de crítica», sin emplear palabras que escarnecieran ni humillaran, limitándose a expresar y denunciar, «en tono duro y crítico», pero con el aval de dictámenes médicos, una práctica médica de la que no se encontraba satisfecha («estaba mal, luego estaba peor, me han destrozado, no tenía nada de eso»).

Por su parte, el autor de los informes «se limitó en su pericia a evaluar un tratamiento médico, con crítica basada en opiniones de otros miembros de la comunidad científica». «A pesar de alguna frase irónica, no se advierte mofa ni vejación ni falta de apoyo en datos objetivos que respalden la crítica. Las expresiones utilizadas no sobrepasan el ámbito del derecho a la crítica y no constituyen una intromisión ilegítima del honor de los demandantes. Refleja una legítima discrepancia como médico y no contienen expresiones innecesarias a los fines de crítica de la actividad desarrollada».

Igualmente, la STS 23 de junio 2020 (P. Francisco Marín Casán, ECLI: ES: TS:2020:2008) no entendió que constituyeran una intromisión ilegítima en el derecho al honor las manifestaciones de un cliente respecto de sus abogados, en un escrito de queja ante el Colegio Profesional y en el contexto de un proceso de reclamación de honorarios, a los que se califica de estafadores, por reclamarle honorarios que, según él, no correspondían a servicios efectivamente prestados.

El Tribunal Supremo afirma que, «por más que algunas de esas expresiones, como la calificación de estafadores o la involucración de ambos profesionales en una supuesta estafa procesal, constituyeran evidentes excesos verbales, ninguna de ellas reviste la entidad lesiva suficiente como para apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el honor de los recurrentes, ya que no se aprecia ni desconexión funcional ni una desproporción manifiesta con la finalidad perseguida, que no fue otra que exponer una opinión crítica en defensa de los intereses que el demandado entendía perjudicados por la actuación profesional de quienes habían sido sus abogados».

Recalca, además, «la condición del demandado de lego en derecho que ejercía su propia defensa, lo que rebaja la intensidad ofensiva de sus expresiones en comparación con la que habrían tenido esas mismas expresiones en palabras o mediante escrito de un profesional del derecho, necesariamente conocedor del alcance y significado técnico-jurídicos de tales expresiones».

La STS 29 junio 2023 (P. María Ángeles Parra Lucán, ECLI: ES: TS:2023:3177) confirma que la mera presentación de un escrito (en este caso, dos) de queja a la Comisión de Deontología del Colegio Profesional, que es archivado, por sí misma, no implica una vulneración del derecho al honor del Abogado. Observa que «En el caso no hay intromisión en el derecho al honor porque, desde el punto de vista de la proporcionalidad, las quejas presentadas en el colegio no incorporan frases insultantes, ni utilizan términos inequívocamente denigrantes o vejatorios, sino que se limitan a

relatar unos hechos que estaban conectados con la opinión crítica sobre la actuación profesional del demandante y que a juicio de los demandados había perjudicado sus intereses».

Más recientemente, la STS 31 enero 2024 (P. Pedro José Vela Torres, ECLI: ES: TS:2024:332) observa que no constituye intromisión ilegítima en el derecho al honor la preocupación mostrada por la Presidenta de la AEAFA (Asociación Española de Abogados de Familia) en una reunión telemática con el Consejo General de la Abogacía y en la web de la propia asociación, por la circunstancia de que un abogado, al que se no identificaba, dedicado al Derecho de familia, publicitase sus servicios mediante rótulos sobre furgonetas (llamadas «divorcionetas») en los que ofrecía divorcios por 150 euros, advirtiendo de que «ese coste publicitado podía ser mucho mayor a poco que el proceso tuviera alguna complicación y que por ese precio difícilmente podía garantizarse la calidad de los servicios». El Tribunal Supremo concluye que «Se trata en todo caso de juicios de valor de carácter profesional dentro del ámbito de la competencia de la asociación demandada y de su presidenta».

Por el contrario, la STS 30 junio 2020 (P. Rafael Saraza Jimena, ECLI: ES: TS:2020:2062), que confirma la compatibilidad de una sanción colegial con una indemnización por vulneración del derecho al honor, tras afirmar que la libertad de expresión del abogado en sus intervenciones en un proceso judicial no es ilimitada, consideró ofensivas, por desproporcionadas y denigratorias, las expresiones que el Abogado demandado, en defensa de su cliente, había vertido en varios escritos contra el Abogado demandante, de quien se decía que actuaba «bajo los efectos de la intoxicación ética de una comida de más de 300 euros»; tras haberse referido a él como «abogado QC», se preguntaba «¿a qué es equivalente un QC, a un HP?»; se llamaba a sus asesores contables y asesores «mariachis» y «secuaces»; y se empleaba, además, de modo reiterado numerosas expresiones que entrañaban inequívocas imputaciones delictivas: «planteamiento criminal», «extorsión», «chantaje» o «amenazas».

La STS 20 julio 2020 (P. José Luis Seoane Spiegelberg, ECLI: ES: TS:2020:2519) apreció también la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la sociedades mercantiles demandantes, como consecuencia de la campaña de desprestigio realizada en un blog creado al efecto, constatando una intención, ya no solo de boicotear los productos que comercializaban las demandantes, sino de desprestigiar, vejar y vilipendiar la fama y crédito de las mismas, atribuyéndoles la condición de estafadoras, calificándolas como de sinvergüenzas, imputándoles el hecho de haber arruinado a sus clientes y familias y de emplear «malas artes

comerciales». La indemnización fue solamente de 10.000 euros, en atención a que la intromisión se había producido en un blog con escasos usuarios y a que la misma no había originado una disminución del número de ventas de las empresas demandantes.

La STS 12 diciembre 2023 (P. José Luis Seoane Spiegelberg, ECLI: ES: TS:2023:5383) consideró ilegítimos los comentarios vertidos en la página de Facebook de un club infantil de balonmano contra un árbitro, como consecuencia de la suspensión de un partido, al no considerar seguro que alguno de los jugadores compitiera con gafas, por no reputarlas aptas para la práctica deportiva.

Entendió que se habían usado expresiones que «sobrepasan los límites de la libertad de expresión para atentar frontalmente contra el honor del demandante y su dignidad como persona». A modo de ejemplo: «persona llena de frustraciones, y con uniforme es un peligro para los ciudadanos»; «tuvo una infancia muy jodida y después de adulto le sale todo ese odio que lleva dentro, me da pena el infeliz»; «yo creo que es eso... siempre le ha faltado amor, que alguien lo quiera y los 21 cm le vendrían de maravilla»; «el pobre es un enfermito, pocas luces, deberíamos hacer campaña para reunir dinero y pagarle un médico al subnormal este»; «a ese lo que le hace falta es amor... unos 21 cm».

Concluye que «los recurrentes no se limitaron a criticar la suspensión del partido de balonmano llevada a efecto por el demandante, en su condición de árbitro, sino que se dedicaron a descalificarlo en su esfera personal y también profesional como policía local, de forma absolutamente desproporcionada, por el significado objetivo de las frases proferidas y por la ausencia de vinculación con respecto a su actuación arbitral, en la que tampoco, además, tiene que soportar comentarios notoriamente vejatorios».

Condenó a los demandados al pago solidario de 18.000 euros y a la retirada de los comentarios lesivos.

3.2 En relación con la libertad de información

La exigencia de que concurra «cierto grado de intensidad» de la intromisión, cuando lo que se ejercita es la libertad de información, significa que los hechos de los que se informa, objetivamente, han de comportar una grave descalificación del prestigio profesional y por ende del honor de la persona a la que se refieren.

Es evidente que en el supuesto de hecho contemplado por la sentencia comentada los hechos imputados al demandante constituían un ataque a su prestigio profesional con suficiente entidad para afectar su derecho al honor. Ahora bien, la intromisión no era

ilegítima, porque –como se expondrá más adelante– estaba amparada por el ejercicio de la libertad de información en un asunto de interés general y aquella era veraz.

A la misma conclusión llegó la STS 9 julio 2004 (P. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, ECLI: ES: TS:2004:4982), si bien en un contexto distinto, considerando legítimos los artículos periodísticos en los que se daba noticia de la denuncia realizada por 55 alumnos contra un profesor universitario, de la subsiguiente investigación académica y de la no renovación de su contrato de Asociado, como consecuencia de haberse calificado negativamente la calidad de su docencia.

Dice, así, que las noticias reúnen los siguientes requisitos: «a) Hacen referencia a asuntos de relevancia pública-incidencia en materias de interés general como en el de la Enseñanza-. b) Afectaban a personas públicas, por lo menos en el ámbito de la docencia -un profesor- y c) No hay falta de veracidad en sus noticias».

IV. LAS REGLAS DE RESOLUCIÓN DE LA COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN (LA EXISTENCIA DE UN INTERÉS PÚBLICO EN CONOCER LOS HECHOS).

La jurisprudencia constitucional atribuye a la libertad de información una inicial preferencia sobre el derecho al honor, «en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático» [STC 240/1992, de 21 diciembre (RTC 1992\240)].

«Es doctrina constitucional reiterada que en los casos en los que exista un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, debe partirse de la premisa de que a través de este último derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político (...) De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática» [SSTC 104/1986, de 11 de junio (RTC 1986\104); 158/1986, de 15 de octubre (RTC 1986\158); 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990\105); 172/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990\172); 371/1993, de 13 de diciembre

(RTC 1993\371); 8/1995, de 22 de mayo (RTC 1995\78); y 21/2000, de 31 de enero (RTC 2000\21)].

No obstante, la preferencia sobre derecho al honor se supedita a la concurrencia de dos requisitos, «que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública» [STC 240/1992, de 21 diciembre (RTC 1992\240)].

Se exige, pues, «la concurrencia de dos requisitos inexcusables para que el ejercicio del derecho a la libre información goce de protección constitucional (...) a saber: que se trate de difundir información sobre un hecho noticioso o noticiable, por su interés público, y que la información sobre tales hechos sea veraz. En ausencia de alguno de ellos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada (o su protección está limitada) y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el art. 20.4 CE, singularmente y por lo que al caso atañe, los derechos fundamentales al honor y a la intimidad» [SSTC 139/2007, de 4 de junio (RTC 139\2007); y 129/2009, de 1 de junio (RTC 2009\129)].

Por lo tanto, la regla es que la libertad de información prevalece sobre el derecho al honor, exclusivamente, cuando aquélla versa sobre asuntos de interés público y es veraz.

Esta doctrina jurisprudencial se ha creado, fundamentalmente, en relación con el ejercicio de la información por parte de los medios de comunicación, pues «la protección constitucional de la libertad de información alcanza un máximo nivel cuando la libertad 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 154/1999, de 14 de septiembre (RTC 1999\154); 29/2009, de 26 de enero (RTC 2009\29); 129/2009, de 1 de junio (RTC 2009\129); y 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013\208)].

Ahora bien, es claro que esta doctrina jurisprudencial traspasa este estricto ámbito y es aplicable en todos los casos de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, cuando ésta satisface un interés general digno de protección.

Es, por ello, que la sentencia comentada considera aplicable dicha doctrina para resolver el conflicto, recordando que el sacrificio del derecho al honor requiere que la información «se refiera a asuntos de relevancia pública o interés general» y que «constituye

un requisito para que la libertad de información resulte amparada por la protección constitucional que sea veraz».

El Tribunal Supremo afirma el interés general de la información, haciendo suyos los razonamientos de la sentencia recurrida, que había deducido la relevancia pública de aquélla, «no solo porque existe un claro interés público en que se contrate a profesores universitarios idóneos sino también en cuanto contribuye al adecuado ejercicio del derecho al voto de los profesores integrantes del departamento», «así como a salvaguardar el principio de transparencia en el funcionamiento de los órganos universitarios en materias tan relevantes como el de la contratación del profesorado».

Este aspecto no fue discutido en el recurso de casación, en el que lo que el demandante y recurrente denunciaba era la falta de veracidad de la información.

V. EL DEBER DE VERACIDAD

Según se deduce del art. 20.1 d) CE, en la resolución del conflicto el sacrificio del derecho al honor exige que la información, además ser de interés público, sea veraz.

La jurisprudencia ha reiterado que el deber de veracidad no exige la total exactitud de lo que se transmite, sino que, como explica, entre otras muchas, la STC 158/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003\158), «el canon de la veracidad se cifra en la diligencia razonablemente exigible», por lo que «el objeto de su prueba no son los hechos en sí objeto de narración, sino aquellos hechos, datos o fuentes de información empleados, de los que se pueda inferir la verosimilitud de los hechos narrados».

En definitiva, lo que el deber de veracidad impone es la obligación de desplegar la diligencia propia de un correcto profesional en la averiguación de la verdad, lo que es también predicable cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, la información no la proporciona un medio de comunicación.

El Tribunal Supremo no alberga ninguna duda acerca de la veracidad de los hechos narrados en el informe, rechazando la pretensión del recurrente de que se considerara como única verdad la «formal», resultante del expediente disciplinario tramitado en la Universidad, en el que sólo se le había impuesto una sanción por inasistencia a un examen, respetando la valoración de los hechos realizada por la sentencia recurrida, que, con apoyo en otros medios

de prueba (fundamentalmente, testifical), había considerado demostrada la existencia de incumplimientos reiterados de las obligaciones docentes.

Así mismo, el Tribunal Supremo comparte el razonamiento de la sentencia recurrida de que, si bien alguno de los hechos narrados en el informe pudiera no ser totalmente exacto, sin embargo, las hipotéticas inexactitudes «no afectan a la esencia de la información y en todo caso se trataría de meras imprecisiones o inexactitudes carentes de entidad suficiente para entender vulnerado el derecho al honor del actor».

Hay que tener en cuenta que, con carácter general, el cumplimiento del deber de veracidad se juzga en atención a si la inexactitud ha desvirtuado de modo esencial la verdad de la información.

La STC 240/1992, de 21 diciembre (RTC 1992\240), observa, así, que «el informador [...] tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional»; y añade: «Puede que, pese a ello, la información resulte inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección [...] aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado».

En el caso litigioso se enjuiciaba un artículo del periódico «El País», que tenía como título «Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los desnudistas gallegos»; y un antetítulo en el que se decía que «Garrote en mano, el sacerdote lanzó al vecindario contra un campamento autorizado».

En él se informaba de que «El cura párroco de Hío, localidad perteneciente al municipio de Cangas, encabezó ayer a un grupo de vecinos del lugar de Viñó que, armados de palos y estacas, increparon y amenazaron a los nudistas acampados en la playa de Barra, mientras la Policía Municipal de Cangas procedía al levantamiento de parte de las tiendas de campaña allí instaladas».

Sin embargo, dos días después, se publicó en el mismo periódico otro artículo sobre la polémica entre vecinos y desnudistas en Cangas de Morrazo, en el que se decía que el párroco de Hío negaba toda participación en la polémica, afirmando el sacerdote no haber tenido «arte ni parte en el conflicto de los vecinos con los nudistas», y añadiendo: «Mucho menos garrote en mano; no es mi estilo la violencia».

El periódico, en definitiva, incurrió en una equivocación, pues el sacerdote en cuestión no era el párroco de Hío, sino el de Viñó; no obstante, se entendió cumplido el requisito de la veracidad, por

entenderse que se trataba de un error circunstancial que no afectaba a la esencia de lo informado.

La STS 24 febrero 2019 (P. Eduardo Baena, ECLI: ES: TS:2020:497) ha reiterado la idea de que el deber de veracidad no queda desvirtuado cuando el informador incurre en errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado.

En el caso litigioso, el demandante consideraba que la publicación en un periódico de un titular de una noticia, en el que se decía que había sido condenado por acoso laboral a una compañera de un centro educativo, había vulnerado su derecho al honor, por ser falso el hecho de su condena. En realidad, quien había sido condenada por responsabilidad patrimonial, mediante sentencia de la jurisdicción contenciosa, era la Administración Pública Autonómica de la que dependía el centro, por inactividad, al no haber tomado medidas eficaces contra el demandante para evitar el acoso.

No obstante, el Tribunal Supremo revoca la sentencia recurrida, por considerar que el error en que había incurrido la información llevada al titular de la noticia, consistente en atribuir al demandante la condición de «condenado», «por acoso (pese a que no había sido acusado ni condenado en ningún procedimiento, ni laboral ni penal, y ni tan siquiera había sido parte en el procedimiento de responsabilidad patrimonial) no tiene la entidad lesiva que la Audiencia le había atribuido, pues ha de valorarse como un error circunstancial, meramente accesorio, sin trascendencia para el núcleo de la información difundida».

VI. LA PROPORCIONALIDAD

La sentencia comentada pone de manifiesto la proporcionalidad entre la finalidad pretendida y el medio empleado.

Afirma que, en cuanto al contenido, contexto y circunstancias en que se produjo la difusión del informe, la sentencia recurrida constató que: «(i) la información versaba sobre la profesionalidad del actor, (ii) en el contexto de un expediente administrativo para la conversión del contrato que el actor tenía con la Universidad de Vigo como ayudante doctor en un contrato de doctor interino; (iii) la información no trascendió de ese ámbito administrativo; (iv) el informe fue elaborado por la demandada en su condición de secretaria de la Facultad en la que el actor desempeñaba su actividad profesional y a petición de un profesor miembro del Departamento que debía intervenir en la reunión convocada a los únicos efectos

de informar sobre la conversión del contrato del actor, y cuyo objeto era disponer de información para justificar su voto en esa reunión del Departamento; y (v) la información se hizo por un cauce legal, remitiéndola a la decana del Departamento a los solos efectos del citado expediente administrativo, sin que se hubiese difundido a personas ajenas a los miembros del Departamento que debían emitir el informe, y a los miembros de los órganos universitarios que debían resolver (Comité de Organización Académica y Profesorado y Junta de Gobierno de Universidad de Vigo)».

La proporcionalidad con que se produjo la intromisión en el derecho al honor del demandante fue esencial para considerarla legítima y amparada por el ejercicio de la libertad de información.

Basta comparar las circunstancias del caso enjuiciado con el conocido por la STS 20 septiembre 2020 (P. Pedro José Vela Torres, ECLI: ES: TS:2020:2937), que consideró contrario al derecho al honor la publicación en el espacio de la página web de una Universidad, dedicado a los Departamentos, del informe negativo de un Departamento respecto de la prórroga del contrato de trabajo de una profesora ayudante, así como la colocación en los tablones de anuncios del Departamento, de un Grado y de una Licenciatura de la Universidad de una «Carta abierta a la comunidad universitaria», firmada por la directora del Departamento y la mayoría de profesores del mismo en el que se mostraba el apoyo al informe negativo.

Afirma que «En el seno del expediente y en las reuniones de las autoridades y funcionarios encargados de emitir los correspondientes informes o dictámenes, son lícitas las menciones a la competencia profesional de los aspirantes, por críticas o desfavorables que puedan ser. Pero deben quedar reservadas para terceros no interesados».

Respecto a la publicación de la carta abierta, que «no se trata solo de una queja de carácter profesional, pues para ello hubiera bastado con citar el caso y la falta de atención del rector a la opinión de la mayoría de los profesores del departamento, sin necesidad de dar los datos personales de la afectada, sobre la que se verían graves sombras de incompetencia profesional»; y que, en todo caso, «el ámbito natural de conocimiento de esa carta hubiera sido el de los organismos universitarios competentes (rectorado, decanato de la facultad, claustro de profesores, comité de contratación, etc.), pero carecía de sentido que se colgara en la página web o en los tablones de anuncios», pues una cosa «es la transparencia en la gestión de los nombramientos de profesores y otra la divulgación indiscriminada de datos que pueden afectar a su reputación y buen nombre profesional».

Concluyó que «la publicación fuera de los cauces legalmente previstos de valoraciones de orden interno gravemente afectantes a la reputación profesional de la demandante» había constituido una vulneración de su derecho al honor, condenando a la Directora del Departamento al pago de una indemnización por daño moral de 10.000 euros.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 104/1986, de 11 de junio (RTC 1986\104).
- STC 158/1986, de 15 de octubre (RTC 1986\158).
- STC 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990\105).
- STC 172/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990\172).
- STC 40/1992, de 30 marzo (RTC 40\1992).
- STC 240/1992, de 21 diciembre (RTC 1992\240).
- STC 371/1993, de 13 de diciembre (RTC 1993\371).
- STC 8/1995, de 22 de mayo (RTC 1995\78).
- STC 154/1999, de 14 de septiembre (RTC 1999\154).
- STC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999\180).
- STC 21/2000, de 31 de enero (RTC 2000\21).
- STC 282/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000\282).
- STC 158/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003\158).
- STC 9/2007, de 15 de enero (RTC 9\2007).
- STC 139/2007, de 4 de junio (RTC 139\2007).
- STC 29/2009, de 26 de enero (RTC 2009\29).
- STC 129/2009, de 1 de junio (RTC 2009\129).
- STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013\208).

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 2 marzo 1989 (P. Juan Latour Brotons, ECLI: ES: TS:1989:1516).
- STS 16 junio 1989 (P. Juan Latour Brotons, ECLI: ES: TS:1989:3622).
- STS 9 julio 2004 (P. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, ECLI: ES: TS:2004:4982).
- STS 25 febrero 2015 (P. José Antonio Seijas Quintana, ECLI: ES: TS:2015:562).
- STS 24 febrero 2019 (P. Eduardo Baena, ECLI: ES: TS:2020:497).
- STS 7 noviembre 2019 (P. Rafael Saraza Jimena, ECLI: ES: TS:2019:3529).
- STS 22 enero 2020 (P. María de los Ángeles Parra Lucán, ECLI: ES: TS:2020:143).
- STS 23 de junio 2020 (P. Francisco Marín Castán, ECLI: ES: TS:2020:2008).

- STS 30 junio 2020 (P. Rafael Saraza Jimena, ECLI: ES: TS:2020:2062).
- STS 15 julio 2020 (P. Juan María Díaz Fraile, ECLI: ES: TS:2020:2625).
- STS 20 julio 2020 (P. José Luis Seoane Spiegelberg, ECLI: ES: TS:2020:2519).
- STS 20 septiembre 2020 (P. Pedro José Vela Torres, ECLI: ES: TS:2020:2937).
- STS 29 junio 2023 (P. María Ángeles Parra Lucán, ECLI: ES: TS:2023:3177).
- STS 12 diciembre 2023 (P. José Luis Seoane Spiegelberg, ECLI: ES: TS:2023:5383).
- STS 31 enero 2024 (P. Pedro José Vela Torres, ECLI: ES: TS:2024:332).

¿El Tribunal de Justicia de la Unión Europea castiga al pasajero diligente y –también– al derrotista? Comentario a las sentencias del TJUE de 25 de enero de 2024, en los asuntos C-474/22 *Laudamotion c. Flightright* y C-54/23 *W.Y.c. Laudamotion y Ryanair*

PALOMA GONZÁLEZ BELUCHE

Investigadora predoctoral FPI de Derecho civil
Universidad Carlos III De Madrid

RESUMEN

*En las resoluciones comentadas (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2024; asuntos C-474/22 y C-54/23), el Alto Tribunal europeo, dando respuesta a distintas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Federal alemán, se pronuncia de nuevo sobre el controvertido derecho de los pasajeros a ser compensados cuando sus vuelos sufren un retraso de tres o más horas; y, en claro retroceso a la doctrina jurisprudencial consolidada (STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon* y otros y sentencias posteriores), niega, a nuestro parecer injustamente, la compensación a dos viajeros cuyos vuelos llegaron a destino con más de tres horas de demora.*

PALABRAS CLAVE

Transporte aéreo de pasajeros, Reglamento 261/2004, derecho a compensación, protección del pasajero aéreo, gran retraso.

Does the Court of Justice of the European Union punish the diligent passenger and –also– the defeatist? Commentary on the Decisions of the CJEU of January 25, 2024, in cases C-474/22 *Laudamotion v. Flightright* and C-54/23 *Laudamotion and Ryanair*

ABSTRACT

In the aforementioned decisions (judgments of the Court of Justice of the European Union 25 January 2024; cases C-474/22 and C-54/23), the European Court, responding to different preliminary questions raised by the German Federal Court, decides again on the controversial right of passengers to be compensated when their flights are affected by a delay of three or more hours; and, in clear regression to the consolidated jurisprudential doctrine (STJUE 19 November 2009, Sturgeon and others and subsequent rulings), in our view unfairly denies compensation to two travelers whose flights arrived at their destination more than three hours late.

KEYWORDS

Passenger air transport, Regulation 261/2004, right to compensation, air passenger protection, long delay.

SUMARIO: I. Introducción: 1. El Reglamento (CE) Núm. 261/2004 y la especial protección de los pasajeros que vuelan en la UE. 2. Sobre el derecho de los pasajeros a recibir la compensación prevista en el Reglamento (CE) Núm. 261/2004: cancelación y denegación de embarque como supuestos -originalmente- merecedores de compensación. 3. Sobre la incorporación jurisprudencial del *retraso superior a tres horas* a los supuestos merecedores de compensación automática.–II. Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024, *Laudamotion* y *Ryanair*, asunto C-54/23: 1. Exposición de hechos y cuestiones prejudiciales planteadas. 2. Respuesta del TJUE.–III. Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024, *Laudamotion c. Flightright*, asunto C-474/22: 1. Exposición de hechos y cuestiones prejudiciales planteadas. 2. Respuesta del TJUE.–IV. Reflexión y crítica: 1. Retroceso en la equiparación del gran retraso a la cancelación. 2. La cuestionable «pérdida personal de tiempo» como única molestia indemnizable por el -ya no automático- derecho a compensación. 3. Crítica a la exigencia de que la pérdida de tiempo deba sufrirse en el aeropuerto. 4. Sobre la procedencia del pago de la compensación, la reclamación de otros perjuicios y la desincentivación de la mitigación del daño.–V. Conclusiones.–Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente comentario se analizan dos recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de enero de 2024 (asuntos C-474/22 y C-54/23) sobre el derecho a compensación de los pasajeros cuyos vuelos sufren un gran retraso. Estas resoluciones difieren, a nuestro parecer, de la doctrina jurisprudencial consolidada hasta la fecha e implican una regresión en la protección de los derechos de los pasajeros aéreos.

Con carácter previo al análisis de estos pronunciamientos, conviene realizar una breve revisión del régimen jurídico del contrato de transporte aéreo de pasajeros¹. En virtud de este contrato una parte, el transportista o porteador, se compromete a trasladar por vía aérea al viajero y a su equipaje de un lugar a otro, a cambio de un precio y conforme a las condiciones pactadas². Se considera un contrato de obra y, como tal, incorpora una obligación de resultado: transportar al pasajero de un punto a otro en los términos y el horario convenidos³. Ahora bien, en la ejecución de estos contratos, no es infrecuente que no se respeten los términos acordados. Cuando esto ocurre, los pasajeros que hayan sufrido daños pueden reclamar la responsabilidad del transportista en virtud de distintas normas, nacionales e internacionales y, en particular en el entorno europeo, pueden acudir a una *lex specialis*⁴ que pretende garantizar en determinadas circunstancias los derechos mínimos de los pasajeros: el Reglamento (CE) Núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos⁵.

1. EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 261/2004 Y LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS PASAJEROS QUE VUELAN EN LA UNIÓN EUROPEA.

Todos los que hemos sido usuarios de servicios aéreos hemos sufrido –con total seguridad, en más de una ocasión– la cancelación de un vuelo, retrasos o, incluso, una denegación de embarque;

¹ Considerado un subtipo dentro del género de «contrato de transporte aéreo». LUONGO, 2015, p. 95.

² ZUBIRI DE SALINAS, 2017, pp. 315-352.

³ LUONGO, 2015, p. 96.

⁴ SIERRA NOGUERO, 2023, p. 24.

⁵ «DOUE» núm. 46, de 17 de febrero de 2004, pp. 1-7.

y, previsiblemente, el aumento del tráfico aéreo⁶ no va a aliviar esta problemática⁷. Estas *prácticas indeseables*⁸ de las compañías aéreas o, más bien, la voluntad de reducir la frecuencia con la que acontecían, junto con la intención de dotar de una protección especial a los pasajeros de la UE fueron los motivos que llevaron al legislador europeo, hace ya dos décadas, a elaborar el Reglamento (CE) Núm. 261/2004 (en adelante, el «Reglamento»).

Este instrumento legislativo⁹ tiene como objetivo principal *garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros* (cdo. 1) y, para ello, reconoce los *derechos mínimos que [les] asistirán (...)* *en caso de denegación de embarque contra su voluntad, cancelación o retraso de su vuelo* (art. 1 y cdos. 3 y 4) asumiendo que estos frecuentes e incómodos incidentes ocasionan *graves trastornos y molestias* (cdo. 2).

Para poder beneficiarse de las disposiciones del Reglamento, el pasajero debe estar incluido en su ámbito de aplicación; para ello, debe haber partido *de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro* (art. 3.1.a) o *de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro* cuando el transportista aéreo sea comunitario (art. 3.1.b)¹⁰ y, además, para que el Reglamento se aplique se exige que los pasajeros o bien –y citamos textualmente– *dispongan de una reserva confirmada en el vuelo de que se trata y, excepto en el caso de cancelación mencionado en el artículo 5, se presenten a factura-*

⁶ El informe anual de 2023 realizado por AENA -aún provisional- señala un incremento en el tráfico aéreo de pasajeros de un 16,2% respecto a 2022. Disponible en: <https://www.aena.es/es/estadisticas/informes-anales.html>.

⁷ Es muy significativo, especialmente a efectos presente comentario, que distintos medios de comunicación hayan cifrado en un 25% el número de vuelos que salieron con retraso desde España en 2023 (entre otros: <https://www.infobae.com/espana/agencias/2024/01/23/un-cuarto-de-los-vuelos-que-salieron-de-espana-en-2023-lo-hicieron-con-retraso/>; <https://www.telemadrid.es/noticias/sociedad/Un-25-de-los-vuelos-que-salieron-de-Espana-en-2023-lo-hicieron-con-retraso-0-2636136426--20240123104140.html>); Sin duda estas elevadas cifras cumplen con las predicciones de la doctrina, que ya afirmaba en 2015 que el crecimiento exponencial del transporte por vía aérea provocaría que las cuestiones relacionadas con retrasos serían las que cada vez con más frecuencia afectasen a los usuarios. LUONGO, 2015, p. 125.

⁸ PETIT LAVALL, 2013, pp. 1241-1265.

⁹ Que sustituyó al Reglamento (CEE) n.º 295/91 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, *por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*, «DOCE» núm. 36, de 8 de febrero de 1991, pp. 5 a 7, que fue modificado por Reglamento (CE) n.º 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, *por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente*, «DOCE» núm. 140, de 30 de mayo de 2002, pp. 2 a 5. En general sobre las normas del mercado del transporte aéreo: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/131/el-mercado-aereo-normas-del-mercado>.

¹⁰ Salvo que disfruten de beneficios y asistencia en ese tercer país.

ción en determinadas condiciones (art. 3.2.a)¹¹, o bien *hayan sido transbordados por un transportista aéreo u operador turístico del vuelo para el que disponían de una reserva a otro vuelo* (art. 3.2.b).

Realizada esta primera y necesaria puntualización sobre el ámbito de aplicación objetivo (territorial) y subjetivo del Reglamento, procede describir las diversas situaciones que esta *lex specialis* contempla e identificar los derechos mínimos que, en cada una de ellas, se otorga a los pasajeros *versus* las obligaciones que se hacen recaer sobre los transportistas aéreos.

El Reglamento reconoce tres escenarios distintos. En primer lugar, la *denegación de embarque*: una situación involuntaria para el pasajero en la que la aerolínea le impide acceder al vuelo (cdos. 9 y 10). Esta negativa, como expresa el artículo 2.j)¹², puede tener su causa en razones de salud, seguridad, falta de documentación (v.gr. DNI o pasaporte vencido o carencia de visado para viajar al destino) pero, más allá de estos motivos que la justifican¹³, puede estar ocasionada por la sobreventa de pasajes u otras causas¹⁴. La mayor parte de las veces, esta situación es provocada por una práctica llevada a cabo por las aerolíneas, el conocido «*overbooking*», que consiste en la aceptación de más reservas que plazas disponibles. Esto es, la compañía realiza una venta excesiva de billetes en relación al número de viajeros que puede en realidad transportar el avión, siéndole factible decidir a posteriori, y arbitrariamente, qué pasajeros – que, recuérdese, ya han comprado y pagado su billete– «se quedan en tierra». Pese a todo, se considera una práctica comercial legal que pretende optimizar al máximo el espacio del que dispone la aeronave; contemplando el riesgo de que algún viajero pueda tener un imprevisto que le impida volar, se permite a la aerolínea vender más asientos de los que dispone aun a costa de los perjuicios que pueda ocasionar a aquel viajero al que le deniega el embarque¹⁵. Nótese, en todo caso, que el TJUE ha hecho una interpretación extensiva de este concepto, incrementando la protección de los

¹¹ En concreto, continúa el artículo 3 del Reglamento, deben presentarse a facturación *en las condiciones requeridas y a la hora indicada previamente y por escrito (inclusively por medios electrónicos) por el transportista aéreo, el operador turístico o un agente de viajes autorizado, o bien, de no indicarse hora alguna, con una antelación mínima de cuarenta y cinco minutos respecto de la hora de salida anunciada.*

¹² El artículo 2. J) del Reglamento la define como: «*la negativa a transportar pasajeros en un vuelo, pese a haberse presentado al embarque en las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 3, salvo que haya motivos razonables para denegar su embarque, tales como razones de salud o de seguridad o la presentación de documentos de viaje inadecuados.*»

¹³ Es decir, la denegación de embarque por estos motivos se considera justificada, por lo que no es relevante a efectos de las previsiones del Reglamento (entre otras, art. 7). SIERRA NOGUERO, 2013, p. 62.

¹⁴ Por ejemplo, por motivos operacionales (huelga del personal del aeropuerto). Véase: STJUE 4 octubre 2012, *Finnair*, C-22/11, ECLI: EU: C:2012:604.

¹⁵ Sobre el tema puede verse: FERRER TAPIA, 2013, pp. 276 y ss.

pasajeros y, actualmente, en esta noción también quedan comprendidos, entre otros, aquellos casos en los que se impide a los pasajeros embarcar en alguno de los vuelos que deban tomar para llegar a su destino, tras haber comenzado el viaje, cuando formen parte de un contrato único de transporte¹⁶, así como también los supuestos en los que *anticipadamente* se deniegue el embarque al pasajero¹⁷.

En segundo término, se contempla la *cancelación* como aquella situación en la que el vuelo previsto –y en el que, por lo menos, se tenía una plaza reservada– no se emprende¹⁸. Este concepto ha sido igualmente interpretado en sentido amplio considerándose que también hay cancelación, incluso, si el vuelo despegó, pero debe regresar al aeropuerto por problemas técnicos¹⁹ o si aterriza en un aeropuerto distinto del inicialmente previsto que no pertenezca a la misma ciudad o región tras desviarse²⁰.

Finalmente, se menciona en el Reglamento el supuesto de *retraso*²¹. Este término, aunque carece en el Reglamento de definición legal, es conceptualizado por la doctrina como «una dilación temporal con respecto al cumplimiento de horarios (y llegado el caso también de fechas) para la llegada al punto de destino previsto en el contrato que instituye el transporte en cuestión»²² o, en términos más sencillos, como la «llegada impuntual al lugar de destino»²³.

¹⁶ A raíz de un caso resuelto por el TJUE, en el que existía un contrato de transporte único con diferentes reservas en vuelos sucesivos –para los que se había realizado una facturación simultánea– y, tras el retraso del primer vuelo, la compañía aérea impidió a los pasajeros embarcar en el segundo porque otras personas habían ocupado sus sitios al haber previsto –erróneamente– que aquellos no llegarían a tiempo. STJUE 4 octubre 2012, *Rodríguez Cachafeiro y Martínez-Reboredo Varela-Villamor*, C-321/11, ECLI: EU: C:2012:609.

¹⁷ Así se resolvió en la STJUE 26 octubre 2023, *FW y LATAM Airlines Group SA*, C238/22, ECLI: EU: C:2023:815; en este caso, el pasajero F. W. reservó, con Latam Airlines, vuelos de ida y vuelta entre Fráncfort y Madrid. Si bien el vuelo de ida estaba programado el 22 de diciembre de 2017, cuando F. W. trató de facturar en línea en el vuelo de ida el 21 de diciembre de 2017, no pudo, por lo que contactó con Latam Airlines. La aerolínea le indicó que había modificado su reserva *unilateralmente y sin informarla previamente*, transbordándola a un vuelo anterior, que se había realizado el 20 de diciembre de 2017. En este contexto, el TJUE concedió que se trataba de una denegación *anticipada* de embarque y que excluirla de la noción de «denegación de embarque» (art. 2.j Reglamento) menoscabaría considerablemente la protección que el referido Reglamento otorga a los pasajeros.

¹⁸ Según el artículo 2.l) se entiende por tal «la no realización de un vuelo programado y en el que había reservada al menos una plaza».

¹⁹ Véase: STJUE 13 octubre 2011, *Sousa Rodríguez y otros*, C-83/10, ECLI: EU: C:2011:652.

²⁰ En este sentido: Auto TJUE 6 octubre 2021, *TUIfly*, C-253/21, ECLI: EU: C:2021:840. En cambio, cuando el vuelo desviado aterriza en un aeropuerto distinto, pero en la misma ciudad o región, no se puede conferir al pasajero un derecho a compensación por cancelación, al respecto: STJUE 22 abril 2021, *Austrian Airlines AG*, C-826/19, ECLI: EU: C:2021:318.

²¹ En el Reglamento se habla del supuesto de «retraso» a partir de las *dos* horas a efectos de la obligación del transportista de informar a los pasajeros de sus derechos (art. 14) o del derecho de los pasajeros a recibir asistencia (arts. 6 y 9).

²² LUONGO, 2015, p. 96. En sentido similar, también es definido como el cumplimiento extemporáneo del contrato de transporte. PAZOS CASTRO, 2023, p. 213.

²³ FERRER TAPIA, 2013, p. 234.

Obsérvese en este punto que existen posiciones enfrentadas entre los autores acerca de cuál ha de ser jurídicamente la calificación de este «retraso»: frente a la tesis de que se trata de «*un supuesto de cumplimiento defectuoso de la obligación de transporte asumida por el encargo de realizar el vuelo, que se lleva a cabo, aunque en un momento distinto del pactado*»²⁴, hay quien defiende que, dada la naturaleza del contrato de transporte aéreo donde precisamente la elección del medio de transporte se hace por su puntualidad y rapidez, debe calificarse directamente como incumplimiento total²⁵.

Pues bien, dejando al margen cuál sea la correcta calificación jurídica de esta última situación descrita²⁶, lo cierto es que en las tres citadas circunstancias se impone a los transportistas una serie de *obligaciones asistenciales*. Así, cuando denieguen el embarque a un pasajero en contra de su voluntad sin motivos razonables (art. 4), al igual que en caso de cancelación (art. 5) o de retraso superior a dos horas (art. 6), los transportistas deben satisfacer el derecho de los pasajeros a: (1) ser informados (art. 14)²⁷, (2) recibir atención mediante alojamiento, comida o refrescos y comunicaciones gratuitas (art. 9)²⁸ y (3) obtener el reembolso del billete o un transporte alternativo en determinadas circunstancias (art. 8)²⁹.

²⁴ Y distinto, por tanto, «*de los supuestos de denegación y embarque, en los que la prestación directamente no se ejecuta*» en FERRER TAPIA, 2013, p. 234.

²⁵ En este sentido: PETIT LAVALL, 2014, p. 632.

²⁶ En nuestra opinión, en la elección del transporte aéreo tiene un peso importante el deseo del pasajero de llegar con celeridad a destino; por ello, creemos que un criterio acertado para distinguir el cumplimiento defectuoso del incumplimiento puede ser la duración de tal retraso.

²⁷ El artículo 14 del Reglamento prevé que: «1. El transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo velará por que en el mostrador de facturación se exponga, de forma claramente visible para los pasajeros, un anuncio (...) 2. El transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que deniegue el embarque o cancele un vuelo deberá proporcionar a cada uno de los pasajeros afectados un impreso en el que se indiquen las normas en materia de compensación y asistencia con arreglo al presente Reglamento. También deberá proporcionar un impreso equivalente a cada uno de los pasajeros afectados por un retraso de al menos dos horas (...).»

²⁸ Según el artículo 9 del Reglamento: «1. Cuando se haga referencia a este artículo, se ofrecerá gratuitamente a los pasajeros: a) comida y refrescos suficientes (...); b) alojamiento en un hotel en los casos: - en que sea necesario pernoctar una o varias noches, o - en que sea necesaria una estancia adicional a la prevista por el pasajero; c) transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento (hotel u otros). 2. Además, se ofrecerán a los pasajeros gratuitamente dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos (...).»

²⁹ De acuerdo con el artículo 8 del Reglamento: «1. Cuando se haga referencia a este artículo, se ofrecerán a los pasajeros las opciones siguientes: a) - el reembolso en siete días, (...), del coste íntegro del billete en el precio al que se compró, correspondiente a la parte o partes del viaje no efectuadas y a la parte o partes del viaje efectuadas, si el vuelo ya no tiene razón de ser en relación con el plan de viaje inicial del pasajero, junto con, cuando proceda: - un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible; b) la conducción hasta el destino final en condiciones de transporte comparables, lo más rápidamente posible, o c) la conducción hasta el destino final, en condiciones de transporte comparables, en una fecha posterior que convenga al pasajero (...).»

Y, adicionalmente, en dos de estos supuestos –en concreto, en caso de *denegación de embarque en contra de la voluntad del pasajero* (art. 4.3) o en caso de *cancelación de vuelo* (art. 5.1)– en el Reglamento se reconoce al pasajero afectado el derecho a reclamar una compensación (art. 7). Veamos, a continuación, de forma detallada cuándo juega este derecho y cuál es su alcance.

2. SOBRE EL DERECHO DE LOS PASAJEROS A RECIBIR LA COMPENSACIÓN PREVISTA EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 261/2004: CANCELACIÓN Y DENEGACIÓN DE EMBARQUE COMO SUPUESTOS –ORIGINALMENTE– MERECEDORES DE COMPENSACIÓN.

De acuerdo con la literalidad del Reglamento, cuando un pasajero se ve afectado por una *denegación de embarque* –salvo que exista un motivo razonable o voluntariamente la haya aceptado a cambio de una contraprestación acordada (art. 4)³⁰– o por una *cancelación de vuelo* –excepto si ésta ha sido comunicada con la antelación suficiente y se ha ofrecido al pasajero un vuelo alternativo dentro de unos límites horarios (art. 5.1.c)³¹ o si se debe a alguna circunstancia extraordinaria inevitable y probada (art. 5.3)³²–, tiene derecho a reclamar una compensación por el

³⁰ De acuerdo con el artículo 4: «1. Cuando un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo prevea que tendrá que denegar el embarque en un vuelo, deberá, en primer lugar, pedir que se presenten voluntarios que renuncien a sus reservas a cambio de determinados beneficios, en las condiciones que acuerden el pasajero interesado y el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo (...) 3. En caso de que deniegue el embarque a los pasajeros contra la voluntad de éstos, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo deberá compensarles inmediatamente de conformidad con el artículo 7».

³¹ Según el artículo 5: «1. En caso de cancelación de un vuelo: (...) c) los pasajeros afectados tendrán derecho a una compensación por parte del transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo conforme al artículo 7, a menos que: i) se les informe de la cancelación al menos con dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista, o ii) se les informe de la cancelación con una antelación de entre dos semanas y siete días con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca un transporte alternativo que les permita salir con no más de dos horas de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar a su destino final con menos de cuatro horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista, o iii) se les informe de la cancelación con menos de siete días de antelación con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca tomar otro vuelo que les permita salir con no más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar a su destino final con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista».

³² Continúa el artículo 5: «3. Un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo no está obligado a pagar una compensación conforme al artículo 7 si puede probar que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables». Ahora bien, aunque el pasajero no tenga derecho a la compensación automática, es posible que el transportista siga teniendo otras obligaciones frente a él. Por ejemplo, en caso de cancelación de un vuelo por circunstancias extraordinarias, deberá hacer frente a sus obligaciones asistenciales

*incumplimiento contractual grave*³³ del transportista de su obligación de desplazar al viajero en los términos pactados entre los aeropuertos de origen y destino.

Se trata de una indemnización *a tanto alzado*³⁴ (cuya cuantía varía según la distancia del vuelo: 250 euros para vuelos de hasta 1.500 km, 400 euros para vuelos intracomunitarios de más de 1.500 km y el resto entre 1.500 y 3.000 km y 600 euros para los demás³⁵) que el pasajero tiene derecho a recibir sin necesidad de acreditar los concretos daños sufridos, ni –en teoría– acudir a los tribunales, evitando así los inconvenientes que eso implica (v.gr. pago de honorarios de abogados, tiempo de espera hasta que la sentencia es dictada, etc.)³⁶ por las molestias que –se presume³⁷– cualquier persona en tal tesitura sufre (v.gr. pérdida de tiempo, incomodidad por no poder gestionar sus asuntos personales o profesionales como tenía previsto, etc.³⁸).

No obstante, sin perjuicio de lo anterior³⁹, cuando –igualmente derivado del incumplimiento contractual– el afectado haya sufrido otros perjuicios de carácter individual (v.gr. daños patrimoniales por la pérdida de días de salario o de una cita profesional, daños morales por no haber podido estar presente en un evento familiar...) ⁴⁰ también podrá reclamarlos, dado que la compensación es una medida reparadora estándar compatible con otras indemnizaciones

frente al pasajero que no ha podido volar. Así se determinó en la STJUE 31 enero 2013, *McDonagh*, C12/11, ECLI: EU: C:2013:43, tras la reclamación (de aproximadamente 1.200 euros por los gastos en los que había incurrido en restauración y locomoción) de la Sra. McDonagh frente a Ryanair por no haberle prestado la asistencia prevista (en esencia, comida, alojamiento y transporte) en los artículos 5.1.b) y 9 del Reglamento n.º 261/2004 tras la erupción del volcán islandés Eyjafjallajökull que provocó la cancelación de su vuelo. *Vid.* CORREIA, *Issues in Aviation Law and Policy*, 2014, pp. 245-278.

³³ Coincidimos en este sentido con aquellos autores que afirman que la compensación económica se reserva a supuestos de incumplimiento grave: SIERRA NOGUERO, 2023, p. 60.

³⁴ Así se refiere a ellas el TJUE, entre otras en la STJUE 10 marzo 2016, *Flight Refund*, C-94/14, ECLI: EU: C:2016:148, párrafo 45.

³⁵ Aunque se prevé una reducción del 50% de las cuantías si la compañía ofrece un transporte alternativo que permita al pasajero alcanzar su destino en un determinado número de horas (art. 7.2 Reglamento).

³⁶ FERRER TAPIA, 2013, pp. 242-243. También en este sentido: STJUE 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, C-344/04, ECLI: EU: C:2006:10, párrafo 45.

³⁷ SIERRA NOGUERO, 2023, pp. 24-29.

³⁸ El TJUE entiende incluidas entre las molestias que los pasajeros sufren: la pérdida de tiempo, las incomodidades o el verse privado temporalmente de medios de comunicación de los que habitualmente dispone. Véase: STJUE 23 octubre 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, ECLI: EU: C:2012:657, párrafo 51.

³⁹ La doctrina expresa con claridad que la compensación del Reglamento puede entenderse como «*liquidated damages*» o daños mínimos. RIESENHUBER, *ERCL*, 2010, pp. 386-387.

⁴⁰ Distintos de las molestias causadas y compensadas de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento. NADAL GÓMEZ, 2015, p. 155.

suplementarias (art. 12)⁴¹. Si bien, estos perjuicios individuales tendrán que ser reclamados bajo la cobertura de otras normas, nacionales o internacionales, aplicables en materia de responsabilidad por servicios aéreos (v.gr. el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999⁴² o las reglas generales de responsabilidad de los Estados miembros).

En suma, en el Reglamento se prevé que el afectado por una *cancelación* o por una *denegación de embarque* sea indemnizado primeramente⁴³ con la compensación prevista en el Reglamento por las molestias que *se presume* ha soportado al enfrentarse a tales incidentes⁴⁴; y, además, podrá ser indemnizado con posterioridad al ejercitar judicialmente la acción que corresponda, una vez haya acreditado la totalidad de los daños sufridos por el incumplimiento contractual, al amparo de otras normas.

Ahora bien, aunque explícitamente la regulación sólo reconoce el derecho a compensación en caso de cancelación de vuelo o denegación de embarque, por vía jurisprudencial se extendió también – como detallaremos a continuación– este derecho a los pasajeros afectados por un retraso superior a tres horas.

⁴¹ Así lo reconoce el artículo 12: «*El presente reglamento se aplicará sin perjuicio de los derechos del pasajero a obtener una compensación complementaria. La compensación que se conceda con arreglo al presente Reglamento podrá deducirse de la misma*».

⁴² Desde su publicación, el Reglamento Núm. 261/2004 ha sido una norma muy cuestionada, especialmente por los transportistas aéreos. La Asociación Internacional de Transporte aéreo («IATA») junto con la Asociación de Aerolíneas Europeas de Bajo Coste («ELFAA») rápidamente pusieron en duda que el legislador europeo pudiera regular determinadas cuestiones en materia de transporte, cuando ya existían otras normas internacionales y nacionales que regulaban la responsabilidad del transportista aéreo (v.gr. el Convenio de Montreal que regula la responsabilidad del transportista aéreo por daños a las personas, a las mercancías y el incumplimiento de horarios). Tales críticas fueron respondidas por el Alto Tribunal Europeo en la STJUE 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, C-344/04, ECLI: EU: C:2006:10, donde aclaró que la existencia de otras normas internacionales –como el Convenio de Montreal– no constituía un obstáculo para que el legislador comunitario pudiese «*determinar, en el marco de las competencias atribuidas a la Comunidad en materia de transporte y protección de los consumidores, las condiciones en que conviene reparar los perjuicios relacionados con las molestias* [en determinados supuestos como retrasos, cancelaciones de vuelos o denegaciones de embarque]».

⁴³ Así, la obligación de compensación derivada del Reglamento complementa al artículo 29 del Convenio de Montreal «*en la medida en que se sitúa en un momento previo al que resulta de lo dispuesto en este artículo*». STJUE 23 octubre 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, ECLI: EU: C:2012:657 (párrafo 58) y STJUE 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, C-344/04, ECLI: EU: C:2006:10 (párrafo 46). Esto es, que el régimen del Reglamento corresponde «*a una etapa anterior a la contemplada por el Convenio de Montreal y es, por tanto, autónomo con respecto al régimen establecido por éste*». STJUE 22 noviembre 2012, *Joan Cuadrench Moré / Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV*, C139/11, ECLI: EU: C:2012:741.

⁴⁴ Apodada por la doctrina francesa «*indemnisation forfaitaire*». Por todos, DOUVILLE, 2019, pp. 101 y ss.

3. SOBRE LA INCORPORACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL *RETRASO SUPERIOR A TRES HORAS* A LOS SUPUESTOS MERECEDORES DE COMPENSACIÓN AUTOMÁTICA

En un contexto de prácticas abusivas de las compañías aéreas⁴⁵, el TJUE, en su Sentencia de 19 de noviembre de 2009 –*Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716– determinó que, por identidad de razón, los casos de *retraso de vuelo de tres o más horas* debían incluirse, junto a los supuestos de *cancelación* y *denegación de embarque*, entre los supuestos merecedores del derecho a compensación previsto en el artículo 7:

En este pronunciamiento, el TJUE resolvió dos asuntos acumulados. Por un lado, el de la familia *Sturgeon* que, habiendo acudido al aeropuerto el 9 de julio de 2005 para volar de Fráncfort a Toronto (llegaron incluso a facturar las maletas), sufrió la anulación de su vuelo, lo que les obligó a pernoctar en un hotel y a esperar en el mostrador de otra compañía hasta que, al día siguiente con otro vuelo, aunque bajo la misma reserva, pudieron finalmente volar, llegando a destino con 25 horas de retraso. Y, por otro, el caso del Sr. *Bock* y la Sra. *Lepuschitz*, quienes tenían una reserva confirmada para volar de México a Viena (con escala en París) el 7 de marzo de 2005 y, a su llegada al aeropuerto, fueron informados de que el vuelo no saldría; tras ello, les ofrecieron ser embarcados en otro vuelo de la compañía Continental Airlines a la mañana siguiente; lo que el Sr. *Bock* y la Sra. *Lepuschitz* aceptaron y terminaron llegando con 22 horas de retraso.

En ambos supuestos, los respectivos reclamantes solicitaron la compensación automática de 600 euros prevista en el Reglamento para el caso de cancelación de vuelo. Frente a su reclamación, las aerolíneas, tanto Condor (que alegó distintas excusas: primero, que el retraso había sido producido por el paso de un huracán, más tarde, por problemas técnicos del avión y, finalmente, por una indisposición de la tripulación) como Air France (que puso de relieve que el resto de pasajeros del vuelo original que no aceptaron el vuelo alternativo de Continental Airlines, fueron embarca-

⁴⁵ Entre otras, aquella consistente en «mantener el mismo número de vuelo, pero cambiar la fecha de salida, por ejemplo, al día siguiente» para evitar pagar la compensación prevista para supuestos de cancelación alegando que se trataba de un retraso. FERRER TAPIA, 2013, p. 235.

dos con retraso en el vuelo de Air France al día siguiente) argumentaron, con la finalidad de no pagar la compensación, que ambos vuelos habían sufrido un retraso –recorremos, de 25 y 22 horas– y no una cancelación.

En este contexto, el TJUE, pese a que subrayó que los *cancelados* y los *retrasados* constituían dos categorías distintas de vuelos, concluyó que los pasajeros cuyos vuelos sufrieran un *gran retraso de 3 o más horas*, debían equipararse a los pasajeros de vuelos cancelados a efectos del derecho de compensación previsto en el artículo 7. Lo hizo con base en el siguiente razonamiento: «*Habida cuenta del objetivo del Reglamento n.º261/2004 que consiste en reforzar la protección de los pasajeros aéreos, reparando los perjuicios causados a los interesados durante el transporte aéreo, las situaciones comprendidas en dicho Reglamento deben compararse, en particular, en función del tipo y la importancia de los diferentes trastornos y molestias sufridos por los pasajeros de que se trate [...] En el presente caso debe compararse la situación de los pasajeros de vuelos que hayan sufrido retraso y la de los pasajeros de vuelos cancelados [...] porque el mencionado perjuicio lo sufren tanto los pasajeros de vuelos cancelados como los pasajeros de vuelos retrasados*» (párrafos 49 a 54) y, en virtud de lo anterior declaró que los pasajeros de vuelos retrasados también podían invocar el derecho a compensación previsto en el artículo 7, ya que, de lo contrario, se estaría menoscabando el principio de igualdad de trato; lo que con mayor motivo no debía suceder cuando el objetivo del Reglamento era ampliar la protección de todos los pasajeros aéreos (párrafo 60).

Y, aunque algunas voces se han alzado en contra⁴⁶ de los argumentos aducidos por el TJUE y sus conclusiones en esta sentencia,

⁴⁶ Nótese que no desconocemos que hay motivos razonables para la crítica de la sentencia Sturgeon; un sector de la doctrina ha señalado entre otras cuestiones: la inadecuada asunción que hace el TJUE de tareas propias del legislador (véase MENDES DE LEON, 2022, pp. 328-329, RIESENHUBER, *ERCL*, 2010, pp. 384-408. ARNOLD, MENDES DE LEON, *Air and Space Law*, 2010, pp. 94-112. y ss., HAANAPPEL, *ZLW*, 2013, p. 49, CORREIA, *Issues in Aviation Law and Policy*, 2014, p. 262) así como la posible contravención del Convenio de Montreal (véase, por todos, PAZOS CASTRO, *InDret*, 2017, pp. 23-27); argumentos que, sin duda, en sí mismos serían merecedores de un extenso debate. Pero, con todo, otros autores apuntan que su resultado es defendible porque el Tribunal apostó por la protección eficaz de los consumidores europeos, como contrapeso necesario a la privatización del sector de los viajes aéreos inducida por la UE (GARBEN, *CML Rev*, 2013, p. 45); conclusión que compartimos. No debe olvidarse que la protección de los pasajeros aéreos (y sus derechos) son quienes están en el centro de la política europea de transportes. KONING, *REDC*, 2011, pp. 359-382.

lo cierto es que este criterio ha sido mantenido y ratificado en pronunciamientos posteriores⁴⁷ y resulta vinculante para los tribunales nacionales de los Estados miembros⁴⁸.

Así las cosas, equiparados los supuestos de *retraso superior a tres horas* a los de *cancelación*⁴⁹ en 2009, los perjudicados por tales demoras se convirtieron, desde ese momento, también en titulares del derecho a compensación; así, constatado el incidente, se presumía que habían soportado una serie de molestias que debían ser indemnizadas con la cuantía correspondiente entre las previstas en el artículo 7 del Reglamento⁵⁰.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial –que refuerza la protección del pasajero– fue prácticamente *boicoteada* por los transportistas aéreos⁵¹, quienes se mostraron beligerantes y continuaron sin abonar automáticamente la compensación, oponiéndose además sistemáticamente a satisfacer este derecho cuando las reclamaciones llegaban a los tribunales⁵², lo que derivó en distintas cuestiones prejudiciales que obligaron de nuevo al TJUE a pronunciarse sobre esta cuestión y a volver a examinar las circunstancias en las que procede que el pasajero reciba la compensación⁵³.

⁴⁷ Entre otras: STJUE 23 octubre 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, ECLI: EU: C:2012:657, STJUE 26 febrero 2013, *Folkerts*, C-11/11, ECLI: EU: C:2013:106 y STJUE 4 septiembre 2014, *Germanwings*, C-452/13, ECLI: EU: C:2014:2141.

⁴⁸ DELEBECQUE, 2019, p. 4.

⁴⁹ Esta equivalencia parece justificarse, como apunta la doctrina, en que el TJUE pasa a considerar el retraso superior a tres horas un incumplimiento grave. SIERRA NOGUERO afirma, en primer lugar, que «*el retraso de tres o más horas a la llegada es equiparable a la cancelación*», y «-a continuación- subraya que la compensación económica se reserva a supuestos de incumplimiento grave. En consonancia con ello, si el incumplimiento es menos grave (v.gr. un retraso inferior a ese tiempo, véase STJUE 26 febrero 2013, *Folkerts*, C-11/11, ECLI: EU: C:2013:106), no hay derecho a compensación. SIERRA NOGUERO, 2023, p. 60.

⁵⁰ En realidad, es delgada -y borrosa- la línea entre «*molestia*» y «*daño*». Y, aunque el análisis de esta cuestión se excede del alcance del presente artículo, debe aclararse que en la noción de «*molestias*» se incluyen las molestias de cierta gravedad que dan lugar a un perjuicio indemnizable, que sufre cualquier pasajero –una suerte de perjuicios *generalizados*– que se han estandarizado y son compensados al perjudicado vía Reglamento 261/2004 y deben distinguirse de los «*daños*» cubiertos por el Convenio de Montreal u otras normas, que son aquellos perjuicios *individualizables*. Esto es, esta distinción que el TJUE realizó entre «*molestias*» y «*daños*», aunque resulte discutible (en este sentido, MENDES DE LEON afirma que el TJUE ha hecho una evaluación deficiente de la exclusividad del Convenio de Montreal, estableciendo una distinción entre las indemnizaciones en virtud del Convenio y del Reglamento 261/2004, especialmente teniendo en cuenta que art. 29 del Convenio de Montreal prevé exclusivamente daños «*indemnizables*» y prohíbe la concesión de daños no indemnizables y de cualquier otro tipo, MENDES DE LEON, 2022, p. 318) es lo que precisamente permite eludir la incongruencia con el Convenio de Montreal.

⁵¹ Nótese que diez años después de *Sturgeon*, en el Auto TJUE 24 octubre 2019, *LC, MD c. EasyJet Airline Co. Ltd*, C-746/18, ECLI: EU: C:2019:902, el propio órgano remitente (Tribunal d'instance d'Aulnay-sous-Bois) pone de relieve que se está enfrentando a un elevado número de litigios que debe resolver «*porque en caso de gran retraso, la mayoría de compañías aéreas se niegan a abonar la compensación*».

⁵² Así lo afirma PETIT LAVALL, 2014, p. 644.

⁵³ Vid. SIERRA NOGUERO, 2023, p. 28.

En este contexto, en el que no es demasiado aventurado presumir la presión ejercida por las aerolíneas y otros operadores, en la reciente respuesta dada en los dos pronunciamientos de 25 de enero de 2024⁵⁴ a las nuevas cuestiones prejudiciales formuladas, el TJUE ha rebajado el nivel de protección del viajero que sufre este gran inconveniente, al pormenorizar que no todos los supuestos de *gran retraso de 3 o más horas* son equiparables a los de *cancelación* a efectos de este «derecho a compensación». Fundamentalmente, en estas sentencias se resuelve que NO tienen derecho a esta compensación a tanto alzado pasajeros que, aun cuando sus vuelos han sufrido un retraso superior a tres horas, bien han renunciado directamente a volar en tales circunstancias o bien han terminado llegando a su destino con un retraso inferior a tres horas, pero por haber reservado, precisamente para evitar daños mayores, un vuelo con otra compañía.

Lo anterior nos obliga a cuestionarnos: ¿Qué indemniza entonces el derecho a compensación? ¿Sólo la pérdida de tiempo o, más bien, el gran trastorno que sufren los pasajeros? ¿En qué casos procede? ¿No son semejantes los perjuicios del viajero en todos estos incidentes? ¿Está justificado este retroceso en la tutela del viajero? ¿Es, a día de hoy, razonable que para obtener la compensación el viajero deba personarse en el aeropuerto? Y, en definitiva ¿Qué motiva estos pronunciamientos? Veámoslo.

II. SENTENCIA DEL TJUE DE 25 DE ENERO DE 2024, ASUNTO C-54/23, LAUDAMOTION Y RYANAIR, ECLI:EU:C:2024:74.

1. EXPOSICIÓN DE HECHOS Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Los hechos que dieron lugar a esta primera sentencia fueron los siguientes: un pasajero aéreo, con iniciales *W. Y.*, reservó un vuelo de ida y vuelta entre Düsseldorf (Alemania) y Palma de Mallorca (España) con Ryanair DAC (en adelante, «*Ryanair*») para asistir a una cita profesional. El 31 de octubre de 2019, día previsto para el vuelo de ida, el pasajero fue informado por el transportista encar-

⁵⁴ Estas sentencias han merecido la publicación del comunicado de prensa No.16/24 del TJUE, Luxemburgo, 25 de enero de 2024. Disponible en: [chrome-extension://efaid-nbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-01/cp240016es.pdf](https://efaid-nbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-01/cp240016es.pdf); Consultado el 14 de febrero de 2024.

gado de realizar el vuelo, Laudamotion GmbH (en adelante, «Laudamotion»), de que éste saldría con seis horas de retraso. Dado que semejante demora le impediría llegar a su cita profesional, W. Y. decidió reservar un vuelo con otra compañía y, gracias a ello –aunque el vuelo inicial reservado con Ryanair sufriera finalmente un retraso superior a tres horas– él pudo aterrizar en Palma de Mallorca con un retraso de *sólo* dos horas y media respecto a la hora de llegada prevista inicialmente.

En esta situación, dado que el vuelo inicial que reservó con Ryanair aterrizó con más de tres horas de retraso, W. Y. reclamó –sin éxito– a Laudamotion, además del reembolso del vuelo de sustitución que él mismo reservó, una compensación de 250 euros (con base en los arts. 5 y 7 del Reglamento) y el importe de las tasas no utilizadas. Ya en vía judicial, esta reclamación fue desestimada primero por el Tribunal de Primera instancia y, después, nuevamente por el Tribunal de Apelación; quien consideró que, al no haber tomado W. Y. el vuelo reservado con Ryanair y no haber llegado finalmente con tres horas de retraso a Palma de Mallorca, no procedía que Laudamotion pagara la compensación de 250 euros reclamada por el pasajero, aunque sí el importe del billete del vuelo de sustitución que había adquirido.

W. Y. interpuso entonces un recurso frente al *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal alemán), instancia que albergaba dudas al considerar que distintas interpretaciones eran posibles. Para este órgano jurisdiccional, según la primera de ellas, únicamente tiene derecho a la compensación a tanto alzado (arts. 5.1.c) y 7.1) el pasajero que sufre una pérdida de tiempo de tres o más horas, por lo que no procede si el pasajero no la ha sufrido (incluso si es porque, por su propia iniciativa, ha comprado otro vuelo). Si bien es cierto –subrayaba– que pesa sobre el transportista aéreo la obligación de ofrecer al pasajero un transporte alternativo en caso de gran retraso o cancelación, el incumplimiento de ésta no es suficiente a los efectos del derecho a compensación previsto en el artículo 7 del Reglamento⁵⁵, que *únicamente* procede por la pérdida de tiempo y no por cualquier otro trastorno ocasionado. Ahora bien, por otro lado afirmaba el *Bundesgerichtshof*, también cabe considerar –como segunda opción interpretativa– que lo que se prevé es que, en caso de cancelación de vuelo, los pasajeros sean compensados si no se les ofrece un vuelo alternativo que suponga llegar con un retraso inferior a tres horas; por consiguiente, si existen indicios suficientes para saber que el vuelo llegará con un retra-

⁵⁵ Apoya esta interpretación en el Auto del TJUE 24 octubre 2019 *L. C., MD c. Easyjet Airline*, Asunto C-756/18, ECLI: EU: C:2019:902 y en las STJUE 11 junio 2020, *Transportes aéreos portugueses*, C-74/19, ECLI: EU: C:2020:460 y STJUE 30 abril 2020, *Air Nostrum*, C-191/19, ECLI: EU: C:2020:339.

so superior a tres horas a su destino final, no debería ser exigible que el pasajero se presente a facturación o que inicie el viaje *únicamente* a efectos de obtener la compensación.

Así las cosas, suspendió el procedimiento para plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 3.2.a), 5.1.c) y 7.1 del Reglamento:

«1) *¿Se excluye con carácter general el derecho a compensación por el retraso de un vuelo de al menos tres horas, con arreglo a los artículos 5 a 7 del Reglamento [n.º 261/2004], si el pasajero, en caso de riesgo de gran retraso, utiliza un vuelo de sustitución reservado por él mismo y, de este modo, alcanza el destino final con un retraso inferior a tres horas o cabe, en cualquier caso, reclamar una compensación en tal supuesto si, antes incluso de que el pasajero deba presentarse, a más tardar, a la facturación, existen indicios suficientemente fundados de que se producirá un retraso de al menos tres horas en el destino final?*

2) *En [este último supuesto], ¿exige el derecho a compensación por un retraso de un vuelo de al menos tres horas en virtud de los artículos 5 a 7 [de dicho] Reglamento en la situación antes descrita que el pasajero se presente a su debido tiempo a la facturación con arreglo al artículo 3, apartado 2, letra a), [del citado] Reglamento?»*

2. RESPUESTA DEL TJUE

Ante la primera pregunta formulada por el Tribunal Federal alemán, el TJUE señala que este litigio debe resolverse atendiendo únicamente a las consecuencias que el retraso del vuelo inicial pudo ocasionar y no al retraso en sí mismo; por ello, subraya que no se debe acudir al artículo 6 del Reglamento sobre «retraso», sino que debe atenderse a los artículos 5.1 (cancelación de vuelos) y 7.1 (derecho a compensación) del Reglamento.

Argumenta que estos dos últimos artículos fueron precisamente los que, léídos a la luz del principio de igualdad, se interpretaron⁵⁶

⁵⁶ El Alto Tribunal europeo hace expresa referencia en este punto a la STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716 (párrafos 60, 61 y 69) y a la STJUE 7 julio 2022, *SATA International y Azores Airlines* (Fallo en el sistema de suministro de combustible), C-308/21, ECLI: EU: C:2022:533 (párrafo 19 y jurisprudencia citada).

en el sentido de que los pasajeros de vuelos retrasados pueden equipararse a los pasajeros de vuelos cancelados a efectos de la aplicación del derecho a compensación del artículo 7.1 (párrafo 19), pero –enfatisa ahora en su resolución, convirtiéndolo en la única *ratio decidendi*– porque soportan una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas. Esto es, afirma que lo que justificó la equiparación de los pasajeros de vuelos retrasados a los de vuelos cancelados fue la pérdida de tiempo irreversible superior a tres horas, como única molestia sufrida por ambos (párrafo 21).

Sentada esta premisa, apunta que –dado que *W. Y.* reservó por sus propios medios un vuelo de sustitución y no tomó el vuelo inicial, que fue el que sufrió un retraso superior a tres horas– *cuando el pasajero no sufre una pérdida de tiempo superior a tres horas no puede beneficiarse del derecho de compensación* (la cursiva es nuestra). Y, si bien reconoce que el Reglamento no se refiere únicamente a la «pérdida de tiempo» como molestia susceptible de ser causada a los pasajeros, sino que menciona en general «*graves trastornos y molestias*» (cdo. 2 Reglamento), el TJUE descarta que cualquier otra molestia sufrida pueda considerarse «grave» y justifique la recepción de la compensación.

Siendo clara la respuesta a la primera pregunta prejudicial, el TJUE estimó que no era necesario resolver la segunda cuestión planteada relativa a la exigencia de acudir puntualmente a facturación, puesto que consideró que, si los pasajeros que no habían sufrido una pérdida de tiempo mínima de tres horas no tienen derecho a compensación, resultaba indiferente que se hubieran o no presentado a tal facturación para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 3.2.a) del Reglamento.

III. SENTENCIA DEL TJUE DE 25 DE ENERO DE 2024, ASUNTO C-474/22, LAUDAMOTION C. FLIGHTRIGHT, ECLI: EU: C:2024:73.

1. EXPOSICIÓN DE HECHOS Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Los hechos que motivan esta segunda sentencia son los siguientes: un pasajero aéreo, que necesitaba asistir a una cita profesional en Palma de Mallorca, tenía una reserva para un vuelo desde Düsseldorf, el 26 de junio de 2018; no obstante, fue informado de que

el vuelo iba a sufrir una demora que le impediría llegar a su compromiso. Así las cosas, renunciando a asistir a su cita profesional, este pasajero decidió directamente no embarcar en dicho vuelo, que, finalmente, aterrizó con un retraso de 3 horas y 32 minutos.

El pasajero cedió sus derechos a la compañía Flightright GmbH⁵⁷ (en adelante, «*Flightright*»), quien presentó una demanda frente a Laudamotion GmbH (en adelante, «*Laudamotion*») ante el órgano jurisdiccional correspondiente, solicitando la compensación de 250 euros en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento. En primera instancia, la demanda interpuesta no prosperó, sin embargo, en apelación sí fue estimada la reclamación. El Tribunal de Segunda instancia interpretó que el pasajero, aunque no se hubiera presentado en el aeropuerto, sí tenía derecho a la compensación prevista en los artículos 5 y 7 del Reglamento «a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de justicia que equipara la situación de los vuelos afectados por un gran retraso (...) a la de los pasajeros de vuelos cancelados» (párrafo 12).

Así las cosas, Laudamotion interpuso recurso de casación ante el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal alemán). Este Tribunal consideró probado que el pasajero no se presentó a facturación, contraviniendo una de las exigencias del artículo 3.2.a) del Reglamento requeridas para poder beneficiarse de las disposiciones de esta norma; no obstante, se cuestionaba si debía eximirle de esta formalidad y concederle la indemnización, dado que el TJUE en su jurisprudencia ya venía equiparando un gran retraso a la cancelación de un vuelo⁵⁸.

Bien es cierto que, al valorar si es exigible que el pasajero se presente a facturación, el propio órgano apreció que un retraso no se corresponde exactamente con una cancelación de vuelo: en caso de cancelación el vuelo no va a efectuarse, por lo que no tiene sentido obligar a los pasajeros a presentarse en el aeropuerto, mientras que por mucho que parezca probable que un vuelo vaya a retrasarse, puede que, finalmente, no se demore (párrafos 14 a 17); no obstante, a pesar de ello, el Alto Tribunal se cuestionaba si podrían tratarse como supuestos comparables cuando los pasajeros dispongan de indicios suficientes de que el vuelo sufrirá un retraso superior a tres horas.

En este contexto, el *Bundesgerichtshof* decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

⁵⁷ Empresa especializada en la reclamación de los derechos de los pasajeros aéreos frente a las compañías. Disponible en: <https://www.flightright.es/sobre-nosotros>.

⁵⁸ Haciendo expresa mención de la STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716.

«1) ¿Requiere el derecho a compensación por retraso del vuelo de más de tres horas respecto de la hora de llegada prevista, con arreglo a los artículos 5 a 7 del Reglamento [n.º261/2004], que el pasajero, conforme al artículo 3, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento, se presente a facturación a la hora indicada por el transportista aéreo, el operador turístico o un agente de viajes autorizado, y, en cualquier caso, con una antelación mínima de cuarenta y cinco minutos respecto de la hora de salida anunciada, o en el caso de un gran retraso en el sentido señalado está exento de dicho requisito, al igual que sucede en caso de cancelación de vuelo?

2) En el supuesto de que el derecho a compensación no esté exento del requisito de presentarse a facturación por el mero hecho de que se produzca un gran retraso en el sentido antes señalado, ¿se aplica dicha exención si el pasajero tiene indicios suficientemente fundados de que el vuelo llegará con un gran retraso en el sentido antes señalado?»

2. RESPUESTA DEL TJUE

Para responder a la primera de estas preguntas, el TJUE señala nuevamente que la solución de este litigio debe atender a las consecuencias que el retraso del vuelo haya ocasionado y no meramente a la demora en su salida. Por ello, para valorar si procede la compensación a tanto alzado reclamada por el demandante acude a los artículos 3, 5 y 7 del Reglamento y no al artículo 6⁵⁹.

Comienza este examen analizando el ámbito de aplicación del Reglamento (art. 3): para que un pasajero pueda ser beneficiario de sus disposiciones, debe –además de partir de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto al Tratado (apdo. 1.a)– cumplir con dos requisitos *acumulativos*: por un lado, disponer de una reserva confirmada y, por otro, presentarse a facturación con la debida antelación (apdo. 2.a). Respecto a este segundo imperativo señala que el hecho de que el pasajero haya facturado en línea previamente, no le exime de presentarse debidamente en el aeropuerto

⁵⁹ Destaca, en este sentido, que la jurisprudencia ya ha subrayado que el artículo 6 del Reglamento «se refiere al retraso de un vuelo con respecto a la hora de salida prevista, [pero] tiene como único objeto, según su propio tenor, establecer las condiciones que dan derecho a las medidas de asistencia y de o, atención, previstas, respectivamente, en los artículos 8 y 9 del citado Reglamento» y que, por tanto no debe ser tenido en cuenta a efectos del derecho a compensación previsto en el artículo 7. Véase: STJUE 26 febrero 2013, *Folkerts*, C-11/11, ECLI: EU: C:2013:106 (párrafos 36 y 37).

para ser transportado al destino (párrafo 21). Y, seguidamente, afirma que, en esta ocasión, se parte de la premisa de que el pasajero no se presentó a facturación con antelación suficiente (párrafo 22)⁶⁰.

El Tribunal, en su pretensión de resolver si procede eximir al pasajero cuyo vuelo sufre un retraso superior a tres horas de la exigencia de presentarse a facturación (como ocurre en los casos de cancelación (art. 3.2.a)) o no procede, considera que debe examinarse primeramente la equiparación de los supuestos de gran retraso a los de cancelación.

A este respecto, realiza dos afirmaciones: por un lado, señala que *los pasajeros de ambas categorías de [incidentes en los] vuelos se habían equiparado a efectos del derecho a compensación previsto en el artículo 7* (párrafo 23), si bien, a continuación, por otro, afirma que los pasajeros de vuelos retrasados *únicamente* pueden invocar este derecho cuando soporten una pérdida de tiempo de tres o más horas⁶¹. Esto es, el TJUE afirma que en su Sentencia de 19 de noviembre de 2009 (*Sturgeon y otros*) comparó «*el tipo y la importancia de los trastornos y las molestias sufridas por un pasajero de un vuelo cancelado que había tenido que esperar a que se le ofreciera un vuelo alternativo y los sufridos por un pasajero de un vuelo retrasado*» y que, en este examen comparativo, consideró que ambos pasajeros habían sufrido perjuicios similares por lo que, en virtud del principio de igualdad de trato, no podían recibir un tratamiento distinto (párrafo 24). Si bien seguidamente manifiesta que la pérdida de tiempo igual o superior a tres horas fue el elemento crucial que le llevó a equiparar ambas situaciones y –dando aquí a nuestro juicio un paso más– que *el derecho a compensación previsto en el artículo 7 está intrínsecamente ligado a que concurra* (párrafo 25).

Apuntado lo anterior, el Tribunal vuelve a los hechos del caso y, puesto que las cuestiones prejudiciales parten de la premisa de que el pasajero no se presentó a facturación con la debida antelación, trata entonces de valorar si el pasajero acudió al aeropuerto y se presentó ante el transportista aéreo para determinar si el pasajero sufrió, o no, tal pérdida de tiempo. Pues bien, a partir de la suposición –1.^a presunción– de que el pasajero (representado por Fligh-

⁶⁰ Esto es, el TJUE explica que «*las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial remitente se basan en la premisa de que el pasajero no se presentó a facturación con la debida antelación*» (párrafo 22), ya que parte de la siguiente afirmación realizada por el Tribunal Supremo alemán: «*el pasajero no se presentó a facturación con una antelación mínima de 45 minutos*» (párrafo 14).

⁶¹ Haciendo expresa referencia a las STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716 (párrafos 60, 61 y 69), STJUE de 7 de julio de 2022, asunto C-308/21, *SATA International y Azores Airlines*, ECLI: EU: C:2022:533 (párrafo 19).

tright) no se desplazó al aeropuerto por disponer «*de elementos suficientes para concluir que el vuelo llegaría a su destino final con un gran retraso*», presume como probable –2.ª presunción– que «*no haya sufrido esa pérdida de tiempo*» (párrafo 26).

Y, aunque seguidamente reconoce que la pérdida de tiempo no es la única molestia que subyace en situaciones de denegación de embarque, cancelación o gran retraso de vuelo, sino que en estas incidencias se sufren también otras incomodidades (v.gr. verse temporalmente privado de medios de comunicación o no poder gestionar convenientemente los asuntos personales, familiares, sociales o profesionales), insiste de nuevo en que *únicamente* la pérdida de tiempo es la molestia susceptible de ser compensada mediante la medida estandarizada prevista en el artículo 7 del Reglamento. En este sentido, señala que el resto de las molestias que los pasajeros puedan sufrir no son equivalentes y que, por ello, deben ser apreciadas de forma individual en el caso de cada pasajero afectado.

Alcanzada, por tanto, la conclusión de que *únicamente* procede otorgar la compensación a los pasajeros que hayan sufrido una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, el TJUE da ahora otro paso adelante y exige, en definitiva, como consecuencia añadida del nuevo requerimiento de acudir a facturación o con antelación suficiente ante el transportista aéreo, *que esa pérdida de tiempo se sufra en el aeropuerto*. Insiste, al respecto, en que no se puede eximir al pasajero de un vuelo retrasado del requisito previsto en el artículo 3.2.a del Reglamento porque los vuelos cancelados y los retrasados son dos categorías distintas de vuelos y que, por ello, no es posible eximir al pasajero de presentarse a facturación o ante el transportista aéreo.

Por último, precisa que el daño reclamado por el demandante –la imposibilidad de haber asistido a una cita profesional– es un perjuicio individual y que, como tal, no puede ser resarcido mediante una medida estandarizada e inmediata, sino que podrá serlo, si lo acredita oportunamente, a través de una indemnización suplementaria sobre la base de otras normas de derecho nacional o internacional (art. 12 Reglamento).

El TJUE, por tanto, concluye que, si un vuelo se ve afectado por un gran retraso, los pasajeros afectados únicamente tendrán derecho a la compensación prevista (arts. 5.1 y 7.1 Reglamento) *si se han presentado, con la debida antelación, a facturación o –en caso de que haya facturado en línea– con tiempo suficiente en el aeropuerto ante el transportista aéreo o uno de sus representantes*.

Siendo ésta la respuesta a la primera pregunta prejudicial, el Tribunal estimó que no procedía responder a la segunda cuestión

planteada⁶², al considerar que, si en casos de gran retraso es requisito indispensable para reclamar la compensación prevista que el pasajero afectado se haya presentado a facturación o, cuando menos, haya acudido al aeropuerto, resulta indiferente que éste dispusiera de indicios de que el vuelo iba a sufrir un retraso.

IV. REFLEXIÓN Y CRÍTICA

La llegada de los asuntos C-54/23 y C-474/22 al TJUE⁶³ ha supuesto un punto de inflexión en el –reconocido jurisprudencialmente– derecho de los pasajeros a recibir la compensación a tanto alzado en los supuestos de grandes retrasos de vuelos.

1. RETROCESO EN LA EQUIPARACIÓN DEL GRAN RETRASO A LA CANCELACIÓN

Como punto de partida, conviene advertir que en ninguno de los dos asuntos (C-54/23⁶⁴ y C-474/22⁶⁵) se discute que los vuelos sufrieran un retraso superior a tres horas en su llegada al aeropuerto. Ante tal circunstancia, los dos pasajeros perjudicados reclamaron la compensación prevista en el artículo 7 del Reglamento para supuestos de cancelación, denegación de embarque y que la jurisprudencia se ha encargado de ampliar a casos de gran retraso. Sin embargo, a ambos les ha sido denegada.

⁶² Que reproducimos a continuación: «En el supuesto de que el derecho a compensación no esté exento del requisito de presentarse a facturación por el mero hecho de que se produzca un gran retraso en el sentido antes señalado, ¿se aplica dicha exención si el pasajero tiene indicios suficientemente fundados de que el vuelo llegará con un gran retraso en el sentido antes señalado?».

⁶³ Nótese que, a pesar de tratarse de asuntos que han sido resueltos de forma individualizada por el TJUE, sus similitudes hacen que sea conveniente examinarlos de manera conjunta.

⁶⁴ En el asunto C-54/23, la decisión individual del pasajero W. Y. de comprar, tras ser informado de que vuelo inicial en el que tenía una reserva se retrasaría, un vuelo con otra compañía fue lo que le permitió llegar con un retraso de sólo dos horas y media a Palma de Mallorca, no obstante, es un hecho probado que el vuelo inicial aterrizó con un retraso superior a tres horas en el aeropuerto de destino.

⁶⁵ Por su parte, en el asunto C-474/22, cuando el pasajero fue informado de que su vuelo sufriría un gran retraso que le impediría asistir a su cita, decidió finalmente no embarcar y renunciar a su compromiso profesional. Si bien, aunque él no estuviera a bordo, no se discute que su vuelo terminó, en efecto, aterrizando en Palma de Mallorca con 3 horas y 32 minutos de retraso.

Tal denegación, que el TJUE fundamenta en distintos argumentos que serán examinados más adelante, implica de entrada un retroceso en la equiparación del retraso superior a tres horas a la cancelación. Veámoslo.

Como se ha adelantado, fue en 2009, en un contexto de «*prácticas dudosas*» de las compañías aéreas⁶⁶, cuando el TJUE declaró que aquellos pasajeros que sufrieran un retraso superior a tres horas eran *también* titulares del derecho a compensación previsto en el artículo 7 del Reglamento⁶⁷. El Alto Tribunal Europeo estimó que los pasajeros aéreos que se enfrentaban a tal incidencia padecían las mismas molestias que aquellos que sufrían una cancelación⁶⁸ y, aunque hizo concreta referencia a la pérdida de tiempo irreparable de tres o más horas⁶⁹, afirmó que procedía incluir el gran retraso entre los supuestos merecedores de percibir una compensación⁷⁰ «*dado que los perjuicios que sufren los pasajeros aéreos en caso de cancelación o de gran retraso de los vuelos son análogos*» (párrafo 60)⁷¹.

En otros términos, el Tribunal constató que el Reglamento daba un trato diferente a ambas situaciones, pese a ser comparables⁷². Los pasajeros que sufrían la cancelación de un vuelo, con menos de siete días de antelación, contaban con el derecho a compensación previsto en el artículo 7 del Reglamento, salvo que el transportista les ofreciera tomar otro vuelo que les permitiera salir, res-

⁶⁶ Coincidimos con aquellos autores que afirman que esta reacción fue la respuesta al comportamiento de las aerolíneas que, con el objetivo de no pagar la compensación prevista para casos de cancelación, disfrazaban estas situaciones en retrasos. HAANAPPEL, *ZLW*, 2013, p. 48.

⁶⁷ STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716.

⁶⁸ STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716, párrafos 51 a 56 y 59.

⁶⁹ STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716: «*procede declarar que los pasajeros cuyo vuelo ha sido objeto de cancelación y aquellos cuyo vuelo se ha retrasado sufren un perjuicio análogo que se materializa en una pérdida de tiempo, de tal modo que se encuentran en situaciones comparable a efectos de la aplicación del derecho a compensación previsto en el artículo 7 del Reglamento n.º 261/2004*» (párrafo 54).

⁷⁰ El Tribunal sostuvo que, aunque no estuviera expresamente reconocido el derecho a obtener una compensación por retraso, éste no podía ser *-a priori-* excluido y, además, que la interpretación del Reglamento debía ajustarse a derecho y respetar el principio de igualdad de trato. Sobre esta base, consideró que, en la práctica, el retraso y la cancelación pueden causar las mismas molestias y perjuicios a los pasajeros. RIESENHUBER, *ERCL*, 2010, p. 389.

⁷¹ Haciendo por tanto referencia a los múltiples perjuicios que se sufren en ambos casos, no exclusivamente a la pérdida de tiempo. Esto es matizado en sentencias posteriores, en las que el Tribunal también menciona «*las incomodidades o el hecho de verse temporalmente privado de los medios de comunicación disponibles normalmente*» como molestias que los pasajeros sufren en caso de denegación de embarque, cancelación de vuelo o gran retraso. Véase: STJUE 23 octubre 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, ECLI: EU: C:2012:657, párrafo 51.

⁷² Así lo observa también: PAZOS CASTRO, *InDret*, 2017, p. 17.

pecto de la hora prevista, con no más de una de antelación y llegar a destino con un retraso inferior a dos horas. Esto es, en caso de cancelación de vuelo, la pérdida de tiempo «tolerada» era de dos horas y cincuenta y nueve minutos. En cambio, los pasajeros perjudicados por un retraso no disfrutaban del derecho a compensación en las mismas condiciones, lo que para el TJUE no se justificaba en ninguna razón objetiva⁷³.

En este escenario, como se ha adelantado, el principio de igualdad de trato⁷⁴ sumado a otros argumentos⁷⁵ –como el contexto en el que la interpretación de una disposición de derecho comunitario debe hacerse, la protección de los pasajeros como objetivo perseguido por la norma⁷⁶ y el hecho de que se tratara de disposiciones que conceden derechos a los pasajeros, que jurídicamente debían interpretarse en sentido amplio⁷⁷– sirvieron al TJUE para equiparar, a efectos del derecho a compensación, los retrasos de tres o más horas a los supuestos de cancelación⁷⁸.

Como era previsible, esta decisión no fue bien recibida por parte de las compañías aéreas y, de hecho, fue sistemáticamente

⁷³ En este sentido, resulta interesante el apunte que PAZOS CASTRO realiza: si el TJUE buscaba corregir verdaderamente tal desigualdad de trato, debía haber concluido que el derecho a obtener la compensación a tanto alzado surgía a partir de las dos -y no tres- horas de retraso en la llegada a destino. En la actualidad existen supuestos en los que los pasajeros que sufren una cancelación y aquellos que sufren un retraso siguen recibiendo un trato distinto; por ejemplo: si dos viajeros, A y B, que ya se encuentran en el aeropuerto, sufren una cancelación (A) y un retraso (B), que provoca que ambos lleguen a su destino dos horas y media tarde, únicamente el pasajero (A) tendrá derecho a compensación: debe tenerse en cuenta que la demora permitida en caso de cancelación es de dos horas en la llegada a destino (art. 5.1.c.iii Reglamento) y una hora en la salida (lo que suma en principio un total de tres horas), no obstante, si al pasajero se le informa de la cancelación en el aeropuerto, sólo puede sufrir un retraso en la llegada (y no en la salida porque ya no es posible reubicarle en un vuelo anterior); mientras que el pasajero (B) no tendrá derecho a compensación al no haberse superado las tres horas. *Vid.* PAZOS CASTRO, *InDret*, 2017, p. 41.

⁷⁴ STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716, párrafo 60.

⁷⁵ Sobre los cuales profundiza: GARBEN, *Common Market Law Review*, 2013, pp. 20-23.

⁷⁶ STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716, párrafo 42.

⁷⁷ STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716, párrafo 44.

⁷⁸ STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716, segunda conclusión del Fallo: «Los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento n.º 261/2004 deben interpretarse en el sentido de que los pasajeros de los vuelos retrasados pueden equipararse a los pasajeros de los vuelos cancelados a los efectos de la aplicación del derecho a compensación y de que, por lo tanto, pueden invocar el derecho a compensación previsto en el artículo 7 de dicho Reglamento cuando soportan, en relación con el vuelo que sufre el retraso, una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan al destino final tres o más horas después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo».

cuestionada⁷⁹, lo que obligó al Alto Tribunal Europeo a volver a pronunciarse en reiteradas ocasiones⁸⁰.

Bien es cierto que en las numerosas cuestiones prejudiciales que desde 2009 le han sido planteadas, el TJUE se ha visto obligado a delimitar algunas circunstancias en relación al derecho a compensación –entre otras, reafirmó que la compensación procede cuando los pasajeros sufren un retraso superior a tres horas *salvo que el transportista pueda acreditar que se debe a circunstancias extraordinarias que escapan al control efectivo del transportista aéreo*⁸¹; que la compensación no está supeditada a un retraso *de tres o más horas* en la salida, sino *en la llegada*⁸² o que la determinación de la llegada se realiza *atendiendo a la apertura de, al menos, una de las puertas del avión*⁸³–, pero no lo es menos que todas estas determinaciones las ha realizado sobre la base de la reafirmación de que este derecho

⁷⁹ VAN DAM pone de relieve la notable falta de cumplimiento por parte de las aerolíneas con el Reglamento y subraya las preocupantes conclusiones alcanzadas, tras una encuesta llevada a cabo en noviembre de 2010, por una organización de consumidores alemana: la gran mayoría de compañías aéreas ignora la obligación de prestar atención e indemnización –de hecho, únicamente el 25% de las aerolíneas ofrecen indemnizaciones y la mayoría sólo tras la solicitud del pasajero–; adicionalmente, más del 50% de los pasajeros no fueron informados de sus derechos y el ritmo con el que las compañías aéreas atienden las solicitudes es muy lento (el 22% de los pasajeros no recibió respuesta alguna de la compañía aérea y sólo el 3% de los casos se desarrolló sin incidencias). VAN DAM, *Air and Space Law*, 2011, p. 259.

⁸⁰ Como advierte GARBEN siguen siendo numerosos los litigios sobre los derechos reconocidos en esta regulación, lo que resulta perjudicial para la seguridad jurídica y daña la credibilidad del TJUE, que además continuamente se ve obligado a seguir pronunciándose sobre las cuestiones prejudiciales que le plantean. GARBEN, *CML Rev.*, 2013, p. 45.

⁸¹ STJUE 23 octubre 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, ECLI: EU: C:2012:657. Tras esta sentencia, las sucesivas se han ocupado de delimitar el concepto de «circunstancias extraordinarias»; por ejemplo, encaja en esta noción el comportamiento conflictivo de un pasajero que justifique que un desvío del vuelo provocando que el siguiente se retrase (*Vid.* STJUE 11 junio 2020, *Transportes aéreos portugueses*, C-74/19, ECLI: EU: C:2020:460); sin embargo, la muerte repentina de un miembro de la tripulación indispensable para realizar un vuelo, acaecida poco tiempo antes de la salida prevista del vuelo, no está comprendida en el concepto de «circunstancias extraordinarias» (*Vid.* STJUE 11 mayo 2023, *TAP Portugal (Décès du copilote)*, C-156/22 y C-158/22, ECLI: EU: C:2023:393).

⁸² En la STJUE 26 febrero 2013, *Folkerts*, C-11/11, ECLI: EU: C:2013:106, se determinó que, sobre la base del artículo 7 del Reglamento, el pasajero de un vuelo con conexiones que ha sufrido retrasos en los sucesivos vuelos inferiores a los establecidos en el artículo 6 del Reglamento, pero que llegó a su destino con un retraso superior a tres horas con respecto de la hora de llegada programada tiene derecho a compensación.

⁸³ Como se concluyó en la STJUE 4 de septiembre de 2014, asunto C-452/13, *Germanwings c. Henning*, ECLI: EU: C:2014:2141: «*el concepto de “hora de llegada”, utilizado para determinar la magnitud del retraso sufrido por los pasajeros de un vuelo, designa el momento en el que se abre al menos una de las puertas del avión, al entenderse que en ese momento se permite a los pasajeros abandonar el aparato*». A este respecto, la Comisión Europea, en las Directrices interpretativas del Reglamento (2016/C 214/04) publicadas el 15 de junio de 2016, añade, además, que pesa sobre la compañía aérea el registro de esa hora de llegada (v.gr. con una declaración firmada por la tripulación de vuelo o el agente de despacho en tierra), que debe facilitar gratuitamente a *petición del organismo nacional responsable y a los pasajeros, cuando pretenda presentar la hora de llegada como prueba del cumplimiento del Reglamento* (apdo. 3.3.3).

juega en los supuestos de retraso superior a tres horas igual que en los de cancelación por su declarada equivalencia.

En resumidas cuentas, aunque no fuera –ni sea– posible resolver todos los posibles supuestos de hecho o situaciones que pueden plantearse en la práctica, parecía posible afirmar, como hizo la doctrina⁸⁴, que los pasajeros podían reclamar su derecho a compensación a partir de la tercera hora de retraso. O, dicho en otros términos, que las tres horas servían como límite temporal para distinguir los retrasos que eran equiparables a los supuestos de cancelación (aquellos superiores a tres horas), de los que no (los inferiores a tres horas).

De hecho, esta es precisamente la interpretación que fue incorporada a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n.º 261/2004⁸⁵ (en adelante, «*Propuesta para la actualización del Reglamento*»). Como puede apreciarse en la última versión de esta Propuesta, de 5 de febrero de 2014, que integra las enmiendas del Parlamento Europeo⁸⁶, en el segundo apartado de su artículo 6⁸⁷, aunque el concepto de gran retraso sea más «severo» al exigir una demora de mayor

⁸⁴ Es decir, que se había establecido con claridad a partir de qué momento el pasajero tenía derecho a reclamar la compensación. En este sentido PETIT LAVALL afirmaba ya en 2013 –cuando todavía algunas de las sentencias citadas eran cuestiones prejudiciales por resolver– que era a partir de la tercera hora de retraso en la llegada los pasajeros cuando los pasajeros podían reclamar el pago de la compensación, *aunque no se hubieran resuelto todas las posibles situaciones que pueden darse en la práctica*. PETIT LAVALL, 2013, p. 1254.

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 marzo de 2013, que modifica el Reglamento (CE) n.º 261/2004 *por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos*, y el Reglamento (CE) n.º 2027/97 *relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje*, COM (2013) 130 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0130>.

⁸⁶ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa, de 5 de febrero de 2014, sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n.º 261/2004 y el Reglamento (CE) n.º 2027/97 (COM(2013)0130 – C7-0066/2013 – 2013/0072(COD)) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52014AP0092>.

⁸⁷ Artículo 6 en la versión de la Propuesta modificada por el Parlamento Europeo [Enmienda 74]: «*Artículo 6. Grandes retrasos: 1. (...). 2. Los pasajeros tendrán derecho a compensación del transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo de conformidad con el artículo 7 cuando lleguen a su destino final:*

a) con cinco horas de retraso como mínimo con respecto a la hora de llegada prevista en el caso de todos los viajes efectuados dentro de la UE y en el de los viajes con origen o destino en terceros países de distancia igual o inferior a 3 500 kilómetros;

b) con nueve horas de retraso como mínimo con respecto a la hora de llegada prevista en el caso de los viajes efectuados dentro de la UE de distancia superior a 3 500 kilómetros y en el de los viajes con origen o destino en terceros países de distancia comprendida entre 3 500 y 6 000 kilómetros;

c) con doce horas de retraso como mínimo con respecto a la hora de llegada prevista en el caso de los viajes con origen o destino en terceros países de distancia igual o superior a 6000 kilómetros».

duración, se reconoce expresamente el derecho a compensación en los supuestos de *gran retraso*⁸⁸ en los mismos términos de «automatización» e «inmediatez» que en los de cancelación y denegación de embarque⁸⁹ (eximiéndoles además, como veremos más adelante, del requisito de presentarse a facturación en caso de modificación de horario⁹⁰).

En este contexto parecía evidente que, desde el momento en el que se constatare el retraso de tres horas, procedía que el viajero recibiera la compensación –al igual que ocurre en los casos de cancelación de vuelo, en los que no concurren circunstancias extraordinarias y no se ofrezca otro vuelo alternativo en unas horquillas horarias, y de denegación de embarque sin motivos razonables⁹¹– y, sin embargo, no es así. Las aerolíneas, a pesar de que hayan dejado de oponerse a que los pasajeros tengan derecho a compensación en caso de gran retraso, sí cuestionan las circunstancias en las que este derecho surge, incluso cuando se han superado las tres horas de retraso⁹², lo que –además de tener similares consecuencias para los pasajeros que siguen sin recibir automáticamente la compensación– finalmente ha provocado que el gran retraso deje de estar equiparado a la cancelación a efectos del derecho a compensación.

Precisamente en las sentencias del TJUE de 25 de enero de 2024 (asuntos C-54/23 y C-474/22) este derecho ha dado un giro significativo dejando en evidencia un importante retroceso en la declarada equiparación. Esta lógica y razonable identidad de trato derivada de la equivalencia reconocida en 2009 por el TJUE, queda desde ahora, en 2024, profundamente cuestionada. En lo sucesivo, de acuerdo con lo determinado en las STJUE de 25 de enero de 2024, aquellos afectados por un retraso en un vuelo de tres o más horas que reclamen la compensación, aunque esté confirmado el incidente de la demora, tendrán que probar *la* (o, mejor dicho, «*su*») *pérdi-*

⁸⁸ Se pronuncia sobre el citado artículo propuesto por la Comisión sugiriendo mejoras a su redacción: ARNOLD, *Air and Space Law*, 2013, pp. 417-418.

⁸⁹ La doctrina apunta que esta propuesta resuelve las dudas interpretativas y recoge las soluciones aportadas por la jurisprudencia. En este sentido: PETIT LAVALL, 2014, p. 645.

⁹⁰ Véase Epígrafe IV.3 de este artículo.

⁹¹ Estos son los tres supuestos contemplados por la doctrina como incumplimientos del servicio aéreo que dan derecho a compensación. SIERRA NOGUERO, 2023, pp. 60-61.

⁹² Así puede observarse en el Auto TJUE 24 octubre 2019, *LC, MD c. EasyJet Airline Co. Ltd*, C-746/18, ECLI: EU: C:2019:902 en el que, siendo un hecho probado que existió un retraso superior a tres horas, la compañía aérea cuestionó entonces, acudiendo –con el objetivo eximirse del pago de la compensación– a un requisito formal, que los pasajeros hubieran cumplido con el requisito de presentarse a facturación exigido por el Reglamento (párrafo 20). El TJUE en este Auto determinó que, dado que los afectados en el litigio poseían una reserva confirmada y realizaron dicho vuelo, habían cumplido debidamente la exigencia de presentarse a la facturación (párrafo 29).

da de tiempo sufrida de al menos tres horas; única molestia, además y como veremos a continuación, susceptible de ser indemnizada con este derecho que –dadas las nuevas exigencias– ya ha dejado de ser inmediato y automático.

2. LA CUESTIONABLE «PÉRDIDA PERSONAL DE TIEMPO» COMO ÚNICA MOLESTIA INDEMNIZABLE POR EL –YA NO AUTOMÁTICO– DERECHO A COMPENSACIÓN

Como se ha mencionado anteriormente, el Reglamento Núm. 261/2004 contempla un régimen de protección del pasajero aéreo en casos de denegación de embarque, de cancelación y de retraso de vuelo. En él, se establecen una serie de medidas que tienen como objeto, de acuerdo con su segundo considerando, paliar los «*graves trastornos y molestias*» que sufren los pasajeros cuando se enfrentan a estos incidentes reparando los perjuicios causados de forma estandarizada e inmediata⁹³. En particular, el derecho a compensación previsto en el artículo 7⁹⁴ pretende paliar las *graves molestias* que cualquier pasajero padece cuando sufre una denegación de embarque, una cancelación de vuelo y, desde 2009, un retraso superior a tres horas.

Ciertamente, la superación del umbral de tres horas fue para el TJUE⁹⁵ la clave de bóveda que permitió la equiparación de las molestias derivadas en ambos supuestos; ahora bien ¿esto significa que, a efectos justificativos de la compensación, el TJUE quisiera valorar sólo la pérdida «personal» de tres o más horas de tiempo descartando las demás múltiples molestias que soporta el viajero?⁹⁶ En nuestra opinión, no.

⁹³ El TJUE así lo subraya: «(...) *debe recordarse que el Reglamento Núm.261/2004 pretende reparar los perjuicios de una manera estandarizada e inmediata, mediante diversos tipos de intervención que son objeto de regímenes en materia de denegación de embarque, cancelación y gran retraso de un vuelo*». STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716, párrafos 51 y 65. Véase también: STJUE 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, C-344/04, ECLI: EU: C:2006:10, párrafo 43 y STJUE 22 noviembre 2012, *Joan Cuadrench Moré / Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV*, C139/11, ECLI: EU: C:2012:741.

⁹⁴ Gracias a esta medida y a la regulación de los supuestos de resarcimiento se ha generalizado un cierto nivel de protección de los derechos de los pasajeros. NADAL GÓMEZ, 2015, p. 155.

⁹⁵ Literalmente, se afirma en el párrafo 61 de la STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716 que: «*los pasajeros de los vuelos retrasados pueden invocar el derecho a compensación previsto en el artículo 7 del Reglamento N.º261/2004 cuando soportan, en relación con el vuelo, una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan al destino final tres o más horas después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo*».

⁹⁶ No debe obviarse que en el asunto C-54/23, el TJUE continuó argumentando que cualquier otra molestia que *W. Y.* hubiera podido experimentar no tenía la consideración de

En realidad, el TJUE determinó que cuando el retraso superase las tres horas los perjuicios sufridos por el pasajero podían considerarse análogos a los de aquel que ha visto cancelado su vuelo⁹⁷. No obstante, la afirmación anterior no implica –a nuestro juicio– que la «pérdida de tiempo» fuera la única molestia indemnizable. Principalmente, porque el propio Tribunal se refiere –en plural– a las molestias y trastornos que se padecen en estas situaciones⁹⁸ y porque, entre ellas, incluye expresamente otras⁹⁹ (por ejemplo: la incertidumbre sobre cuándo llegarán a su destino final, la intranquilidad de no poder gestionar según lo previsto los asuntos propios, verse privado temporalmente de medios de comunicación u otras incomodidades), afirmando además que «una pérdida de tiempo no es un daño¹⁰⁰ generado a raíz de un retraso, sino que constituye una molestia, al igual que otras molestias que subyacen [a estos incidentes]»¹⁰¹. A nuestro parecer, considerar únicamente como molestia grave susceptible de ser automáticamente indemnizada la pérdida personal de tiempo sufrida es, sin lugar a dudas, un paso atrás, que implica, de entrada, pasar por alto de forma flagrante los otros muchos inconvenientes reconocidos por el propio TJUE –a los que podría sumarse la desazón e inquietud que padece el pasajero al tener que buscar una vía de transporte alternativa– que padecen tanto los perjudicados por grandes retrasos como por cancelación.

«grave» (por lo que tampoco debían dar lugar a la compensación a tanto alzado).

⁹⁷ Así se reconocía expresamente en el párrafo 60 de la STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716: «Dado que los perjuicios que sufren los pasajeros aéreos en caso de cancelación o de gran retraso de los vuelos son análogos, no se puede (...) tratar de manera diferente a los pasajeros de los vuelos retrasados y a los pasajeros de los vuelos cancelados».

⁹⁸ Puede observarse también que el TJUE se refiere, en plural, a las molestias y trastornos en los párrafos 44 y 65 de la STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716: «(...) el objetivo del Reglamento no 261/2004, que, como se desprende de sus considerandos primero a cuarto y, especialmente, del segundo de ellos, consiste en garantizar un nivel elevado de protección de los pasajeros aéreos con independencia de que se les haya denegado el embarque o se haya cancelado o retrasado su vuelo, puesto que todos se ven confrontados a similares trastornos y molestias graves en relación con el transporte aéreo» (párrafo 44).

⁹⁹ Señala también esta circunstancia: DOUVILLE, 2019, pp. 103 y 104.

¹⁰⁰ Como anticipábamos, la distinción entre «molestia» y «daño» es muy delgada (y de hecho, ha sido criticada por algunos autores que la califican de «artificial», *Vid.* Mendes de Leon 2022, p. 318). A este respecto, debe señalarse que aunque, en realidad, en ambos casos se indemnice un perjuicio (que no deja de ser un daño, ya que si no hay daño no se desencadena la responsabilidad civil), cuando el TJUE afirma que no se trata de un «daño» -sino de una «molestia»- lo hace para distinguir los perjuicios individualizables – que son indemnizables al amparo del Convenio de Montreal u otras normas –, de aquellas molestias «graves» que se han estandarizado, al presumirse que todos los pasajeros las sufren, y que también dan lugar a un perjuicio indemnizable vía Reglamento 261/2004.

¹⁰¹ STJUE 23 octubre 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, ECLI: EU: C:2012:657, párrafos 51 y 72.

La pretensión del derecho a compensación del Reglamento es la protección de los derechos mínimos del pasajero¹⁰² ante determinados incidentes, pero únicamente puede conseguirlo si se respeta su configuración automática, inmediata y estándar¹⁰³. Es decir, la protección del pasajero emerge cuando, acreditada la incidencia¹⁰⁴, se presume¹⁰⁵ –sin exigir prueba concreta del daño¹⁰⁶– que éste ha padecido ciertas molestias¹⁰⁷, por las que se le indemniza de forma estándar y automática al considerarlas un perjuicio, evitando así que el transportista pueda exonerarse¹⁰⁸ y ahorrando al afectado los inconvenientes inherentes a la interposición de acciones ante los tribunales competentes¹⁰⁹. Por tanto, entrar ahora a valorar individualmente los perjuicios, identificando además la «pérdida personal de tiempo» como la única molestia que justifica el derecho a compensación, contraviene la configuración de este derecho. De hecho, la doctrina europea ya ha cuestionado que esta constatación de la pérdida de tiempo sufrida siga siendo pertinente, ilustrando la falta de procedencia y coherencia a la que da lugar, con el siguiente caso: si se cancela un vuelo menos de quince días antes de la fecha prevista y la compañía aérea no ofrece un transporte alternativo que le permita llegar a destino, el pasajero tendrá derecho a indemnización por los perjuicios sufridos (v.gr. incomodidades o incertidumbre sobre la llegada a destino) aunque estos no estén vinculados a la espera¹¹⁰.

¹⁰² Recuérdese que el refuerzo de estos derechos conforma el núcleo de la política europea de transportes. Así lo afirma: KONING, *REDC*, 2011, pp. 359-382.

¹⁰³ MAESTRE CASAS, *CDT*, 2011, p. 288. DOUVILLE, 2019, p. 105.

¹⁰⁴ En otros términos: «*upon the mere occurrence of one of the disruptions*». PIERALLINI, 2023, p. 359.

¹⁰⁵ Se trata de una presunción *iuris et de iure*, que impide que el transportista pueda probar en contrario y quedar exonerado si acredita que el pasajero no sufrió molestias. Lo explica muy acertadamente SIERRA NOGUERO, 2023, pp. 29 y ss.

¹⁰⁶ Por lo tanto, la obtención de estas compensaciones no se encuentra condicionada a la prueba por el pasajero de las molestias sufridas, sino que, acreditadas las incidencias, aquellas se presumen. PETIT LAVALL, 2013, p. 1259.

¹⁰⁷ Afirma la doctrina que las cantidades previstas en el art. 7 lo que compensan no es un daño derivado del retraso o la cancelación, sino las *molestias* que estos le hayan podido producir al pasajero. NADAL GÓMEZ, 2015, p. 158; En este sentido, debe subrayarse de nuevo que lo que se trata en realidad es de diferenciar el perjuicio que se produce necesariamente como consecuencia del retraso para todo sujeto (las molestias derivadas de éste) que es el que se compensa automáticamente, del daño individual que cada pasajero pueda sufrir y que debe probar.

¹⁰⁸ Se afirma por la doctrina que el Reglamento ha venido a establecer un régimen de mínimos, con una responsabilidad prácticamente objetiva, ya que el transportista deberá responder en todo caso siempre que se dé uno de los supuestos previstos en la norma. NADAL GÓMEZ, 2015, p. 155.

¹⁰⁹ Así lo observa DELPECH, subrayando que esta medida estándar e inmediata sirve, por ejemplo, para compensar a todos los pasajeros de un vuelo que son víctimas de un retraso por los perjuicios prácticamente idénticos que han sufrido: «*ce mode opératoire doit aboutir à une réputation rapide des préjudices de masse (ce sont tous les passagers d'un vol qui sont victimes d'un retard!)*». DELPECH, 2019, p. 140.

¹¹⁰ DOUVILLE, 2019, p. 104.

A mayor abundamiento, si el objetivo de la configuración de esta medida es –reiteramos– evitar entrar a valorar individualmente los inconvenientes que, típicamente, soporta todo pasajero afectado por estos incidentes ¿tiene sentido graduarlos ahora afirmando que las molestias distintas a la pérdida de tiempo no son graves y por ello no deben dar lugar a la compensación?¹¹¹ Nuevamente, creemos que no. El TJUE, con esta «subcategorización» de las molestias que sufren los pasajeros, abre forzosamente una puerta a la valoración individualizada de las circunstancias de cada caso, lo que precisamente para proteger a los viajeros trataba de evitarse ¿provocará esto que las aerolíneas opten ahora por cuestionar que otras molestias, distintas de la pérdida de tiempo, sean susceptibles de no ser calificadas como «*graves*» y se nieguen en general a satisfacer el derecho a compensación de los pasajeros en otros casos? ¿O, incluso, lleguen a plantear que la pérdida de tiempo no es una molestia «grave» en todos los supuestos de retraso (v.gr. quizá la pérdida de tiempo no es igual de grave para un alto ejecutivo que para un jubilado)? En efecto, las molestias pueden tener la misma gravedad, o incluso más, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto; pero era esa valoración la que se pretendía evitar.

Con todo, el Tribunal no se ha detenido aquí, sino que, ha dado un paso más y exige, además, para que el pasajero pueda acreditar tal pérdida de tiempo que concurren ciertas circunstancias, como veremos a continuación.

3. CRÍTICA A LA EXIGENCIA DE QUE LA PÉRDIDA DE TIEMPO DEBA SUFRIRSE EN EL AEROPUERTO

Un nuevo paso atrás en la protección del pasajero que sufre un gran retraso es el que da el TJUE en el asunto C-474/22¹¹², en el que, además de reiterar –erróneamente a nuestro juicio por las razones ya expuestas– que *el derecho a compensación previsto en el artículo 7 está intrínsecamente ligado a que concorra una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas* (párrafo 25), exige como un nuevo añadido¹¹³ para justificar que en efecto ha tenido lugar

¹¹¹ Recuérdese que en el asunto C-54/23, el Tribunal rechaza que el resto de molestias padecidas por el pasajero, distintas a la pérdida de tiempo, puedan calificarse como «graves» en el sentido del Reglamento (párrafo 23).

¹¹² Debe recalcar que, en este asunto, el pasajero renunció a volar porque la demora ya anunciada –que finalmente fue de 3 horas y media– le impedía asistir al compromiso profesional que tenía. Es decir, el retraso frustró el propósito de su viaje.

¹¹³ En caso de considerar que, en realidad, el cumplimiento con este requisito estaba implícito, no hablaríamos de un nuevo añadido, sino de la exigencia de un requisito no requerido expresamente hasta la fecha.

dicha pérdida personal de tiempo¹¹⁴ cumplir el requisito del artículo 3.2.a), esto es, *presentarse a facturación*. Por el contrario, si no se ha cumplido con este requisito de *presentarse a facturación* o *en caso de que haya facturado en línea con tiempo suficiente en el aeropuerto ante el transportista aéreo o uno de sus representantes*¹¹⁵, no queda -a juicio del Tribunal- acreditada la pérdida de tiempo, que es la única y concreta molestia que hace merecedor al pasajero de la compensación.

Pues bien ¿es sensato que en caso de gran retraso de vuelo ya anunciado por la compañía aérea se exija que el pasajero cumpla con este requisito? Adelantamos que nuestra respuesta es negativa, por distintos motivos.

En primer lugar, pensamos que el Tribunal debería haber eximido a los pasajeros que tienen indicios suficientes de que el vuelo va a sufrir un retraso superior a tres horas de presentarse a facturación porque si este incidente se ha equiparado al de cancelación a efectos del derecho de compensación, esta equivalencia debería extenderse también a este requisito. Recuérdesse en este punto que el propio Tribunal Federal alemán subrayaba la escasa justificación que existía para exigir al pasajero que tenía indicios existentes¹¹⁶ de que su vuelo se retrasaría más de tres horas que cumpliera con este requisito, cuando en casos de cancelación está previsto que los pasajeros sean compensados si no se les ofrece un vuelo alternativo que no suponga llegar con un retraso inferior a tres horas, sin obligación de presentarse a facturación o iniciar el viaje¹¹⁷. Concluía

¹¹⁴ No es la primera vez que las aerolíneas acuden a esta excusa/requisito para tratar de no pagar la compensación en caso de gran retraso. En un litigio en el que los pasajeros L. C. y M. D. reclamaban frente a Easyjet la compensación prevista en el Reglamento (250 euros) tras sufrir un retraso superior a tres horas en un vuelo Venecia-París, si bien Easyjet no negaba que hubiera existido un incumplimiento (ya que reconocía que, en efecto, el vuelo había sufrido tal retraso), trató de escaparse del pago de la compensación alegando que los pasajeros, a pesar de que habían tomado el vuelo, no habían acreditado –mediante la presentación de las tarjetas de embarque– su cumplimiento con el requisito de «*presentarse a facturación*». En ese contexto y precisamente haciendo hincapié en que el objetivo del Reglamento es alcanzar un elevado nivel de protección de los pasajeros (párrafo 31), en el Auto TJUE 24 octubre 2019, *LC, MD c. EasyJet Airline Co. Ltd*, C-746/18, ECLI: EU: C:2019:902, el TJUE interpretó –sensatamente a nuestro juicio– el art. 3.2.a) en el sentido de que, aquellos pasajeros que poseen una reserva confirmada y realizan dicho vuelo, han cumplido con la exigencia de presentarse a facturación, sin tener que presentar las tarjetas de embarque ni ningún otro documento para acreditarlo.

¹¹⁵ Fallo de la STJUE 25 enero 2024, *Laudamotion c. Flightright*, C-474/22, ECLI: EU: C:2024:73.

¹¹⁶ Aunque el término «indicios suficientes» pueda dar lugar a debate, desde luego el anuncio de la propia compañía de que el vuelo sufrirá un retraso superior a tres horas parece una señal evidente de que el contrato no se ejecutará según lo pactado. En todo caso, nótese que, si un pasajero se guía por estos indicios de gran retraso y éste, finalmente, no se produce, no podrá reclamar compensación alguna.

¹¹⁷ STJUE 25 enero 2024, *Laudamotion y Ryanair*, C-54/23, ECLI: EU: C:2024:74, párrafo 14.

de hecho que, de exigirse este requisito, el pasajero se presentaría a facturación o iniciaría el viaje únicamente a efectos de recibir la compensación.

Cuando un vuelo es cancelado, el pasajero afectado puede reclamar la compensación prevista en el artículo 7, a pesar de no haberse presentado a facturación, ya que, en buena lógica el artículo 3.2.a) le exonera de cumplir con este requisito (el legislador europeo vio nítidamente que no tenía sentido). Es decir, desde que el viajero sufre una cancelación –siempre que no se le ofrezca otro vuelo que le permita llegar a destino con una diferencia inferior a tres horas¹¹⁸– se presume que ha sufrido una serie de molestias que son merecedoras de compensación con independencia de que se haya presentado a facturación¹¹⁹.

Pues bien, si el ámbito de aplicación del Reglamento no exige esta presencia en el aeropuerto en el caso de cancelación ¿Por qué lo exige el Tribunal en el equiparado incidente de gran retraso? ¿Dónde queda nuevamente la equivalencia de situaciones? En definitiva, por qué van los pasajeros en caso de gran retraso ya anunciado a presentarse a facturación ¿a los solos efectos de recibir la compensación? El TJUE no ha tenido en cuenta que, como ocurre en los supuestos de cancelación, los perjudicados por un gran retraso sufren una serie de molestias, independientemente se haya presentado, o no, a facturación o ante el transportista aéreo.

En segundo término, creemos que la previsión del art. 3.2.a) –al que, como ya hemos señalado, no es la primera vez al que las aerolíneas acuden para eximirse del pago de la compensación¹²⁰– no debe servir para ampliar los supuestos en los que se va a privar de protección a un pasajero¹²¹. De entrada, porque, aunque sea una

¹¹⁸ En caso de que concurra alguna circunstancia extraordinaria (que, recuérdese, se interpretan restrictivamente), el pasajero también habrá sufrido tales molestias, pero se exige al transportista aéreo de pagar la compensación.

¹¹⁹ Piénsese que incluso aquel pasajero que no fuera a volar por encontrarse enfermo, si sufre una cancelación de vuelo, será titular del derecho a compensación previsto en el art.7.

¹²⁰ Recuérdese que, en el caso resuelto por el Auto TJUE 24 octubre 2019, *LC, MD c. EasyJet Airline Co. Ltd*, C-746/18, ECLI: EU: C:2019:902, en el que el retraso del vuelo superior a tres horas y la llegada de los pasajeros a destino con tal demora no se discuten, la aerolínea se escuda en el supuesto incumplimiento de este requisito (o más bien, en su falta de prueba) para tratar de no pagar la compensación (art. 7). También: STJUE 26 octubre 2023, *FW y LATAM Airlines Group SA*, C-238/22, ECLI: EU: C:2023:815.

¹²¹ Procede en este punto señalar que la acreditación de la concurrencia de la «*circunstancias extraordinarias*» permite al transportista exonerarse del pago de la compensación. Ahora bien, este concepto, como ha declarado el TJUE (STJUE 22 diciembre 2008, *Wallentin*, C-549/07, ECLI: EU: C:2008:771) debe ser objeto de una interpretación restrictiva porque constituye una excepción a la obligación de pago de la compensación económica que se estableció precisamente para proteger al pasajero como consumidor. En sentido similar: En la STJUE 4 octubre 2012, *Rodríguez Cachafeiro y Martínez-Reboredo Varela-Villamor*, C-321/11, ECLI: EU: C:2012:609, tampoco admite el Tribunal ampliar significativamente los supuestos en los que tendría derecho a denegar justificadamente el embarque

obligación del pasajero¹²², no debería resultar exigible en su detrimento; y menos aun cuando ya existe un anuncio del transportista aéreo de que incumplirá los términos de su obligación principal (realizar el vuelo en las condiciones y en el momento pactado). De hecho, recientemente el TJUE ha eximido a un pasajero de cumplir con este requisito, en la STJUE 26 octubre 2023, *FW y LATAM Airlines Group SA*, C-238/22, ECLI: EU: C:2023:815, en el que la aerolínea cuestionó, en un caso de denegación *anticipada* de embarque, que el pasajero fuera merecedor de la compensación por no haberse presentado al embarque, el Tribunal Europeo declaró que (el resaltado es nuestro):

«[...] Una interpretación del Reglamento Núm. 261/2004 que, para permitir la compensación de los pasajeros a los que se ha denegado el embarque, dispensa a estos de presentarse a facturación ahorrándoles así una formalidad inútil contribuye a la consecución del objetivo de ese Reglamento consistente en garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros (...) Así, de una interpretación contextual y teleológica del artículo 4, apartado 3, del Reglamento Núm. 261/2004, en relación con los artículos 2, letra j), y 3, apartado 2, de este Reglamento, se deriva que un pasajero no está obligado a presentarse a facturación cuando un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo le ha notificado con antelación que le denegará el embarque contra su voluntad en un vuelo para el que dicho pasajero dispone de una reserva confirmada».

Adicionalmente, la exigencia de este requisito parece responder más bien a otras causas: para que a un pasajero se le deniegue el embarque en contra de su voluntad tiene que haberse presentado a facturación¹²³; al igual que un pasajero perjudicado por un gran

a un pasajero porque privaría de protección al pasajero en contra del objetivo del Reglamento (*Vid.* párrafo 33).

¹²² Presentarse a facturación a la hora señalada, pagar el precio del billete y colaborar con el transportista son, en esencia, las obligaciones que asume el pasajero. FERRER TAPIA, 2013, pp. 152-153. También SIERRA NOGUERO, 2023, pp. 45 y ss.

¹²³ En este sentido: STJUE 26 octubre 2023, *FW y LATAM Airlines Group SA*, C238/22, ECLI: EU: C:2023:815 (párrafos 32 a 25). Igualmente, en la citada STJUE 4 octubre 2012, *Rodríguez Cachafeiro y Martínez-Reboredo Varela-Villamor*, C-321/11, ECLI: EU: C:2012:609, en el que los pasajeros volaban de La Coruña a Santo Domingo con escala en Madrid, el TJUE estima procedente la reclamación de dos pasajeros que se quedaron en tierra porque, tras un retraso en su primer vuelo -que hizo prever a Iberia que ambos pasajeros perderían su conexión- la empresa anuló sus tarjetas de embarque. La empresa impidió su embarque cuando los pasajeros llegaron al mostrador mientras se estaba realizando la última llamada. El párrafo 33 señala que «no cabe aceptar que un trans-

retraso únicamente podrá beneficiarse de los derechos de asistencia (v.gr. comida o llamadas) si se encuentra en el aeropuerto.

Pero es que, en definitiva, no debe olvidarse que el TJUE ha considerado como retraso relevante, a efectos de la compensación del artículo 7, aquel sufrido en la llegada del vuelo¹²⁴ (así, si un pasajero sufre una pérdida de tiempo en el aeropuerto de tres horas, pero se recupera tiempo en el vuelo, llegando a destino con un retraso inferior a tres horas, no será merecedor de la compensación). Por ello, resulta contradictorio que se otorgue ahora relevancia al hecho de que el pasajero se haya presentado a facturación o ante el transportista aéreo, cuando lo relevante no es que se produzca una pérdida de tiempo por el hecho de estar en el aeropuerto, sino el retraso del vuelo a su llegada al aeropuerto de destino.

De hecho, resulta aún más llamativo si se tiene que en cuenta que la Propuesta para la actualización del Reglamento, recogiendo esta interpretación, exonera a los pasajeros en casos de cancelación y *en aquellos en los que exista un cambio de horario por gran retraso* del requisito de presentarse a facturación o con antelación suficiente ante el transportista aéreo. Así se infiere del artículo 3 de la Propuesta para la actualización del Reglamento, en el que se mantiene el ámbito de aplicación de la norma¹²⁵ al igual que los requisitos con los que los pasajeros deben cumplir, pero se reconoce que los pasajeros que sufran un *gran retraso en su vuelo* seguirán siendo beneficiarios de los derechos reconocidos en sus disposiciones sin tener que presentarse a facturación o ante el

portista aéreo pueda ampliar significativamente los supuestos en los que tendría derecho a denegar justificadamente el embarque a un pasajero. Ello acarrearía como consecuencia necesaria privar por completo de protección a ese pasajero, en contra del objetivo del Reglamento n.º 261/2004, que pretende garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros mediante una interpretación amplia de los derechos que se les reconocen». El TJUE terminó interpretando de forma amplia el concepto de denegación de embarque, entendiendo que ya se había presentado conforme exigía el art. 3.2 al primer vuelo (por lo que la facturación se había realizado simultáneamente para ambos vuelos en el aeropuerto de La Coruña, párrafo 36). Sobre la sentencia que acabamos de citar, PETIT LAVALL señala que no fue por un incumplimiento de las condiciones del art. 3.2 por lo que a los demandantes se les impide embarcar en el vuelo, sino por la anulación de su reserva por parte de la compañía por el retraso en el vuelo anterior. PETIT LAVALL, 2014, p. 624.

¹²⁴ Recuérdese que, aunque el Reglamento otorgue una serie de derechos de asistencia según la hora de salida del vuelo, el derecho a compensación se atribuye atendiendo a la hora de llegada. En este sentido: STJUE 23 octubre 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, ECLI: EU: C:2012:657 y STJUE 26 febrero 2013, *Folkerts*, C-11/11, ECLI: EU: C:2013:106.

¹²⁵ Esto es, los pasajeros que pueden beneficiarse de sus disposiciones son los mismos que en la actualidad. Artículo 3: «1. El presente Reglamento será aplicable: a) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado; b) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión sea un transportista comunitario».

transportista aéreo cuando haya un cambio de horario anunciado por el transportista¹²⁶:

«2. El apartado 1 se aplicará a condición de que los pasajeros: a) dispongan de una reserva confirmada en el vuelo de que se trate y, **excepto en el caso de cancelación mencionado en el artículo 5 y en el caso de cambio de horario mencionado en el artículo 6 o en el caso de un vuelo de conexión tal y como se define en el artículo 6 bis, se presenten para el embarque: [Enm. 53] en las condiciones requeridas y a la hora indicada previamente y por escrito (inclusive por medios electrónicos) por el transportista aéreo, el organizador o un agente de viajes autorizado, o bien, de no indicarse hora alguna, cuarenta y cinco minutos antes (...)**».

En última instancia, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento del requisito que ahora exige el TJUE –haberse «*presentado a facturación*» o cuando haya facturado en línea «*con tiempo suficiente en el aeropuerto ante el transportista aéreo o uno de sus representantes*»– para que el afectado por un gran retraso pueda reclamar la compensación prevista en el artículo 7, no será fácil de acreditar para el pasajero, lo que le generará una grave indefensión¹²⁷. Si bien la *presentación del pasajero a facturación* puede acreditarse mediante la tarjeta física de embarque (aunque también parecen admitirse otros medios de prueba)¹²⁸, lo cierto es que este supuesto será cada vez menos frecuente, y en caso de que éste haya facturado en línea y, con su maleta de cabina, acuda directamente a la puerta de embarque ¿Cómo podrá acreditar que se ha presentado con tiempo suficiente en el aeropuerto ante el transportista aéreo¹²⁹?

Resulta llamativo que las exigencias probatorias del Reglamento sean interpretadas por los tribunales de una forma tan ortodoxa y

¹²⁶ Analiza la redacción propuesta del artículo 3: ARNOLD, *Air and Space Law*, 2013, p. 411.

¹²⁷ La doctrina también señala la *gran* indefensión que sufre el pasajero cuando se le exige que acredite el cumplimiento de esta obligación. PETIT LAVALL, 2014, p. 623.

¹²⁸ Deduce esta afirmación del Auto TJUE 24 octubre 2019, LC, MD c. *EasyJet Airline Co. Ltd*, C-746/18, ECLI: EU: C:2019:902.

¹²⁹ En la STJUE 25 enero 2024 asunto C-474/22, el punto de partida del Tribunal es que el pasajero no se ha presentado a facturación (porque las cuestiones prejudiciales parten de esa premisa, párrafo 22), pero a la hora de valorar si el pasajero se presentó ante el transportista aéreo, deduce que, debido a que el pasajero tenía indicios suficientes de que el vuelo iba a sufrir un gran retraso, no se ha presentado al aeropuerto (párrafo 26). Sin embargo, no es descabellado pensar que el pasajero aéreo, con su tarjeta de embarque obtenida en línea, pudo desplazarse al aeropuerto y, al constatar el retraso que le impedía llegar a su cita profesional, volviese a su domicilio renunciando a volar.

rígida y –al contrario que otras cuestiones– en un sentido desfavorable a los intereses de los pasajeros. Ciertamente, hubiera resultado más beneficioso para los viajeros europeos el establecimiento de una presunción o bien de que el pasajero se ha presentado a tiempo a facturación cuando aporte la reserva, o bien de que se ha presentado ante el transportista aéreo, al obtener la tarjeta de embarque electrónica. Quizá, resultaría incluso más justo, teniendo en cuenta las facilidades probatorias de las compañías aéreas, que podrían, sencillamente, confeccionar una lista con los pasajeros que han facturado a tiempo (incluyendo a aquellos que han facturado en línea), para identificar, si necesitaran acreditar lo contrario, a aquellos pasajeros que no han facturado o que no se han presentado ante el transportista aéreo a tiempo¹³⁰.

En definitiva, posiblemente cediendo a la presión de las aerolíneas, el TJUE ha acudido a un requisito «formal» para justificar un nuevo paso atrás en la declarada equiparación entre gran retraso y cancelación y entra a valorar, en contra del espíritu de las disposiciones del Reglamento, las condiciones en las que el pasajero sufre la pérdida de tiempo. La exigencia de que el pasajero se presente a facturación en caso de gran retraso limita el derecho a compensación de los pasajeros injustificadamente, ya que –al igual que ocurre en los casos de cancelación– las molestias las habrá sufrido en todo caso.

4. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL PAGO DE LA COMPENSACIÓN, LA RECLAMACIÓN DE OTROS PERJUICIOS Y LA DESINCENTIVACIÓN DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO

Finalmente, en este apartado volvemos individualmente sobre las dos decisiones del TJUE, de 25 de enero de 2024, que son objeto de este comentario para valorar si, después de todo, hubiera sido procedente el pago de la compensación u otros perjuicios a los pasajeros.

Por una parte, en el asunto C-54/23, el TJUE negó que *W. Y.* fuera merecedor de la compensación prevista en el Reglamento porque –no teniendo en cuenta que fue la adquisición por cuenta propia del pasajero de un vuelo de sustitución lo que le permitió

¹³⁰ La doctrina subraya que, en realidad, en la búsqueda de la verdad, los jueces saben, a veces, liberarse de unos «grilletes» un tanto rígidos de las exigencias probatorias; y así lo ejemplifica con la sentencia del *Tribunal d'Instance* de París 30 mayo 2018 (n.º11-17-000719). DELPECH, 2019, p. 143.

asistir a su reunión profesional– llegó a su destino con un retraso inferior a tres horas. En otras palabras, pasando por alto que el vuelo inicial (en el que no embarcó el pasajero) llegó a destino con un retraso superior a tres horas, el Tribunal negó al perjudicado la compensación por su propio comportamiento diligente y mitigador de daños.

Ante esta circunstancia, debemos mostrar nuestra disconformidad con el razonamiento del Tribunal. Constatado que el vuelo inicial sufrió un retraso superior a tres horas, Laudamotion y Ryanair, como transportistas aéreos, deberían haber indemnizado al pasajero con la correspondiente cuantía, ya que –recuérdese– la configuración del derecho a compensación se basa en una presunción *iuris et de iure* que no permite que el transportista se exima de responsabilidad. La actuación del pasajero, que obedece a su intento de mitigar el daño¹³¹, evitó los daños adicionales¹³² que el incumplimiento del transportista (que no se discute que existió) hubiera podido acarrearle; piénsese, por ejemplo, en los perjuicios materiales derivados de la imposibilidad de asistir a su reunión profesional. Es evidente que, si el pasajero no hubiera buscado otro vuelo, además de las molestias derivadas del retraso (indemnizables mediante la compensación automática), hubiera sin duda sufrido perjuicios adicionales¹³³, que bien podría, si hubieran tenido lugar, haber reclamado. ¿Tiene algún sentido castigar a la víctima del daño que con su actuación diligente minimiza unos perjuicios que, a la postre, de no observar este comportamiento, se hubieran visto acrecentados y deberían haber sido indemnizados por la aerolínea?

No es sensato, a nuestro juicio, penalizar al viajero que con su actuación diligente pretende paliar el daño evitando su incremento. No podemos compartir que su derecho a recibir una compensación automática le exija «*quedarse de brazos cruzados*». La compensación no debe, en nuestra opinión, atender al comportamiento del pasajero, sino al incumplimiento probado del transportista que causa perjuicios al viajero.

Además, la respuesta del TJUE –reiteramos, a nuestro juicio, inadecuada– desincentiva en lo sucesivo a otros pasajeros afectados por retrasos a buscar alternativas que alivien los daños que

¹³¹ La mitigación del daño se reconoce en todos los sistemas de nuestro entorno jurídico: aquel que sufre un daño, debe esforzarse en contener su expansión. DEL OLMO GARCÍA, SOLER PRESAS, 2019, p. 305-310.

¹³² Adicionales a los perjuicios que se compensan automáticamente.

¹³³ Debe tenerse en cuenta que para la compañía aérea no hubiera sido más favorable que el pasajero no hubiera otra alternativa, ya que, si éste se hubiera quedado esperando en la puerta de embarque, hubiera reclamado tanto la compensación del artículo 7 por las molestias sufridas por el retraso, como el resto de daños sufridos también derivados del incumplimiento.

potencialmente pueda sufrir como consecuencia del incumplimiento de los transportistas aéreos, lo que resultaría perjudicial tanto para unos como para otros.

Por otra parte, en el asunto C-474/22, el TJUE también negó que el pasajero representado por Flightright fuera merecedor de la compensación del artículo 7 del Reglamento; asumiendo que el pasajero –que finalmente renunció a volar– no se desplazó al aeropuerto y no se presentó ante el transportista aéreo, consideró que no sufrió ninguna molestia que justificase que fuera indemnizado con esta medida reparadora. Asimismo, señaló que la pérdida de la reunión profesional sufrida por el pasajero era un perjuicio individual que tampoco podía ser reparado a través de la compensación.

Pues bien, nuevamente, hacemos constar nuestro desacuerdo con la primera conclusión del Alto Tribunal Europeo. Este caso reviste, incluso, mayor gravedad que el anterior, ya que debe tenerse en cuenta que el pasajero renunció a volar porque el retraso *frustró* el propósito de su viaje; pero es que, además, nuevamente advertimos que, siendo un hecho probado que el vuelo sufrió un retraso superior a tres horas, al pasajero se le debía haber considerado, desde ese momento, merecedor de la compensación¹³⁴. En otras palabras, la constatación de la incidencia es lo que permite presumir que el pasajero ha experimentado una serie de molestias, incluso en el caso de que no llegue a tomar el vuelo, y por ello consideramos que, acreditado el incumplimiento del transportista, el pasajero sí era merecedor de la compensación y debió haber sido *mínimamente* indemnizado mediante las cantidades previstas en el artículo 7 del Reglamento.

Ahora bien, la imposibilidad de asistir a una reunión de trabajo es –acertadamente– calificada por el TJUE como un perjuicio individual¹³⁵. En consecuencia, tal perjuicio podría reclamarse, en su caso, a través de la interposición de la correspondiente demanda con base en otros instrumentos legales (Convenio de Montreal¹³⁶ o derechos nacionales), recurriendo a la posibilidad de solicitar una indemnización suplementaria (art. 12 Reglamento)¹³⁷ que el Regla-

¹³⁴ Recuérdese que las cuantías del artículo 7 compensan las *molestias* que el retraso o cancelación le hayan producido a cualquier pasajero en tal tesitura. NADAL GÓMEZ, 2015, p. 158.

¹³⁵ Otros perjuicios individuales son, por ejemplo, la pérdida de salario (STJUE 29 julio 2019, *Rusu*, C-354/18, ECLI: EU: C:2019:637, párrafos 35 y 36).

¹³⁶ Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-9347>.

¹³⁷ La STJUE 13 octubre 2011, *Sousa Rodríguez y otros*, C-83/10, ECLI: EU: C:2011:652, afirma sobre el concepto de compensación suplementaria que: «debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo interna-

mento contempla para los pasajeros que, sin perjuicio de que hayan recibido la compensación *automática*¹³⁸, hayan padecido daños que sean distintos de las molestias sufridas por el retraso¹³⁹. Con todo, estos perjuicios únicamente serán indemnizados si se acreditan debidamente y, para ello, el perjudicado deberá probar no sólo los daños¹⁴⁰, sino la existencia del contrato, su incumplimiento y el nexo causal entre los daños sufridos y el incumplimiento¹⁴¹.

Así las cosas, el pasajero podría haber reclamado, en su caso, los daños morales y patrimoniales, que incluirían tanto daño emergente como lucro cesante, bien al amparo de los derechos nacionales o bien del Convenio de Montreal¹⁴², derivados de la pérdida de su reunión profesional.

En este sentido, de haberlos sufrido, el viajero perjudicado podría incluir como daños *patrimoniales*, entre otros, los gastos hechos en contemplación del viaje que posteriormente resultaron inútiles debido al incumplimiento (v.gr. si hubiera alquilado un coche¹⁴³ o comprado unos billetes de tren¹⁴⁴ para desplazarse por Palma de Mallorca para asistir a su reunión y finalmente no los usó) o la imposibilidad de cerrar un trato en la reunión profesional

cional o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo». Véase también: STJUE 8 junio 2023, Austrian Airlines, C-49/22, ECLI: EU: C:2023:454, párrafo 36.

¹³⁸ Que se corresponde con lo que algunos autores califican como «*el primer tramo de responsabilidad del transportista*». DE PAZ MARTÍN, 2006, p. 360. Es decir, que los «*derechos mínimos*» reconocidos en el Reglamento son compatibles con «*remedios de distinta naturaleza (los de las reglas de responsabilidad contractuales o extracontractuales) que procedan conforme a las reglas generales para obtener la indemnidad de los pasajeros frente a los perjuicios derivados de tales incidencias*». GILI SALDAÑA, GÓMEZ POMAR, 2005, p. 20.

¹³⁹ En la SAP de Madrid 2 abril 2008 (AC 2008\1019) se determina que, además de los perjuicios de carácter general que el retraso acarrea a todo pasajero, los pasajeros pueden sufrir perjuicios individuales, inherentes al motivo por el que se desplazan.

¹⁴⁰ Los Tribunales españoles exigen la individualización del daño concreto derivado del retraso o la cancelación, que además deberá ser distinto de las molestias sufridas que son indemnizadas con la compensación prevista en el artículo 7 del Reglamento. En este sentido: SAP de Madrid 18 noviembre 2013 (AC 2013\2088), SAP de Islas Baleares 25 de julio 2019 (JUR/2019/263295), SAP de Las Palmas 26 de julio 2012 (AC/2012/1522).

¹⁴¹ Aunque sea acerca de los presupuestos de la obligación de indemnizar respecto del contrato de viaje combinado, es de gran interés el análisis de GÓMEZ CALLE, BAÑÓ SÁNCHEZ, 2014, p. 493.

¹⁴² No obstante, prueba de que el Reglamento 261/2004 es la medida que -en la práctica- protege a los consumidores es que la doctrina afirma que, aun cuando el artículo 19 Convenio de Montreal responsabiliza al transportista por el daño sufrido por retraso, no suele recurrirse a esta disposición cuando el Reglamento 261/2004 resulta aplicable. NEENAN, 2023, pp. 380-383.

¹⁴³ En la SAP Madrid 26 abril 2001 (JUR 2001\211248) se concedió el equivalente al día de alquiler del coche no disfrutado debido al retraso sufrido.

¹⁴⁴ En la SAP Madrid 23 septiembre 2022 (JUR 2022\338903), la Audiencia Provincial confirmó que las cantidades que los pasajeros reclamaban por el precio de billetes de AVE que no pudieron utilizar era procedente y tenían cabida en la compensación suplementaria (artículo 12 del Reglamento 261/2004).

o de incorporarse al trabajo debidamente siempre que ello hubiera comportado la pérdida de una ganancia o salario seguros¹⁴⁵.

Por su parte, si hubiera pretendido reclamar los daños *morales* sufridos¹⁴⁶, debería haber acreditado, al menos, los hechos y circunstancias que, de acuerdo con el principio de notoriedad o en aplicación de la regla *res ipsa loquitur*¹⁴⁷, hubieran permitido tener por cierta su existencia¹⁴⁸. Así pues, debería haber acreditado, al menos, la gran trascendencia de la cita profesional¹⁴⁹ a la que no pudo asistir, para que el tribunal hubiera podido valorar si merecía ser indemnizado por reflejar el daño padecido «*una especial penalidad, padecimiento, zozobra o angustia en el actor*»¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Vid. GÓMEZ CALLE, BAÑÓ SÁNCHEZ, 2014, pp. 502 y ss.

¹⁴⁶ Aunque el tenor literal del Convenio de Montreal no reconoce la posibilidad de que los daños morales sufridos por los pasajeros sean resarcidos, el TJUE sí ha interpretado que la indemnización de estos daños es viable (Vid. STJUE 13 octubre 2011, *Sousa Rodríguez y otros*, C-83/10, ECLI: EU: C:2011:652, párrafo 41). Por su parte, el derecho positivo español tampoco menciona nada respecto a los daños morales en el transporte de pasajeros (SIERRA NOGUERA, 2023, p. 100), sin embargo, el Tribunal Supremo se ha encargado de reconocer esta posibilidad, en la STS 31 mayo 2000 (RJ 2000\5089), en la que declaró que procedía indemnizar al afectado por los daños morales sufridos tras el retraso injustificado de un vuelo. Tras esta sentencia, numerosas resoluciones reconocen daños morales en supuestos de denegación de embarque, cancelación de vuelo o gran retraso; entre otras: SAP de Barcelona 13 julio 2022 (JUR\2022\288799), SAP de Málaga 2 febrero 2022 (JUR 2022\16229), SAP de Castellón 24 septiembre 2021 (JUR 2022\24539).

¹⁴⁷ En este sentido, en la SAP de Barcelona 22 de mayo 2013 (AC\2013\1813) en un supuesto en el que pasajero reclamaba a US AIRWAYS una indemnización total de 900 € (600 € al amparo de los arts. 6 y 7 del Reglamento por razón del retraso más 300 € en concepto de indemnización por el daño moral) por un retraso de 3 días en un vuelo San Diego (EEUU) a Palma de Mallorca, que le impidió pasar la Navidad con su familia, la AP, confirmando la sentencia de primera instancia, subrayó «*que la demora de tres días en unas fechas tan señaladas, debiendo regresar en solitario para arribar al destino el 26 de diciembre, comporta un padecimiento o daño moral, que es deducible de la realidad de las circunstancias (doctrina de la apreciación del daño in re ipsa loquitur), sin necesidad de su concreta prueba, pues la situación fáctica relatada es susceptible de producirlo*».

¹⁴⁸ NADAL GÓMEZ, 2015, p. 160.

¹⁴⁹ En la SAP de Madrid 30 enero 2015 (JUR\2015\87033), en un supuesto en el que el pasajero demandó a IBERIA debido a la cancelación de un vuelo Madrid-Bruselas, que le impidió volar hasta el día siguiente reclamando una cuantía de 600 euros (en la que se incluía la compensación del artículo 7 –250 euros– y una cantidad suplementaria por «*el padecimiento de daño moral, por no haber podido cumplir con su cometido laboral, ya que tuvo que faltar a sus compromisos profesionales sin que tuviera la posibilidad de establecer un plan alternativo*»), la AP señaló que «*si el demandante se estaba refiriendo al sufrimiento de algún tipo de perturbación psicológica por no haber podido acudir a su puesto de trabajo o por no haber podido estar presente en una reunión de índole laboral (...) lo que debería haber hecho, cuando menos, es haber expuesto en su demanda en qué consistía su actividad y cuál era la trascendencia concreta de dicho evento, amén de haber tenido que demostrar que el mismo estaba previsto, a fin de que este tribunal pudiera efectuar una valoración jurídica sobre la relevancia de esos hechos concretos en el ánimo del demandante. Como ello no ha sido así, nos resulta imposible poder entrever que éste tuviera que haber sufrido de modo necesario, además de las molestias inherentes a la espera, algún grado de aflicción significativo que pudiera haber entrañado una perturbación psicológica relevante que mereciese una adecuada indemnización (...)*».

¹⁵⁰ En la STS 31 mayo 2000 (RJ 2000\5089), el TS apunta que no debe confundirse el daño moral con situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado, que suelen originarse cuando surgen incidencias desfavorables en un vuelo; sino que, lo que debe indemnizarse son aquellas que por su grado de relevancia afecten a la esfera psíquica de la

V. CONCLUSIONES

El Reglamento Núm. 261/2004 se considera un hito en el reconocimiento y la protección de los derechos de los pasajeros aéreos en la UE. No obstante, desde su publicación ha sido una norma excesivamente controvertida, llegando, incluso, a ser calificada como la *legislación comunitaria más litigiosa en materia de transporte aéreo*. A pesar de que, desde los primeros cuestionamientos, el TJUE ha reafirmado su validez, su compatibilidad con otras normas y la importancia de la protección del pasajero aéreo como uno de sus principales objetivos, las dos Sentencias de 25 de enero de 2024 suponen un punto de inflexión en la postura que el Tribunal Europeo ha mantenido hasta la fecha.

La doctrina de la Sentencia *Sturgeon* (STJUE 19 noviembre 2009, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716) buscando la protección efectiva del pasajero aéreo reconoció que los perjudicados por un retraso de tres o más horas eran –también– merecedores de la compensación prevista en el artículo 7 del Reglamento para supuestos de denegación de embarque y cancelación de vuelo. En esencia, consideró que las molestias y trastornos sufridos por los pasajeros en casos de gran retraso eran equiparables a aquellos que padecían los perjudicados por una cancelación y que ello justificaba que, en virtud del principio de igualdad de trato, se les reconociese el derecho a ser indemnizados automática e inmediatamente con esta medida reparadora estándar.

Si bien esta doctrina parecía estar asentada y consolidada por la jurisprudencia posterior¹⁵¹, es probable que los constantes cuestionamientos de los transportistas aéreos, otros operadores y los propios tribunales de algunos Estados miembros hayan provocado que, finalmente, el TJUE haya cambiado su criterio, como se observa en los dos pronunciamientos objeto de análisis. En ellos, el Alto Tribunal europeo, olvidando que el pasajero es la parte débil del contrato de transporte, ha dado un paso atrás en la declarada equiparación concluyendo que no todos los pasajeros cuyos vuelos han sufrido un *gran* retraso tienen derecho a compensación.

La nueva doctrina del TJUE provoca que una medida reparadora que se suponía estándar y automática haya dejado de serlo en

persona, atendiendo tanto a las circunstancias del caso como a las deducibles de un juicio de notoriedad, de manera que se produzca una perturbación de alguna entidad, como consecuencia de las horas de tensión e incomodidad producidas por una incidencia importante, que se entiendan carentes de justificación alguna.

¹⁵¹ Entre otras: STJUE 26 febrero 2013, *Folkerts*, C-11/11, ECLI: EU: C:2013:106; STJUE 23 octubre 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, ECLI: EU: C:2012:657 y STJUE 4 septiembre 2014, *Germanwings*, C-452/13, ECLI: EU: C:2014:2141.

claro detrimento de los pasajeros. En lo sucesivo, aunque el vuelo haya sufrido un retraso superior a tres horas, los perjudicados que no hayan embarcado deberán probar que han sufrido una pérdida de tiempo superior a tres horas soportada en el aeropuerto como única molestia *grave* susceptible de ser indemnizada, obligando al juzgador a realizar una valoración individualizada de las circunstancias.

Así las cosas, el avance en materia de protección del pasajero aéreo que supuso la decisión del caso *Sturgeon* ha quedado empañado con estos dos pronunciamientos que limitan –a nuestro juicio, injustificadamente– el derecho de compensación del pasajero que soporta un gran retraso.

La reciente aprobación de dos órdenes nacionales ha acreditado a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) en el ámbito del transporte aéreo, como la entidad de resolución alternativa de litigios¹⁵² y ha reconocido que sus resoluciones¹⁵³ tendrán la consideración de título ejecutivo¹⁵⁴. Por tanto, esta Agencia se estará ya pronunciando sobre la procedencia de estas compensaciones en casos de gran retraso en un contexto de incertidumbre provocada por las dos sentencias del TJUE que han sido objeto de análisis. En lo sucesivo ¿valorará AESA caso por caso en los supuestos de gran retraso si el pasajero ha sufrido –o no– la pérdida de tiempo de 3 o más horas para poder ser compensados? ¿y las circunstancias en las que ésta se ha sufrido?

Piénsese, por ejemplo, en el pasajero que acude al aeropuerto con su tarjeta de embarque electrónica y su maleta de cabina y, tras una espera de tres horas y media en el mostrador de embarque, regresa a su domicilio o decide tomar otro medio de transporte ¿se le negará la compensación? ¿cómo podrá acreditar que se ha presentado ante el transportista aéreo?

Es necesario que, definitivamente, la normativa europea sea revisada. Una actualización del Reglamento Núm. 261/2004 que deter-

¹⁵² Orden TMA/469/2023, de 17 de abril, por la que se acredita a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea como entidad de resolución alternativa de litigios en el ámbito del transporte aéreo, «BOE» núm. 111, de 10 de mayo de 2023, pp. 65213 a 65216 (4 págs.), disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-11093; Consultado el 26 de febrero de 2024.

¹⁵³ Por lo que, en lo sucesivo, sus decisiones en procesos extrajudiciales sobre reclamaciones en casos de denegaciones de embarque, cancelaciones y retrasos con arreglo al Reglamento No.261/2004 serán vinculantes para las compañías aéreas.

¹⁵⁴ Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso, así como en relación con los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida. «BOE» núm. 65, de 17 de marzo de 2022, pp. 32022 a 32032 (11 págs.); disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/o/2022/03/14/tma201>; Consultado el 26 de febrero de 2024.

mine con claridad las condiciones en las que los perjudicados por un retraso tienen derecho a compensación –por ejemplo, la Propuesta de modificación de 5 de febrero de 2014 (Resolución legislativa del Parlamento Europeo) establece un límite temporal exacto a partir del cual el pasajero tiene derecho a reclamar la compensación y precisa en qué circunstancias el viajero debe presentarse a facturación; eximiéndole expresamente de esta obligación cuando haya un cambio de horario anunciado por el transportista–, aportaría claridad y despejaría las dudas y ambigüedades que ciertas disposiciones, y ahora también ciertas resoluciones del TJUE, plantean, ofreciendo una mayor protección al pasajero aéreo. Lo que, por lo demás, resultaría también positivo para las compañías aéreas, ya que brindaría seguridad jurídica garantizando que los transportistas desarrollen su actividad en condiciones armonizadas en un mercado liberalizado, que –no debe olvidarse– es otro de los objetivos del Reglamento.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNOLD, Kinga: «EU PASSENGER RIGHTS: ASSESSMENT OF THE PROPOSAL OF THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE AMENDMENT OF REGULATION (EC) 261/2004 AND OF REGULATION (EC) 2027/97», *Air and Space Law*, 2013, pp. 403-438.
- ARNOLD, Kinga y MENDES DE LEON, Pablo: «Regulation (EC) 261/2004 in the Light of the recent decisions of the European court of justice: Time for a Change!», *Air and Space Law*, 2010, pp. 91-112.
- CORREIA, Vincent: «Air Passengers’ Rights, “Extraordinary Circumstances,” and General Principles of EU Law: Some Comments after the McDonagh Case», *Issues in Aviation Law and Policy*, 2014, pp. 245-278.
- DE PAZ MARTÍN, Jesús: *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, 2006.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro y SOLER PRESAS, Ana: «Elementos sustantivos de la pretensión» en *Practicum Daños 2019*, Aranzadi, Navarra, 2019.
- DELEBECQUE, Philippe: «Le règlement n.º 261/2004 Champ d’application» en *L’indemnisation et l’assistance des passagers du transport aérien. Regards civilistes sur le Règlement n.º261/2004*, Lexis Nexis, 2019, pp. 4-9.
- DELPECH, Xavier: «Le règlement n.º 261/2004 du 11 février 2004 sur le droits des passagers aériens et le droit civil: un mariage plus que de raison» en *L’indemnisation et l’assistance des passagers du transport aérien. Regards civilistes sur le Règlement n.º261/2004*, Lexis Nexis, 2019, pp. 137-151.
- DOUVILLE, Thibault: «L’indemnisation du passager – aspects substantiels» en *L’indemnisation et l’assistance des passagers du transport aérien. Regards civilistes sur le Règlement n.º261/2004*, Lexis Nexis, 2019, pp. 101-112.
- FERRER TAPIA, Belén: *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatus y responsabilidad*, Madrid, 2013.
- GARBEN, Sacha: «Sky-high controversy and high-flying claims? The Sturgeon case law in light of judicial activism, Euroscepticism and eurolegalism», *Common Market Law Review*, 2013, pp. 15-46.

- GILI SALDAÑA, Marian y GÓMEZ POMAR, Fernando: «El coste de volar. Observaciones al Reglamento (CE) 261/2004, de 11 de febrero, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos», *InDret*, Vol. 3, 2005, pp. 1-26.
- GÓMEZ CALLE, Esther y BAÑO SÁNCHEZ, Raúl: «El contrato de viaje combinado» en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias (Tomo V)*, Cizur Menor, 2014, pp. 419-523.
- HAANAPPEL, Petrus: «Compensation for Denied Boarding, Flight delays and Cancellations Revisited», *Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht*, 2013, pp. 38-54.
- KONING, Ingrid: «The enforcement of airline passengers' rights in Europe», *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, pp. 359-382.
- LUONGO, Noberto: «El régimen de responsabilidad aplicable por daños por retraso en el transporte aéreo de pasajeros», en *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*, Madrid, 2015, pp. 95-125.
- MAESTRE CASAS, Pilar: «El pasajero aéreo desprotegido: obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos de las compañías aéreas (A propósito de la STJUE de 9 julio 2009, Rehder, As. C-204/08)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 282-303.
- MENDES DE LEON, Pablo: «Introduction to air law», Reino Unido, 2022, Wolters Kluwer.
- NADAL GÓMEZ, Irene: «La valoración de los daños en el transporte aéreo de personas» en *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*, Madrid, 2015, pp. 127-162.
- NEENAN, Peter: «The Montreal Convention (1999)» en *Elgar Concise Encyclopedia of aviation law*, Cheltenham (UK), 2023, pp. 380-383.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de pasajeros», *InDret*, Vol. 2, 2017, pp. 1-57.
- «Delay under private international law» en *Elgar Concise Encyclopedia of aviation law*, Cheltenham (UK), 2023, pp. 213-216.
- PETIT LAVALL, Maria Victoria: «Cancelación de vuelos y retrasos: la necesaria reforma del Reglamento (CE) núm. 261/2004» en *Estudios de derecho mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vincent Chuliá*, Valencia, 2013, pp. 1241-1265.
- «La protección de los pasajeros en la Unión Europea», en *Derecho aéreo y del espacio*, Madrid, 2014, pp. 611-664.
- PIERALLINI, Laura: «Liability for denied boarding, delay and cancellation of flights» en *Elgar Concise Encyclopedia of aviation law*, Cheltenham (UK), 2023, pp. 358-361.
- RIESENHUBER, Karl: «Interpretation and Judicial Development of EU Private Law – The Example of the Sturgeon-Case», *European Review of Contract Law*, 2010, pp. 384-408.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: *La compensación económica de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, cancelación de vuelo y gran retraso a la llegada*, Valencia, 2023.
- VAN DAM, Cees: «Air Passenger Rights after Sturgeon», *Air and Space Law*, 2011, pp. 259-274.
- ZUBIRI DE SALINAS, María Mercedes: «El contrato de pasaje» en *Contratos mercantiles (Tomo II)*, Cizur Menor, 2017, pp. 315-352.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, C-344/04, ECLI: EU: C:2006:10.
- STJUE 22 diciembre 2008, *Wallein*, C-549/07, ECLI: EU: C:2008:771.
- STJUE 19 noviembre 2009, *Sturgeon y otros*, C-402/07 y C-432/07, ECLI: EU: C:2009:716.
- STJUE 13 octubre 2011, *Sousa Rodríguez y otros*, C-83/10, ECLI: EU: C:2011:652.
- STJUE 4 octubre 2012, *Rodríguez Cachafeiro y Martínez-Reboredo Varela-Villamor*, C-321/11, ECLI: EU: C:2012:609.
- STJUE 4 octubre 2012, *Finnair*, C-22/11, ECLI: EU: C:2012:604.
- STJUE 23 octubre 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, ECLI: EU: C:2012:657.
- STJUE 22 noviembre 2012, *Joan Cuadrench Moré / Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV*, C139/11, ECLI: EU: C:2012:741.
- STJUE 31 enero 2013, *McDonagh*, C12/11, ECLI: EU: C:2013:43.
- STJUE 26 febrero 2013, *Folkerts*, C-11/11, ECLI: EU: C:2013:106.
- STJUE 4 septiembre 2014, *Germanwings*, C-452/13, ECLI: EU: C:2014:2141.
- STJUE 10 marzo 2016, *Flight Refund*, C-94/14, ECLI: EU: C:2016:148.
- STJUE 29 julio 2019, *Rusu*, C-354/18, ECLI: EU: C:2019:637.
- Auto TJUE 24 octubre 2019, *LC, MD c. EasyJet Airline Co. Ltd*, C-746/18, ECLI: EU: C:2019:902.
- STJUE 30 abril 2020, *Air Nostrum*, C-191/19, ECLI: EU: C:2020:339.
- STJUE 11 junio 2020, *Transportes aéreos portugueses*, C-74/19, ECLI: EU: C:2020:460.
- STJUE 22 abril 2021, *Austrian Airlines AG*, C-826/19, ECLI: EU: C:2021:318.
- Auto TJUE 6 octubre 2021, *TUIfly*, C-253/21, ECLI: EU: C:2021:840.
- STJUE 7 julio 2022, *SATA International y Azores Airlines*, C-308/21, ECLI: EU: C:2022:533.
- STJUE 11 mayo 2023, *TAP Portugal (Décès du copilote)*, C-156/22 y C-158/22, ECLI: EU: C:2023:393.
- STJUE 26 octubre 2023, *FW y LATAM Airlines Group SA*, C238/22, ECLI: EU: C:2023:815.
- STJUE 8 junio 2023, *Austrian Airlines*, C-49/22, ECLI: EU: C:2023:454.
- STJUE 25 enero 2024, *Laudamotion c. Flightright*, C-474/22, ECLI: EU: C:2024:73.
- STJUE 25 enero 2024, *Laudamotion y Ryanair*, C-54/23, ECLI: EU: C:2024:74.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 31 mayo 2000 (RJ 2000\5089).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid 30 enero 2015 (JUR\2015\87033).
- SAP de Barcelona 22 de mayo 2013 (AC\2013\1813).
- SAP de Barcelona 13 julio 2022 (JUR\2022\288799).
- SAP de Málaga, 2 febrero 2022 (JUR\2022\16229).
- SAP de Castellón 24 septiembre 2021 (JUR\2022\24539).
- SAP de Madrid 23 septiembre 2022 (JUR\2022\338903).
- SAP de Madrid 26 abril 2001 (JUR\2001\211248).
- SAP de Islas Baleares 25 de julio 2019 (JUR/2019/263295).
- SAP de Las Palmas 26 julio 2012 (AC/2012/1522).
- SAP de Madrid 18 noviembre 2013 (AC\2013\2088).
- SAP de Madrid 2 abril 2008 (AC\2008\1019).

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Cristina ARGELICH COMELLES** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos CASTELLS SOMOZA** (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Nicolás MONTES SERRANO** (Doctorando. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora permanente laboral de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ** (Profesora sustituta de Derecho civil. 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. Requisitos del retraso desleal en el ejercicio de derechos.–La Sala Primera consolida su jurisprudencia sobre el retraso desleal, en el sentido de que este solo concurre cuando, además de la inacción prolongada del titular del derecho, este haya contribui-

do objetivamente con su conducta a crear en la parte deudora la confianza en que la acción no se ejercitará. Este segundo requisito es independiente del primero y cumulativo a él, pues de lo contrario se estaría creando un nuevo plazo de prescripción o caducidad sin base legal. (STS 467/2023, de 11 de abril; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—En 2006, A y B suscribieron con su banco un contrato de préstamo hipotecario a tipo variable con cláusula suelo. El mismo contrato contenía una cláusula de atribución de los gastos derivados del préstamo, en perjuicio de los prestatarios. En 2009, a raíz de la bajada de los tipos de interés, A y B pidieron al banco la supresión de la cláusula suelo, sin resultado. Consecuentemente, en 2010, procedieron a la amortización anticipada del préstamo. Tiempo después, el 7 de julio de 2017, interpusieron demanda de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, a la que se acumula otra pidiendo que se declare también la abusividad de las cláusulas relativas a los gastos del préstamo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó sus pretensiones, por considerar contrario a la seguridad jurídica el ejercicio de la acción después de haberse cancelado el préstamo. En apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de los demandantes, argumentando que debía considerarse un supuesto de retraso desleal en el ejercicio de su derecho. En última instancia, A y B interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando la incorrecta aplicación del artículo 7.1 CC. Nuestro Alto Tribunal resuelve que, en el caso enjuiciado, no hay una conculcación de la seguridad jurídica ni un retraso desleal, pues no ha habido una conducta que contribuya objetivamente a generar una confianza en la otra parte de que la acción no se ejercitaría, por lo que estima el recurso y devuelve las actuaciones para que la Audiencia Provincial se pronuncie sobre el fondo.

NOTA.—Sobre la doctrina del retraso desleal y la necesidad de que el actor, con su conducta, haya generado una confianza legítima de que no se ejercitaría la acción, *vid.* las SSTs de 4 de julio de 1997 (ECLI: ES: TS:1997:4773), 579/2013, de 26 de septiembre. Consolida la doctrina de la sentencia extractada, en un caso de contrato de préstamo hipotecario con cláusula multidivisa, la STS 1346/2023, de 3 de octubre. (C. C. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Tutela de derechos fundamentales. Derecho a la propia imagen. Distinción entre el derecho fundamental a la propia imagen y su vertiente o contenido meramente patrimonial.—El artículo 18 CE configura el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo, con independencia de que una intromisión en la propia imagen pueda suponer al mismo tiempo intromisión en el honor o intimidad de la persona. La autonomía conceptual del derecho a la propia imagen como derecho fundamental no debe hacer perder de vista que, junto al aspecto protegido constitucionalmente (regulación por ley orgánica, respeto a su contenido esencial, recurso de amparo, tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad), convive un derecho de contenido patrimonial que permite negociar con la propia imagen y comercializarla (STS 133/2021, de 9 de marzo).

La STC 81/2001, de 26 marzo, dice que el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial no consentida de la imagen de una persona (e incluso en determinadas circunstancias la consentida) puede afectar a tal derecho fundamental.

Hay intromisión ilegítima en la propia imagen cuando su utilización con fines comerciales se ha realizado sin consentimiento de la persona afectada.—La utilización de la imagen con fines publicitarios y comerciales está sometida a las exigencias de la LO 1/1982, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, de modo que es preciso el consentimiento de la persona, que puede ser revocado indemnizando los daños causados (arts. 2, 3 y 7.6). Por ello, cuando la explotación comercial se haya producido sin consentimiento de la persona, bien porque no se haya prestado, bien porque se haya revocado, puede apreciarse intromisión ilegítima, pues la decisión sobre la explotación de la imagen corresponde a su titular (SSTS 11/2004, de 22 de enero; 266/2016 de 21 abril; y 133/2021, de 9 de marzo; entre muchas otras).

No procede la tutela por intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen cuando la comercialización de esta ha sido consentida y lo que se discute es el contenido de la retribución pactada.—Cuando media consentimiento para la cesión de la imagen y lo que se discute es lo que correspondería cobrar de más al cedente en atención a un uso que considera que excede de lo

acordado, la cuestión no está relacionada con la vulneración de un derecho de la personalidad, sino con la contraprestación que tiene derecho a recibir o a la indemnización por incumplimiento de contrato, aspecto puramente económico de la explotación de los derechos de imagen cedidos que es ajeno a la tutela de los derechos fundamentales (STS 133/2021, de 9 de marzo).

El consentimiento expreso para la reproducción de la imagen: Extensión.—El consentimiento expreso para que se reproduzca la imagen con determinada finalidad y ámbito no implica una genérica e indiscriminada autorización para que su imagen pueda ser reproducida por un tercero en cualquier medio y contexto (entre las más recientes, SSTS 788/2022, de 17 de noviembre, y 652/2022, de 11 de octubre). (STS 219/2023, de 13 de febrero; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Las actoras son modelos profesionales que colaboraron en un evento organizado por el blog de novias *Una boda única*. En el citado evento desfilaron vistiendo trajes de novia, sin que se pactara con ninguna empresa asistente que se pudiera utilizar su imagen para patrocinarlas a ellas o a sus productos. Sin embargo, posteriormente una de las empresas asistentes utilizó, sin su consentimiento, las imágenes del desfile de trajes de novia para publicitar su producto en diversos *stands* y ferias.

La demanda planteaba la tutela por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la LO 1/1982. El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda, dado que el derecho afectado no es el derecho constitucional a la propia imagen, sino sobre el aspecto patrimonial o comercial de la imagen indebidamente utilizada. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. (C. O. M.)

3. Protección de los derechos fundamentales. Intromisión ilegítima en el derecho a la imagen e intimidad de una menor. Especial protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores.—En relación con la ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, ya que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la LO 1/1982 sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la

propia imagen (art. 3), se refuerzan en la LO 1/1996 de protección jurídica del menor (art. 4).

El régimen de la prestación del consentimiento en los supuestos de protección al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores de edad.—La LO 1/1982 tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2), precisa en su artículo 3, en cuanto a los menores de edad, que su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

Cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento no legitima la intromisión si se aprecia el riesgo de daño al interés del menor.—Las previsiones del artículo 3 de la LO 1/1982 se complementan, en cuanto a los menores, por lo dispuesto en su art. 4, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación 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 (art. 4.3).

La divulgación de imágenes de la vida cotidiana durante la época del confinamiento con el consentimiento de la madre constituye un uso social admisible y válido de acuerdo con el artículo 156 CC.—Atendiendo al contexto y circunstancias en las que se realizó la divulgación de imágenes (en el periodo del confinamiento, en donde estas prácticas -grabaciones de momentos de la vida cotidiana- se extendieron y generalizaron notablemente como uso social), puede entenderse que el uso social y las circunstancias amparaban la validez del consentimiento prestado por la madre (art. 156 CC) y que, ante la falta de oposición dirigida por el padre al medio, este pudiera presumir de buena fe que la actuación de la madre no se hacía contra la voluntad del padre (art. 156 CC).

La publicación y el contenido del reportaje no puede entenderse que sea contrario al interés de la menor ni que afecte a su intimidad, pues no revela ningún dato reservado o íntimo.—No puede decirse que la divulgación de imágenes de la vida cotidiana en las que aparece la madre con sus dos hijas

pequeñas, una de ellas hija también del demandante, exceda de lo que, en atención a las circunstancias, podría considerarse como usual para muchas familias con hijos pequeños durante la época de confinamiento. En la medida en que las imágenes transmiten de manera cariñosa aspectos del día a día vivido durante la época a que se refieren, no pueden considerarse que lesionen los intereses de la hija del demandante. Por otra parte, las imágenes y los comentarios que las acompañan tampoco revelan aspectos específicos de la intimidad de la niña, sino la forma en la que la madre pasaba con sus hijas los días de aislamiento, con juegos, rutinas, o *las palmas* a los sanitarios a las ocho de la tarde, lo que resulta bastante inocuo.

Divulgación de fotos publicadas previamente en redes sociales abiertas y accesibles. No existe intromisión ilegítima cuando la difusión sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet.—El consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social, no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el *consentimiento expreso* que exige la LO 1/1982 (SSTS 91/2017, de 15 de febrero; y 476/2018, de 20 de julio).

Pero también ha de afirmarse que la prestación de consentimiento para la publicación de la propia imagen en Internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet.

El uso social como criterio delimitador de las intromisiones ilegítimas. Las comunicaciones típicas de la red sobre imágenes que se hallan disponibles al público en Internet no constituyen intromisión ilegítima.—La publicación de una fotografía del perfil de Facebook de quien no ostenta la consideración de personaje público, en las ediciones en papel y digital de un periódico, no tiene la naturaleza de *consecuencia natural* del carácter accesible de la fotografía en Internet, pues la finalidad de una cuenta abierta en una red social es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación, no puede decirse lo mismo respecto de la utilización privada en cuentas de Twitter (o de otras redes sociales) de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en Internet.

En estos casos, la inclusión de una imagen en un tuit equivale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una *consecuencia natural* de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los *usos sociales* legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien *retuiteando* el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un *link* o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al artículo 2.1 LO 1/1982. **(STS 249/2023, de 14 de febrero; no ha lugar.)** [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El litigio versa sobre la protección de los derechos fundamentales por intromisión en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de una menor de tres años. La particularidad del caso es que la publicación de la imagen de la menor fue autorizada solo por la madre.

La demanda la interpone el padre contra la gestora de una página web que publicó, sin su consentimiento, dos reportajes en el que aparecen imágenes de la niña sin *pixelar*. El primer reportaje, contenía una entrevista realizada a la madre con sus hijas durante la época del confinamiento e incluía imágenes de la niña proporcionadas por la madre. El segundo, daba cuenta de la noticia de la pérdida de la guarda y custodia por parte de la madre en su red social en la que aparecían fotografías de la niña.

El juzgado estimó la demanda por intromisión ilegítima. La audiencia revoca la sentencia de primera instancia y absolvió a la demandada. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (*C. O. M.*)

4. Intromisión ilegítima en el derecho al honor.—Según la doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la diligencia debida del informador en la actividad de contrastar una noticia debe ajustarse a las circunstancias del caso, entendiendo que falta esta cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras inven-

ciones. (STS 485/2023, de 17 de abril; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El presente caso tiene por objeto el enjuiciamiento de la intromisión ilegítima en el derecho al honor de una publicación en la que se da a entender, sin veracidad, que la subasta de los derechos del fútbol está amañada a favor de uno de los interesados. Esta afirmación se basa en una indemostrada relación de amistad, que constituye una infamia, a la vez que una grave descalificación ética y profesional que lesiona de forma directa la honorabilidad de los recurridos y socava de forma intensa su prestigio y reputación empresarial, tratándose de una apreciación del Tribunal Supremo. (C. A. C.)

5. Propiedad horizontal y derechos de igualdad, libertad ideológica, libertad personal e intimidad.—La Sala Primera del Tribunal Supremo estima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal respecto de la lesión a los derechos fundamentales a la igualdad, libertad ideológica, libertad personal e intimidad. En este sentido, considera que las normas, instrucciones o actuaciones de la comunidad de propietarios demandada, impidiendo o perturbando a los demandantes el acceso a los elementos comunes por el hecho de no practicar el nudismo, atenta contra los derechos fundamentales referidos. Asimismo, se declaran nulas las normas interiores, instrucciones o directrices en el seno de la comunidad de propietarios que impidan o perturben el acceso a los espacios comunes. (STS 217/2023, de 13 de febrero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Dos propietarios de apartamentos de uso vacacional demandan a la correspondiente comunidad de propietarios por la prohibición del acceso a los elementos comunes. Una de las comunidades de propietarios agrupa a un conjunto minoritario de vecinos, que pretende imponer la práctica del nudismo a la otra comunidad de propietarios dentro de la misma urbanización. En este caso, no se ha procedido a la inscripción registral de la división horizontal, dando lugar a un conflicto acerca de la legítima constitución de la comunidad de propietarios, pues coexisten dos comunidades diferentes sobre el mismo conjunto residencial. (C. A. C.)

6. Libertad de expresión, libertad de información e intromisiones ilegítimas al derecho al honor.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, y en atención a que se trata de una información de interés general y que está debidamente contrastada, no se produce una intromisión ilegítima al derecho al honor de unos herederos por la retransmisión de un reportaje televisivo donde les identifica y en el que se producen calificativos acerca de la adquisición del patrimonio por sus abuelos. Igualmente, tampoco aprecia una intromisión ilegítima por la revelación de datos que se encuentran en Registros públicos, y en atención a la relevancia pública de los demandantes. (**STS 250/2023, de 14 de febrero**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Unos herederos reclaman a una cadena de televisión, los directores del programa de televisión y los reporteros por intromisión ilegítima al derecho al honor, en atención a la emisión de un reportaje de investigación, solicitando el pago de 50.000 euros en concepto de indemnización por dicha intromisión, así como la difusión del fallo en la misma franja horaria en la que se emitió el reportaje. La crítica dura, hiriente y desabrida sobre la forma de obtención de dicho patrimonio conforma un juicio subjetivo de valoración amparado en los límites de la libertad de expresión e información, pues no contiene insultos, descalificaciones o vejaciones directas a los herederos, tratándose de una apreciación del Tribunal Supremo. (*C. A. C.*)

7. Derecho de rectificación y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.—De conformidad con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la sentencia recurrida se ajusta a la jurisprudencia reiterada acerca de la adecuación del escrito de rectificación respecto de unas informaciones publicadas por un medio de comunicación. El escrito de rectificación contiene una descripción de hechos suficiente para contrarrestar los contenidos de la información original, así como los elementos informativos basados en hechos objetivos susceptibles de contraste, excluyendo las opiniones y juicios de valor. (**STS 479/2023, de 11 de abril**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El presente asunto versa sobre la publicación por un medio de comunicación de una información acerca del denominado negocio de la manipulación digital

en España. En la misma, se afirma que la desinformación es rentable debido al modelo publicitario vinculado a los medios de comunicación digitales. Asimismo, señala directamente a un medio de comunicación digital a los efectos de estas prácticas, lo califica como partidista o sesgado, así como que se lucra gracias a la red de publicidad del mayor motor de búsqueda a nivel global. El medio de comunicación agraviado envió un escrito de rectificación que el medio de comunicación que publicó esta información no difundió. (C. A. C.)

8. Límite a la restitución debida por persona con discapacidad.—El Tribunal Supremo argumenta que, aunque el artículo 1303 CC establece la restitución recíproca de las prestaciones como un efecto de la declaración de nulidad de un contrato, este mismo precepto también enuncia una serie de salvedades a esta restitución. La primera de ellas se encuentra en el artículo 1304 CC que, en su redacción anterior a la reforma, recogía que los incapaces no estaban obligados a restituir sino en cuanto se hubieran enriquecido con la cosa o precio recibido.

El Tribunal Supremo añade que, de acuerdo con la redacción anterior del artículo 1314 CC, la persona con discapacidad puede ejercitar la acción de nulidad y obtener la restitución de lo que entregó aun cuando lo que recibió se hubiera perdido, desaparecido o reducido su valor, siempre que no concurra dolo o culpa del reclamante después de haber recuperado la capacidad.

Sostiene que negar la restitución del precio pagado por el incapaz, basándose en la disminución del valor de la prestación que recibió, es contrario al régimen de restitución de los contratos celebrados por razón de discapacidad. (**STS 387/2023, de 21 de abril**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En abril de, los integrantes de una comunidad de bienes vendieron a Jacobo y a Raúl las participaciones de la comunidad que explotaba como arrendataria el «Bar Madriz». Aunque en el contrato se fijó un precio de 990 euros, el precio real de la compraventa fue de 40.000 euros, que fueron abonados únicamente por Jacobo sin factura ni recibo y sin que se le proporcionara ningún tipo de documentación relativa a las licencias, relación de proveedores, seguros, etc. del negocio. Jacobo había sido declarado incapaz para administrar sus bienes por sentencia de julio de 2004, que nombró curadora a su madre, Teresa. Posterior-

mente, tras la declaración de incapacidad de Teresa, la curatela fue asumida por su esposa, María Ángeles, quien tomó posesión de su cargo en octubre de 2016.

En noviembre de ese mismo año, Jacobo interpuso demanda contra los miembros de la comunidad de bienes y contra Raúl, solicitando que se declarase la nulidad de la compraventa celebrada por falta de consentimiento y, subsidiariamente, por la concurrencia de una causa falsa, interesando la restitución recíproca de las cosas que fueron objeto del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad del contrato y condenó solidariamente a los demandados a devolver al demandante la cantidad de 40.000 euros.

La sentencia en primera instancia fue recurrida por los integrantes de la comunidad de bienes y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso. La Audiencia argumentó que, en el estado en el que se encontraba el bar tras la gestión de Jacobo, no era posible llevar a cabo la restitución. Contra esta resolución, Jacobo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación argumentando la infracción de los artículos 1303 y 1304 CC, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al alcance de la obligación de restituir cuando una de las partes sea considerada incapaz. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación.

NOTA.—La respuesta del Tribunal Supremo a esta controversia se ajustó a la normativa vigente en el momento de la celebración del contrato anulado, previa a la reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (M. S. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad por error de los contratos de permuta financiera (*swaps*): consumación del contrato (art. 1301 CC).—El cómputo del plazo de ejercicio de la acción de nulidad por error se inicia con la consumación de la relación contractual, sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros sea posible que al tiempo de la total ejecución del negocio todavía no haya aflorado el riesgo

congénito a él, cuyo desconocimiento puede viciar el consentimiento. En el caso de contratos de *swaps*, la consumación debe entenderse producida en el momento del agotamiento del contrato, de su extinción (STS 716/2022, de 27 octubre y las que cita). (STS 208/2023, de 11 de febrero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Ante la reclamación de cantidad por liquidaciones negativas derivadas de un contrato de *swap*, cuyo vencimiento se había producido en octubre de 2011, el cliente interpuso demanda reconvencional de nulidad del contrato en febrero de 2016. Tanto en primera instancia como en apelación sería desestimada la reconvención por caducidad de la acción. El cliente alegó en casación que el inicio del plazo de caducidad en los contratos de *swap* se computa desde el cumplimiento total de las prestaciones de ambas partes, lo que señaló que no había tenido lugar al no haber abonado ciertas liquidaciones negativas que se le reclamaban. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación.

NOTA.—El cómputo señalado, en el caso de contratos de *swaps* se produce en el momento la extinción de estos, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas de tales contratos. Ello obedece a que en ellos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables en función de la evolución de los tipos de interés (STS, de Pleno, 89/2018, de 19 febrero, reiterada, entre otras, por SSTS 369/2019, de 27 junio, 346/2019, de 21 junio, y 695/2018, de 11 diciembre). De acuerdo con lo anterior, giradas todas las liquidaciones derivadas del contrato, la falta de pago de algunas liquidaciones negativas no justifica la posposición del inicio del plazo, pues ya se había extinguido el contrato y se conocía su carga económica. (F. S. N.)

10. Cláusula suelo. Control de transparencia. Subrogación en el préstamo al promotor.—El hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el presta-

mo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. En cuanto a la posibilidad de conocimiento de la cláusula por la subrogación, la sucesión contractual no relevaba a la entidad financiera de su deber de transparencia, tampoco en el caso en el que, por ser el demandante cooperativista, el préstamo al promotor en el que se subrogó hubiera sido concedido a la cooperativa que, tras la construcción y adjudicación, transmitió el inmueble a la actora. El derecho a obtener información a través de la cooperativa no exime a la entidad del cumplimiento de sus deberes de información. La actora firmó una escritura de adjudicación y subrogación en el préstamo al promotor en el que había sido parte la cooperativa y la entidad bancaria, que hubo de dar su consentimiento para la asunción de deuda por la adquirente que aceptaba subrogarse en la responsabilidad personal del préstamo, por lo que estaba obligada a proporcionar, como predisponente, toda la información clara y precisa sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, y cuya ausencia es determinante de la falta de transparencia. **(STS 437/2023, de 29 de marzo; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La actora firmó una «escritura de adjudicación con subrogación» hipotecaria por la que adquirió un local comercial y se subrogó en la hipoteca constituida en favor de Banca Cívica. En la «escritura de préstamo promotor de viviendas», en la cláusula tercera bis, relativa al tipo de interés variable, se incluía una cláusula suelo. La actora ejercita una acción de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, y solicita que se le restituyan las cantidades cobradas en exceso en aplicación de dicha cláusula.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda.

La entidad demandada recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda.

Los demandantes han interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.ª M. F.*)

11. Cláusulas abusivas. Cláusula que permite exigir nuevas garantías en una situación de «infragarantía» y dar por vencido anticipadamente el préstamo.—La cláusula enjuiciada permite al prestamista exigir nuevas garantías en caso de que el

aumento de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar provoque una situación de «infragarantía» y, caso de no prestarse tales garantías, dar por vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la hipoteca. En el presente caso, al no informar el prestamista sobre los riesgos que implica la cláusula, esta debe considerarse no transparente. La falta de transparencia de la cláusula es un elemento relevante para apreciar su carácter abusivo, pues contribuye a generar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes al provocar un serio riesgo para el consumidor (la pérdida de su vivienda), asociado al riesgo de cambio, que perjudica gravemente su situación jurídica en contra de las exigencias de la buena fe. Otro factor a tomar en consideración para apreciar el carácter abusivo de la cláusula es su carácter desproporcionado, pues la consecuencia jurídica (posible vencimiento anticipado si no se amplía la garantía) no es proporcional a la ventaja que el banco obtiene de la cláusula, que aun sin ampliación sigue disponiendo del *ius vendendi* propio de la garantía hipotecaria (art. 1858 CC), de la afección del bien por el valor por el que se constituyó inicialmente la hipoteca (art. 104 LH), y de la posibilidad de ejercitar la acción ejecutiva en caso de impago (arts. 681 y siguientes LEC). Esa desproporción se pone de manifiesto más claramente si observamos que la obligación de ampliación de la garantía nace en caso de que una devaluación del euro respecto de la divisa en la que se concedió el préstamo provoque que «a su contravalor en Euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran en un diez por ciento del límite actual del préstamo». Esto significa que la obligación de prestar garantías adicionales surge con una situación de «infragarantía» que no resulta necesariamente de especial relevancia en términos cuantitativos ni temporales. Lo que, a su vez, genera un desequilibrio importante en la cláusula de vencimiento anticipado, pues la facultad de activarlo se vincula a un incumplimiento de una obligación que puede carecer de gravedad, tanto cuantitativa como temporalmente. En consecuencia, la cláusula ha de ser considerada abusiva y, por tanto, nula. (STS 418/2023, de 28 de marzo; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Fidel interpuso una demanda contra Bankinter en la que solicitó la nulidad de la cláusula relativa a divisas del préstamo hipotecario que había concertado con dicha entidad, por ser una condición general de la contratación que no reúne el requisito de transparencia.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda.

El banco demandado interpuso un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso.

El demandante ha interpuesto un recurso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el cual ha sido estimado en parte por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

12. Las consecuencias de la nulidad de las cláusulas de gastos.—El Tribunal Supremo ha establecido los criterios que deben regir la distribución de gastos e impuestos derivados de la celebración de los préstamos hipotecarios con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, una vez que la cláusula contractual que atribuía su pago en exclusiva al consumidor es declarada abusiva. Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, el sujeto pasivo del impuesto respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo es el prestatario. Respecto de los gastos de notaría, deben abonarse por mitad. Criterio que vale tanto para la escritura de otorgamiento como para la de modificación del préstamo hipotecario. Respecto de los gastos de gestoría, su pago debe atribuirse íntegramente a la entidad prestamista. Finalmente, estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, aunque no se hayan estimado las pretensiones restitutorias, proceda la imposición de las costas de la primera instancia al banco demandado. (**STS 577/2023, de 20 de abril**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Mercedes y Nicolas suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que incluía una cláusula que atribuía a los prestatarios el pago de todos los gastos derivados de la operación. Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad prestamista en la que solicitaban la nulidad de la cláusula de gastos, con la devolución de todas las cantidades abonadas por su aplicación.

La sentencia dictada en Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula en cuestión y condenó al banco restituir a los prestatarios las cantidades pagadas por notaría, gestoría y registro, sin imposición de costas.

Recurrida en apelación la sentencia de Primera Instancia por la demandada, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, reduciendo a la mitad la cantidad a

pagar en concepto de notaría y gestoría, e imponiendo las costas devengadas en la segunda instancia.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial los demandantes interponen un recurso de casación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

13. Arrendamiento financiero o *leasing*: incorporación al contrato de un derivado implícito consistente en la sustitución del interés pactado por un denominado interés variable de mercado. Daño por incumplimiento de la obligación de asesoramiento financiero.—El incumplimiento de las obligaciones surgidas de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros, puede hacer surgir un daño indemnizable al amparo del artículo 1101 CC, en atención al perfil e intereses del cliente (SSTS 677/2016, de 16 noviembre, 62/2019, de 31 enero, 249/2019, de 6 mayo, y 608/2020, de 12 noviembre). En todo caso, es presupuesto de la responsabilidad civil la existencia de un daño, incluso cuando no se informa sobre productos financieros complejos y de riesgo (STS 652/2021, de 26 julio). La falta de información sobre el coste de cancelación del derivado financiero conlleva un daño consistente en la diferencia entre lo abonado por la existencia de tal derivado y lo que se hubiera satisfecho de no haberse incluido en los contratos.

Nexo causal entre la falta de información sobre el coste de cancelación del derivado implícito y los daños.—Existe una relación de causalidad entre la referida ausencia de información y la diferencia entre lo que se abonó por la inclusión de un derivado implícito y lo que se hubiera abonado de no incorporarse al contrato.

Incumplimiento de la obligación de información sobre el coste de cancelación del derivado implícito: apreciación.—La referencia al valor de mercado para la liquidación del coste de cancelación realizada por el artículo 9 de la Ley 41/2007, alcanza expresamente a créditos o préstamos hipotecarios, no a contratos de arrendamiento financiero. Los derivados incluidos en estos últimos contratos tienen la consideración de productos financieros complejos, sometidos a especiales deberes de información previstos en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Entre dichos deberes especiales de información se encuentra el relativo al coste de cancelación, y a tal efecto resulta insuficiente la referencia genérica al valor de mercado (STS 265/2018, de 9 mayo, y las que cita).

Plazo de prescripción aplicable a la acción indemnizatoria del artículo 1101 CC por incumplimiento de los deberes de asesora-

miento en los servicios de inversión.—No es el plazo de prescripción de cinco años del artículo 1966.3 CC, relacionado con la obligación de pago de intereses, sino el previsto en el artículo 1964 CC.

Devengo de intereses de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes de asesoramiento en los servicios de inversión.—Al no tratarse de una acción de nulidad por error en el consentimiento, sino de una acción indemnizatoria, no procede una solución equivalente a la recíproca restitución de las prestaciones y devengarse los intereses desde la fecha de los pagos, sino desde la interposición de la demanda (SSTS 655/2018, de 20 noviembre, 165/2018, de 22 marzo, y 754/2014, de 30 diciembre). (STS 266/2023, de 16 de febrero; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Una sociedad celebró con una entidad bancaria dos contratos de arrendamiento financiero (*leasing*) en los que se incorporó un derivado implícito, consistente en la sustitución del interés pactado por un denominado interés variable de mercado. La sociedad reclamó con carácter principal la condena de la entidad bancaria a indemnizarle en la cuantía resultante de la diferencia entre las cantidades percibidas y que se perciban hasta la sentencia por el derivado financiero, con los intereses legales de cada una de las liquidaciones, y las que hubiera abonado de no haberse incorporado el derivado al contrato. Se estimó la demanda en primera instancia y se confirmó la sentencia en apelación. El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación a los únicos efectos de imponer el pago de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

NOTA.—La sentencia muestra la alternativa indemnizatoria *ex* artículo 1101 CC frente a defectos de información financiera, que resulta sumamente útil a la vista de la jurisprudencia que impide declarar la nulidad parcial por vicios del consentimiento de las cláusulas relativas al derivado implícito cuando es parte inescindible del contrato por determinar el tipo de interés. En estos casos solo cabe una nulidad total del contrato con el consiguiente efecto restitutorio (art. 1303 CC), perjudicial para el cliente al principio de la consumación contractual (véase SSTS 450/2016, de 1 julio, 66/2017, de 2 febrero, 4/2019, de 9 enero, y 789/2021, de 16 noviembre) En cambio, no será parte inescindible cuando solo afecte a la cancelación anticipada y, por tanto,

cabrá la nulidad parcial de la cláusula que lo establezca, como señala la última sentencia citada. (F. S. N.)

14. Contrato de permuta financiera (swap).— Responsabilidad de la entidad bancaria ex artículo 1101 CC por defectuoso asesoramiento: falta de verdadera renuncia al ejercicio de acciones.—La valoración de los documentos que incorporan una renuncia de acciones no debe realizarse de modo aislado y centrado en su tenor literal, sino de forma sistemática con la relación obligatoria de la que trae causa. La renuncia ha de ser, además de personal, clara e inequívoca, sin condición alguna, con expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y manifestación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos (SSTS 57/2016, de 12 febrero, 358/2017, de 6 junio, 609/2017, de 15 noviembre, y 132/2021, de 9 marzo). No constituye una renuncia en sentido propio la firma de documentos predispuestos por una entidad bancaria que se lleva a cabo por la confianza en la predisponente y la urgencia en poner fin a unas liquidaciones negativas cuantiosas. La renuncia ha de ser clara, contundente e inequívoca respecto de la subsanación del error invalidante en el que incurrió el cliente en el momento de la suscripción de productos financieros, por defectuoso asesoramiento de la entidad bancaria. Al renunciar debe comprenderse con exactitud y concreción el alcance de la contratación realizada (STS 358/2017, de 6 junio). (STS 278/2023, de 20 de febrero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Una mercantil celebró un contrato de permuta financiera de tipos de interés, cancelado al año siguiente mediante un documento en el que se hizo contar que «las partes no tendrán más derechos ni obligaciones...en relación con la operación». En la misma fecha las partes suscribieron un contrato de confirmación de permuta financiera, que sería también cancelado anticipadamente, en este caso a los dos años, declarando el cliente ante el banco que «Solventada la reclamación, les comunico mi desistimiento de la misma y mi renuncia a ejercitar cualquier tipo de acción judicial y/o extrajudicial sobre la cuestión, no teniendo en consecuencia nada más que pedir ni reclamar». Las liquidaciones negativas y los costes de cancelación ascendieron a unos 165.000 €. En los documentos de renuncia no se mencionaba la complejidad de los productos contratados ni la determinación de los riesgos asociados a ellos. El cliente

interpuso demanda de nulidad de los contratos por concurrencia de error o dolo, y subsidiariamente interesó que se declarase la responsabilidad del banco por incumplimiento de su deber de asesoramiento a la hora de suscribir los contratos, y se le condenase a la cantidad referida. En primera instancia se desestimó la demanda por caducidad la acción de nulidad e inviabilidad de la acción indemnizatoria por motivo de la renuncia. La Audiencia revocó este pronunciamiento, y condenó al banco a abonar la indemnización solicitada. La entidad bancaria interpuso recurso de casación por infracción de los artículos 1809 y 1819 CC, en relación con el principio de libertad contractual y la validez y eficacia de los acuerdos transaccionales y la jurisprudencia de la Sala, así como por infracción del artículo 1816 CC, en relación con otras sentencias. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (F. S. N.)

15. Concurso de acreedores. Improcedencia de la prohibición de compensación: consideraciones.—La improcedencia de aplicar la prohibición de compensación del artículo 58 Ley Concursal (LC) se muestra evidente por dos razones: la primera, que la prohibición de compensación del artículo 58 LC opera únicamente respecto de créditos concursales, anteriores a la declaración de concurso, y no cuando el crédito reclamado es posterior al concurso y las cantidades que se solicitan sean descontadas afloraron también después del concurso; y la segunda, cuando no estemos propiamente ante una compensación de créditos a la que se refiere el artículo 58 LC, sino ante la liquidación de créditos y deudas derivadas de una misma relación contractual, que no se ve afectada por la prohibición de compensación.

Prohibición de compensación: justificación.—La jurisprudencia ha afirmado que esta prohibición de compensación del artículo 58 LC debía afectar únicamente a créditos concursales, y no a los créditos contra la masa. Esto es porque, en principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos anteriores frente al deudor común formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la *par condicio creditorum*, que impiden, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Esa es la razón por la que el artículo 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los

requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.

Crédito contra la masa: efectos.—Si el crédito no es concursal, sino contra la masa, no se integra en la masa pasiva del concurso, no está sujeto a las reglas de la *par condicio creditorum*, y puede ser pagado al margen de la solución concursal alcanzada, sea la de convenio o la de liquidación.

Liquidación de contrato, no compensación.—No resulta de aplicación la prohibición de compensación del artículo 58 LC, cuando se trate de una liquidación de créditos y deudas surgidas de una misma relación contractual, pues no se trata de una compensación propiamente dicha, esto es, un subrogado del pago en el que una deuda se extingue hasta donde concurre con otra distinta, cuando cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, y se cumplan los demás requisitos previstos en el artículo 1196 CC. Estaríamos ante un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte. En estos supuestos, incluso en el caso de que se tratara de la relación contractual de la que surjan créditos de carácter concursal, nos hallamos ante un mecanismo de liquidación del contrato y no ante compensaciones a las que sea aplicable el artículo 58 LC. Esta doctrina es de aplicación, aunque la relación contractual no se haya resuelto, máxime cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, y los créditos y obligaciones surgidas para una y otra parte contractual que se pretende «compensar» se correspondan al mismo periodo de tiempo.

Contrato de tracto sucesivo.—En el contrato de tracto sucesivo, las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. (STS 384/2023, de 21 de marzo; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la administración concursal de la entidad A. F., S. L. interpuso demanda contra la también mercantil F. C., S. L. U., solicitando se declarase que había interrumpido el contrato de operación y mantenimiento celebrado con la entidad actora al no haberse abonado algunos pagos trimestrales, y, por lo tanto se declare que la entidad demandada, F. C., S. L. U., adeuda a la actora cierta cantidad de dinero más los intereses legales devengados desde la presentación al cobro de las

respectivas facturas, o subsidiariamente desde la interposición de la demanda. La entidad demandada, F. C., S. L. U., formuló allanamiento parcial, respecto de la cantidad demandada, oponiéndose al resto de las peticiones de la demanda, pretendiendo, en cambio, se reconozcan diversos importes que han de restarse de la cantidad reclamada, así como la excepción de contrato no cumplido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda al considerar que la entidad demandada, F. C., S. L. U., había incumplido el contrato de operación y mantenimiento celebrado con la actora al no abonarse ciertas facturas trimestrales emitidas y, en base a dicho incumplimiento, F. C., S. L. U., debía una cantidad inferior a la reclamada por la actora, más los intereses legales devengados por la misma desde la presentación de la demanda, todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales. Recurrída en apelación por la representación procesal de F. C., S. L. U., la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó la apelación, confirmando la resolución recurrida, por entender que todos los créditos cuya compensación se pretende por la apelante son posteriores a la declaración de concurso, y no nacen del contrato, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

16. Diferencia entre cesión de contrato, de crédito y de deuda.—La cesión de contrato y la cesión de crédito son figuras próximas, pero con importantes diferencias de régimen en lo concerniente a la necesidad de notificación y consentimiento de la contraparte para su eficacia. La sentencia extractada define la frontera entre ambas, de modo que sólo puede calificarse de cesión de contrato cuando de este derivan obligaciones recíprocas para las partes y, además, al tiempo de la cesión estas siguen vivas y pendientes de cumplimiento para ambas. Si, por el contrario, la obligación es unilateral o, siendo sinalagmática, una de las partes ya ha cumplido todas sus obligaciones, debe considerarse cesión de crédito o de deuda, según el cedente sea el acreedor o deudor. Aplicando esta doctrina al contrato de préstamo hipotecario con intereses, que hoy se considera sinalagmático, el Tribunal Supremo concluye que sólo habrá cesión de contrato cuando el prestatario no haya puesto todavía a disposición del prestamista la cantidad comprometida.

Renuncia al derecho de notificación del deudor cedido.—La Sala Primera define las consecuencias de la renuncia por el prestatario a ser notificado en caso de cesión del crédito por el prestamista hipotecario, diferenciando entre los contratos suscritos antes y después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Respecto de los primeros, destaca que el artículo 149 LH, en su redacción anterior, exigía que se diera conocimiento al deudor de la cesión para que fuera eficaz frente a él, salvo que en el contrato se renunciara a este derecho. Interpreta nuestro Alto Tribunal que la renuncia a que se refería dicho precepto equivale a una renuncia a los efectos protectores del artículo 1527 CC para el deudor cedido (efecto liberatorio del pago al acreedor cedente, oponibilidad de las excepciones que tuviera contra él frente al cesionario), y concluye que la misma sería abusiva si se insertara en un contrato de consumo. Respecto de los segundos, por el contrario, y dado que el artículo 149 LH ya no hace referencia a la notificación del deudor, la renuncia contractual al derecho a ser notificado debe considerarse irrelevante. (STS 581/2023, de 20 de abril; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 14 de diciembre de 2007, A suscribió una escritura de préstamo hipotecario que contenía, entre otras, una condición general que habilitaba al banco a ceder el crédito sin notificárselo, la cual especificaba que el deudor renunciaba «al derecho que al efecto le concede el artículo 149 de la Ley Hipotecaria». En 2014 interpuso demanda de nulidad por abusivas de varias cláusulas, incluida la referida a la cesión de crédito.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a las demás cláusulas impugnadas, pero no respecto a la de cesión de créditos, interpretando la jurisprudencia del Tribunal Supremo invocada por el actor en el sentido de que sólo es abusiva la cláusula que priva al consumidor de su derecho a ser notificado en el caso de cesión de contrato, no de cesión de crédito. Tanto A como el banco interpusieron sendos recursos de apelación, desestimados por la Audiencia Provincial. En última instancia, A acudió en casación al Tribunal Supremo, que desestima también sus pretensiones. Explica el Tribunal Supremo que su doctrina sobre la abusividad de cláusulas de renuncia al derecho de ser notificado se extiende a las cesiones de contratos y de créditos, siempre que la renuncia suponga un perjuicio para el deudor cedido. Y razona que, durante la vigencia de la

anterior redacción del artículo 149 LH, cláusulas como la enjuiciada deben entenderse como una renuncia a los efectos protectores para el deudor en caso de que no se le notifique la cesión. Sin embargo, al haberse suscrito el contrato pocos días después de la entrada en vigor de la nueva redacción de aquel artículo, que ya no hace referencia a la notificación al deudor, la renuncia es irrelevante.

NOTA.—La STS 126/2004, de 19 de febrero (ECLI: ES:TS:2004:1094), ya estableció la necesidad de que las obligaciones recíprocas estén pendientes de cumplimiento por ambas partes para calificar un acuerdo de cesión de contrato, contrastándolo con la cesión de créditos en cuanto a la necesidad de consentimiento de la contraparte. Sobre la abusividad de las cláusulas de renuncia de derechos en contratos con consumidores, debe distinguirse entre casos de renuncia anticipada y de renuncia posterior al surgimiento de la controversia, ex artículos 10 y 86.7 TRLGDCU: SSTS 137/2019, de 6 de marzo, 889/2022, de 13 de diciembre y 149/2023, de 1 de febrero. (C. C. S.)

17. Desahucio por falta de pago y reclamación de cantidades adeudadas. Aplicación de la moratoria de pago RD Ley 15/2020 de 21 de abril. Medidas de apoyo económicas durante la pandemia de COVID-19.—El Tribunal Supremo considera que las medidas de apoyo consagradas en el RD Ley 15/2020 pueden aplicarse a contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994. Además, el Tribunal Supremo señala que el cierre de la actividad económica de la demandada es una consecuencia notoria de la pandemia del COVID-19, y no de un acto voluntario de la misma. Por último, aclara que la expresión legal utilizada en el mencionado RD Ley «deberá ser aceptada por el arrendador» no implica que el arrendador tenga libertad de someterse o no a la moratoria, sino que establece la obligatoriedad de adherirse a dicha disposición general si se cumplen las condiciones descritas. (STS 466/2023, de 11 de abril; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.— Con fecha 21 de marzo de 2020, Antonieta, arrendataria de un local comercial, presenta ante la Consejería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo de la Generalitat de Valencia una solicitud para constatar la concurrencia de una situación de fuerza mayor debido a la pérdida de actividad en su centro de tra-

bajo, como consecuencia de la aplicación del RD 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma para gestionar la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Como resultado, solicita de la arrendadora acogerse a la moratoria en el pago de las rentas regulada por el RD Ley 15/2020 de 21 de abril, solicitud que fue rechazada por la arrendadora. A pesar de este rechazo, la arrendataria deja de pagar las rentas a partir de abril de 2020, lo que llevó a la otra parte a interponer demanda de juicio verbal por desahucio por falta de pago de las rentas correspondientes.

En la sentencia de Primera Instancia se desestima íntegramente la demanda al considerar que la arrendataria estaba legitimada para instar la aplicación de las medidas previstas en el RD Ley 15/2020, de 21 de abril. La Audiencia Provincial de Valencia revoca la sentencia y estimó la demanda, al considerar que no era aplicable el mencionado RD Ley 15/2020, dado que el contrato litigioso no estaba sometido a la LAU de 1994. Además, la actividad de la demandada no se suspendió por la pandemia del coronavirus, sino que cesó por su propia voluntad e interés. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, al considerar que las medidas de apoyo económico dispuestas para arrendatarios comerciales afectados por la pandemia deben aplicarse tanto a arrendamientos posteriores a la entrada en vigor de la LAU 1994 como a aquellos celebrados con anterioridad. Además, entiende que hay una relación de causalidad entre el cese de la actividad económica del demandado y el hecho notorio de la pandemia por COVID-19. Por último, señala que la expresión legal relativa a que la moratoria «deberá ser aceptada por el arrendador», no supone que esté sea libre de someterse o no a ella, sino que implica la obligatoria sujeción a dicha disposición general. (*N. M. S.*)

18. Arrendamientos Urbanos. Uso distinto del de vivienda. Interpretación de la DT 3.^a LAU 1994: se respetan los derechos que traen causa del arrendatario originario.—Los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 subsistirán a voluntad del arrendatario, con sujeción a prórroga, al menos hasta que se produzca la jubilación o el fallecimiento de éste. Cuando la DT 3.^a se refiere al arrendatario hace alusión al que lo sea a la entrada en vigor de la LAU de 1994 con independencia de que sea el originario arrendatario.

tario o el que hubiera ocupado su posición contractual por traspaso (STS 279/2022, de 31 de marzo, entre otras).

La DT 3.^a respeta los derechos adquiridos que traen causa del originario arrendatario (STS del Pleno 669/2022, de 14 de octubre). **(STS 218/2023, de 13 de febrero; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La arrendadora formuló demanda de desahucio por expiración del plazo legal de duración del contrato, frente Valeriano y Rosalía, en la que solicitaba que se declarase la resolución del contrato de traspaso del local de negocio propiedad de la actora, celebrado entre los codemandados y Desiderio.

Quedó probado que el contrato de arrendamiento data de 1981, del que trae causa el arrendatario actual (Desiderio), por traspaso efectuado en 1988 (anterior al 9 de mayo de 1895).

El juzgado desestimó la demanda. Recurrida la sentencia de primera instancia por la actora, la audiencia estimó el recurso. El Tribunal Supremo dio al recurso de casación interpuesto por Rosalía. (*I. D.—L. S.*)

19. Relación entre letrado y cliente. Naturaleza jurídica. Obligaciones de las partes.—La relación contractual entre abogado y cliente suele desenvolverse en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia ha construido con elementos del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS 293/2006, de 30 de marzo; 729/2007, de 21 de junio; 375/2021, de 1 de junio, entre otras).

La doctrina del Tribunal Supremo ha precisado que se trata de una relación de carácter convencional, fundada en la confianza mutua y en la confidencialidad de la que deriva el secreto profesional. En este contexto, el abogado adquiere una obligación de medios que consiste en prestar sus servicios profesionales conforme a las exigencias de la *lex artis*, sin garantizar resultados específicos. Por su parte, la obligación del cliente es la de pagar el precio del mencionado servicio. En este sentido, es requisito esencial para la validez del contrato de arrendamiento de servicios la existencia de un «precio cierto», exigencia que puede cumplirse acordando el precio con anterioridad a la prestación de los servicios o determinándolo posteriormente.

Criterios para la determinación judicial de los honorarios.—En ausencia de un acuerdo previo sobre el precio de los servicios, la

determinación de los honorarios la llevará a cabo la autoridad judicial, para evitar que quede al arbitrio de una de las partes.

La jurisprudencia ha establecido una serie de criterios ponderativos de la determinación del importe de los honorarios como el dictamen del Colegio de Abogados, la cuantía de los asuntos, la complejidad del caso y el tiempo dedicado, entre otros (SSTS 241/1994, de 15 de marzo; 59/1998, de 3 de febrero; 153/1998, 24 de febrero; 748/1999, de 16 de septiembre; 115/2001, 16 de febrero). Por último, es indispensable que el abogado demuestre la realidad de los servicios prestados (STS 24 de septiembre de 1988). **(STS 501/2023, de 17 de abril; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Oscar, abogado en ejercicio, representó a Raquel, beneficiaria de justicia gratuita, en la separación de una sociedad mercantil de la que esta era socia y en la adjudicación de bienes de su régimen económico matrimonial. Posteriormente, Oscar interpuso demanda solicitando el pago de 18.000 euros en concepto de honorarios. Consideraba que el carácter gratuito regulado en el artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita no era aplicable a su trabajo y que la demandada había falseado la solicitud de justicia gratuita. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Raquel interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial argumentando que Oscar no había indicado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 32 y siguientes de la Ley 1/1996, que la pretensión para la que fue designado era insostenible.

Contra esta resolución, Oscar interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, aunque determinó que los honorarios debidos eran menores de lo que solicitaba la parte actora. (*M. S. G.*)

20. Incongruencia *extra petitum*. Alteración de la causa de pedir.—El Tribunal Supremo subraya que la congruencia exige una necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (SSTS 698/2017, de 21 de diciembre, 233/2019, de 23 de abril y 31/2020, de 21 de enero, entre otras). Considera el Alto Tribunal que la Audiencia ha resuelto erróneamente el recurso de apelación al aplicar las reglas de la responsabilidad extra-

contractual invocadas por Bankia S. A. (apreciando prescripción anual y sin entrar en el fondo del asunto), al no mediar entre las demandantes y aquella, relación contractual alguna. Estima asimismo el Tribunal Supremo, que el hecho de que la demandante haya cometido error, no impide la aplicación de la reglas sobre cobro de lo indebido y enriquecimiento injusto. Por ello, deja sin efecto la sentencia de la Audiencia y dicta una nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento en el recurso de casación.

Cobro de lo indebido. Ausencia de causa legítima que ampare tal actuación de Bankia.—El Tribunal Supremo sostiene que, a pesar de que la transferencia efectuada fuera correcta y el error lo cometiera la propia demandante, ello no impide que se aplique el régimen del cobro de lo indebido, ni la pretensión restitutoria de quien por error pagó a quien no debía. Tampoco resulta admisible para el Alto Tribunal que Bankia S. A. pueda retener el dinero porque no fue el *accipiens*, ni que la citada entidad no deba restituir el dinero con el argumento de que la transferencia no es revocable una vez que ha sido abonada en la cuenta del beneficiario. El pago realizado por la demandante no era un pago debido, y una vez que Bankia conoce esta situación debió proceder a la retrocesión de la transferencia, sin que pueda invocarse para evitarla la deuda que la otra demandada Urbana San Miguel S. L. mantenía con Bankia S. A. (STS 615/2023, de 25 de abril; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Las mercantiles Iberdrola Distribución Eléctrica S. A. U. e Iberdrola S. A. interpusieron demanda de juicio ordinario contra Urbana San Miguel S. L. y Bankia S. A. Solicitaban que se declare que Urbana San Miguel S. L. percibió por error un pago de 413.706,15 € que no era debido por las actoras, que Bankia ha afectado para sí el ingreso indebido, por lo que ambas se han enriquecido injustamente, y que ambas deben restituir a las actoras la cantidad señalada. Urbana San Miguel S. L. contesta a la demanda solicitando que se dicte sentencia por la que con estimación de alguna de las excepciones alegadas se desestime la demanda, y subsidiariamente, que de entrarse al fondo de asunto, se desestime igualmente la demanda pues no se ha apropiado ni beneficiado de cantidad alguna. Bankia, por su parte, contesta a la demanda pidiendo que con estimación de la excepción material de prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual al haber transcurrido el plazo de un año, se acuerde su desestima-

ción, y el archivo del procedimiento. Subsidiariamente, que se desestime íntegramente la demanda, absolviéndola, con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia estima las pretensiones de Iberdrola S. A. e Iberdrola Distribución Eléctrica S. A. U., y declara que Urbana San Miguel S. L. ha percibido por error la cuantía señalada previamente -aunque la absuelve de todos los pedimentos-, que Bankia a afectado para sí el ingreso indebido sin causa legítima y, por ello, debe restituir el dinero.

La sentencia dictada fue recurrida en apelación por Bankia S. A., e impugnada por Iberdrola S. A. e Iberdrola Distribución Eléctrica S. A. U. La Audiencia Provincial de Valencia, estima el recurso interpuesto por Bankia, revocando la sentencia y absolviéndola, desestimando la impugnación formulada por las demandantes.

Iberdrola S. A. e Iberdrola Distribución Eléctrica S. A. U. interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, el Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia Provincial, anulándola y confirmando íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia. (M. Z. Z.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. La interrupción del plazo de la prescripción adquisitiva.—La posesión *ad usucapionem* ha de ser ininterrumpida. El artículo 1946.3 CC establece que la citación judicial no produce efectos interruptivos del plazo de la prescripción «si el poseedor fuera absuelto de la demanda». El artículo 1946.3 CC no se refiere específicamente a los casos en los que se promueve un proceso penal, que finaliza sin declaración de responsabilidad, como es el caso que nos ocupa en que la demandada recurrente fue absuelta. Ello no significa que no sea también aplicable dicha excepción. La Audiencia Provincial señala que, durante la pendencia del proceso penal, no puede computarse el plazo de prescripción, porque el actor no podía deducir la acción civil contra la usucapiente (art. 114 LECrim). Con todo, lo cierto es que la recurrente fue parte acusada en el proceso criminal y, contra ella, se ejercitaron las acciones penales y civiles dimanantes del delito de las que fue absuelta. Si esto es así, difícilmente cabe entender que no poseyó de forma continua durante la sustanciación del proceso penal.

La persistencia de buena fe en la usucapión ordinaria.—Uno de los requisitos condicionantes de la operatividad de la usucapión ordinaria es que el poseedor lo sea de buena fe (art. 1957 CC). En cualquier caso, es también un requisito ineludible que la buena fe se mantenga durante el transcurso del plazo de la posesión *ad usucapionem* (apta para usucapir). En este sentido, el artículo 1957 CC exige que la buena fe se tenga «durante» todo el tiempo de la prescripción, y el artículo 435 de dicho texto legal contempla, expresamente, que la buena fe inicial se pierde como consecuencia de «actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente». En este caso, la pendencia del proceso penal permitió a la recurrente tomar constancia de su posesión ilegítima sobre la finca litigiosa, perdiendo su condición de poseedora de buena fe. La denuncia penal formulada, así como la tramitación del proceso penal para investigar los hechos objeto de la noticia criminal, determinó que la demandada recurrente perdiera la condición de poseedora de buena fe, puesto que, durante la sustanciación de dicho proceso, en el que fue parte, tuvo cabal constancia de la creación ficticia del título dominical en el que su causante jurídico, el vendedor, fundó su falaz derecho de propiedad sobre la finca litigiosa. Por ello, la pretensión de la demandada a través del cual insta que se declare su condición de legítima propietaria sobre la finca litigiosa en virtud de la prescripción ordinaria alegada (art. 1957 CC), no puede prosperar. (STS 419/2023, de 28 de marzo; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 22 de diciembre de 2017, Juan Alberto ejercitó una acción reivindicatoria de una finca contra Berta y otros demandados. En lo que aquí interesa, Berta formuló reconvencción para que se declarase su dominio sobre la finca litigiosa por usucapión.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción.

Contra la sentencia de Primera Instancia, la demandada interpuso un recurso de apelación, el cual fue desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial.

La demandada interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (J. M.^a M. F.)

22. Idoneidad del juicio de precario para obtener el lanzamiento del ocupante del inmueble por quien no fue parte ni

intervino en el procedimiento hipotecario.—El Tribunal Supremo ha establecido que no se puede negar a un tercero la posibilidad legal de acudir al procedimiento de desahucio por precario si el título que justifica la demanda proviene de una transmisión onerosa realizada al margen del procedimiento hipotecario en el que dicho tercero no fue parte ni intervino (STS 771/2022, de 10 de noviembre). Además, en este tipo juicios, la parte demandada puede hacer valer su título para permanecer en la posesión del inmueble mediante la presentación del auto de suspensión del lanzamiento o contrato de arrendamiento obtenidos al amparo de la Ley 1/2013. (STS 515/2023, de 18 de abril; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Coral Homes S. L. U. presenta una demanda de desahucio por precario contra Dulce y otros ocupantes desconocidos de una finca ubicada en San Lorenzo del Escorial. La demandada solicita la desestimación de la demanda o, en su defecto, la suspensión del proceso debido a la presencia de menores, hasta que las autoridades encontraran una solución habitacional digna y adecuada.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, declara el desahucio y condena a Dulce y a los demás ocupantes a abandonar la finca, dejándola libre y a disposición de la entidad demandante. La demandada interpuso un recurso de apelación, el que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la sentencia apelada. Ante lo anterior, la demandada presenta recurso de casación, que fue igualmente desestimado por el Tribunal Supremo, al señalar que la recurrente no solicita el beneficio del régimen protector establecido en la Ley 1/2013 y no aporta pruebas que demuestren su situación económica y social. Finalmente, el Tribunal Supremo indica que la demandada perdió su título de dominio sobre la vivienda debido a una venta forzosa en un procedimiento de ejecución hipotecaria, lo que la califica como precarista y justifica legalmente el desahucio. (N. M. S.)

23. Servidumbres sobre elementos comunes y el derecho del afectado a ser indemnizado de los vecinos.—El Tribunal Supremo se pronuncia a favor de la aplicación del artículo 9.1.c) LPH a servidumbres que se constituyen, no sobre viviendas o locales, sino sobre elementos comunes de un edificio sometido al régimen de

propiedad horizontal, pero que de algún modo afectan negativamente a aquellos. Establece así que los vecinos tienen el deber de consentir dichas servidumbres, siempre que se hayan constituido con las mayorías legalmente previstas, pero a cambio tienen derecho al oportuno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. (**STS 435/2023, de 29 de marzo**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios acordó, con las mayorías legalmente exigibles, instalar un ascensor en el patio de luces comunitario. A, propietaria de uno de los pisos, consideró que el ascensor implicaba una privación parcial de su derecho de luces y vistas, pues la instalación ocupaba parte de la ventana de su dormitorio. Consecuentemente, interpuso demanda contra la comunidad de propietarios pidiendo una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó su demanda, argumentando que no se puede acreditar la luminosidad previa a la instalación, que no se ha demostrado una especial incidencia en su vivienda y que, más que un perjuicio indemnizable, se trata de una carga que se compensa con las ventajas que derivan de la instalación. A interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue estimado. Razona la Audiencia Provincial que es de aplicación el artículo 9.1.c) LPH, de modo que, aunque los propietarios que se oponen a este tipo de intervenciones deben soportarlas, a cambio tienen derecho a ser resarcidos de los perjuicios que se les deriven. Finalmente, la comunidad interpone recurso extraordinario de casación, que el Tribunal Supremo desestima, confirmando que la constitución de servidumbres sobre elementos comunes puede generar responsabilidad respecto de los vecinos que sufran un daño.

NOTA.—La STS 23/2009, de 11 de febrero, ya había reconocido la posibilidad de establecer una servidumbre de ascensor sobre un patio común aunque suponga un perjuicio para algún propietario, siempre que el acuerdo se adopte con las mayorías legales. Sin embargo, en tanto que en aquel caso sólo se pedía la paralización de la obra y no la indemnización del daño, hasta la sentencia extractada el Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre su procedencia. (C. C. S.)

24. Propiedad horizontal y derechos de igualdad, libertad ideológica, libertad personal e intimidad.—La Sala Primera del Tribunal Supremo estima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal respecto de la lesión a los derechos fundamentales a la igualdad, libertad ideológica, libertad personal e intimidad. En este sentido, considera que las normas, instrucciones o actuaciones de la comunidad de propietarios demandada, impidiendo o perturbando a los demandantes el acceso a los elementos comunes por el hecho de no practicar el nudismo, atenta contra los derechos fundamentales referidos. Asimismo, se declaran nulas las normas interiores, instrucciones o directrices en el seno de la comunidad de propietarios que impidan o perturben el acceso a los espacios comunes. (STS 217/2023, de 13 de febrero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Dos propietarios de apartamentos de uso vacacional demandan a la correspondiente comunidad de propietarios por la prohibición del acceso a los elementos comunes. Una de las comunidades de propietarios agrupa a un conjunto minoritario de vecinos, que pretende imponer la práctica del nudismo a la otra comunidad de propietarios dentro de la misma urbanización. En este caso, no se ha procedido a la inscripción registral de la división horizontal, dando lugar a un conflicto acerca de la legítima constitución de la comunidad de propietarios, pues coexisten dos comunidades diferentes sobre el mismo conjunto residencial. (C. A. C.)

DERECHO DE FAMILIA

25. Acogimiento de menores. El interés superior del menor como criterio valorativo circunstancial.—El menor, como individuo en formación, precisa de una protección especial, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario tutelar. En este sentido, el derecho alemán se refiere al principio de promoción de la personalidad (*förderungsprinzip*), como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades sobre los menores.

La infancia conforma un periodo fundamental en el devenir de las personas (la vida es lo que hacemos y nos pasa), de ahí la importancia de contar con un adecuado sistema jurídico de protección, con raíces constitucionales en el artículo 10.1 CE, en cuanto reconoce el

derecho al libre desarrollo de la personalidad, y, en el artículo 39 CE, que proclama el interés superior de los menores.

El interés del menor no puede concebirse, desde un punto de vista estrictamente abstracto o general, mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta.—El interés del menor no puede fijarse a priori para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias. Así, las SSTS 444/2015, de 14 de julio, y 720/2022, de 2 de noviembre, establecen que el interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (STS 13 de febrero de 2015). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor.

El interés primordial del niño o de la niña se debe compatibilizar con los otros intereses concurrentes, cuando sea posible, pero siempre deberá prevalecer el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.—Por esto, cuando el interés del menor se valore con derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas, como pueden ser los de sus progenitores, que gozan del derecho a la vida familiar que proclama el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el artículo 2.4 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, será el interés superior del menor el que prevalece.

El retorno del menor con sus padres no es un principio absoluto e incondicionado.—El derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para su desarrollo físico, intelectual e integración social, contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (SSTS 565/2009, de 31 de julio; y 170/2016, de 17 de marzo).

La protección de menores: evolución.—Consecuencias del mandato del artículo 39 CE, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores, han surgido la

LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, con idéntica finalidad. El artículo 19 bis, núm. 3, de esta segunda ley, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, que entró en vigor el 18 de agosto de 2015, sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, al disponer que para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la familia. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con ella.

La ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en la apreciación del interés superior del menor: habrá de tenerse en cuenta los informes posteriores aportados al proceso.—Con la finalidad de valorar la reintegración del niño con sus padres no se puede prescindir de los informes posteriores aportados al proceso, indicativos de la evolución positiva o negativa de los factores de riesgo, en su día, apreciados para acordar la medida de protección adoptada, máxime cuando se pretende el reintegro familiar (véase la STS 565/2009, de 31 de julio).

El interés superior del menor como consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.—Esta proclamación se refleja en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional (SSTC 64/2019, de 9 de mayo; 81/2021, de 19 de abril; y 113/2021, de 31 de mayo, entre otras), como de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS 175/2021, de 29 de marzo; 438/2021, de 22 de junio; 705/2021, de 19 de octubre; y 729/2021, de 27 de octubre, entre otras muchas); así como, también, por la propia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 24 de marzo de 1988). (STS 281/2023 de 21 febrero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Es objeto del presente procedimiento, la oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, dictadas por una Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores de 19 de diciembre de 2019, por la que se acordaba la incoación del procedimiento de declaración de desamparo y asunción de tutela de un menor no nacido, y la ulterior resolución de 7 de abril de 2020, por la que se

acordaba la declaración de desamparo y asunción de tutela del niño, nacido en 2022, llamado Cosme.

Contra dichas resoluciones los progenitores del menor interpusieron demanda de oposición, al entender que no se ajustaban a derecho, con solicitud de que se les entregase la custodia de su hijo. A tal pretensión se opuso la Comunidad Autónoma competente y el Ministerio Fiscal.

Quedó probado la falta de habilidades de los padres para asumir el cuidado físico y emocional de su hijo. La falta de estabilidad en las relaciones personales de los progenitores del menor, en clara crisis de pareja, con relaciones conflictivas, no ajenas a episodios violentos, fruto principalmente del nuevo embarazo de la madre de otra persona distinta al padre de Cosme. La inmadurez de la madre, incapaz de planificar su vida en un factible proyecto vital, a lo que, desde luego, no ayudan tampoco sus negativas experiencias de infancia. Pasividad y falta de implicación del padre del menor en la asunción de la crianza de un menor. Además, de los múltiples informes técnicos contrarios al reintegro de Cosme con sus padres.

Además, la situación del menor en su familia de acogida, con la que convive desde poco después de su nacimiento, se desenvuelve en un entorno sumamente favorable para el libre desarrollo de su personalidad, bajo pautas acreditadas de cuidado personal diligente, atención y afecto, que determinarían que el retorno del Cosme con sus progenitores produciría un negativo impacto emocional, y el sometimiento a una situación de riesgo real y efectivo.

El juzgado estimó la demanda. La Administración autonómica recurrió la sentencia de primera instancia, que fue confirmada por la audiencia. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración, cuya admisión fue solicitada también por el Ministerio Fiscal. (*I. D.-L. S.*)

26. Autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre personas casadas.—La jurisprudencia de la Sala Primera ha venido admitiendo con amplitud el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas, a las que se reconoce el poder de autorregulación de sus propios intereses cuando se trata de materias disponibles. Ello de conformidad con el principio de libertad contractual y la libertad de contratación entre los esposos, que desde 1981 consagra el artícu-

lo 1323 CC, en la línea con los principios constitucionales de libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

Dos futuros esposos pueden renunciar de manera preventiva en capitulaciones matrimoniales a los derechos y acciones que pudieran corresponderles en el momento de divorcio. Este es el caso de unos pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia, siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, art. 1261 CC) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (arts. 1255 y 1328 CC), en el entendido de que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se identifica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así, señaladamente, los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores (art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan.

En la regulación del Código Civil, la compensación por desequilibrio y la compensación por el «trabajo para la casa» tienen carácter disponible, tanto en su reclamación, que puede renunciarse, como en su configuración. Ambas se conceden solo a petición de parte y su determinación judicial debe hacerse teniendo en cuenta los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges (art. 97 CC, para la compensación por desequilibrio), o a falta de acuerdo entre los cónyuges (art. 1438 CC, para la compensación por el trabajo doméstico). Los acuerdos sobre estos derechos, y en particular, los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores de la crisis matrimonial que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 CC, «serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». Se introduce así con carácter excepcional un denominado «control de lesividad» que resultaría también aplicable a los pactos prematrimoniales que incluyan contenido propio de un convenio regulador. Por la excepcionalidad con la que se regula, es evidente que la lesividad no puede apreciarse sin más por el hecho de que se renuncie a derechos que corresponderían legalmente en caso de no existir renuncia, pero que se configuran por el legislador como derechos disponibles.

Partiendo del respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la validez de sus acuerdos exige la formación libre del consenti-

miento. Si, por ejemplo, no se ha denunciado ningún vicio del consentimiento ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de la futura esposa que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente formado y emitido, se debe presumir que el consentimiento se ha emitido de forma libre.

Para considerar un pacto prematrimonial como lesivo, no es suficiente que en el momento de la disolución del matrimonio concurren los presupuestos para el reconocimiento de los derechos a que se ha renunciado, porque precisamente esa es la finalidad del pacto que los futuros esposos quisieron libremente, por entender que así convenía a sus intereses. Tampoco se perjudican los intereses del hijo común si su sustento queda garantizado mediante el reconocimiento de alimentos en su favor.

Cierto que la aparición de circunstancias no previstas puede colocar a un cónyuge en una situación que, por no serle imputable, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de las previsiones negociales de los esposos. Pero este no es el caso si el esposo continúa ejerciendo actividades profesionales remuneradas y, llegado el nacimiento del hijo común, la esposa se dedica a su cuidado, sin que el cuidado personal del esposo fuera paritario. En todo caso, la dedicación personal de la esposa, si además se dieran todos los respectivos presupuestos legalmente exigidos para una y otra figura, podría dar lugar al reconocimiento del derecho a la prestación compensatoria y de la compensación económica por el trabajo, pero no permite concluir que la renuncia previa a tales derechos sea ineficaz. **(STS 362/2023, de 13 de marzo; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Ana y Julio, con anterioridad a la celebración de su matrimonio, otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que acuerdan que el matrimonio proyectado se registrará por el régimen de separación de bienes y que, en caso de divorcio, nada se reclamarán el uno al otro por cualquier concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos.

Ana interpone demanda de divorcio contra Julio. La demanda es estimada en parte, sin establecimiento de pensión compensatoria ni indemnización a favor de Ana.

Ambos recurren en apelación. Los recursos son parcialmente estimados, quedando establecida una pensión compensatoria de 500 € mensuales durante 3 años y una

compensación por trabajo doméstico de 30.000 € en favor de Ana. La justificación de la Audiencia reside en que no debe aplicarse la renuncia acordada porque, al no haberse dado la contribución paritaria en el cuidado del hijo, no se dan las condiciones y circunstancias pactadas en las capitulaciones.

Julio interpone recurso de casación, que es estimado, basándose en la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre cónyuges. Se trata de un matrimonio celebrado por dos personas con cierta madurez, que llevaban cuatro años de relación sentimental, incluido un periodo de convivencia. Cuando otorgaron las capitulaciones, días antes de contraer matrimonio, los dos se encontraban divorciados (él con tres hijos de su matrimonio anterior e importantes cargas económicas); es decir, contaban con una experiencia matrimonial fracasada y el conocimiento de lo que eso conlleva. La futura esposa disponía de una trayectoria personal y vital que impide hablar de una parte «débil» o ignorante que pudiera haber padecido error sobre las consecuencias de su renuncia: tenía en ese momento 43 años y era, según ha mantenido el recurrente, y ella no lo ha negado, licenciada en economía y empresaria autónoma. Por otra parte, la intervención del notario que autoriza la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa pudiera ser consciente de lo que implicaba la renuncia que firmaba, y en este sentido es significativo que en la escritura el notario hiciera constar lo siguiente: «manifiestan asimismo los señores comparecientes, aun advertidos por mí, (el notario) de la trascendencia y contundencia de este pacto, que quieren pactar, y en efecto pactan, que, en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos. A excepción de las acciones que amparen a los hijos comunes, en su caso». Por tanto, no procede el establecimiento de pensión compensatorio ni indemnización por trabajo doméstico. (*T. R. C.*)

27. Régimen económico-matrimonial: sociedad de gananciales. Responsabilidad por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges.—El Tribunal Supremo, tras exponer la doctrina juris-

prudencial que pone de relieve la dificultad de distinguir los supuestos de aplicación de los artículos 1365. 2 y 1366 CC, alude a la importancia de analizar las circunstancias de cada caso concreto para llegar a una solución correcta (STS 762/2005, de 25 de octubre). En el caso que nos ocupa entiende el Alto Tribunal que los ilícitos fiscales cometidos por el esposo derivados de la realización de operaciones económicas ficticias para obtener devoluciones indebidas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT), relativas al IVA declarado por parte de una cooperativa de la que era administrador de hecho con facultades de control y gestión, no conllevan la responsabilidad civil directa de la sociedad ganancial. Subraya el Tribunal Supremo que no se trata de una actuación del cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal, sino derivada de un hecho doloso enmarcado dentro de un delito tributario nacido de la cooperativa en cuyo provecho actuó (en el mismo sentido, STS 262/2004, de 31 de marzo). Asimismo, recalca que la aplicación el artículo 1317 CC es obvia, ni si quiera lo cuestiona la parte recurrente, por lo que las capitulaciones matrimoniales, con la correlativa atribución de bienes del consorcio a la esposa, no son oponibles a la AEAT. (SSTS 773/1999, de 25 de septiembre, 257/2002, de 18 de marzo, 184/2006, de 1 de marzo, 120/2012, de 8 de marzo, y 49/2014, de 19 de febrero, entre otras). **(STS 345/2023, de 6 de marzo; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spielberg.]

HECHOS.—El Abogado del Estado, en nombre y representación de la AEAT, interpuso demanda contra J. A y L. solicitaba que se declarara que las deudas tributarias de J. A derivadas del IVA 2007, IVA 2008, IRPF 2007 e IRPF-SANCIÓN 2007, por importe total de 847.133,57 euros, más los intereses tributarios de demora correspondientes, son cargo de la sociedad conyugal de gananciales. También pide que se declare que la liquidación de la antigua sociedad conyugal de gananciales de los codemandados es inoponible, ex artículo 1317 CC, a la Hacienda pública acreedora. En consecuencia, las fincas adjudicadas a L. deben responder al pago de las deudas tributarias con los intereses correspondientes. Por último, requiere que se impongan las costas a los codemandados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, pero sin imposición de costas a parte alguna.

Interpuesto recurso de apelación por los codemandados es desestimado por la Audiencia Provincial de Badajoz, que

confirma íntegramente la sentencia de primera instancia, con imposición de costas a los apelantes.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación lo que conlleva que no se haga especial condena en costas. Declara, de un lado, que la deuda de J. A. derivada del IRPF 2007, con los correspondientes intereses de demora y sanción impuesta, son de cargo de la sociedad de gananciales formada en su día, por J. A. y L. De otro lado, declara que la disolución de la sociedad conyugal de gananciales de codemandados, llevada a efecto por capitulaciones matrimoniales de 22 de septiembre de 2009, no es oponible frente a la Hacienda Pública acreedora en la ejecución derivada de las deudas tributaria objeto de este proceso, tanto por IRPF como por IVA. (*M. Z. Z.*)

28. Cantidades susceptibles de ser descontadas en el cómputo de la compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes.—En el régimen de separación de bienes, donde cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiera por cualquier título, el legislador ha introducido una regla sobre el levantamiento de las cargas del matrimonio que concreta la regla general del artículo 1318 CC. Conforme al artículo 1438 CC, los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio, contribución que debe realizarse, a falta de convenio, y por exigencia del mismo artículo 1438 CC, en proporción a sus respectivos recursos económicos. Añade el precepto que el trabajo «para la casa» será computado como contribución a las cargas y, además, dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. El sentido de que en el momento de la extinción del régimen de separación de bienes sea exigible frente al otro cónyuge una compensación por el cónyuge por el «trabajo para la casa» es reequilibrar la falta de proporción a los respectivos recursos de las contribuciones de cada uno a las cargas del matrimonio antes de su disolución.

Si se trata de que en el momento de la extinción del régimen económico de separación de bienes, el cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares con los ingresos obtenidos en su actividad profesional compense a quien lo ha hecho aportando su dedicación personal a la familia y a la casa, es razonable exigir que de la compensación se descuenta todo aquello que el cónyuge acreedor de la compensación haya podido percibir durante la convivencia y en lo que exceda de las cargas del matrimonio que incumbían

al deudor de la compensación. Sin embargo, gastos tales como el pago del seguro del hogar, los gastos de dentista o de teléfono o la compra de un colchón forman parte de las necesidades ordinarias de la familia, aunque se hicieran en relación con el cónyuge que trabaja para la casa.

Las transferencias realizadas entre dos personas que conviven *more uxorio* con anterioridad a la celebración de su matrimonio, con independencia de la finalidad de las mismas (aún siendo destinadas al pago del préstamo hipotecario de la vivienda propiedad de quien recibe la transferencia), no dan lugar a descuento ninguno respecto de la compensación por trabajo doméstico. Tampoco dan lugar a descuento alguno en la compensación por trabajo doméstico pagos, constante matrimonio, relacionados con la vivienda familiar realizados por el cónyuge que trabaja fuera de casa, siempre que las cuantías pagadas sean moderadas en atención a la diferencia de recursos económicos de ambos cónyuges, aunque la vivienda fuera propiedad de la persona que trabaja para la casa. Tampoco dan lugar a descuento los gastos relacionados con la compra de un coche, siempre que quepa deducir que tal coche se utilizaba para la satisfacción de las necesidades familiares.

Carácter temporal de la pensión compensatoria en el régimen de separación de bienes.—La fijación de una pensión compensatoria con límite temporal exige constatar la concurrencia de una situación de idoneidad, que permita al cónyuge beneficiario superar el desequilibrio económico sufrido transcurrido un concreto periodo de tiempo; o dicho de otra forma, que, con ello, no se resienta la función de restablecer el equilibrio, que es consustancial a la fijación de una pensión de tal naturaleza. A tales efectos, es preciso que los tribunales realicen un juicio prospectivo a fin de explorar o predecir las posibilidades de que, en un concreto plazo de tiempo, desaparezca el desequilibrio existente, al poder contar el beneficiario con recursos económicos propios que eliminen la situación preexistente. Se trata, en definitiva, de un juicio circunstancial y prudente, que deberá llevarse a efecto con altos índices de probabilidad, que se alejen de lo que se ha denominado mero futurismo o adivinación. Para ello, se deben tener presentes las siguientes circunstancias:

- 1) el establecimiento de un límite temporal en las pensiones compensatorias depende de que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, cuya apreciación obliga a tomar en consideración las específicas circunstancias concurrentes en cada caso;

2) que para fijar la duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el artículo 97 CC;

3) en tal función, los tribunales deben ponderar, como pauta resolutoria, la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo determinado, y alcanzar, de esta forma, la convicción de que no es preciso prolongar más allá el límite temporal establecido;

4) tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto, con prudencia y con criterios de certidumbre o potencialidad real, determinada por altos índices de probabilidad;

5) el plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio;

6) la fijación de una pensión, como indefinida en el tiempo, no impide se deje sin efecto o que sea revisable por alteración de fortuna y circunstancias en los supuestos de los artículos 100 y 101 CC.

Todo conduce a considerar poco halagüeñas las probabilidades de integración en el mundo laboral de la una mujer de 57 años sin cualificación profesional, dado que pertenece a un colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo más elevadas. La falta de cualificación profesional y de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado durante los últimos 12 años a actividad profesional alguna, no ofrece un pronóstico favorable. (**STS 357/2023, de 10 de marzo**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Severiano interpone demanda de divorcio contra Isabel. Ambos estaban casados en régimen de separación de bienes, sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales. La demanda es parcialmente estimada, fijándose una pensión compensatoria temporal y una compensación por trabajo doméstico en favor de Isabel.

La sentencia de instancia es recurrida en apelación por Isabel e impugnada por Severiano. El recurso es estimado parcialmente, de modo que la pensión compensatoria queda establecida con carácter indefinido.

Severiano interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Severiano impugna la cuantía de la compensación por trabajo doméstico, dado que entiende que se deben deducir ciertas cantidades abonadas por él en beneficio exclusivo de Isabel, al tiempo que solicita que la pensión compensatoria tenga carácter temporal,

dado que Isabel tiene experiencia profesional previa, que la convivencia matrimonial ha durado solo 15 años, que dispone de tiempo para trabajar fuera como consecuencia de la custodia compartida de las hijas y que no existe ninguna causa que le impida trabajar. El recurso de casación es desestimado, dado que queda probado que Isabel dejó de trabajar al nacer la primera hija, que se dedicó al trabajo doméstico y que tiene pocas expectativas de reincorporación al mercado laboral. (T. R. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

29. Testamento. Caracteres generales.—1.º Es un negocio jurídico unipersonal que no puede otorgarse, en el derecho común, de forma mancomunada (art. 669 CC). 2.º Es personalísimo (art. 670 CC y STS del Pleno 146/2018, de 15 de marzo). 3.º Es formal o solemne, que exige el cumplimiento de los cauces de exteriorización de la declaración de voluntad que establece el ordenamiento jurídico, así como los requisitos que para el otorgamiento señala la ley (arts. 687, 705 y 715 del CC). En este contexto, se ha declarado la nulidad del testamento en el caso de la falta de expresión de la hora del otorgamiento (STS 21 de junio de 1986); ausencia de indicación de la fecha del testamento ológrafo (STS 6 de febrero de 1968), omisiones en la identificación del testador en testamento cerrado (STS 7 de julio de 1943) o por no existir constancia de la imposibilidad de acudir al notario en el testamento en peligro inminente de muerte (STS de 22 de marzo de 1983).

Flexibilización del requisito formal o solemne del testamento.—No es necesario que la manifestación del notario acerca de la capacidad de la otorgante se consigne con las palabras precisas, basta cualquier otro modo o con locución distinta exprese clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento (STS 24 de abril de 1896).

Sobre la flexibilización del requisito formal del testamento se encuentran, entre otras, SSTS 26 de noviembre de 1901, 15 de marzo de 1951, 12 de mayo de 1998, 14 de octubre de 2008, 20 de marzo de 2013, 10 de septiembre de 2015, y 19 de octubre de 2016. Esta última sentencia afirma que la exigencia de forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido, pero esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente

cuando en el testamento interviene el notario (en este sentido la STS 535/2018, de 28 de septiembre).

En suma, como afirma la STS 170/2012, de 20 de marzo, la declaración de nulidad de un testamento no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante.

Concurrencia de un solo facultativo en el acto de otorgamiento del testamento.—En el acto de otorgamiento del testamento sólo compareció un facultativo, que suscribió el testamento y no los dos que requería el artículo 665 CC, en su redacción entonces vigente, requisito que actualmente no es exigido, tras el nuevo contenido del precepto tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. Es finalidad de esta ley, expresamente explicitada en su exposición de motivos, la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que, en su artículo 12.2, proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

El instrumento de ratificación de la precitada convención se publicó en el BOE de 21 de abril de 2008, y es derecho vigente en España desde el 3 de mayo de dicho año, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico interno como resulta de lo dispuesto en el artículo 96.1 CE. Esta incorporación es trascendente, en tanto en cuanto, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (SSTC 36/1991, de 14 de febrero; y 106/2022, de 13 de septiembre), y conforma criterio interpretativo de las normas.

Persona con discapacidad declarada en sentencia judicial: La capacidad para testar es la regla general.—Es mérito del Convenio de Nueva York reconocer a las personas, que presentan disfunciones, la misma capacidad jurídica de la que gozan las otras personas que no sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo en los términos de su artículo 1.1, sin perjuicio que, para el concreto ejercicio de los derechos, precisen un sistema de apoyos (art. 12.3 del Convenio) (STS 269/2021, de 6 de mayo).

El artículo 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente. De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción (STS 146/2018, de 15 de marzo).

Fuerza probatoria de los documentos públicos.—La fuerza probatoria plena del documento público no se puede extender a lo

que constituyan apreciaciones subjetivas del fedatario autorizante (art. 319 LEC); pero, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, constituyen una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede desvirtuarse mediante una evidente y completa prueba en contrario (SSTS 146/2018, de 15 de marzo; y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras muchas). **(STS 156/2023 de 3 febrero; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 14 de marzo 2014, Lourdes otorga testamento abierto en Salamanca donde consta que el notario conoce e identifica a los comparecientes: la testadora y un médico forense que interviene a los solos efectos de apreciar y certificar, como así hace, la capacidad para este acto de Lourdes. En este testamento, único otorgado por Lourdes, instituye heredero universal de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones a su hermano Leandro, a quien sustituye la hija de éste, Evangelina. También, nombra albacea, comisario, contador partidor, con amplias facultades para dar cumplimiento a cuanto dispone el testamento, a Gregoria.

El 15 de mayo de 2016, fallece Lourdes, en estado de soltera, sin descendientes, ni ascendientes. Los demás hermanos de la causante demandaron a Leandro, solicitando la nulidad del testamento. Aportaron un informe médico que concluía que Lourdes carecía, antes de otorgar testamento, de una capacidad de obrar o actuar suficientes para otorgarlo.

Quedó probado, mediante sentencia judicial de 3 de noviembre de 1999, la incapacidad parcial de Lourdes, con rehabilitación de la patria potestad en la persona de su madre, única y exclusivamente en el orden patrimonial. Esta sentencia no se pronunció sobre su capacidad de testar. Se aportó en este procedimiento un certificado del INSS donde se reconocía a Lourdes, desde el 6 de febrero de 1973, una discapacidad psíquica del 69% por esquizofrenia simple.

Tras el fallecimiento de la madre de Lourdes, el 4 de octubre de 2011, se inició un procedimiento judicial para la designación de tutor, cargo que, recayó en Leandro, que lo aceptó el 17 de mayo de 2012. En la designación de tutor se tomó en consideración la preferencia manifestada por Lourdes, pues convivía con su hermano en compañía

de la madre de ambos. En ese trance procesal se evidenciaron los enfrentamientos entre los litigantes, que persistieron durante las rendiciones de cuentas.

En los dos meses anteriores al otorgamiento del testamento, se emitieron sendos informes de especialistas en neuropsicología y en medicina legal, respectivamente, que concluyeron que Lourdes tenía unas capacidades mentales normales.

El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda al considerar que la testadora tenía plena capacidad para testar. Uno de los actores recurrió en casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso. (*I. D.–L. S.*)

30. División judicial de herencia: necesidad de previa liquidación de la sociedad de gananciales del causante.—La partición hereditaria requiere, como presupuesto o elemento esencial, la determinación de los bienes y derechos que integran el patrimonio hereditario del causante, susceptibles de ser transmitidos y repartidos entre sus herederos, lo que precisa la liquidación de su sociedad de gananciales. Ello obedece a que en la sociedad disuelta pero no liquidada, esto es, en la comunidad postganancial, no corresponde a los cónyuges, o a sus herederos, individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes gananciales, sino una participación global sobre la masa ganancial. Solo cuando concluya la liquidación aquella cuota será sustituida por las titularidades singulares y concretas que a cada uno de los excónyuges o a sus herederos se adjudiquen en la liquidación (SSTS 968/2002, de 17 octubre, y 196/2020, de 26 mayo, entre otras). La ausencia de dicha liquidación puede provocar la nulidad de la participación hereditaria cuando su omisión es susceptible de producir alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada heredero (STS 248/2018, de 25 abril).

Innecesaria liquidación de la sociedad de gananciales en procedimientos de formación de inventario.—No liquidar la sociedad de gananciales en el procedimiento en el que se discute la inclusión o exclusión de bienes, no infringe el artículo 1396 CC, que manda liquidarla una vez disuelta, pues la adjudicación de bienes requiere el posterior nombramiento de contador partidor para que realice las operaciones particionales y adjudique los bienes concretos del haber común al causante y al cónyuge superviviente y, una vez determinados los primeros, distribuirlos entre los herederos (arts. 783 y siguientes de la LEC). (**STS 279/2023, de 21 de**

febrero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En el incidente de formación de inventario de un procedimiento de división de herencia, un heredero alegó la nulidad de actuaciones y solicitó su archivo porque el demandante no había solicitado acumuladamente la liquidación de la sociedad conyugal del causante, lo que, además, según su criterio era imposible resolver en el mismo procedimiento por una serie de cuestiones procesales. El Juzgado desestimó esta solicitud al considerar conveniente el tratamiento unitario de la liquidación de gananciales y de la partición de herencia dada la conexión jurídica que poseen. La Audiencia Provincial confirmó este pronunciamiento. El mismo heredero formuló recurso por infracción procesal al considerar que no cabía acumular en un mismo procedimiento la liquidación del régimen económico matrimonial del causante y la división judicial de su herencia; así como recurso de casación. El Tribunal Supremo no dio lugar a ambos recursos.

NOTA.—La falta de liquidación de la sociedad de gananciales no conllevará en todo caso la nulidad de la partición hereditaria. No la producirá en los supuestos de las SSTS 570/2003, de 11 junio, y 524/2012, de 18 julio (citadas por la extractada), en los que, respectivamente el cónyuge superviviente renunció a sus derechos sobre la masa ganancial, y existía una única finca registral y se atribuyó a los dos hijos la mitad indivisa de los derechos gananciales que sobre la misma correspondían al causante. Tampoco se producirá la nulidad cuando coinciden los herederos y las disposiciones testamentarias de ambos cónyuges fallecidos, porque sería intrascendente que el bien se adjudicase al patrimonio de uno u otro de los causantes. (*F. S. N.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Roman en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal, y las notas al pie de página, bibliografía final, listado de jurisprudencia y los anexos de normas y jurisprudencia en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y páginas numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su correspondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía que no se numera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las referencias bibliográficas se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la *bibliografía final del trabajo*:

- Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- Capítulo de libro: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.
- Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las referencias bibliográficas en nota a pie de página, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En cuanto a abreviaturas: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad («artículo»); cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procederá realizarla de la siguiente manera: «CC»; cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE»; y cuando proceda abreviar la mención a la Ley de enjuiciamiento civil procederá realizarla de la siguiente manera: «LEC».

En 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>
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
InDret	<i>www.indret.com</i>
PDD	<i>Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros</i>
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RDA	<i>Revista Aranzadi de Derecho Ambiental</i>
RDBB	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
RDNT	<i>Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías</i>
RdPat	<i>Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial</i>
RDC	<i>Revista de Derecho Civil</i>
RDCP	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
RDCD	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RDS	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
RDU	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
REDE	<i>Revista Española de Derecho Europeo</i>
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
RJC	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RJNot	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
RJUAM	<i>Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid</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:

El Consejo de redacción puede rechazar el inicio del proceso de evaluación de trabajos que no sean acordes a la línea editorial de la revista o que presenten un tratamiento manifiestamente insuficiente del tema que analizan.

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

Catedrático 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.