

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVIII, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2025



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES



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
(Centro de Publicaciones)
C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado
C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVIII, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2025



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES



MADRID, 2025

<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.

In Memoriam

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: Gabriel García CANTERO (1927-2024). Adiós a un maestro	7
--	---

Estudios monográficos

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Fianza solidaria y novación»	13
RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: «La capacidad del fiador: cuando una persona con discapacidad quiere constituirse en fiadora»	67
ALBANESE, Giuseppe: «Principio espiritualista y seguridad jurídica: ¿Es necesario un replanteamiento de la <i>communis opinio</i> en materia de forma del contrato?»	137
DE VIVERO DE PORRAS, Carmen: «Reestructuración preventiva y desactivación de los instrumentos de protección del contratante <i>in bonis</i> »	197
ÁLVAREZ CORA, Enrique: «La tensión consensual y real en las relaciones contractuales (siglos XIV-XIX)»	237

Bibliografía

LIBROS

A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ.

BECH SERRAT, Josep Maria: «La cláusula resolutoria expresa en la comapraventa de inmuebles», por Andrea Salud Casanova Asencio	277
CRESPO MORA, M. ^a Carmen: «Responsabilidad civil por negligencia profesional», por Andrea Macía Morillo	282
VEGA GARCÍA, Paula: «La protección de los derechos morales de autor en Internet», por Carmen Pérez Dios	287

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Davinia CADENAS OSUNA	295
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, José María MARTÍN FABA, Nicolás MONTES SERRANO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLOS ZURILLA	327
--	-----

Gabriel García Cantero (1927-2024) Adiós a un maestro

El pasado día 24 de diciembre falleció, a los 97 años, Gabriel García Cantero, catedrático de Derecho civil en las Universidades de Santiago de Compostela, País Vasco (de cuya Facultad fue el primer Decano-Comisario), y, por fin, desde 1980, Zaragoza, de la que fue también, tras su jubilación –que fue para él más una situación administrativa, que una realidad vital–, profesor emérito y después honorario, hasta su fallecimiento. Investigador, autor, conferenciante, profesor, maestro (todo ello como parte de un oficio universitario al que no negó ningún esfuerzo, en ninguna de sus dimensiones, aún las menos gratas), pero también, por vocación, por oposición, y por años de dedicación, Juez, lo que le marcó con una visión del Derecho muy cercana a la práctica.

Permítaseme, antes de seguir, ofrecer algunas pinceladas sobre su vida. Nacido en San Sebastián, cursó la carrera de Derecho en la Universidad de Valladolid, finalizándola en 1949 con la calificación de sobresaliente. Cuatro años más tarde defendió su tesis doctoral, dirigida por D. Ignacio Serrano, en la Universidad Central de Madrid, para al año siguiente entrar en la Escuela Judicial, tras la correspondiente oposición. Durante más de 13 años ejerció como Juez de Primera Instancia e Instrucción en diversos juzgados, compatibilizando esta dedicación con su actividad investigadora, hasta que en 1967 obtuvo la cátedra de Derecho civil en la Universidad de Santiago de Compostela. A partir de entonces, y prácticamente hasta su fallecimiento, su dedicación fue a la Universidad.

Es muy difícil condensar una vida tan rica como la del profesor García Cantero (don Gabriel, para muchas generaciones de alumnos, y también de muchos profesores de la disciplina) en unas pocas páginas. Deja tras de sí, en lo académico, varios cientos de publicaciones de todo tipo: libros, artículos, capítulos de libro, actualización (modélica) de obras señeras de la civilística española (como no mencionar el *Derecho Civil español común y foral*, del maestro Castán Tobeñas), comentarios y notas jurispru-

denciales, recensiones y reseñas (algunas de ellas, por su extensión y contenido, mucho más que lo que su nombre parece indicar). Me gustaría subrayar que nunca desdeñó lo que podríamos llamar «publicaciones humildes», de esas que en la desnortada carrera académica actual probablemente no servirían ni para sexenios ni para acreditaciones, pero que sí son especialmente útiles para ayudar a conocer y entender decisiones del Tribunal Supremo, o para estar al día y valorar novedades bibliográficas españolas y extranjeras: se cuentan probablemente por centenares las publicadas, por ejemplo, en este *Anuario de Derecho civil* a lo largo de varias décadas.

Y, ¿sobre qué materias? Sintéticamente, en Derecho civil, todas: hay Derecho civil en general, hay Derecho de la Persona, hay Obligaciones y Contratos, hay Derechos Reales, hay Derecho de Familia (¡y mucho!) y Sucesiones, hay Derecho Agrario, hay Derecho del Consumo, hay Derecho Inmobiliario Registral, y hay incursiones en la sociología del Derecho, y hay mucho (muchísimo) Derecho comparado.

Pero, además, profesor y maestro: profesor de muchas promociones de alumnos que todavía recuerdan sus clases (me decía uno de ellos, hace pocos días, que conserva y sigue usando todavía sus apuntes como material de consulta) y también su preocupación por la docencia, y por los alumnos; y maestro de un gran número de civilistas que nos honramos en llamarle así, entre los que nos contamos, en la primera generación (es decir, discípulos directos), nueve catedráticos de Derecho civil.

Lo anterior, que comparte en cierta medida (aunque no en la intención de quien escribe estas líneas) la frialdad de los hechos empíricamente comprobables, dice mucho, pero a la vez muy poco, sobre su personalidad. No es fácil, y menos en este momento, intentar dar cuenta de ella en estas necesariamente breves páginas. Me voy a limitar a esbozar algunos rasgos de esa personalidad.

El primero era su juventud de espíritu, que se traducía en una enorme curiosidad intelectual, y en una gran capacidad de estar al día de las últimas reformas legales, de las más recientes publicaciones, en España y fuera de España, o de las nuevas y no tan nuevas corrientes de pensamiento jurídico. Se manifestaba también en su dedicación a lo que cabría llamar temas-frontera, muchos de los cuales se han consolidado más tarde como parcelas importantes del nuevo Derecho civil. Por citar algunos ejemplos, distintos entre sí, y en momentos diferentes: don Gabriel fue pionero entre nosotros en los estudios relativos al Derecho del Consumo, a partir de varios proyectos de investigación en los lejanos años 80 del siglo pasado,

que cristalizaron después en congresos, publicaciones, y también en vocaciones universitarias; en segundo lugar, ya en la década de los 90 y en el cambio de milenio, vale la pena recordar su participación activa en proyectos de armonización o integración del Derecho europeo de obligaciones y contratos, y más concretamente en el marco del grupo de Pavía (la *Accademia di Giusprivatisti Europei*) en cuyos trabajos participó con su habitual entusiasmo y dedicación durante años, a la vez que seguía con mucho interés (y un más que apreciable nivel de información) otras iniciativas existentes; o, por fin, ya en el nuevo siglo, sus trabajos sobre la influencia de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) en el Derecho civil español. Esta sensibilidad muestra algo que me parece que es clave en don Gabriel, que es su permanente curiosidad intelectual, que le mantuvo con una enviable juventud de espíritu hasta su fallecimiento. Pero esa juventud se manifestó también, por ejemplo, en su adaptación a las nuevas realidades informáticas, o en el aprendizaje del inglés, hasta llegar a leerlo con soltura, ya en plena madurez.

El segundo rasgo que me gustaría resaltar lo sintetizaría con una expresión clásica: «*non recuso laborem*» («no rechazo ningún trabajo»). Trabajador infatigable, riguroso intelectualmente, dispuesto siempre a afrontar nuevas iniciativas, nuevos estudios, nuevas normas, nuevas realidades... Nunca se dejó ganar por la comodidad, nunca rechazó ningún trabajo, por arduo y laborioso que pareciera. Trabajó mucho y, como buen maestro, enseñó a trabajar mucho: a esa curiosidad intelectual, y a esa inquietud por identificar y cultivar las fronteras del Derecho civil, se sumaba el afán por que quienes trabajábamos junto a él participáramos de sus iniciativas, de sus proyectos, de sus ideas, que tantas veces, con una llamativa (pero discreta) generosidad, permitía que hicieráramos nuestros. Y así, hasta fechas muy recientes: hace solo unos meses presidió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el relanzamiento de la Asociación Española de Derecho Comparado, que él mismo creó e impulsó en su primera etapa, en la última década del s. xx.

En tercer lugar, creo que debe ser mencionado su interés por el Derecho Comparado, que hizo de él uno de los civilistas españoles con mayor proyección internacional: participó con asiduidad en Congresos internacionales (muchas veces, siendo el único jurista español presente), y lo hizo de forma activa, como ponente, como comunicante, o como mero interviniente en los debates; muy pocas veces como mero observador: y he tenido ocasión de presenciar más de una vez la respetuosa atención con que en esos

foros internacionales se seguían sus intervenciones, en francés, español o italiano.

Por último, quiero mencionar la capacidad de aunar la firmeza en las propias convicciones, con un exquisito respeto a la libertad de los demás, y muy especialmente de sus discípulos: nunca impuso una opinión suya, aunque podía haber intentado hacerlo desde su *auctoritas* y su condición de maestro. Fue, especialmente en los últimos decenios (porque su vida académica hay que contarla por decenios), preocupado defensor del matrimonio, la familia y la persona, y especialmente de su derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural; pero hay que añadir que sus argumentos en este ámbito fueron siempre jurídicos, y no religiosos o ideológicos: también en esto fue maestro.

He hablado hasta ahora, sobre todo, del universitario, del catedrático de Derecho civil, pero dejo en el tintero muchas otras facetas de su vida. Junto a su curiosidad intelectual y junto a su impresionante capacidad de trabajo, podría mencionar su sentido del humor, a veces un punto infantil (haciéndose, así, como un niño...), su bonhomía sin bondadosidad, su preocupación real por quienes le rodeábamos, y especialmente por aquellos a quienes consideraba discípulos suyos, manifestada de muchas formas, pero siempre rodeada de discreción y respeto; también podría hablar de su implicación en la realidad social, económica, política, religiosa, deportiva en la que vivía (y no puedo sino recordar aquí, con un punto de nostalgia, las habituales conversaciones a las puertas de nuestros despachos colindantes, sobre lo divino y lo humano, que me hacían evocar muchas veces aquella conocida definición, *divinarum atque humanarum rerum notitia*, inseparable siempre en su conversación de la consideración sobre lo justo y los injusto, *iusti atque iniusti scientia*).

Pero este retrato quedaría incompleto (en realidad, irreconocible) si no mencionara otras dos facetas (en realidad, mucho más que meras facetas) de su vida: su profunda fe católica, que iluminaba toda su actuación y se transparentaba en muchos pequeños detalles del día a día, y su familia (su esposa doña Carmen, sus tres hijos, y últimamente sus nietos), siempre presente en su vida y en su dedicación. En los dos casos, con una discreción que no lograba ocultar que sobre esos pilares reposaba casi todo lo demás.

Nos ha dicho adiós a los 97 años, y va a ser difícil llenar el hueco que deja, pensar que ya no va a haber nuevas conversaciones a la puerta de nuestros despachos, o que no va a entrar en cualquier momento con nuevas ideas, nuevas propuestas, nuevas iniciativas... He recordado ya en varias ocasiones lo que me decía un

colega sevillano, cuando le di la triste noticia: si el fallecimiento de una persona joven es como un naufragio, cuando fallece una persona con una vida tan larga y rica como la de don Gabriel, estamos ante un barco que ha llegado a puerto: en este caso, al mejor puerto al que se puede llegar.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Fianza solidaria y novación

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar una cuestión no suficientemente estudiada por la doctrina española como es la de la posible extinción sobrevenida de la fianza solidaria previamente otorgada cuando se produce una novación de la deuda principal, tanto si fue por una novación extintiva como por una modificativa, o bien por un cambio de la persona del deudor principal o del acreedor, así como por una novación de las previstas legalmente.

PALABRAS CLAVE

Fianza; Novación; Solidaridad; Aval.

Joint surety and novation

ABSTRACT

The present work aims to analyze an issue not sufficiently studied by Spanish doctrine, such as the possible sudden extinction of the previously joint surety when a novation of the principal debt occurs, whether it was due to an extintive or modifying novation, or due to a change in the person of the main debtor or creditor, as well as due to a novation of those provided by law.

KEYWORDS

Surety; Novation; Solidarity; Guarantee.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Normativa vigente y principios básicos aplicables a la fianza solidaria según la doctrina, y su relevancia para*

los casos de novación. La norma del art. 1851 CC sobre extinción de la fianza por prórroga de la deuda principal, como referente de novación en la fianza.-3. La doctrina y la jurisprudencia sobre la fianza solidaria y su régimen jurídico.-4. Planteamiento del tema y posibles fundamentos sobre la pervivencia o extinción del aval como consecuencia de una novación de la obligación principal. El recurso a las normas generales de la fianza. El recurso a la normativa específica de remisión a las reglas de la solidaridad: 4.1. El recurso a las normas generales de la fianza para resolver la duda sobre el efecto extintivo o no de la novación. 4.2. El recurso a las reglas generales de la solidaridad (arts. 1138 ss. CC) para resolver la duda sobre el efecto extintivo o no de la novación.-5. Análisis de casos posibles: 5.1. Novación extintiva y modificativa. 5.2. Novación subjetiva por cambio de deudor. 5.3. Novación objetiva. 5.4. Novación por cambio de acreedor. 5.5. Algunos casos de novación legal (sin consentimiento del acreedor).-6. Conclusiones.-Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista metodológico, siempre hemos defendido que la mejor forma de contrastar la certeza de unos determinados planteamientos dogmáticos es pasándolos por el filtro de uno o varios casos de la vida real. Es más, es conveniente hacerlo intentando ocupar la posición de una de las partes, atender a los argumentos esgrimidos por la parte contraria y contrastarlo finalmente con la resolución judicial dictada.

Es por ello que este trabajo va a partir de un supuesto real en el que hemos intervenido aconsejando a una de las partes afectadas, cuyos hechos pasamos a resumir sin, lógicamente, identificar a las personas que se han visto involucrados en ellos, que denominaremos de forma abstracta:

CASO: A y B son pareja de hecho y en mayo del año 2020 conciernen con C (propietaria arrendadora) un contrato de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU durante un año prorrogable por cuatro más; el contrato es suscrito también por D, el padre de A, en concepto de avalista (fiador solidario). Pasado el primer año, esto es, en junio de 2021, la pareja, que tiene ya un hijo de varios meses, rompe abruptamente. El varón A comunica mediante dos burofaxes de julio y agosto de 2021 a la arrendadora C y a la coarrendataria B su intención de dar por resuelto el contrato por lo que respecta a él mismo, así como la extinción subsiguiente del aval otorgado por su padre D. De hecho, este último también se dirige mediante burofax a la arrendadora para manifestar la extinción del aval. Tanto la

arrendadora C como la coarrendataria B se oponen abiertamente a esa extinción del arrendamiento de la persona de A y del aval respecto del avalista D. Ello obliga tanto a A como a su padre D a iniciar un procedimiento ordinario contra B y contra C con la finalidad de que el juzgado declare tanto la resolución y extinción del arrendamiento respecto del coarrendatario A como la subsiguiente extinción del aval contraído por D¹.

Como puede deducirse, la disputa que se planteó, tras el allanamiento de la demandada al dar por resuelto el contrato respecto del coarrendatario A, se centró en si la continuación durante dos años más del arrendamiento con la otra coarrendataria B afectaba o no al aval o fianza solidaria, en el sentido de si los hechos acontecidos (allanamiento de la parte arrendadora en cuanto a dar por extinguido el arrendamiento respecto de A, con interposición posterior de demanda de desahucio respecto de B solamente) permiten concluir que el aval otorgado por el padre de A ha quedado igualmente extinguido o bien —como en el caso sostuvo la arrendadora— dicho aval persiste en su vigencia respecto del otro arrendatario (B), garantizando el pago de todas las rentas que se han podido devengar por parte de este en esos dos años transcurridos y en años sucesivos. La solución que finalmente se dio por el juzgado de primera instancia fue estimar de forma íntegra la demanda del avalista, y declarar extinguido el aval o fianza solidaria como consecuencia de la novación (con condena en costas a las dos codemandadas), aplicando al efecto el mandato del artículo 1143 CC, en su conexión con el artículo 1822.II CC, sin restricciones.

Lo que en suma nos planteamos es si, al tratarse de una fianza solidaria, acontecimientos como el cambio en los sujetos de una relación arrendaticia, ya sea consentidos de forma expresa o tácita

¹ Como hechos adicionales, señalaremos los siguientes: la coarrendataria B decide seguir ocupando la vivienda, y continúa en ella durante dos años más, sin pagar ni un solo euro de renta, hasta que la arrendadora C inicia un segundo juicio, un juicio verbal para dar por extinguido el arrendamiento y procederse al desahucio. En ese juicio de desahucio la arrendadora propietaria solo demanda a la arrendataria B, y no incluye a A. En la contestación a la demanda del primero de los juicios (el juicio ordinario ya iniciado por A y D), la arrendadora C, sin interponer demanda reconvenicional y contestando solo a la demanda, manifiesta finalmente que sí da por resuelto y extinguido el arrendamiento respecto de A, con fecha agosto del año 2021, por lo que se allana a la demanda en este punto, pero mantiene que el aval sigue vigente y que en su momento deberá hacer frente a las rentas que se hubieran generado por la otra arrendataria B. Otros datos relevantes son que las rentas devengadas hasta agosto de 2021 (inclusive) fueron abonadas por el arrendatario A, dejando desde entonces de pagarlas la única ocupante (B), quien además resulta ser durante todo este tiempo insolvente, dado que no ha desempeñado ningún trabajo y se ha ocupado de su hijo de corta edad. Por último, en el procedimiento de desahucio, la única demandada B se defiende básicamente alegando su condición de sujeto vulnerable a efectos del posible desahucio. No se planteó en el juicio ordinario ninguna cuestión de acumulación de procesos ni de litispendencia ni de prejudicialidad civil, aunque la arrendadora demandada sí que aportó con su contestación el decreto del juzgado donde se tramitaba el desahucio solo contra la arrendataria B.

por la parte arrendadora, ya sea producidos por efecto de un mandato legal (como sería el de los artículos 12 y 15 de LAU, o incluso el artículo 11 LAU, en su aplicación a un caso como el presente de desistimiento de uno de los arrendatarios habiendo dos o más de ellos), determinan o no la extinción subsiguiente de la fianza solidaria por consecuencia de ese cambio de sujetos. Como es obvio, esta cuestión puede extenderse a cualesquiera otros supuestos de la vida real en los que se haya producido una modificación o alteración de la relación obligatoria principal, tanto si fue subjetiva, mediante cambio de los sujetos deudores o incluso acreedores, como si fue una modificación o novación de carácter objetivo en cuanto a las condiciones de la deuda principal.

2. NORMATIVA VIGENTE Y PRINCIPIOS BÁSICOS APLICABLES A LA FIANZA SOLIDARIA SEGÚN LA DOCTRINA Y SU RELEVANCIA PARA LOS CASOS DE NOVACIÓN. LA NORMA DEL ARTÍCULO 1851 CC SOBRE EXTINCIÓN DE LA FIANZA POR PRÓRROGA DE LA DEUDA PRINCIPAL COMO REFERENTE DE NOVACIÓN EN LA FIANZA.

Como es sabido, la regulación legal de la fianza solidaria, explícita en nuestro Código Civil, ha dado lugar a muchas dudas.

El artículo 1822.II CC remite de modo genérico, para delimitar el régimen jurídico propio de la fianza solidaria, a las normas de las obligaciones solidarias (arts. 1137 y ss. CC) y, en cuanto al asunto que aquí nos concierne, al artículo 1143 CC, que literalmente dispone: «Art.1143. La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguén la obligación sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1146 CC».

Según la simple lectura de las dos normas citadas, al haberse producido una novación contractual, sea del tipo que sea, la garantía personal del fiador solidario (o de los fiadores solidarios, si eran varios) se extinguiría de forma automática.

La norma no distingue entre los tipos posibles de novación, por lo que en principio tendrían cabida, siempre y en todo caso, tanto la novación extintiva como la novación modificativa aplicando la máxima de que «donde la ley no distingue, no debemos nosotros distinguir». Del mismo modo, y por los mismos motivos, se aplicaría también en principio tanto si la novación fue de carácter objetivo como si fue de carácter subjetivo, esto es, con alteración de la

persona o del número de los sujetos que intervinieron como deudores principales, e incluso podría aplicarse a las novaciones subjetivas por cambio de acreedor.

Por último, también por las mismas razones, debería extenderse y aplicarse la norma tanto a las novaciones convencionales, que serían la gran mayoría dada la necesidad de consentimiento del acreedor para el cambio en la obligación (art. 1205 CC), como también a las novaciones de origen legal producidas como consecuencia de la aplicación de mandatos legales concretos en los que no se exige la intervención ni el consentimiento del acreedor.

En este último grupo (novaciones de origen legal), cabría incluir toda una serie de supuestos. Así, en el específico campo de los arrendamientos, habría que, en teoría, incluir también los supuestos antes citados de los artículos 12 y 15 de la LAU. Estos preceptos legales prevén específicamente cambios en la persona del arrendatario (deudor) sin que se exija el consentimiento del acreedor, dado que proceden por imposición legal como medida protectora del arrendatario y su familia (cónyuge o pareja de hecho). En estas situaciones, si aplicamos de forma literal el mandato del artículo 1143 en conexión con el artículo 1822.II CC, la producción de una alteración subjetiva del contrato de arrendamiento, por imposición legal, debería también conllevar, en principio, la extinción del aval o fianza solidaria.

Es más, en la hipótesis especial del artículo 11 de la LAU, donde se prevé la extinción del contrato de arrendamiento urbano por desistimiento del arrendatario pasados los primeros seis meses de vigencia del mismo, la jurisprudencia de las audiencias provinciales ha tenido ocasión de estudiar el caso en que se trate de dos o más arrendatarios y solo uno de ellos quiera desistir, pero el otro u otros no, como sucede en el supuesto expuesto al inicio. En esas situaciones, esa jurisprudencia ha llegado a la conclusión más o menos aceptada de que es perfectamente viable que se deshaga el vínculo arrendatario respecto del primero y se mantenga el contrato con el otro u otros. El caso se ha calificado de manera habitual por las distintas sentencias como de «novación», sin concretarse si se trataba de una novación extintiva o modificativa². Por lo tanto, también estaríamos aquí ante un nuevo supuesto novatorio del arrendamiento en el cual no necesariamente ha sido preciso el consentimiento del arrendador al proceder de una facultad legal y al responder la salida de uno de los arrendatarios a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva del arrendatario que desea desistir, quien no tiene por qué estar supeditado para ello al con-

² Al respecto, puede verse el reciente trabajo de MARTÍN FUSTER, A.C., 2023.

sentimiento o aprobación del otro u otros arrendatarios. También en estas hipótesis debe plantearse y resolverse qué sucede con el aval o fianza otorgado en garantía del pago de las rentas y demás deudas nacidas del arrendamiento, y si en esos casos debe extinguirse también la garantía en aplicación del mandato del antes citado artículo 1143 CC.

Fuera del ámbito de los arrendamientos, también se podría pensar en los supuestos de novación o cambio de la persona del acreedor, tales como el regulado en el artículo 1211 CC sobre cambio del acreedor mediante subrogación acordada entre deudor y nuevo acreedor sin necesidad de intervención del acreedor primitivo, o ya en los casos específicos de subrogación de otra entidad financiera en préstamo hipotecario preexistente en la aplicación de las normas de la ya antigua y todavía vigente Ley de 30 de marzo de 1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Dentro de este examen de la normativa legal aplicable a las fianzas solidarias y las novaciones producidas en la relación obligatoria principal garantizada no se puede perder de vista lo dispuesto en el artículo 1851 CC sobre modificación objetiva del contrato por concesión de un plazo de prórroga al deudor por parte del acreedor mediante acto expreso o tácito de este autorizando esa prórroga del plazo de cumplimiento. Es posible que se trate de la única norma en materia de fianza que aborda específicamente un supuesto de novación (en este caso, objetiva) de la obligación principal. Constituye una norma muy significativa de la que se deduce lo que sería un criterio legal bastante estricto a la hora de configurar la relación entre fiador y acreedor. De acuerdo con ese criterio, cualquier cambio, incluso uno tan simple y en principio «inocuo» como la concesión al deudor principal de una prórroga para el pago, parece implicar para el legislador del Código Civil la extinción de la relación de fianza³.

³ No obstante, se pueden citar otros dos preceptos legales, dentro de las normas sobre fianza, que de una u otra forma tratan de casos de posibles novaciones.

El primero es el artículo 1835.II CC, referido a la transacción celebrada entre acreedor y deudor principal, que recoge en cierto modo un supuesto de modificación de la deuda primitiva (en cuanto que toda transacción implica o puede implicar una alteración de las prestaciones originarias y su sustitución por otras nuevas, consistentes o no, en las mismas originarias objeto de disputa, lo que se desconoce al no haber una resolución judicial que lo establezca) y dispone un criterio concreto: la inoponibilidad de dicha transacción al fiador.

El segundo, quizás más claro, es el artículo 1849 CC, que se refiere a una dación en pago hecha por el deudor principal con consentimiento del acreedor y que conlleva, según la norma, la liberación (por tanto, la extinción) del fiador. No está claro si esa liberación se refiere solo a los casos de posterior evicción de la cosa o cosas entregadas en pago o si se trata de una norma de alcance más general en el sentido de determinar la extinción genérica de toda fianza cuando la prestación primitiva es sustituida (y cumplida) por otra distinta (esta última es la opinión de CARRASCO, 1992, pp. 61-62). De ser esto último, tendremos

La razón o fundamento de dicha norma no está clara, aunque puede residir, de forma primaria, en la necesidad de proteger la posición de todo fiador, sea normal o solidario, por encima de los intereses de los demás sujetos implicados. Además, para proteger al fiador, el legislador también toma en consideración el hecho de que el mismo no ha dado su consentimiento al cambio de la obligación, de lo que se presume en buena medida que con la simple prórroga se produce un empeoramiento automático de su situación, que no ha sido querido, al modificarse la obligación más allá de lo previsto en su origen, lo que abocaría a su extinción.

En este sentido, podríamos pensar que una prórroga del plazo, sea para cumplir o sea prórroga del plazo de la relación misma, puede con frecuencia generar (salvo pacto de exclusión expresa) un aumento de la deuda que debe cubrir el deudor (y, por tanto, el fiador, en su caso), en cuanto se pueden generar intereses moratorios (o remuneratorios) de la deuda, o bien un derecho a una indemnización por la demora que van a afectar cuantitativamente al fiador y que justificarían la necesidad de su consentimiento o, a falta del mismo, la extinción de la relación fideiusoria. También, desde una perspectiva cualitativa, una prórroga pactada entre acreedor y deudor de manera expresa o tácita repercute negativamente en el fiador, ya que le da a entender que el deudor principal puede encontrarse en dificultades para cumplir, razón por la que también podría ser razonable que se proteja la posición del fiador.

Sin embargo, yendo un poco más lejos habría que preguntarse con detenimiento qué significa para un fiador o garante personal una prórroga del plazo para cumplir. Quizá ahí este la verdadera clave del sentido de esta norma.

En este respecto, no se puede perder de vista que la función de todo fiador, sea normal o solidario, es asegurar el cumplimiento de aquello a que se había obligado el deudor principal en caso de incumplimiento de este. Es decir, según la opinión mayoritaria de la doctrina, para que responda el fiador es preciso el previo incumplimiento del deudor de su obligación⁴. Pues bien, en el caso de

una base importante adicional para defender para todo tipo de fianza, incluida la solidaria, el efecto extintivo en casos de novación de la deuda principal. No sería una base definitiva, ya que la dación en pago no es técnicamente una «novación» de la deuda originaria, sino una forma de cumplimiento de la obligación distinta de la pactada en origen. No obstante, marca una cierta orientación favorable.

⁴ GUILARTE ZAPATERO, 1979, pp. 17-19. *Vid.* también CARRASCO PERERA, 2001, p. 2049; ALVENTOSA DEL RÍO, 1988, p. 84-85; COLÁS ESCANDÓN, 2020, p. 5145, e INFANTE RUIZ, 2021, p. 84-85 con independencia de la disputa acerca de lo que sea la subsidiariedad en la fianza y si esta es una característica esencial o no de toda fianza, incluida la solidaria.

A la postre, la disputa doctrinal se centra en si es preciso el incumplimiento del deudor para poder ser exigido el fiador o si basta con que sea «exigible» la deuda principal. En

que el acreedor conceda una prórroga, tanto si es para cumplir de forma material como si es un cambio formal en la relación⁵, queda afectado directamente este presupuesto básico para la responsabilidad del fiador, a saber, el de que el deudor principal haya incumplido. Si hay una prórroga es evidente entonces que, si ha llegado el plazo primitivo de cumplimiento, todavía no se habrá producido el incumplimiento del deudor por haberse prorrogado. En consecuencia, transcurrido el plazo originario, que es el único que debe tener en cuenta el fiador para responder, se debe considerar extinguido su deber, ya que el deudor nunca habrá incumplido su obligación dentro de ese plazo; si incumple después, es decir, ya transcurrido el nuevo plazo de la prórroga, solo responderá él, y no el fiador, ya que (siempre salvo pacto expreso en contrario) a este no puede alcanzar el acuerdo o la concesión unilateral de nuevo plazo para cumplir.

Esto no es una consecuencia del carácter accesorio ni subsidiario de la fianza, sino que procede de la exigencia general implícita de que el fiador tiene deber de responder cuando se ha incumplido por parte del deudor. Por tanto, con una prórroga nunca habrá habido incumplimiento del deudor dentro del plazo de tiempo originario, que es el único cubierto por el fiador, por lo que la fianza debe considerarse extinguida o no efectiva en el periodo posterior⁶. Esto es así con independencia de los plazos prescriptivos, que no son relevantes a estos efectos, y del tipo de prórroga concedida, y al margen del momento en que se producirá ese incumplimiento, el cual, por su propia esencia, siempre será posterior al último día del plazo originariamente previsto.

En realidad, el mandato del artículo 1851 CC tiene un alcance mayor en cuanto denota que, para el legislador, el fiador se puede desvincular de su deber de responder siempre que, por cualquier

realidad, siendo ya exigible la deuda por haber llegado el momento y las condiciones al efecto, es patente que no hay una diferenciación con el incumplimiento, salvo que se exija una formal constitución en mora del deudor, lo que no parece preciso para que haya técnicamente «incumplimiento».

⁵ En esta dirección, y con otros argumentos adicionales, FÍNEZ RATÓN, J. M., *RJN*, 1993, p. 82 y ss., considera aplicable el artículo 1851 CC de forma amplia y a supuestos tanto para los casos de prórroga para el cumplimiento material como a prórroga que suponga una modificación de la obligación misma.

⁶ En contra de lo sostenido acerca de la necesidad de que haya previo incumplimiento en toda fianza, incluida la solidaria, se expresa en otro lugar CARRASCO PERERA, 1992, p. 77, para quien, a diferencia de la fianza normal donde debe haber incumplimiento previo, en la solidaria considera que el deudor no tiene por qué haber «incumplido», de modo que el acreedor puede dirigirse y exigir el pago al fiador solidario sin necesidad de requerimiento previo ni de constitución en mora del deudor principal. A nuestro juicio, como ya se ha señalado, ese incumplimiento es igualmente necesario para la exigencia al fiador solidario y se producirá cuando llegue el momento de vencimiento pactado sin necesidad ni de requerimiento ni de formal constitución en mora.

circunstancia ajena a su propia voluntad o consentimiento⁷, se haya producido una alteración de las condiciones para que se produzca el incumplimiento del deudor principal en comparación con las previsiones originarias que dieron lugar al nacimiento de la fianza, entendido ese incumplimiento como el presupuesto básico y general para la responsabilidad de todo fiador⁸. Sobre ello se vuelve más adelante.

Conviene preguntarse si este mandato legal del artículo 1851 CC se aplica también a las fianzas solidarias o si existe alguna razón para tratar a estas de forma más estricta que a las fianzas normales.

Aunque, en principio, podría pensarse que sí habría tal razón dada la idea de responsabilidad solidaria que preside este tipo de fianza, a nuestro juicio la duda debe resolverse justamente en sentido contrario.

No solo las razones antes expuestas para la fianza general son trasladables a la fianza solidaria, sino que lo son *a fortiori*. Esto es, dada la mayor implicación en la deuda principal del fiador solidario al no aplicársele el beneficio de excusión, el legislador debe otorgarle un mayor trato de favor, de modo que cualquier prórroga acordada entre acreedor y deudor (o deudores) o concedida unilateralmente por el acreedor y asumida por el deudor que no haya sido consentida por el fiador solidario debe traer consigo como principio básico la extinción del aval por producirse un empeoramiento cuantitativo o cualitativo en la posición deudora⁹. Pero además por lo dicho antes: una prórroga supone una alteración muy relevante en las condiciones del incumplimiento (del deudor) exi-

⁷ La jurisprudencia del TS manifestada por la Sentencia de 30 de diciembre de 1997 rechaza la extinción por prórroga de un aval solidario cuando el propio avalista ha dado su consentimiento, incluso genérico, a la misma o ha intervenido en las gestiones para su concesión. En el caso, se trataba de una concreción del deber de pago de la suma adeudada mediante el libramiento, ulterior en el tiempo, de una letra de cambio.

⁸ Esta norma plantea una serie de problemas difíciles de resolver y que no es posible tratarlos en esta sede. Sin embargo, debe quedar constancia de que el legislador no distingue ni especifica las posibles situaciones susceptibles de presentarse, de modo que, en teoría, la extinción de la garantía se produce incluso aunque no se haya hecho uso de la prórroga o aunque se trate de una prórroga del plazo para cumplir y no de una prórroga del término mismo de la relación obligatoria. *Vid.* al respecto DIEZ-PICAZO, L., 1993, pp. 456-457, quien solo admite este último supuesto.

⁹ En esta misma dirección, con algún otro argumento de orden histórico y lógico, FÍNEZ RATÓN, *RJN*, 1993, p. 101 y ss., considera que, a la postre, las fianzas solidarias no pierden su condición de garantías subsidiarias, por lo que se les aplicaría el artículo 1851 CC.

En contra parece manifestarse CARRASCO, 1992, p. 63, quien, tras señalar que el artículo 1851 CC le parece extraño a los principios de nuestro sistema de fianza y entiende que debe ser de aplicación restrictiva, considera inaplicable la causa extintiva a la solidaridad de deudores (no lo dice explícitamente respecto de la fianza solidaria). En cambio, sí lo considera aplicable en casos de garantías no accesorias por afectar a la validez misma de la obligación secundaria.

gidas para que surja la responsabilidad subsiguiente del fiador solidario, quien dio su consentimiento a una determinada base (condiciones temporales, además de físicas, personales, etc.), que con la prórroga se ve alterada sustancialmente y da lugar a la exclusión y extinción de la fianza.

Ello debe ser así incluso aunque la prórroga no suponga un agravamiento real de la posición del fiador y, por tanto, incluso si no es utilizado el plazo por el deudor (quien podría pagar antes de iniciarse la prórroga) o si se trata de una mera concesión de plazo adicional para cumplir. Dicho de otro modo, para el legislador, cuando se concierta una fianza solidaria, cualquier modificación del contenido (ahora temporal) de la prestación del deudor hecha de forma consensuada entre acreedor y deudor o por concesión unilateral del acreedor, pero sin intervención ni consentimiento del fiador, implica de hecho una «novación» a los efectos del artículo 1143 CC, esto es, una novación con efectos extintivos (de la fianza), aunque técnicamente pudiera ser calificable como una «novación modificativa» de conformidad con los artículos 1203 y ss. CC y con la doctrina y jurisprudencia que los desarrollan¹⁰.

En última instancia, podría pensarse que subyace también a este asunto, de forma latente, una consideración de alcance general: la de que cuando se produce una modificación de la base del negocio principal, sea cual sea, se está a la vez alterando la propia base del acuerdo específico de fianza, y ello debe determinar inexorablemente una causa de extinción de la relación fideiusoria, en especial cuando se trata de fianza solidaria. Sería una aplicación protectora de las reglas generales sobre alteración de la base del negocio en favor de los garantes personales. El artículo 1851 CC demuestra, al margen de su mayor o menor alcance, que el legislador del Código Civil consideró —y sigue considerando— que este tipo de vínculos de garantía personal son muy sensibles a las alteraciones no consentidas por el propio garante, como sería la simple prórroga del plazo de cumplimiento, sin necesidad de exigir la demostración de que ha habido una alteración extraordinaria e imprevisible de circunstancias, en aplicación de la doctrina clásica de la cláusula *rebus sic stantibus*¹¹.

¹⁰ En realidad, lo que seguramente hace la norma no es propiamente disponer una causa de extinción (automática), como si se tratase de una norma imperativa insoslayable, sino conceder al fiador solidario una posible excepción oponible al acreedor cuando sea objeto de reclamación extrajudicial o judicial por parte de este último, pudiendo sin embargo el primero aceptar la prórroga y pagar, aun cuando se le reclame después del plazo originalmente pactado.

¹¹ De manera singular, la Sentencia del TS de 7 de marzo de 1992 recoge un caso en el que se produjo una novación de la deuda principal suscrita entre acreedor y deudor con previsión de un acortamiento (y no de alargamiento o prórroga) del plazo de cumplimiento

Por lo tanto, en realidad, esta causa de extinción, derivada de una alteración no consentida de las circunstancias de base de la fianza, subyace, si no a todos, sí a buena parte de los supuestos de extinción del aval por razón de novación, como ahora se expone. No obstante, su confirmación exigirá un análisis más singularizado de los posibles casos.

Por último, dentro de este análisis de las normas legales que tratan de situaciones de novación de la deuda principal y su repercusión en las fianzas, sean o no solidarias, procede traer a colación lo dispuesto en los artículos 1207 y 1212 del Código Civil.

El primero de ellos se refiere a las novaciones extintivas y dispone la extinción general de las obligaciones accesorias, entre las que se halla la fianza. Sin embargo, no cabe deducir de esa norma el que, al tratarse ahora de una novación modificativa, implique *sensu contrario* la subsistencia y mantenimiento de la fianza o garantía personal en cuanto obligación «accesoria». No parece que sea ese el sentido de fondo de la norma. A ello se une la consideración doctrinal y jurisprudencial de que los «terceros» a los que allí se alude son básicamente fiadores o avalistas, con lo que la norma conecta la eficacia de la novación con la presencia (o no) de un consentimiento de los garantes de la deuda principal.

En cambio, el artículo 1212 CC sí que puede ser una norma que regule las repercusiones de la novación en las garantías accesorias como la fianza o en las garantías reales en aquellos casos en que haya habido una subrogación de tercero en la posición del acreedor primitivo, en suma, en los casos de cambio de la persona del acreedor. Dicho precepto legal regula de manera expresa estos supuestos y concluye que el cambio de acreedor por subrogación (convencional o legal) no afecta a las obligaciones accesorias como la fianza, la cual persiste y no se extingue, presumiendo en buena medida que no se perjudica ni se agrava la posición del fiador.

Ciertamente, la norma citada se refiere a la fianza normal, pero no regula de forma explícita la posición del fiador en la fianza solidaria, por lo que existe un cierto conflicto de normas en cuanto —tratándose siempre y solo de las novaciones por cambio de acreedor mediante subrogación— se produce una contradicción entre este artículo 1212 CC y la remisión expresa que el artículo 1822.^{II} efectúa de modo genérico al artículo 1143 CC, que conduciría a la extinción general de la fianza solidaria por novación. Al respecto, el principio de especialidad acaso podría llevar a priorizar y ante-

y de la vigencia de la garantía solidaria, lo que llevó al tribunal a denegar la extinción del aval. En este supuesto, nos hallamos técnicamente fuera del ámbito estricto de aplicación del artículo 1851 CC.

poner la aplicación del artículo 1143 CC a las fianzas solidarias respecto del artículo 1212 CC, que es norma más general que la primera. Sobre ello volvemos más abajo.

3. LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA FIANZA SOLIDARIA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO.

Es evidente que no existen en doctrina ni en jurisprudencia opiniones o criterios bien asentados que traten el asunto específico de las conexiones entre fianza solidaria y novación y, por tanto, acerca de si, a pesar de la incuestionable remisión global del artículo 1822.II CC a las reglas generales de las obligaciones solidarias, hay algún motivo para considerar inaplicable total o parcialmente a las fianzas solidarias el mandato del antes citado artículo 1143 CC en el supuesto concreto aquí examinado de una novación sobrevenida de la deuda principal, de modo que se pueda defender con algún fundamento que el aval persiste a pesar de haberse producido esa novación (subjetiva, en el supuesto de partida, o bien objetiva).

La doctrina estudiosa de la fianza solidaria apenas se ha ocupado de este concreto asunto, al menos con el debido detenimiento. No obstante, cabe citar algunas opiniones que han tratado de una forma genérica sobre el alcance de la remisión a los artículos 1138 y ss. CC en casos de fianza solidaria¹².

De este modo, es usual en la doctrina defender que esa conexión entre el artículo 1822.II CC y las normas de la solidaridad de deudores no puede hacerse de manera global, sino que se refiere fundamentalmente a las relaciones externas de la solidaridad y, dentro de ellas, se remite a los artículos 1137.II y 1144 CC, mientras que en todo lo demás se mantiene la aplicación del régimen general de la fianza normal a esa relaciones externas, salvo en lo referente al beneficio de excusión, que queda lógicamente excluido en este tipo de fianza¹³.

Sin embargo, no hay una posición doctrinal clara ni a favor ni en contra de trasladar a la fianza solidaria el contenido del artículo 1143 CC. En teoría, a la vista de las anteriores posiciones doctrina-

¹² Las distintas opiniones sobre las conexiones entre fianza solidaria y solidaridad de deudores y la remisión a los artículos 1138 y ss. CC del art. 1822.II CC se pueden ver en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., 1985, p. 98 y ss.

¹³ *Vid.*, entre otros, GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 29-30 o en GUILARTE, 1991, pp. 1784-1785. También, REYES LOPEZ, 2023, p. 8042.; COLÁS ESCANDÓN, A. M., 2007, pp. 73 y ss.; INFANTE RUIZ, F. J., 2021, pp. 84-85, y TAMAYO CARMONA, 2016, pp. 203-205. Por su parte, CARRASCO PERERA, 2001, p. 2049, defiende que las normas de la fianza en la fianza solidaria se aplican íntegramente tanto en las relaciones internas como en las externas frente al acreedor, salvo respecto del beneficio de excusión.

les, cabrían dos alternativas. La primera: si recurrimos de forma genérica a las reglas de la solidaridad en las relaciones externas, entonces habría que sostener que sí que es directa y plenamente aplicable el artículo 1143 CC a las fianzas solidarias en cuanto sería un precepto típicamente relativo a las relaciones externas entre acreedor y fiador. La segunda: si solo se acoge de forma parcial la normativa de la solidaridad y únicamente se aplican los artículos 1137.II y 1144 CC dejando fuera, entre otros, al artículo 1143 CC, como hace una parte de la doctrina, entonces habría que recurrir a las reglas generales de la fianza. Sucede, sin embargo, que en estas últimas reglas no existe, como sabemos, un tratamiento explícito de los casos de novación subjetiva de la obligación principal, y sí tan solo un supuesto puntual de novación objetiva, como sería la concesión de prórroga del artículo 1851 CC, que conduce a la extinción plena de la fianza.

En consecuencia, el problema planteado en este trabajo queda sin resolver de manera definitiva, lo que nos obliga a realizar unos planteamientos distintos a los de buena parte de la doctrina.

En lo que concierne a la jurisprudencia, no se puede decir que exista un cuerpo de doctrina jurisprudencial coherente y claro acerca de la cuestión analizada.

De manera excepcional, se puede traer a colación la Sentencia del TS de 15 de julio de 2008 (Sentencia núm. 684/2008 de 15 de julio. RJ 2008\4377. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán), en un caso en el que, habiéndose afianzado solidariamente por una Caja de Ahorros a una promotora por deudas derivadas de una parcela de una Junta de Compensación urbanística, la promotora cede la propiedad de la parcela y se plantea la posible continuidad del aval respecto del nuevo titular de la misma; en suma, se trata de un posible supuesto de cesión de propiedad y a la vez de subrogación del nuevo propietario en todos los derechos principales y anejos, incluido el aval solidario. En la sentencia dictada se confirma la tesis de la audiencia provincial, que había denegado la subsistencia del aval solidario por un cambio de acreedor al sostener que se trataría de un vínculo de carácter personal que no permite su transferencia al nuevo titular de la parcela sin consentimiento de la avalista¹⁴.

¹⁴ En concreto, se afirma: «...Se razona también por el tribunal de apelación que el aval prestado por la Caja de Ahorros demandada respondía de la edificabilidad asignada a la parcela núm. 20 propiedad de su avalada; que el presidente de la Junta de Compensación declaró ante esta, el 5 de marzo de 1998, haber adquirido dicha parcela para su propia promotora en 21 de mayo de 1997; que resultaba incuestionable que la Caja de Ahorros demandada había avalado a la transmitente, no a la promotora adquirente; que en principio no se había dado una novación con cambio obligacional del deudor sino una subrogación real de naturaleza urbanística por la remisión del art. 38.2 de los estatutos de la Junta de

Resulta también interesante citar la Sentencia del TS de 19 de junio de 2008 (Sentencia núm. 558/2008 de 19 junio. RJ 2008\4258. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández), que examina un supuesto de cesión de crédito previamente garantizado por un aval solidario, crédito que al parecer se había extinguido con anterioridad entre acreedor y deudor principal como consecuencia de un acuerdo transaccional. La sentencia confirma la dictada por la audiencia provincial, que considera que el aval había quedado extinguido por haberse extinguido la deuda principal conforme al artículo 1847 CC. La sentencia presenta cierto interés por cuanto trata de nuevo un caso de cambio de la persona del acreedor y su repercusión en el aval solidario, en el sentido de darlo por extinguido, entre otros motivos (el asunto es bastante complejo), por haberse dado una novación subjetiva por sustitución del acreedor.

Por último, cabe traer a colación la doctrina jurisprudencial que considera que no se produce una novación cuando el crédito avalado es incluido en la masa de acreedores de la suspensión de pagos o el concurso de acreedores y, con posterioridad, se produce una quita en dicho crédito, lo que a juicio de la sala impide la extinción del aval en aplicación del artículo 1143 CC. Esta tesis nos parece correcta en general¹⁵ y está representada, entre otras, por la Sentencia del TS de 19 de diciembre de 1989¹⁶, 10 de abril de 1995

Compensación demandante al art. 88 de la Ley del Suelo de 1976; que así resultaba de las sentencias de la Sala 3.^a de este Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993 y 18 de enero de 1996; que si bien al cambiar la titularidad dominical de la parcela núm. 20 no se alteraban los compromisos contraídos frente a la Administración urbanística, entre ellos el de pagar la edificabilidad complementaria, sin embargo la fianza constituida por la Caja de Ahorros demandada a favor de la anterior propietaria de la parcela para responder de la edificabilidad complementaria del convenio Ayuntamiento-Junta, asignada en el proyecto de compensación a dicha parcela, dado su carácter personal no puede ser transferida a favor del nuevo titular de la parcela sin autorización de la entidad fiadora...».

¹⁵ En la mayoría de los casos jurisprudenciales, la quita de una parte de la deuda principal se produce mediante un acuerdo entre los acreedores, siendo normal que no haya intervenido el acreedor garantizado, por lo que no ha concurrido su consentimiento. Mucho más dudoso sería si dicho acreedor hubiese intervenido, en cuyo caso hablaríamos de un acuerdo transaccional que sí podría dar lugar a una alegación de extinción de la garantía por parte del fiador solidario.

¹⁶ Dice la sentencia lo siguiente: «[...] Por medio de la primera parte del motivo, en la que, como ya se ha dicho, denuncia como infringido, por inaplicación, el artículo 1143 del Código Civil, el recurrente viene a sostener que como la deudora principal, aceptante de las cambiales (entidad "Terpel, S. A."), de la que él es avalista, se halla en situación de suspensión de pagos, en cuyo expediente el demandante, aquí recurrido, señor P. M., figura incluido en la lista de acreedores de la suspensa por el crédito objeto de litis, ello supone, según dice, una novación de dicho crédito, que debe producir, conforme al precepto que invoca, la extinción de su obligación como deudor solidario (avalista de la deudora principal). Tan extraña tesis, por carente de todo fundamento jurídico, no puede ser aceptada, ya que, por un lado, la presentación de la deudora principal en estado de suspensión de pagos y la inclusión del demandante, aquí recurrido, en la lista de acreedores de la misma, por el crédito objeto de la litis, no entraña novación alguna de dicho crédito, el que se mantiene subsistente con sus caracteres originarios o congénitos, y, por otro, la reclamación formulada por el acreedor contra la deudora principal para el pago de la deuda (aunque sea a

(Sentencia núm. 322/1995 de 10 abril. RJ 1995\3254. Ponente Excmo. Sr. Francisco Morales Morales) o las más recientes de 22 de julio de 2002 (Sentencia núm. 770/2002 de 22 julio. RJ 2002\7476. Ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán) y 17 de septiembre de 2002 (Sentencia núm. 833/2002 de 17 septiembre. RJ 2002\7831. Ponente Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán).

Por otro lado, no se puede decir que existan tampoco sentencias relevantes de las audiencias provinciales que se ocupen del tema de forma directa e inequívoca, al menos de las que hemos podido analizar en las bases de datos jurisprudenciales. No obstante, se pueden citar algunas sentencias que parecen defender un criterio en cierto modo restrictivo de la novación con causa de extinción de las fianzas solidarias.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de diciembre de 1994 adopta esta perspectiva restrictiva en un supuesto de afianzamiento de deuda frente a entidad bancaria¹⁷. En realidad, como puede comprobarse con su lectura, en el caso no se trata de una novación subjetiva de la deuda principal, sino de una libera-

medio de su inclusión en la lista de acreedores del expediente de suspensión de pagos) no le impide que simultánea o posteriormente pueda dirigirse contra los demás deudores solidarios mientras no resulte cobrada la deuda por completo, conforme establece el artículo 1144 del Código Civil, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, dada la condición de deudor solidario que tiene el recurrente en su calidad de avalista de la deudora principal, a lo que ha de añadirse que no ya la mera suspensión de pagos, sino ni siquiera el concurso o la quiebra del deudor principal pueden provocar la extinción de la obligación de los fiadores del mismo, como parece sostener el recurrente, pues el número 3.^º del artículo 1831 y el párrafo tercero del artículo 1844, ambos del Código Civil, declaran subsistente la obligación de los fiadores (y el recurrente lo es y, además, solidario en su condición de avalista) ante el estado de quiebra o de concurso del deudor principal» (Sentencia de 19 diciembre 1989. RJ 1989\8844

Excmo. Sr. Francisco Morales Morales).

¹⁷ En concreto, afirma: «Sobre la subsistencia del afianzamiento respecto del señor G. P., hay que tener en cuenta que si bien la fianza es un contrato unilateral (art. 1822 CC) pues solo genera obligaciones para el fiador, ello no significa —como ha señalado la doctrina— que sea válida de por sí la fianza constituida por acto unilateral sin aceptación previa del acreedor. Pues bien, esa misma concurrencia de consentimientos ha de darse a la inversa, en su caso, para la extinción de la fianza, tal y como lo prevé entre otras causas o modos el art. 1847 del Código Civil: "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones". Entre ellas, el cumplimiento, la compensación, la novación, la remisión. Precisamente la novación fue invocada por el apelante. Pero, como ya resaltara el Juez de instancia, no ha sido probado que hubiese una renovación de la fianza sin incluir ya en ella al apelante; ni tampoco que el Banco le hubiese liberado, a tenor de la posibilidad que asimismo admite el art. 1850 CC. Y la circunstancia de que el Banco haya aceptado como forma de extinguir la fianza respecto de la señora F. M. la comunicación de esta de haber abandonado la sociedad "Triesa" no quiere decir que el hecho en sí de un abandono semejante obligue al Banco a dar por extinguido el contrato respecto de los restantes cofiadores que sucesivamente pudieran ir abandonando la citada sociedad. Ni ninguno de estos puede alegar agravio comparativo o trato desigual dado que, por aquella renuncia a los beneficios de excusión y de división, su compromiso de solidario implicaba la posibilidad de responder individualmente por toda la deuda; de forma que su situación en absoluto se ha visto agravada con la reducción del número de los cofiadores». (Sentencia de 28 diciembre 1994. AC 1994\2295).

ción de uno de los cofiadores solidarios habiendo varios de ellos garantizando la deuda principal.

Del mismo modo, la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 14.^a) de 9 de septiembre de 2002 (JUR\2003\110589) parece defender esta línea restrictiva en un caso donde se dilucidaba la extinción de la fianza de uno de los cofiadores solidarios al plantearse la extinción por concesión de una prórroga: en realidad, se trataba de un acuerdo entre el acreedor y uno de los fiadores sin intervención del deudor principal, razón por la que no se aplicó el artículo 1851 CC.

También cabe citar la Sentencia de la AP de Toledo (Sección 2.^a) de 12 de noviembre de 2020 (Sentencia núm. 216/2020 de 12 de noviembre JUR\2021\38879), que parece defender la extinción del aval solidario cuando la novación objetiva producida en un contrato de descuento bancario no tuvo la consideración de extintiva, sino de modificativa, dirigida a asegurar el cobro por la parte acreedora. En realidad, la sentencia citada se centra, para denegar la extinción, en la existencia de una explícita manifestación de voluntad modificativa y no extintiva de deudor y acreedor en el nuevo acuerdo, lo que sin embargo no tiene por qué alcanzar al fiador solidario si no intervino en ese negocio jurídico, como luego se explica.

Mucho más clara, y ahora favorable a la extinción de la fianza solidaria por modificaciones objetivas del contrato originario consideradas como sustanciales y no simples prórrogas del plazo de cumplimiento, se muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de febrero de 1994¹⁸.

¹⁸ Esta sentencia afirma: «Señalado lo anterior, la consecuencia inmediata es que la demanda no puede prosperar en lo referente al señor M. G., al obtener acogida el primero de los motivos de oposición planteados por este; sin embargo, suscitada una segunda cuestión por el apelante, considera la Sala, aunque sea solo a efectos meramente dialécticos, que ni tan siquiera entendiendo que la voluntad de los demandados hubiera sido la de constituir inicialmente la fianza podría prosperar la demanda, pues el simple examen del documento que se dice ampliatorio, de fecha 30 de abril de 1991, revela que en este no se limitan las partes a resolver una situación transitoria de orden financiero, como se indica en la declaración segunda, ni tan siquiera a conceder una prórroga al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, supuesto de aplicación del art. 1851 del Código Civil, sino que la modificación es tan sustancial que se establece y regula una nueva causa de resolución del contrato —impago a su vencimiento de las cambiales aceptadas— (condición segunda), no incluida en el primitivo, y en virtud de la cual precisamente se ejercita la acción resolutoria que encabeza la demanda, por tanto, se opera una novación del contrato que daría lugar a la extinción de la fianza, art. 1847 en relación con el 1143, ambos del Código Civil.

SEXTO.- Finalmente, es necesario señalar que la estimación del recurso de apelación y el pronunciamiento absolutorio que ello implica respecto del único demandado apelante, necesariamente produce efectos respecto de aquellos otros demandados que lo fueron en el mismo concepto que el señor M. G., pues la razón de estimación del recurso está en que no existió la fianza en virtud de la cual resultaron todos condenados, por lo que, pese a su respectivo aquietamiento y rebeldía, los señores G. del C. y R. L. deben igualmente ser

4. **PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y POSIBLES FUNDAMENTOS SOBRE LA PERVIVENCIA O EXTINCIÓN DEL AVAL COMO CONSECUENCIA DE UNA NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL. EL RECURSO A LAS NORMAS GENERALES DE LA FIANZA. EL RECURSO A LA NORMATIVA ESPECÍFICA DE REMISIÓN A LAS REGLAS DE LA SOLIDARIDAD.**
- 4.1. **EL RECURSO A LAS NORMAS GENERALES DE LA FIANZA PARA RESOLVER LA DUDA SOBRE EL EFECTO EXTINTIVO O NO DE LA NOVACIÓN.**

A la vista de las opiniones doctrinales sobre la fianza solidaria y sobre el alcance de la remisión del artículo 1822.II a los artículos 1138 y ss. CC, una primera forma de analizar la cuestión es, partiendo de la opinión doctrinal favorable a identificar en lo fundamental la fianza normal y la solidaria (con las salvedades señaladas de la falta del beneficio de excusión y la remisión única al art. 1144 CC), aplicar las reglas generales de la fianza a las relaciones externas entre acreedor y fiador solidario. Esto nos llevará a examinar los principios o reglas generales del contrato de fianza y ver si algunos de ellos tienen trascendencia en el campo de las fianzas solidarias, en particular en la materia de la posible novación subjetiva u objetiva producida de forma sobrevenida en la deuda principal.

El primero de esos principios es, lógicamente, el de la accesoriiedad de toda fianza, incluida la solidaria, lo que nos lleva a preguntarnos si ese principio ejerce alguna influencia sobre el caso examinado de la novación de la deuda principal.

Sobre la accesoriiedad, ha habido muchas disputas doctrinales relacionadas con la identificación o diferenciación entre accesoriiedad y subsidiariedad. No creemos que ese debate arroje claridad a la cuestión que aquí estamos tratando, por lo que no entraremos en él. Eso sí, en relación a la accesoriiedad, como ha sido dicho¹⁹, la fianza se fija siempre *per relationem* respecto de la obligación

absueltos, ya que cuando los condenados al pago de una cantidad tienen el carácter de deudores solidarios, solidaridad jurídica que les venía impuesta por el contrato que se entendía convenido, dicho carácter de deudores solidarios hace que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados alcance a sus coobligados solidarios, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, y en consecuencia declarada la inexistencia de la fianza, dicho pronunciamiento afectará a todos los pretendidos fiadores , y así lo tiene declarado repetidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 20 octubre 1981, 17 julio 1984, 26 septiembre 1984 y 28 abril 1988» (AC\1994\234).

¹⁹ CASTILLA BAREA, 2013, p. 12467.

principal, de la que depende, aunque sea solidaria: «el contenido y condiciones de la obligación de fianza se determina o fija *per relationem* con respecto a la cuantía y circunstancias de la obligación asumida por el deudor principal». La cuestión que nos preguntamos es qué entraría dentro de esas «circunstancias» y si un cambio o alteración en ellas conduce a algunas consecuencias jurídicamente relevantes. En suma, se trata de analizar si el mandato del artículo 1826 CC, al prohibir que el fiador pueda obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tiene consecuencias en casos de novación.

La respuesta parece clara: indudablemente sí. Es decir, si de forma sobrevenida se producen cambios cuantitativos o cualitativos en la obligación principal, de tal modo que se incrementa cuantitativamente la deuda o se hacen más gravosas para el fiador las condiciones de la deuda —sin la aprobación del mismo, se entiende—, este último no se puede sentir vinculado por esos cambios.

Lo que sin embargo no resuelve de ninguna forma el artículo 1826 CC, sea cual sea la interpretación que se le dé, es si esos cambios no consentidos, presuntamente más gravosos, llevan inexorablemente a una extinción o ineficacia sobrevenida de la garantía o solo suponen una «inoponibilidad» de los cambios frente al fiador, quien mantendría su vinculación originaria con el acreedor sin alteraciones cuantitativas ni cualitativas, debiendo, en consecuencia, responder del incumplimiento hasta el límite o en la forma originariamente prevista. Dicha norma tampoco nos permite resolver la duda de cómo determinar cuándo resulta más «gravosa» y cuándo no la modificación sobrevenida.

En todo caso, el mandato genérico del artículo 1826 CC quizá permita asumir una cierta tutela de un *status quo* total o casi total de la obligación principal, de modo que su alteración sobrevenida, consentida o no por el acreedor, puede afectar y tener consecuencias en la obligación fideiusoria y abocar a su extinción. A este respecto, la influencia del mandato del artículo 1851 CC puede resultar muy relevante a la hora de inclinarnos por esta solución al haber un cierto fundamento legal.

Lo cierto es que este primer enfoque basado en el artículo 1826 CC, en su conexión con el artículo 1851 CC, no conduce de momento a conclusiones definitivas para resolver la cuestión disputada²⁰.

²⁰ No obstante, un planteamiento crítico acerca de la accesoriad como característica general de toda fianza es posible que suscite la duda de su alcance efectivo, y en particular en las fianzas solidarias. En estas, la accesoriad seguramente se limita a la dependencia genética de la garantía respecto de una deuda principal anterior o simultánea en el tiempo de cuyo incumplimiento se hace depender el juego de la garantía solidaria, pero

Al margen de lo anterior, el artículo 1826 CC puede ser complementado en este punto con lo dispuesto en el artículo 1827 CC, que dispone que la fianza no se presume, sino que debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella.

Esta última norma, si se analizan las opiniones doctrinales y su origen histórico, y se busca su verdadero sentido y finalidad, parece que no permitiría tampoco arrojar claridad acerca de la posible extinción o pervivencia de la fianza por cambios o alteraciones sobrevenidas. A lo sumo, se podría decir que prevé en buena medida una visión netamente restrictiva de la materia afianzada, lo que puede guardar una cierta, aunque poco directa, relación con las posibles modificaciones sobrevenidas en las condiciones objetivas o subjetivas de la deuda principal. Tendría esta relación en el sentido de excluir en su totalidad, o al menos en parte, la garantía respecto de todo aquello que sea objeto de alteración si no ha habido intervención del propio fiador.

Ello nos lleva a plantearnos algo relevante respecto de toda fianza: la cuestión del valor y los efectos de una falta de consentimiento del fiador a los cambios en la deuda principal y si ello no implicaría una suerte de causa general de extinción o novación extintiva de la dicha deuda principal con efectos limitados a las relaciones del acreedor frente al fiador. Es decir, el carácter restrictivo de la fianza expresado en la limitación a lo pactado y a las circunstancias concretas en las que se pactó ¿puede conducirnos a una perspectiva negadora de la eficacia de la garantía cuando hubo cualquier tipo de cambio en la relación obligatoria principal, no consentida por el fiador?

De nuevo, el modelo del artículo 1851 CC vuelve a aparecer en cuanto que, con base en él, los cambios en la deuda principal supondrían, de modo general, una suerte de pérdida de la base del negocio y una consiguiente extinción plena y total del vínculo entre acreedor y fiador, como supuesto especial de alteración de la base del negocio, que llevaría a la ineficacia sobrevenida de la garantía.

Junto con lo anterior, la remisión que hace el artículo 1847 CC a las causas generales de extinción de la obligación del deudor principal puede reforzar la idea expuesta de la extinción de la fianza solidaria. Esta norma remite a los artículos 1156 a 1213 CC

poco más. Sin duda, la fianza solidaria se diferencia netamente de la deuda principal en cuanto a su origen (normalmente, un pacto *ad hoc* entre acreedor y fiador sin intervención del deudor) y constituye una garantía en cierto modo autónoma (que no independiente) cuya efectividad, precisamente por el efecto de la responsabilidad solidaria, se hace depender en exclusiva de lo pactado, de modo que cualquier modificación o cambio posterior debería ser el fruto de un nuevo acuerdo entre fiador y acreedor, con la consecuencia de deshacerse los términos del vínculo originario, que no debería verse afectado por decisiones ajenas al fiador solidario. Sobre ello se vuelve más adelante.

sobre las distintas causas de extinción de las obligaciones, entre las cuales se halla la novación y, dentro de esta, a las distintas modalidades de novación, sea extintiva o incluso modificativa. El artículo 1847 CC no distingue entre ellas, aunque podría haberlo hecho.

En cualquier caso, la remisión a las normas generales sobre fianza sigue sin arrojarnos una luz definitiva sobre la respuesta final a la aplicación o no de la medida de la extinción o ineffectuacía sobrevenida de la fianza solidaria en supuestos de novación de la obligación principal.

4.2. EL RECURSO A LAS REGLAS GENERALES DE LA SOLIDARIDAD (ARTS. 1138 Y SS. CC) PARA RESOLVER LA DUDA SOBRE EL EFECTO EXTINTIVO O NO DE LA NOVACIÓN.

La insatisfacción derivada de la utilización de las reglas generales de la fianza para dilucidar si en las fianzas solidarias hay extinción de las mismas en casos de novación, nos conduce a recurrir ahora a las normas sobre obligaciones solidarias, lo que nos obliga a plantearnos por el verdadero sentido de la remisión del artículo 1822.II CC a las normas sobre solidaridad, por si de ahí fuese posible extraer conclusiones más seguras, aparte del evidente recurso a la literalidad de las dos normas (art. 1143 CC en conexión con el art. 1822.II CC). Por lo tanto, es necesario examinar las razones de fondo por las cuales se produce, con el artículo 1822.II CC, una remisión general a las normas de la solidaridad de deudores (o de acreedores) y cuál debe ser el sentido y alcance más razonable de esa remisión cuando se produzcan cambios o alteraciones de todo tipo (entendidos en sentido amplio) en la deuda principal, no solo causados por una novación, sino también, por ejemplo, por una remisión sobrevenida de la deuda o por una compensación.

Para ello, habría que dejar claro qué es lo que diferencia una fianza normal y una fianza solidaria y, a continuación, marcar las diferencias o similitudes entre fianza solidaria y solidaridad de deudores para determinar si esa similitud es tan relevante como para establecerse legalmente una remisión a las normas generales de la solidaridad. A partir de ahí, se podría responder a la pregunta de qué normas concretas de las obligaciones solidarias son las que cuadran mejor con este tipo de fianzas, si todas o solo algunas.

4.2.1. Para responder a lo primero, podemos sentar sin problema una consideración fundamental: el fiador solidario, por contraposición al fiador normal, es alguien que responde o puede responder directamente frente al acreedor sin pasar el filtro previo del

deudor o deudores principales. Eso significa que su posición es especialmente grave y exige un cierto nivel de protección, así como una lectura más restrictiva (en comparación con la fianza normal) de las posibles situaciones en que tendrá efectividad. Además —aunque esto no es exclusivo de la fianza solidaria—, este tipo de garantías nacen como consecuencia de un pacto normalmente diferenciado y separado de la deuda principal, fruto casi siempre de un acuerdo específico entre acreedor y fiador, que lleva a mantener un nivel importante de autonomía del pacto suscrito por ese fiador solidario y con posible repercusión en el campo que analizamos, entre otros posibles.

4.2.2. Para responder a lo segundo, debemos tener claro qué similitudes, pero también qué diferencias, existen entre la solidaridad de deudores y el fiador solidario.

En principio, está claro que existe una cierta proximidad entre solidaridad y fianza solidaria o fianza sin beneficio de excusión, que es la posibilidad de elección directa y sin filtros, por parte del acreedor, entre el deudor principal y el fiador solidario, pero hasta ahí llegarían las similitudes.

Frente a ello, de forma natural, se presentan las primeras y muy importantes diferencias. De este modo, en la fianza solidaria no se percibe la idea de comunidad de intereses que subyace a las deudas solidarias: la fianza surge siempre, o casi siempre, a través de un vínculo contractual distinto y diferenciado del existente entre acreedor y deudor principal²¹. En la fianza solidaria, la deuda principal y la deuda fideiusoria constituyen dos deudas distintas, aunque se hallen conectadas: no por el hecho de que el fiador se coloque al lado del deudor para responder a elección del acreedor en caso de incumplimiento podemos pensar que estamos ante una misma deuda²². Esto constituye un dato relevante a la hora de valorar qué normas de la solidaridad pudieran ser aplicables a la fianza solidaria y cuáles no²³.

Desde esta perspectiva, no parece que la mayor parte de los principios y reglas específicas de las deudas solidarias puedan ser trasladadas sin más a la fianza solidaria. De este modo, no se puede pensar, por derivación de lo anterior, que existen «relaciones internas»

²¹ Esto es así incluso aunque la fianza aparezca plasmada en el mismo documento, como sucede con frecuencia en los contratos crediticios o de préstamo en general.

²² Por supuesto, esto resulta mucho más claro cuando se trata de una garantía a primera demanda, pero también sucede en la fianza solidaria.

²³ Así lo ha sostenido en Italia Bozzi, 1985, p. 252, para quien la distinta individualidad de la obligación del deudor y del fiador readquiere toda su evidencia en el particular supuesto de la solidaridad entre fiador y acreedor principal, en el cual se ha querido individualizar un punto de aparición de una condición jurídica propia del fiador sobre el presupuesto de que el interés pasivo no es colectivo ni común, sino individual.

entre deudor y fiador propias de las deudas solidarias. Por el contrario, el pago por el fiador agota el vínculo de fianza y lo único que existe a partir de ahí es, en su caso, la facultad del fiador de subrogarse en la posición del acreedor satisfecho. Es evidente que, en las fianzas solidarias, no juega la idea de acción de rembolso en relaciones internas, propia de la solidaridad, sino solo la posibilidad de conseguir del acreedor la subrogación en su misma posición.

En estas fianzas, el dato común único con las primeras es la posibilidad de libre elección del acreedor a la hora de reclamar el pago o cumplimiento de la deuda principal. Todo lo demás sería inadecuado trasladarlo a las fianzas solidarias, dado que en estas existe un vínculo contractual separado de la deuda principal. Por lo tanto, las conexiones entre acreedor y uno de los deudores solidarios, como sucede con las reguladas en los artículos 1146 o 1148 CC, no pueden ser trasladables a la fianza solidaria.

En este sentido, las matizaciones hechas por la doctrina de la solidaridad de deudores respecto de los acuerdos de novación, condonación o compensación alcanzados entre acreedor y uno de los deudores solidarios, y que llevan a la consideración doctrinal de que el vínculo pervive parcialmente respecto de los demás que no intervinieron en el acuerdo, no pueden ser sin más aplicables a la fianza solidaria²⁴. En consecuencia, parece bastante evidente que este criterio no puede ser trasladado a las fianzas solidarias, puesto que en ellas, como hemos visto, no hay una relación interna como tal entre el deudor que novó y el fiador solidario al no haber entre ellos la unidad o comunidad de intereses propia de la solidaridad. De este modo, estos hechos inducen a pensar que esa extinción de la obligación del fiador puede ser plena y total, tanto en las relaciones externas (sin ninguna duda) como también en las «internas», en el sentido de que el acreedor (y deudor) que novó no podría reclamar nada al fiador solidario tras la novación.

Del mismo modo, al tratarse de una novación de tipo modificativo, la doctrina estudiosa de la solidaridad de deudores considera²⁵ que en estos casos no tiene cabida la extinción señalada en la norma del artículo 1143 CC, dado que estaría referida a novaciones extintivas, aunque se sostiene que esa novación modificativa no perjudicará a los restantes deudores solidarios.

²⁴ Así, por ejemplo, la doctrina que ha estudiado las obligaciones solidarias y ha examinado el artículo 1143 CC en materia de novación específicamente, y más en concreto cuando es novación objetiva, entiende que, si con la novación ha quedado liberado uno de los deudores solidarios, ello tiene efectos respecto de los demás en las relaciones externas frente al acreedor, pero no en las internas, donde los demás deudores deberán pagar al deudor que novó sus respectivas partes en la deuda extinguida (CAFFARENA LAPORTA, 1991, p. 133).

²⁵ CAFFARENA LAPORTA, 1991, p. 135.

Frente a ello, creemos de nuevo que esta idea no es trasladable a las fianzas solidarias. Muy al contrario, en estas últimas se deben usar otra serie de criterios, como el de la falta de consentimiento del fiador a la modificación de la obligación o el del peligro o riesgo que sufre el fiador por cualquier cambio de contenido y condiciones de la deuda principal al alterarse las condiciones de la garantía. Todo esto debería abocar al acogimiento de una regla general, como sería la extinción de la fianza, sin perjuicio de acoger en su caso algunas excepciones muy puntuales.

La relación que se genere *ex novo* entre el acreedor y uno o todos los deudores principales, sea de mayor o menor alcance, debe repercutir en al avalista, quien se rige exclusivamente por lo pactado en su concreto acuerdo con el acreedor. Eso implicará que cualquier alteración del mismo conllevará una afectación directa a lo pactado en cuanto ese fiador dejará de estar vinculado por lo acordado entre acreedor y deudor principal, acuerdo que será frente a aquel una *res inter alios acta*, esto es, no solo inoponible, sino incluso generador de una causa de extinción de la garantía.

La salvedad podría ser que el acreedor ya hubiera reclamado al fiador solidario el cumplimiento de su obligación por haber vencido la deuda principal antes de la novación o modificación producida o por tratarse de deudas surgidas antes de la novación, aunque reclamadas después (por tanto, después de la extinción hipotética del aval)²⁶.

Quizá también habría tal salvedad cuando el acreedor, tras una novación por cambio de objeto o condiciones, decidiera exigir el cumplimiento de la fianza en los mismos y exactos términos previstos en origen. Lo que sucede es que, en este caso, ello ya no será posible en aplicación del principio general de accesoriiedad de la fianza. Así, salvo que se trate de una garantía independiente a primera demanda, cualquier otra garantía, incluida la fianza solidaria, se verá afectada por el principio de accesoriidad, de modo que no podría exigirse por ese sujeto acreedor un objeto que no sea el de la deuda principal «renovada» al haberse transformado o convertido en otra distinta de la primitiva, que habría «desaparecido» frente al fiador solidario, sin que tampoco este se pueda sentir vinculado por la nueva.

²⁶ Al respecto, la Sentencia del TS de 3 de junio de 2004 apoyaría en buena medida esta idea, pues se refiere un caso de aval concedido a una concesionaria de vehículos a la que le fue retirada la concesión tres años antes de reclamarse al avalista, precisamente por incumplimientos de la concesionaria anteriores a esa retirada, de modo que estaba dentro del periodo de vigencia del aval, aun cuando la reclamación fue posterior en el tiempo (Sentencia núm. 457/2004 de 3 junio. RJ 2004/3981. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

Por otro lado, siendo ahora una novación subjetiva activa, ese nuevo acreedor, otra vez con base en el citado principio de accesoriidad, tampoco tendría en principio legitimación para reclamar al fiador solidario aquello que se había pactado exclusivamente entre el acreedor primitivo y el fiador, pues la accesoriidad se creó respecto de la deuda primitiva en sus mismas y exactas condiciones (lo que llevaría a defender con fundamento que, en las fianzas solidarias, el nuevo acreedor no se subroga de forma automática en la posición del primitivo si no hubo consentimiento del fiador).

Por tanto, entendemos que, salvo pacto de renovación con consentimiento del avalista, este no podrá verse afectado, como regla general, por ningún cambio subjetivo u objetivo en la deuda principal, ya que el mismo no entraba dentro de los límites y parámetros subjetivos ni objetivos de lo acordado entre acreedor y fiador solidario.

Esto tiene una lógica evidente en las fianzas solidarias, donde la inexistencia del beneficio de excusión coloca al fiador en una posición de debilidad que debe ser legalmente protegida mediante medidas estrictas como la aplicación de los términos pactados en el acuerdo o contrato de fianza, donde deben ser respetados sus límites concretos, tanto en lo referente a los contenidos como al sujeto o sujetos legitimados para ejercitar la reclamación.

Ello conduciría en buena medida a un cierto cambio de paradigma en el sentido de considerar que, siendo fianza solidaria, no cabe pensar en una automática transmisión de la garantía como suerte de derecho accesorio del derecho de crédito principal dado que —salvo pacto explícito al respecto— el fiador se ha comprometido a cumplir en los estrictos términos pactados y solo en ellos.

Las normas de los artículos 1207 y 1212 y 1527 CC, que parecen ir en la dirección de la automática transmisión de la garantía como suerte de accesorio, pueden tener sentido si pensamos en una fianza normal, donde existe el beneficio de excusión y el fiador está protegido por la necesidad legal de purgar el patrimonio del deudor antes de recurrir al del fiador. En cambio, no parece que en las fianzas solidarias, donde no hay tal beneficio, sea posible defender la transmisión automática de la garantía con la cesión del crédito o el cambio de acreedor en general y sin consentimiento del fiador: deberemos atenernos a los estrictos términos del pacto entre fiador y acreedor²⁷.

²⁷ A lo sumo, esa transmisión solo debería ser factible en el campo sucesorio, con la muerte del acreedor y su subsiguiente sustitución por sus herederos legales o voluntarios, pero no en los casos de cambio de acreedor mediante negocio jurídico en el que no ha intervenido el fiador solidario.

Todo ello lleva a una cierta consideración de que la autonomía de la fianza solidaria respecto de la deuda principal puede traer consigo, como consecuencia razonable y coherente, la extinción de la garantía en los casos en que se produzcan cualesquiera cambios o alteraciones en la deuda principal no queridos ni consentidos por el fiador solidario, sea cual sea su entidad.

4.2.3. Todas estas dudas nos conducen a examinar el otro lado de la ecuación, esto es, el artículo 1143 CC, y a deducir de su finalidad propia la identidad o divergencia de soluciones cuando se trata de una fianza solidaria.

La doctrina estudiosa de la solidaridad de deudores ha expresado la incoherencia del mandato contenido en el artículo 1143 CC en su aplicación a las deudas solidarias, pudiendo haber incluso una contradicción con lo dispuesto en el artículo 1148 CC, más claramente aplicable a las mismas.

Estamos de acuerdo con esas apreciaciones doctrinales. Sin embargo, a la postre, quizá haya que otorgar valor jurídico a dicha norma en el campo específico de las fianzas solidarias y acabar defendiendo que la extinción (de la fianza solidaria), prevista en el artículo 1143 CC para todo un elenco variado de casos entre los que está la novación, encaja mucho mejor en las fianzas solidarias que en las obligaciones solidarias como tales al haber nacido estas últimas de un vínculo contractual único o conformadas por una comunidad de intereses.

Es cierto que en las obligaciones solidarias, como ha dicho parte de la doctrina, puede ser razonable considerar que la novación hecha por uno solo de los deudores con el acreedor no tiene por qué afectar a los demás hasta el punto de extinguir el vínculo de estos con el acreedor. En cambio, sí parece mucho más coherente y razonable suponer que, como regla, la fianza solidaria se extinga si ha habido una novación, incluso modificativa, en tanto no ha intervenido el fiador en la novación.

Probablemente, la norma del artículo 1143 CC, en su traslación a la fianza solidaria, lleve a la idea genérica de que solo el consentimiento del fiador o avalista justifica que se vea afectada la fianza por esos nuevos hechos allí señalados, entre ellos la novación.

En cierto modo, además de la novación como tal (la de los arts. 1203 y ss. CC), eventos como una condonación de uno de los deudores (no de todos, lo que sin duda abocaría a la extinción de la fianza ex art. 1847 CC), recogida en el artículo 1143 CC en su conexión con el artículo 1822.II CC, podrían ser también considerados impropriamente como «cambios» o alteraciones de la situación originaria y equiparables a las novaciones como tales hasta el punto de obligar

al legislador a clarificar de qué modo afectan a la fianza. A esos efectos, el legislador del Código español habría optado por tratarlos a todos de la misma manera y disponer de manera general la extinción de la fianza.

Es decir, parece que el legislador ha querido un tratamiento protector de la fianza solidaria en el sentido de disponer su extinción cuando se produzca cualquier tipo de «alteración» en la relación de base, sea una novación o sea una remisión o condonación, pero también si se trata de un cambio o alteración como sería una decisión (deliberada, no automática) de compensar la deuda con otra de uno de los deudores principales (no del único, que conllevaría de nuevo la extinción ex artículo 1847 CC) frente al acreedor²⁸. No se puede obviar el hecho de que, al ser varios los deudores principales y producirse una condonación o compensación de uno de ellos, por ejemplo, la posición del fiador solidario automáticamente se agrava y empeora, ya que sale de la ecuación uno de los deudores originarios, con lo que existen más posibilidades reales de que el garante tenga que hacer frente a la deuda por impago de los que queden, aunque la misma se haya podido ver reducida parcialmente con consecuencia de estos eventos. Esto abocaría a la extinción de la fianza o a su mantenimiento solo si consiente *ad hoc* el fiador.

En suma, cabría presuponer que la remisión del artículo 1822.II CC al artículo 1143 CC fue seguramente adoptada por nuestro legislador del Código pensando en las fianzas solidarias antes que en las obligaciones solidarias.

A este respecto, no tiene sentido establecer la extinción de la garantía solidaria para un número tan considerable de supuestos como los recogidos en ese artículo 1143 CC, incluidas las novaciones, si no se ha querido de forma explícita que sea así.

Allí se hallaría la base para sostener el criterio o regla general de que cualquier evento o cambio sobrevenido y no previsto contractualmente, y que afecte a la relación principal debitoria sea o no novación como tal, determinará la extinción de la fianza solidaria por suponer genéricamente un peligro o riesgo para el fiador de empeorar su posición y por no haber concurrido la prestación de su consentimiento a ese cambio. Ello tanto si hubo una novación, del tipo que sea, como una condonación, o un acuerdo de compensación o acto de confusión de deudas producidos entre uno de los deudores y el acreedor.

²⁸ También seguramente sucederá lo mismo cuando hubo un acto igualmente consciente y deliberado de ocasionar una confusión de deudas entre acreedor y uno de los deudores, la cual también tendría una repercusión directa en la posición del fiador solidario, que llevaría a la solución de la extinción de la fianza.

Por lo que concierne a la novación como tal por cambio de la persona del deudor, como sucede en el supuesto que sirvió de partida a este trabajo, cuando el acreedor presta su consentimiento a la novación, sea extintiva o modificativa, y quede uno solo de los deudores donde antes había dos o más, cabría pensar también que estamos específicamente ante una suerte de «renuncia» a la solidaridad (entre los deudores principales); ya respecto de la fianza solidaria cabría pensar que ha habido una renuncia del acreedor a la fianza misma. Esto se debe a que se entiende que el acreedor ha querido explícitamente reconstruir la relación debitoria principal empezando desde cero, con unos nuevos actores, y por tanto prescindiendo de la garantía proporcionada por el fiador solidario, que era un elemento accesorio conexo a la deuda primitiva y solo a ella.

5. ANÁLISIS DE CASOS POSIBLES

Veamos a continuación si las anteriores conclusiones encuentran respaldo en el examen de cada tipo de novación, sea subjetiva u objetiva, sea modificativa o extintiva.

Es evidente, como aclaración, que, si una novación se califica judicialmente como extintiva, tras haberse practicado la prueba pertinente, no cabe duda de que ello acarreará automáticamente, siempre y en todo caso, la extinción de la fianza solidaria conforme al artículo 1847 CC.

5.1. NOVACIÓN EXTINTIVA Y MODIFICATIVA

En este apartado nos planteamos la cuestión de si la novación de la deuda principal que, conforme al artículo 1143 CC (al que remite de modo genérico el art. 1822.II CC), da lugar en principio a la extinción de la fianza solidaria debe tratarse de una novación extintiva o puede ser también una de tipo modificativo.

Esto nos lleva a la cuestión del pacto novatorio o modificativo suscrito entre el acreedor y el deudor y su influencia en la extinción de la fianza por novación.

Como ha afirmado la doctrina, es imaginable que las principales partes vinculadas decidan acometer una alteración, normalmente de tipo objetivo y no subjetivo, y además le otorguen a esa alteración de forma expresa la calificación de «pacto modificativo», excluyendo explícitamente que tenga carácter «extintivo» a pesar de que la conclusión externa pudiera ser la de considerarlo como extintivo por

concurrir una «incompatibilidad total» entre la obligación anterior y la nueva en los términos del artículo 1204 CC. Todo ello se haría, entre otros motivos, con la evidente y no confesada finalidad de conservar los elementos «accesorios» como la fianza, la cual de otro modo se extinguiría de forma automática, conforme al citado artículo 1847 CC, con la novación extintiva de la deuda principal por derivación del principio de accesорiedad.

Parece razonable sostener que estas estipulaciones o pactos no pueden ser vinculantes ni eficaces frente al fiador, ya que se vería afectado de lleno por una estipulación que seguramente le perjudica, o en general le afecta, sin haber intervenido en ello²⁹. Por lo tanto, si estuviéramos ante una auténtica novación extintiva, entonces habrá que sostener la desaparición de la fianza, sea normal o solidaria, conforme al artículo 1847 CC.

Fuera ya del posible pacto sobre la calificación del mismo como novación extintiva o modificativa, debemos efectuar una reflexión relevante sobre las consecuencias de la novación en la fianza solidaria: si en el artículo 1143 CC solo tuviera cabida la novación extintiva de la deuda principal, entonces no tendría sentido la remisión del artículo 1822.II CC, es decir, no haría falta esa referencia, ya que estaría incluida de forma directa dentro de la norma general del ya citado artículo 1847 CC. Por tanto, parece razonable defender que, si se quiere dar algún sentido a la conexión entre 1822.II y 1143 CC en materia de novaciones, ese debería ser el de dar entrada a todo tipo de novaciones, en especial a aquellas que solo supongan modificación de la relación principal, para elevarlas a la categoría de causa legal extintiva de la fianza solidaria.

Como es obvio, no por ello se puede ya concluir que cualquier tipo de novación o modificación objetiva o subjetiva acarrea automáticamente la extinción de la fianza solidaria. Eso exige un examen detenido de cada posible supuesto. Las mayores dudas se centrarán en las novaciones modificativas objetivas, si el cambio no se refiere a aspectos sustanciales, así como en las novaciones subjetivas por cambio de acreedor.

5.2. NOVACIÓN SUBJETIVA POR CAMBIO DE DEUDOR

No obstante, vamos a empezar el análisis por las novaciones por cambio de la persona del deudor, donde en principio parece más evidente la extinción de la fianza solidaria constituida en garantía de la deuda principal novada.

²⁹ *Vid.* sobre el tema CASTELLANOS CÁMARA, S., 2020, pp. 293 y ss.

Es habitual en doctrina defender que la novación por cambio de deudor constituye siempre un supuesto de novación extintiva, por lo que, siendo así, la fianza se extinguiría en todo caso, sea fianza normal o, por supuesto, fianza solidaria³⁰.

Desde esta perspectiva, la aplicación a las fianzas solidarias del mandato del artículo 1143 CC, y su efecto extintivo de la fianza, resulta incuestionable³¹.

Sin embargo, lo que resulta llamativo es que el legislador no haya previsto de forma expresa la modificación subjetiva de la posición deudora como causa general de extinción de la fianza normal (no solidaria) y no aparezca expresamente recogida dentro de los artículos 1847 y ss. CC, referidos a las causas de extinción, mientras que sí se recoge de forma explícita, como causa extintiva, el singular y mucho menos relevante caso de la prórroga de la obligación principal, en el artículo 1851 CC.

En todo caso, como ya se dijo más arriba, el artículo 1847 CC («extinción de la fianza al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones») traerá consigo, de

³⁰ Así, entre otros, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., 1985, pp. 197-198, citando la opinión clásica de SANCHO REBULLIDA, 1991, p. 303. También GUILARTE ZAPATERO, V., 1997, p. 58.

En la misma dirección, GÁLVEZ CRIADO, A., 2007, p. 177, para quien siempre se produce la extinción de la garantía salvo que los garantes consentan su subsistencia. Afirma además que la razón no se halla en el posible perjuicio para los terceros garantes, sino en la necesidad de protección de la regla contractual establecida entre acreedor y fiador, en cuanto se estableció respecto de una obligación y una persona concreta, lo que impide aplicarla a otros sujetos si no ha mediado la conformidad expresa o tácita del garante.

Frente a este sector doctrinal, otros autores admiten la posibilidad de que el cambio de deudor pueda suponer una mera modificación, siempre que así lo pacten las partes afectadas (acreedor y nuevo deudor), lo que parece factible, solo que ese pacto no conllevará su oponibilidad a los fiadores, en especial a los solidarios. *Vid.* al respecto CASTELLANOS CÁMARA, 2020, p. 242 y ss.

³¹ En Italia, BOZZI, 1985, p. 265, señala con rotundidad que la obligación fideiusoria se extingue en la hipótesis de novación subjetiva pasiva de la obligación principal (art. 1235) si el garante no consiente expresamente en mantener la garantía.

En Alemania, el & 418.1 del BGB expresamente señala, al regular la asunción de deuda, que: «Como consecuencia de la asunción de la deuda, se extinguén las garantías y gravámenes constituidos para el reclamo. Si existe hipoteca o hipoteca naval para el crédito, ocurre lo mismo que si el acreedor renuncia a la hipoteca o hipoteca naval. Estas normas no se aplican si el fiador o la persona a quien pertenece el objeto retenido al momento de asumirse la deuda las consiente».

Es interesante esta disposición del BGB en cuanto establece para su subsistencia el consentimiento expreso del fiador, manifestado al momento de asumirse y no después, y además da a entender, respecto de las hipotecas, que la asunción de deuda implica una suerte implícita de renuncia a la garantía por parte del acreedor. La regla extintiva se basa, según la doctrina alemana, en la idea de protección del garante como consecuencia de un aumento del riesgo y sobre la base de que el nuevo deudor puede ser menos solvente que el primitivo. También sería aplicable a los casos de asunción de contrato: STÜRNER, 2015, p. 626; GRÜNEBERG, 2009, p. 608. Otros autores como MÖSCHEL, 1979, p. 1207, lo justifican en el significado central que la persona del deudor suele adquirir para el fiador a la hora de asegurar el cumplimiento o asegurarse el derecho de reembolso. Para ROHE, 2012, p. 1938, la regla encuentra su excepción cuando el cambio de deudor se produce por iniciativa del propio fiador.

forma implícita pero inequívoca, lo siguiente: que, si la novación es extintiva de la obligación principal, y en principio siempre lo será, en caso de modificación de cualquier tipo en la persona del deudor, tendría perfecta cabida en ese artículo 1847 CC esta novación, con lo que se extinguirá también la fianza.

Es evidente que esta conclusión no cambiará por el hecho de que, siendo más de uno los deudores principales (solidarios), el cambio se produzca solo por la salida de uno de ellos y su sustitución (o no sustitución) por otro nuevo deudor, permaneciendo el otro u otros restantes como deudores.

No obstante, resulta relevante preguntarse si, a pesar de esta conclusión general, sería posible y lícito un pacto previo en origen entre acreedor y deudor conforme al cual el futuro cambio de la persona de este último (sea con sustitución plena, sea con sustitución de uno de los varios deudores o sea simple salida de uno solo de ellos) no suponga extinción; o bien el pacto o estipulación entre fiador solidario y acreedor por el cual, de modo general, la fianza persista cualesquiera que sean los cambios subjetivos que se produzcan en la posición deudora³².

Sin duda, esta cuestión es importante aclararla, ya que, por ejemplo, en los contratos de préstamo hipotecario, en los de préstamo personal o en contratos crediticios en general suscritos por entidades financieras es imaginable que se incluya, dentro del clausulado general, una garantía personal solidaria de algún pariente o allegado que asegure el cumplimiento de la obligación principal del prestatario, y que también se introduzca alguna cláusula o estipulación (condición general) de inalterabilidad de la garantía por cualquier alteración futura de la persona del deudor. Piénsese, por ejemplo, en una previsión contractual según la cual, siendo dos los prestatarios (*v. gr.*, son cónyuges o pareja de hecho), si se produjera una ruptura de la convivencia o del vínculo, se pudiera —mediante acuerdo nuevo entre banco y deudor, sin intervención del fiador— continuar la relación con uno solo de ellos manteniendo vigente de forma expresa la fianza sin que eso supusiera su extinción, siendo aceptada esa estipula-

³² Un caso en el que se recoge una cláusula en contrato (de préstamo) con condiciones generales, en el cual se incluye un acuerdo de constitución de fianza solidaria donde expresamente se prevé la continuación de la garantía a pesar de posibles prórrogas, novaciones, renovaciones o modificaciones de cualquier tipo de la deuda principal, aparece recogido en la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 14.^a) de 25 de enero de 2019 (Sentencia núm. 7/2019 de 25 enero JUR\2019\110251), aunque en ella la disputa no giraba propiamente alrededor de la validez de este tipo de estipulaciones concretas. Esto implica que este tipo de estipulaciones son relativamente frecuentes, al menos en el ámbito de los préstamos con o sin hipoteca, cuando a los mismos se adjunte una garantía personal solidaria de terceros.

ción de forma expresa por el fiador solidario dentro del clausulado general.

A nuestro juicio, resulta muy dudosa la admisibilidad de esta estipulación. Por lo pronto, en las situaciones expuestas parece claro que sería una cláusula o condición general predisposta que debería someterse al control de incorporación (podría ser una cláusula sorpresiva, por inesperada), así como al control de contenido y al control de transparencia.

No obstante, incluso aunque superase esos controles, por carecer de la condición de consumidor el avalista, la singularidad que supone el que estemos ante una garantía que además es solidaria conllevaría el grave peligro de la incertidumbre acerca de lo asegurado. Ello pugnaría contra el mandato del artículo 1826 CC, dado que el fiador se estaría obligando a más, entendido ello en sentido cualitativo más que cuantitativo, de aquello a lo que se obligó el deudor principal. En general, debemos pensar que la introducción de cualquier cambio en la persona del deudor o deudores, dado el riesgo de ser menos solvente que el anterior, debería afectar del lleno al fiador, y mucho más al fiador solidario, por lo que no valdría a tal fin una autorización genérica y abstracta efectuada antes de la modificación efectiva, salvo si se produjo un posterior consentimiento expreso *ad hoc* a ese concreto cambio o se previó de manera explícita en origen un concreto supuesto de cambio futuro con perfecta delimitación de la situación e identificación de los sujetos a los que afectaría (lo que desde luego no es fácilmente imaginable)³³.

Por otro lado, dejando ahora de lado estas hipótesis de previsión anticipada de la modificación subjetiva de la posición deudora, en los supuestos en que estemos ante un cambio de deudor, consentido por el acreedor, por el que se queda uno solo cuando antes había dos o más, lo que estaría haciendo en buena medida ese acreedor, respecto del fiador solidario, sería renunciar tácitamente a la fianza misma.

Aquí debería jugar de forma relevante la regla *res inter alios* y el principio de inoponibilidad general, en el sentido de imposibilitar la afectación del fiador solidario por este cambio de la persona del deudor, pactado entre este y el acreedor, haciendo inoponible una decisión tan relevante como esta por no haber intervenido en ella.

³³ Esto que decimos respecto de la modificación subjetiva de la parte deudora debe ser extensivo a cualquier pacto o estipulación que prevea de antemano el consentimiento del fiador solidario a cualquier modificación objetiva de la deuda principal o a la vez a una modificación subjetiva y objetiva, como sería la producida mediante una subrogación en el préstamo hipotecario conforme a la Ley de 1994.

Ello debería incluso extenderse a las situaciones en que el cambio de deudor haya sido mediante su sustitución por otro u otros y pudiera suponerse que no ha sido perjudicado el fiador solidario, sino incluso «beneficiado» si resultaba que el nuevo deudor era hipotéticamente más solvente en comparación con el antiguo. De nuevo, una decisión como esta debe quedar siempre en manos del propio fiador, prestando (o no) su consentimiento a esa alteración subjetiva³⁴. Por este motivo, no se puede considerar que el cambio le ha beneficiado sin haber escuchado la opinión del fiador solidario, quien puede aportar al juzgador, en caso de disputa al efecto, buenas razones para considerar perjudicial para él el cambio producido en la persona del deudor (por ejemplo, que ese nuevo deudor fuese un competidor o un enemigo profesional o personal del fiador que estuviera interesado en hacer responder patrimonialmente al garante dejando de cumplir la obligación asumida de forma deliberada).

Incluso en el hipotético caso en que salga el deudor primitivo (o uno de ellos) y se introduzca un nuevo deudor junto al preexistente, el beneficio no se podría considerar tan seguro y evidente para el fiador, puesto que existirá siempre el riesgo de insolvencia sobrevenida o provocada del nuevo o nuevos deudores, razones por las que debe ser exigible siempre el consentimiento expreso o tácito del fiador solidario. De nuevo se puede traer a colación aquí el criterio del artículo 1851 CC en cuanto a que es muy probable que el cambio de deudor implique la concesión expresa o tácita de una prórroga para el cumplimiento por parte del nuevo deudor.

También se puede dar el caso extremo en que la novación podría resultar beneficiosa o positiva para el fiador solidario cuando se introduce un nuevo deudor junto al preexistente o preexistentes, que seguirían vinculados.

A pesar de todo, a nuestro juicio esta cuestión debería quedar siempre en manos del consentimiento (expreso o tácito) del fiador, quien debe poder apreciar con toda libertad si le parece más solvente o más beneficiosa la nueva situación creada, pero no presumirse sin más judicial o extrajudicialmente. Por poner un ejemplo, cuando se introduzca un nuevo deudor, además del preexistente, el fiador podría tener un problema jurídico derivado del hecho de que no ha prestado su consentimiento a la modificación: así, si se reclamase el pago al fiador solidario, a pesar de haber dos o más deudores principales, y el fiador finalmente pagase, podría plantearse la

³⁴ Cuestión distinta es que el nuevo deudor haya introducido como una suerte de «asunción cumulativa de deuda», ya que en estos casos el deudor primitivo no habrá cambiado, sino que seguirá siéndolo frente al acreedor, en cuyo caso no se puede considerar afectada la garantía solidaria.

duda jurídica de si existe o no el derecho de regreso o de reclamación frente al nuevo deudor (dado que no ha quedado vinculado frente al fiador), o incluso si sería factible la subrogación por pago dirigida de forma expresa a reclamar al nuevo deudor, ya que no concurriría ninguno de los supuestos del artículo 1210 CC.

Por otro lado, cuando el acreedor introduce un nuevo deudor junto al primitivo o primitivos estaría buscando una mayor seguridad de cobro de la deuda. Sin duda, esto repercutirá en la posición del fiador solidario, en cuanto se habría perdido de manera implícita su condición de centralidad, y no podría descartarse una renuncia tácita y general del acreedor a la garantía preexistente.

Precisamente por todo lo anterior, parece muy razonable exigir como norma que cualquier cambio en la posición pasiva de la obligación principal sea siempre consentida por el fiador, de modo que no le afectará en el futuro si no presta su consentimiento, en aplicación de la norma del artículo 1143 CC, incluso aunque pudiera probarse que le beneficia objetivamente la nueva situación (aunque esto es difícil que un juez lo pueda valorar y es razonable dejarlo en manos de una decisión del fiador solidario). Téngase en cuenta que en todo caso se habría producido una alteración de la previsión contractual sobre la alcance de la garantía sin intervención del garante, por lo que sería razonable la negativa de este último a asumir el cambio producido³⁵.

Más abajo nos referimos a las novaciones por cambio de deudor de origen legal, donde no se pueden trasladar sin más las ideas expuestas de extinción automática de la fianza solidaria, sino que se debe atender a la norma concreta y al espíritu y finalidad de la misma para deducir unas u otras consecuencias.

5.3. NOVACIÓN OBJETIVA

A continuación se examinan posibles supuestos de novaciones modificativas objetivas³⁶ para ver si en ellos está justificada una

³⁵ Si se trata de una novación tácita, habrá que establecer una pauta general para todas las situaciones y presumir que la voluntad era la de sacar de la ecuación al fiador solidario, porque quizás quiepa pensar que siempre habrá una novación de tipo extintivo, es decir, con efecto extintivo (extintivo respecto del fiador, cuando menos), aunque se pudiera considerar que en la práctica hubo una novación modificativa precisamente porque no ha dado su consentimiento al cambio y ello le puede perjudicar. Quizá eso sea lo que está en la base de la remisión del artículo 1822.II CC al artículo 1143 CC y a la extinción por novación, sin hacer distingos: que toda novación, sea del tipo que sea, incluso tácita, produce, frente al fiador, efectos extintivos siempre, aunque no sea una novación extintiva o aunque las partes la hubieran configurado como «modificativa».

³⁶ Quedan fuera de este análisis las novaciones propias o extintivas en las que como es obvio se produce la extinción de la garantía aneja en aplicación directa del artículo 1207 CC.

consecuencia aparentemente tan drástica como la desaparición de la garantía.

Si recurrimos a casos examinados hasta la fecha en la práctica judicial nos podemos encontrar con supuestos de novaciones modificativas objetivas como las siguientes:

1.- Aplazamientos o moratorias para el pago de la deuda principal. En estas situaciones disponemos de una norma específica, el artículo 1851 CC, que es aplicable, si no directamente, sí por analogía, a situaciones similares. Aquí sabemos que, aunque técnicamente no estemos ante una novación extintiva, sino modificativa, la norma referida establece en todo caso un indudable «efecto extintivo» (siempre) de la fianza solidaria³⁷.

2.- Cambio por elevación a escritura pública de contrato privado. Habiendo un lapso de tiempo de separación entre documento privado y escritura pública, es posible que, al pasar de un tipo de documento a otro, se haya introducido algún cambio que sea relevante para el fiador y que pueda empeorar su posición.

En cualquier caso, incluso aunque eso no sucediera, como antes se avanzaba para casos asimilables parece claro que la sola elevación a público de un contrato privado, en tanto se hubiera producido un lapso de tiempo entre uno y otro, supondrá, en concreto y como mínimo, un acto de reconocimiento (nuevo) por parte del deudor de la deuda originaria, con un consiguiente nuevo plazo de exigibilidad y, sobre todo, de prescripción. No se puede negar que ello supone una novación que perjudicará la posición del fiador solidario que no ha intervenido, por lo que es razonable su protección mediante una medida como la extinción de la fianza.

3.- Novación mediante la suscripción de un nuevo documento ampliatorio del contrato originario. De este tipo de supuestos se ocupa la Sentencia de la AP de Valladolid de 5 de febrero de 1994, donde se declara la extinción del aval dado que era un negocio jurídico de contenido más amplio y sustancial incluso que una mera prórroga contractual (art. 1851 CC) en cuanto que se introducía una nueva causa de resolución del contrato³⁸.

Sobre este tipo de novaciones objetivas, *vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, 1999, p. 11 y ss.

³⁷ La jurisprudencia existente al efecto viene considerando en general que la concesión de prórroga conlleva extinción de la garantía, sea normal o solidaria, incluso aunque se trate de una simple prórroga del *terminus solutionis*, o concesión por el acreedor de una prórroga sin un contrato previo. A tal efecto cabe citar la Sentencia del TS de 20 de septiembre de 2001, con cita a su vez de otras anteriores del Alto Tribunal.

³⁸ Reproducimos el párrafo de la sentencia: «Señalado lo anterior, la consecuencia inmediata es que la demanda no puede prosperar en lo referente al señor M. G., al obtener acogida el primero de los motivos de oposición planteados por este; sin embargo, suscitada una segunda cuestión por el apelante, considera la Sala, aunque sea solo a efectos meramente dialécticos, que ni tan siquiera entendiendo que la voluntad de los demandados hubiera sido la de constituir inicialmente la fianza podría prosperar la demanda, pues el

4.- También podemos encontrarnos con una novación por cambio de acreedor acompañada de simultáneas modificaciones de las condiciones contractuales. Parece lógico que en tales casos todo el conjunto precise el consentimiento del fiador solidario y, si no se produce, entonces esos cambios no se podrán esgrimir frente a él, ya que sería «nueva y distinta deuda» frente a ese fiador³⁹.

Esto último es la idea básica que se debe extraer en casos de novaciones modificativas objetivas cuando hay una fianza solidaria: la de que, frente al avalista, cualquier cambio debe implicar calificarlo como una «nueva deuda», esto es, como una «deuda distinta» a la originaria, a la que ha venido a sustituir y que no estaría garantizada por el sujeto garante⁴⁰. El mandato del artículo 1851 CC es la guía que debe conducir a la defensa de la extinción de la garantía solidaria en cualquiera de las posibles modificaciones objetivas de la relación debitoria principal, aun cuando las mismas sean novaciones modificativas y no extintivas.

Dentro de este apartado cabría incluir también las hipótesis en las que se hubiera celebrado un contrato de obra y se hubiera asegurado con uno o varios avalistas el pago del precio o de las certificaciones de obra correspondientes mientras esté vigente el contrato. Aquí la cuestión se plantearía cuando, en el curso de las obras, se hicieran cambios o modificaciones de obra, muy habituales en este sector económico: ¿en tales situaciones debería darse por extinguida la fianza solidaria constituida?

simple examen del documento que se dice ampliatorio, de fecha 30 de abril de 1991, revela que en este no se limitan las partes a resolver una situación transitoria de orden financiero, como se indica en la declaración segunda, ni tan siquiera a conceder una prórroga al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, supuesto de aplicación del art. 1851 del Código Civil, sino que la modificación es tan sustancial que se establece y regula una nueva causa de resolución del contrato —impago a su vencimiento de las cambiales aceptadas— (condición segunda), no incluida en el primitivo, y en virtud de la cual precisamente se ejercita la acción resolutoria que encabeza la demanda, por tanto, se opera una novación del contrato que daría lugar a la extinción de la fianza, art. 1847 en relación con el 1143, ambos del Código Civil» (AC 1994\234).

³⁹ Un caso similar al expuesto, con hipotética modificación objetiva y subjetiva a la vez, fue resuelto por la Sentencia de la AP de Islas Baleares (Sección 5.^a) de 15 de enero de 2004, aunque lo fue en el sentido de denegar la extinción de la fianza solicitada por entender que la fiadora era a la vez codedadora solidaria del deudor (su hermano) y por considerar que se trataba realmente de una «renovación cambiaria» con emisión de nuevas cambiales que no supone propiamente modificación contractual ni concesión de plazo de prórroga ex artículo 1851 CC. (Sentencia núm. 7/2004 de 15 enero JUR\2004\79923). En general, no resultan convincentes los argumentos dados por el tribunal.

⁴⁰ Como ha dicho recientemente CASTELLANOS CÁMARA, 2020, p. 230, resulta harto discutible que la modificación obligacional no cause perjuicio a terceros.

Esta idea aparece reforzada por la doctrina estudiosa del artículo 1143 CC en el ámbito de la solidaridad de deudores, la cual no duda que, siendo una novación objetiva, los deudores solidarios que no participaron en ella ven extinguida la deuda frente al acreedor. *Vid.* por todos CAFFARENA, 1991, p. 133, quien solo matiza la subsistencia del vínculo en las relaciones internas de la solidaridad, pero esto último es justamente lo que no hay en una fianza solidaria.

No es posible dar una respuesta uniforme, sino adaptada a los respectivos contratos y estipulaciones incluidas en ellos. No obstante, como regla, debemos pensar que una garantía constituida para la ejecución de la obra supone una cierta previsión de vigencia del aval con independencia del tiempo de duración de las obras y de las posibles modificaciones de obra, por lo que en principio no darían lugar a extinción de la garantía al haberse regulado expresamente la garantía para cualquier eventualidad durante la realización de las obras y ser, a la poste, una garantía sobre deuda futura precisada de liquidación (art. 1825 CC)⁴¹.

Sin embargo, si se trata de modificaciones de obra muy relevantes que pudieran implicar un nuevo contenido obligacional, debería aplicarse el mandato del artículo 1143 CC y extinguir la garantía. En todo caso, las modificaciones no podrían nunca suponer una ampliación de la cuantía del aval si es que se fijó un límite máximo o una cantidad concreta de responsabilidad.

Por último, y como consideración global respecto de cualquier novación objetiva, no podemos perder de vista lo dispuesto con carácter general en el artículo 1852 CC, que dispone la extinción de la fianza «por algún hecho del acreedor» que impida la subrogación del fiador. El análisis jurisprudencial de supuestos posibles donde no se puede producir esta subrogación lleva la conclusión de que muchos de ellos implican cambios o modificaciones en la relación debitoria principal por decisión unilateral del acreedor mismo o por acuerdo expreso o tácito con el deudor principal, lo que conduce a una equiparación de los mismos con la novación y a una aplicación del mandato del artículo 1143 CC en su traslación a las fianzas solidarias.

Lo anterior debe ser matizado cuando la posible «modificación» objetiva no sea tal, sino que se trate de un acto o documento de concreción o liquidación de la deuda dineraria garantizada, cuando se hubiera afianzado una deuda indeterminada o no líquida, conforme al artículo 1825 CC. En tales casos, como es lógico, no producirá la extinción de la fianza solidaria o aval, tal como, por ejemplo, señala la Sentencia de la AP de Jaén de 29 de noviembre de 1993 (AC\1993\2319).

Del mismo modo, entendemos que no habrá tampoco extinción del aval cuando, como examina la Sentencia de la AP de Granada (Sección 4.^a) de 23 de mayo de 2005, se ha otorgado sobrevenida-

⁴¹ Esto es lo que trata la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1989, que deniega la extinción de la garantía solidaria (Sentencia de 20 octubre 1989. RJ 1989\6941. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz).

mente por el deudor una escritura de constitución de hipoteca como modo de reforzamiento de las garantías junto a la fianza previamente constituida: en estos casos, no se produce una «novación» o cambio en la deuda principal, sino que se adjunta una nueva garantía (real) accesoria que, en principio, no afecta a la posición del fiador (Sentencia núm. 313/2005 de 23 mayo JUR\2005\155663).

5.4. NOVACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR.

Con carácter general, a diferencia del cambio de deudor, existen autores⁴² que consideran que el cambio de acreedor supone generalmente una novación modificativa y solo lo será extintiva cuando exista un *animus* explícito de extinguir la relación.

Lo que sucede es que esta idea puede que no sea aplicable plenamente a la fianza solidaria, de modo que, a pesar de que es razonable suponer que el cambio de acreedor no tiene por qué afectar a la posición deudora (y, por consiguiente, a la del fiador), la remisión del artículo 1822.II CC al artículo 1143 CC nos plantea de nuevo la duda, dado que no se hace allí distingo alguno sobre el tipo de novación, sino que existe una remisión general a los artículos 1203 a 1212 CC, donde se acogen todos los tipos posibles de novación, incluida la modificativa por cambio de la persona del acreedor.

Empezaremos analizando los supuestos de cesión de créditos y de subrogación por pago o subrogaciones convencionales y legales.

En los casos de cesión del crédito por parte del acreedor a favor de un tercero, ya sea en forma onerosa o gratuita, la solución podría ser favorable a la continuidad de la obligación fideiusoria básicamente porque, en estos casos, no se percibe el perjuicio del fiador solidario, quien no empeora su posición dado que sigue teniendo que responder por la misma deuda asumida por el deudor garantizado, solo que frente a un nuevo y distinto acreedor. El artículo 1528 CC apoyaría esa idea, dado que incluye a la fianza, como «accesorio», junto con la hipoteca, prenda o privilegio.

No obstante, como ya se advirtió en parte antes, no se debe restringir la disputa a si hubo o no perjuicio para el fiador solidario. Además, esa norma del artículo 1528 se refiere de forma genérica a la «fianza», pero no alude en específico a las hipótesis de fianzas solidarias. En estas últimas, el artículo 1143 CC sirve de contrapeso a ese fundamento legal; es más, se trataría de una norma más especial que técnicamente prevalecería frente a la general del

⁴² *Vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, 1985, p. 197, siguiendo de nuevo a SANCHO REBULLIDA.

artículo 1528 CC. Cabe recordar también que la accesoria que se le presupone a la fianza normal no cuadra con tanta facilidad en la solidaria al tratarse de dos contratos autónomos y separados o independientes entre sí, con sus propias motivaciones y fundamentos, donde el *pacta sunt servanda* y la regla *res inter alios acta* pueden tener unas especiales connotaciones que imposibiliten la transmisión automática de la garantía con la sola cesión del crédito principal.

Por otro lado, la inalterabilidad de la garantía debe ser examinada atendiendo a las distintas situaciones.

Así, es perfectamente imaginable que ese cambio del primitivo por un nuevo acreedor suponga algún tipo de riesgo o agravamiento de la posición del fiador.

Un ejemplo son las hipótesis, muy frecuentes en los últimos tiempos, de cesión global de activos, o de activos y pasivos, realizadas por entidades financieras para deshacerse de créditos tóxicos, cediéndolos a los llamados vulgarmente como «fondos buitre». Cabe pensar que, en situaciones de este tipo, la cesión automática de la garantía solidaria puede agravar, sin su consentimiento, la posición del fiador. En concreto, el fiador solidario se va a encontrar con un acreedor mucho más estricto, que no necesariamente va a seguir las pautas más flexibles de los bancos y sus reglas de conducta a la hora de iniciar las ejecuciones (hipotecarias o generales) contra el deudor y sus avalistas. Por ello, por ejemplo, es muy probable que estas nuevas entidades acreedoras no hayan suscrito el llamado Código de Buenas Prácticas, aceptado por la gran mayoría de las entidades financieras, con lo que tanto el deudor principal como los posibles avalistas podrían dejar de beneficiarse de las medidas previstas para esas situaciones⁴³.

⁴³ Hay alguna sentencia de audiencias, como la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 17.^a) de 20 de octubre de 2016, en la que parece denegar la extinción de la garantía solidaria cuando hubo una fusión por absorción de la entidad acreedora, aunque el avalista comenzó a serlo en el momento de la fusión, y no antes, por lo que en realidad prestó su consentimiento expreso a la operación.

La sentencia se expresa en los siguientes términos: «Finalmente, sobre las consecuencias de la fusión por absorción dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2007 (STS 155/2007) que "En la fusión de sociedad por absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, lo que determina que no sean causa de extinción de las relaciones contractual, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, precisamente por esa sucesión universal que se produce por la fusión , como establece el artículo 233, párrafo primero, de la vigente Ley de Sociedades Anónimas". En el caso que resolvemos resulta, del documento n.^o 4 aportado en el acto de la audiencia previa (copia del Boletín Oficial del Registro Mercantil), que, como hemos dicho, el acuerdo de fusión por absorción fue aprobado en las juntas celebradas en fecha 21 de junio de 2012 y, sin embargo, sin hacerse

Del mismo modo, también es imaginable que el fiador se vea afectado por el cambio de acreedor —de acuerdo con lo pactado— en cuanto al modo y lugar de cumplimiento de la obligación principal (y, por tanto, de la obligación fideiusoria), ya que la aparición de un nuevo acreedor, no consentido por el fiador, podría obligar a este a tener que desplazarse para el pago o cumplimiento a otro domicilio si el domicilio se halla en otra localidad y el pago se ha previsto en el del acreedor, sea quien sea. También podría haber *mayores costes procesales* derivados de ese cambio de acreedor, de modo que el fiador podría verse en la tesitura de tener que iniciar un procedimiento judicial contra ese nuevo acreedor ante una jurisdicción distinta de la originariamente prevista, más lejana y, por tanto, mucho más gravosa para el fiador solidario al carecer ese acreedor cessionario de sede física en España o incluso no tener sede física conocida (cada vez más es posible hallarse ante acreedores cessionarios de créditos, multinacionales, fondos de inversión o empresas tecnológicas con una sede virtual o sin sede conocida o incluso inexistente en España).

Además, al margen de lo anterior debe tenerse en cuenta también la afectación posible de la relación obligatoria previa entre acreedor y deudor principal, la cual en muchos casos será una relación con obligaciones recíprocas o bilaterales⁴⁴.

De este modo, en casos de cambios de parte en una relación arrendaticia, se da una relación nacida de un contrato bilateral típico como un arrendamiento de vivienda. En estos contratos, y en muchos otros (como contratos de ejecución de obra garantizados con una fianza personal de otro sujeto distinto del deudor), el cam-

constar tal hecho, se firmó por las entidades absorbidas, representadas por D. Desiderio (que es quien las representó en las antedichas juntas), el documento de reconocimiento de deuda y afianzamiento en fecha posterior, esto es, el 2 de julio de 2012, en contra de las exigencias de la buena fe en el ejercicio del derecho. De ello se infiere que el ahora apelante se constituyó en fiador solidario conociendo que ya se habían llevado a cabo los acuerdos de fusión por absorción de las sociedades afianzadas, pues había actuado como representantes de las mismas en las juntas en las que se acordó, con lo que si a ello se suma lo que queda dicho que señala la jurisprudencia en cuanto a los efectos de la fusión por absorción, que no sea causa de extinción de las relaciones contractuales, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, de lo que se infiere que tampoco es causa de extinción de la fianza pues, en contra de lo pretendido por el apelante, no se produce una novación subjetiva por cambio de deudor, con lo que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1207 de Código Civil .Pero es que, además, el ahora apelante no puede considerarse un tercero que no hubiere consentido en el cambio de deudor ya que, como hemos dicho, el documento de reconocimiento de deuda y afianzamiento es de fecha posterior a la de las respectivas juntas de las mercantiles en las que se acordó la fusión por absorción en las que participó como representante de las absorbidas». (Sentencia núm. 480/2016 de 20 de octubre. JUR/2017\56529).

⁴⁴ En Alemania, al comentar la doctrina el § 418 BGB, que extingue la fianza cuando se produce un cambio de deudor mediante una asunción de deuda, algunos autores defienden que esa extinción alcanza a aquellos otros casos en que se produce un cambio de sujeto mediante una asunción total del contrato. *Vid.* RÖTHEL, A., 2008, p. 1737.

bio de acreedor no se produce de un modo independiente y separado de la total relación jurídica con obligaciones recíprocas. Así las cosas, es indudable que, si hay un acuerdo de cesión global de contrato entre acreedor originario y nuevo acreedor, es imprescindible como regla el consentimiento del deudor. Sin embargo, no está previsto —ni contractual ni legalmente— que también deba consentir a esa cesión de contrato el propio fiador (aquí, el fiador solidario), como sujeto interesado y afectado por el cambio.

Desde esta perspectiva parece incuestionable que el cambio de acreedor respecto de la concreta obligación garantizada por la fianza sí que puede afectar y llegar a condicionar la posición del fiador, empeorando su posición, y debe considerarse muy lógico que sea precisa la aprobación o consentimiento del fiador solidario. Podría haber un incumplimiento previo del (nuevo) acreedor —por ejemplo, que no cumpla correctamente su deber de mantener al deudor en el goce pacífico de la cosa arrendada cuando haya un arrendamiento de vivienda—, pudiendo ser, por tanto, un sujeto mucho menos serio y diligente que el anterior arrendador. Como consecuencia, esa conducta puede llevar al deudor principal a incumplir su obligación básica correlativa de pago (del precio o de la renta), lo cual podría inducir al nuevo acreedor a dirigirse contra el fiador solidario para reclamarle el pago de esas cantidades.

Al margen de la posibilidad del fiador de oponer al acreedor las mismas excepciones propias de la relación básica (aquí la *exceptio inadimulti contractus*, o la *exceptio non rite*), resulta evidente que el cambio de acreedor puede ocasionar un empeoramiento de la posición del fiador solidario y, por tanto, justificar el efecto extintivo de la garantía solidaria si no lo consintió el garante.

Ello es posible incluso en el ámbito de los contratos crediticios en general y de los préstamos hipotecarios y personales de entidades financieras, ya que en ellos, a pesar de la idea tradicional de que solo hay obligaciones para el prestatario (lo que posibilitaría la cesión del crédito a tercero sin consentimiento del sujeto obligado), las entidades acreedoras mantienen frente al prestatario diversas obligaciones durante la vida del préstamo, como ha sido defendido recientemente a nivel doctrinal⁴⁵. Siendo así las cosas, es de nuevo relevante examinar la posición del fiador solidario garante de las obligaciones del prestatario, ya que el cambio de acreedor sin su conocimiento ni consentimiento puede resultar lesivo para

⁴⁵ Vid. al efecto el excelente trabajo de MARTÍN FUSTER, 2020.

aquel y justificar la extinción o inoponibilidad del cambio conforme al artículo 1143 CC⁴⁶.

En conclusión, no podemos descartar en absoluto que, al no haber consentido este fiador el cambio de acreedor, pueda esgrimir una norma como la del artículo 1143 CC (en conexión con el art. 1822.II CC) y aducir la extinción de la fianza solidaria como consecuencia de la novación (subjetiva) por cambio de acreedor en tanto la alteración de la relación le haya afectado negativamente en algún aspecto de relevancia.

La norma del artículo 1143 CC no distingue, sino que se aplica a cualquier novación. Por tanto, no es descartable que ese cambio suponga frente al fiador solidario —aunque no en las relaciones entre acreedor y deudor— una verdadera «extinción» de la deuda originaria (novación extintiva) sin que pueda regir aquí la idea de «derecho accesorio» que late en el artículo 1528 CC.

Además de todo lo anterior, un acuerdo nuevo de cesión de la posición global de acreedor (o arrendador, en nuestro caso), en tanto se haya celebrado con intervención y consentimiento del deudor principal (p. ej., mediante cesión de contrato), va a producir un efecto inexorablemente lesivo para el fiador solidario como es, una vez más, un reconocimiento de la deuda por el deudor, con un consiguiente nuevo plazo prescriptivo y también una prórroga de cumplimiento. Ello nos remite al artículo 1827 CC, así como al mandato del artículo 1851 CC, y a la extinción de la garantía por los cambios relevantes producidos y no consentidos por el fiador solidario.

Por último, no puede perderse de vista que, como ha explicitado alguna sentencia del Tribunal Supremo antes recogida, como la Sentencia del TS de 15 de julio de 2008, es muy posible suponer que en las fianzas solidarias subyazga una suerte de vínculo de carácter personal entre fiador y acreedor (primitivo), de modo que no sea factible, sin consentimiento del avalista, su transferencia o cesión a un nuevo titular del crédito principal. Allí se decía explícitamente que «dado su carácter personal no puede ser transferida a favor del nuevo titular de la parcela sin autorización de la entidad fiadora».

Es muy probable que todo lo expuesto respecto de las cesiones de crédito se pueda trasladar sin demasiados inconvenientes a las

⁴⁶ Debe tenerse en cuenta que, con la fianza solidaria o aval documentada en escritura pública, como sucederá en muchas ocasiones, el perjuicio para el fiador solidario podría ser evidente, ya que la entidad financiera podría proceder a ejecutar tal título sin que en ese procedimiento ejecutivo fuese viable oponer por el fiador, como excepción, el referido previo incumplimiento del prestamista o nuevo acreedor de alguna de sus obligaciones contractuales o legales, por lo que es probable que se deba remitir a un procedimiento ordinario.

hipótesis en que se trate de una subrogación por pago del artículo 1211 CC o incluso en los casos de cambio de acreedor por subrogación legal de los artículos 1209 ss. CC. De nuevo, un cambio cualquiera en la persona del acreedor es susceptible de lesionar la posición del fiador solidario, por lo que, a falta de consentimiento del mismo, habría que defender el efecto extintivo conforme al mandato genérico del artículo 1143 CC.

De este modo y respecto de los supuestos de cambio de acreedor producidos mediante subrogación por pago, convencional o legal, regulados en los artículo 1209 a 1210 CC, de nuevo chocaría con un precepto legal como el artículo 1212 CC, que dispone la transmisión automática de los «derechos anexos» al crédito principal, en los que se incluyen los relativos a «fiadores o poseedores de hipotecas».

Sin embargo, cabe traer a colación la idea de que, a nuestro juicio, no es acertada la equiparación que hace la norma entre las fianzas, por un lado, y las garantías reales hipotecarias o de otro tipo, por otro, y con mayor motivo si estamos ante una fianza solidaria. La fianza no es propiamente un accesorio de la deuda principal, ya que se trata de una relación obligacional autónoma y diferenciada de la relación base y en ella han intervenido otras personas distintas del deudor (normalmente). Hablamos de una accesoriiedad genética o de conexión, que no tiene por qué ser un beneficio anexo e inseparable de la deuda principal, que sea susceptible sin más de trasmitirse con el crédito principal sin tener ninguna participación el fiador solidario. La norma citada tiene quizá algo más de sentido referida a la fianza normal, pero es mucho más dudosa cuando de fianza solidaria sin beneficio de excusión se trata. Aquí el legislador debe ser mucho más estricto e impedir la afectación del fiador solidario en cualquier alteración en la que no haya intervenido o prestado su consentimiento expreso o tácito.

En todo caso, se pueden traer a colación casi las mismas y exactas consideraciones expuestas antes respecto de las cesiones de créditos para llegar a las mismas conclusiones. La primera, que el cambio en la persona del acreedor, incluso aunque sea mediante una subrogación por pago, puede ser lesivo para el fiador solidario si resulta que la deuda principal se enmarca dentro de una relación jurídica bilateral o recíproca, tal como sucede en la gran mayoría de las situaciones imaginables, por lo que debe defenderse, a falta de consentimiento expreso o tácito del fiador, la extinción del aval por los cambios producidos. La segunda, que el nuevo acreedor es muy posible que se encuentre en una situación diferente a la del acreedor primitivo, por ejemplo, a efectos de aplicación de la nor-

mativa sobre Código de Buenas Prácticas, en caso de tratarse — como muchas veces sucede — de un crédito bancario o financiero en el que se ha podido subrogar ese tercero. Todo ello lleva de nuevo a considerar que la novación es siempre o casi siempre, frente al fiador solidario, una novación con efectos extintivos de la misma, aunque pudiera calificarse en abstracto como novación modificativa la producida en la relación principal.

5.5. ALGUNOS CASOS DE NOVACIÓN LEGAL (SIN CONSENTIMIENTO DEL ACREDOR).

Frente a los casos de novaciones voluntarias, fruto de un acuerdo entre acreedor y deudor (o nuevo deudor), existen una serie de supuestos en los que, sin intervención del acreedor, se produce, por mandato legal cuando concurren determinadas circunstancias y presupuestos, una novación de la deuda que pudiera estar garantizada con una fianza solidaria.

En el ámbito de los arrendamientos urbanos conocemos algunos de ellos. Los artículos 12 y 15 de la LAU regulan supuestos en los que se produce un cambio en la persona del arrendatario, por mandato legal, una vez concurren las circunstancias allí previstas, debiendo el arrendador aceptar esos cambios aun contra su voluntad.

5.5.1. En concreto, y en primer lugar, el artículo 12 LAU regula el caso de desistimiento del arrendatario (único) y la posibilidad de que su cónyuge (o conviviente de hecho) no arrendatario pueda continuar en el arriendo hasta su terminación legal y sus prórrogas siempre que conviva allí con su cónyuge en ese momento y efectúe una manifestación en el plazo de quince días, previo requerimiento del arrendador. La aceptación del cónyuge del arrendatario dará lugar a un cambio de la persona del obligado principal sin que el precepto legal prevea en absoluto las posibles consecuencias sobre la posición del hipotético fiador, solidario o no solidario.

En principio, no habiendo regulación específica y no pudiendo tampoco deducirse una *ratio singular* de la norma que pudiera ser trasladable a las garantías constituidas en favor del arrendador, las consecuencias deberán ser las generales, esto es, la de la extinción de la fianza solidaria al haberse producido inequívocamente una novación extintiva del arrendamiento por cambio de la persona del deudor principal (art. 1207 CC).

El hecho de la que la norma prevea esta opción a favor del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario responde a una voluntad de protección de esa persona, por cuanto frecuentemente la misma

habrá quedado fuera del vínculo arrendaticio cuando lo normal hubiera sido suscribirlo ambos miembros desde el principio. Es cierto que la norma también incluye el caso de matrimonio o constitución de pareja de hecho ulteriores en el tiempo a la firma del contrato de arrendamiento, a pesar de lo cual se equipara a los otros supuestos antes señalados, sin que haya motivos para otorgar un tratamiento diferente a la garantía constituida. El fiador solidario no prestó, ni ha prestado con ocasión del cambio de arrendatario, su consentimiento a ese nuevo deudor (que al mismo tiempo es acreedor frente al arrendador), el cual bien podría ser mucho menos solvente o menos fiable, como pagador de la renta, que el originario.

5.5.2. Del mismo modo, el artículo 15 LAU acoge otro supuesto de novación del arrendamiento por cambio de la persona de los deudores arrendatarios, siendo ambos los titulares conjuntos del arrendamiento. Esta hipótesis se produce cuando, ante la nulidad, separación o divorcio entre esos dos arrendatarios, la sentencia o escritura notarial que regule sus efectos disponga la atribución del uso de la vivienda arrendada a uno de ellos en exclusiva. En esas situaciones, el arrendamiento pervive, pero en la persona del cónyuge atributario de ese uso, quien será nuevo arrendatario en exclusiva previa comunicación al arrendador en el plazo de dos meses.

De nuevo, la norma citada no establece nada acerca de la continuidad de una previa fianza solidaria que hubiera constituido algún pariente o allegado para garantizar la deuda arrendaticia. Por lo tanto, las consecuencias deberán ser las mismas que las señaladas para el artículo 12 LAU, a saber, la aplicación de las reglas generales ya expuestas y la consiguiente extinción del aval por haberse producido una novación (extintiva) de origen legal por cambio de la persona del deudor principal. En estos supuestos, parece evidente que los arrendatarios pasan de dos a uno solo, lo que sin duda perjudica la posición del avalista y justifica la extinción del aval.

5.5.3. Por último, nos referimos a la novación producida por aplicación del artículo 11 LAU y la doctrina jurisprudencial que lo ha desarrollado cuando eran dos o más los deudores y solo uno de ellos ejercita la facultad de desistimiento prevista en la citada norma.

Aquí no existe propiamente una regulación legal del cambio de arrendatario, sino que es la jurisprudencia menor de las audiencias provinciales la que ha asumido que, siendo en origen dos o más los arrendatarios (deudores solidarios), no se puede obligar a aquel de ellos que quiera salir de la relación arrendaticia a seguir en ella si el otro u otros no quieren hacer lo mismo. De ahí que se admita sin

graves inconvenientes la salida de uno de ellos y la permanencia del otro como arrendatario único, aunque algunas sentencias exigen que se produzca una aprobación del arrendador, muchas veces de forma tácita (incluso se llega a considerar como «forzosa» para el arrendador dada la facultad legal concedida, sin excepciones, por ese artículo 11 LAU y el derecho a la tutela judicial efectiva del que desiste).

Por ello, si ese arrendamiento estuviera garantizado por un avalista, normalmente un familiar o allegado de alguno de los arrendatarios, es lógico mantener el criterio de la extinción del aval al empeorarse de forma automática la posición del fiador solidario, por haber perdido a uno de los obligados principales, que bien podría ser el más solvente o el más cumplidor (y aun sin serlo: ese dato debe ser irrelevante).

En general, no hay base legal alguna, si se examinan todos los preceptos antes citados de la LAU, para obtener una conclusión contraria a la general de la extinción de la hipotética fianza solidaria otorgada por un familiar o allegado al arrendatario (como suele ser lo más habitual en la práctica).

5.5.4. Todavía dentro de la regulación del arrendamiento de vivienda en la LAU, conviene traer a colación el supuesto de novación legal derivado de la venta de la vivienda previamente arrendada, que determina un cambio legal automático en la posición arrendadora por parte del sujeto adquirente de la propiedad. Aquí tenemos una norma como el artículo 14 LAU, que resulta ser más explícita, en principio, al disponer que «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

A pesar de todo, la norma no contiene tampoco ninguna previsión de efectos respecto de la fianza solidaria previamente constituida por un tercero avalista, y sí solo una subrogación en los derechos y obligaciones del arrendador, referida sin duda a su relación con el arrendatario o arrendatarios en exclusiva. No parece posible extender esa subrogación a la garantía solidaria, sobre todo por el hecho de que no ha habido consentimiento del fiador y de que se produce un cambio total en la relación arrendaticia y no una mera cesión del crédito del arrendador al cobro de las rentas, por todo lo cual, como ya se dijo más arriba, puede ser razonable la extinción de la fianza solidaria aplicando el artículo 1143 CC.

5.5.5. Dentro de los supuestos de novaciones impuestas por mandato legal deben incluirse aquellas normativas especiales y puntuales que se promulgan para situaciones sociales excepcionales. El caso más reciente y evidente es la normativa dictada con ocasión de la covid-19.

A este respecto, como sabemos, el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al covid-19, en su artículo 2, prevé para los arrendamientos de vivienda una prórroga o alargamiento del plazo del contrato en los siguientes términos:

«Artículo 2. Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual.

En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este real decreto-ley hasta el día en que hayan transcurrido dos meses desde la finalización del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se fijen otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes».

Como puede comprobarse, se trata de una norma excepcional que debe ser interpretada de forma restrictiva en cuanto a sus condiciones de aplicación, así como en cuanto a su ámbito de aplicación. Se prevé una ampliación o prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda en determinadas situaciones (finalización de prórroga obligatoria, pero solo la producida dentro del periodo de vigencia del estado de alarma). No se dice nada de las consecuencias de esa prórroga legal sobre las posibles garantías personales concedidas en su momento a favor del arrendador.

Dado ese carácter excepcional de la norma, es evidente que no puede extenderse a situaciones no previstas allí. Esto, aplicado a la cuestión que aquí se analiza de la extinción o subsistencia de la fianza solidaria, debe suponer que se apliquen las reglas generales de la novación y, por tanto, siguiendo el artículo 1851 CC y el artí-

culo 1143 CC, que se entienda extinguida la fianza. No hay argumento ni base alguna para considerar vigente la fianza tras la prórroga allí prevista⁴⁷. No vale la idea del carácter «accesorio» de la fianza, característica que tiene que ver más con el origen o nacimiento de la fianza y su dependencia de una obligación principal que con la posible idea de seguimiento, sean cuales sean los avatares que sufra esa obligación principal.

A lo sumo, se podría sostener, por tratarse de una consecuencia legal imperativa, inexorable para el acreedor, que la fianza persiste hasta la fecha de vencimiento prevista respecto de la deuda principal, con extinción a partir de ese momento, sin perjuicio de la subsistencia del vínculo entre acreedor y deudor (arrendador y arrendatario).

Sin embargo, esta opción no resulta a la postre viable. En primer lugar, por lo que se dijo al tratar del artículo 1851 CC, esto es, que al no estar vencida la deuda, como consecuencia de la prórroga, no le es exigible el pago al fiador solidario al no haber incumplimiento previo del deudor⁴⁸. En segundo lugar, porque nos encontramos ante una facultad otorgada legalmente al arrendatario, de libre ejercicio por el mismo, por lo que, dado que no ha intervenido el consentimiento del fiador, si se le considerase vinculado por esa prórroga, en realidad estaríamos ante un supuesto en el que quedaría la eficacia de lo pactado (en este caso, la prórroga o no de la fianza solidaria) al arbitrio de un tercero (art. 1256 CC), como sería el arrendatario, lo que no parece de recibo⁴⁹.

6. CONCLUSIONES

1. El pacto por el cual se constituye una fianza solidaria en beneficio del acreedor de la deuda principal tiene normalmente la consideración de pacto autónomo y diferenciado del que hizo surgir la relación debitoria entre acreedor y deudor principal. Ese pacto debe regirse por las condiciones y términos recogidos en el mismo, de modo que el fiador solidario solo esté vinculado frente al acreedor en la forma y alcance allí recogidos.

⁴⁷ En relación a las prórrogas acordadas por la autoridad, con base en intereses generales, dice GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 324, que ese tipo de prórrogas no producirán efectos extintivos de la fianza, sea cual sea, aunque no expone los posibles argumentos.

⁴⁸ A lo sumo, si dentro del periodo contractual originario se produjera el impago de alguna mensualidad de renta, sí que se podría dirigir el acreedor contra el fiador solidario.

⁴⁹ No obstante, si se hubiera producido el impago de las rentas dentro del periodo anterior al inicio de la prórroga, no solo podrían ser reclamadas por el acreedor frente a su deudor, sino también frente al fiador al no verse afectadas esas mensualidades por la prórroga legalmente concedida.

2. Por lo tanto, la idea primera que podemos deducir de las normas examinadas, reguladoras tanto de la fianza normal como de la solidaria, es que, como regla, los cambios en la deuda afectan a la garantía y permiten establecer el criterio general de la extinción incluso aunque no sean cambios especialmente trascendentales. A tal efecto, el artículo 1851 CC, aplicable a todas las fianzas, y en especial a las fianzas solidarias, ejerce un indudable poder de atracción: no es coherente defender la extinción de la fianza solidaria por simple prórroga de cumplimiento en una interpretación amplia y flexible como la empleada por la jurisprudencia y no hacerlo con otras modificaciones objetivas o subjetivas de mayor o mucho mayor alcance.

3. Esto también es coherente cuando hablamos de fianza solidaria, donde el avalista, justamente por haberse obligado en unas condiciones muy gravosas para él mediante el rechazo expreso del beneficio de excusión, merece un mayor trato protector de sus intereses, de modo que quede vinculado —siempre salvo pacto o consentimiento expreso o tácito del mismo— en los mismos términos pactados y, por lo tanto, cualquier cambio en la deuda principal debe implicar como regla un «efecto extintivo» de la garantía, aun siendo una novación modificativa.

4. La remisión que hace la mayoría de la doctrina a las reglas de la fianza para regular las relaciones externas entre acreedor y fiador resulta insuficiente al solo existir el artículo 1851 CC, que recoge un caso singular. Por otro lado, cuando el artículo 1847 CC viene a establecer que se extingue la deuda principal por cualquier de las causas generales, entre ellas la novación, se está refiriendo a los casos de novación extintiva, pero no resuelve los supuestos de novación modificativa de la obligación principal ni explicita lo que sucede cuando hay cambios en la persona del deudor o del acreedor.

Por ello, se hace inevitable el recurso al artículo 1143 CC en la remisión que hace al mismo el artículo 1822.II CC. A este respecto, es muy posible que, en la base de la regulación de la fianza solidaria y en la remisión al artículo 1143 CC subyazga, en última instancia y de forma latente, la consideración general de que cuando se produce una modificación de la base del negocio principal, sea cual sea, se altera la propia base del acuerdo específico de fianza y ello debe determinar inexorablemente la extinción de la relación fideiusoria. Sería una suerte de aplicación de las reglas generales sobre alteración de la base del negocio especialmente protectora de los garantes personales, pero sin necesidad de exigir la demostración de que ha habido una alteración sustancial, extraor-

dinaria e imprevisible. El mandato contenido en el artículo 1851 CC será, de nuevo, una buena base para defender esta postura.

5. En lo concerniente a las modificaciones objetivas producidas en la deuda principal, sean o no generadoras de una novación de tipo extintivo, las normas vigentes dan pie para una interpretación favorable al fiador, muy en especial al fiador solidario, dada su mucho más gravosa posición. Por lo tanto, cualquier cambio objetivo, incluso aunque sea de escasa entidad, implica o puede implicar una facultad para el avalista de desvincularse de su relación con el acreedor. Ello debe ser así al margen de que las modificaciones introducidas hayan agravado la posición económica o jurídica del avalista. De nuevo, el modelo legal del artículo 1851 CC sobre la modificación de la relación por concesión de una prórroga al deudor, con la consiguiente extinción de la fianza aun siendo fianza normal y no solidaria, debe arrastrar a su órbita, por analogía, a cualquier novación objetiva, sea cual sea su entidad.

6. Siendo solidaria la fianza, existiendo una expresa remisión al artículo 1143 CC y, por tanto, estableciendo la extinción general de esta fianza por cualquier novación o incluso por cualquier alteración de otro tipo de la obligación principal, existen poderosas razones para seguir unas pautas interpretativas y aplicativas orientadas a su protección y a la extinción de la garantía en caso de que se produzca cualquier tipo de novación o alteración de la relación debitoria principal.

La doctrina no se ha ocupado casi nunca de examinar con detalle las razones de la posible aplicación del artículo 1143 CC a las fianzas solidarias, por lo que, al margen de que haya autores que de forma genérica se hayan mostrado partidarios o contrarios a aplicar las normas de la solidaridad, no encontramos motivos para denegar la extinción de la fianza solidaria cuando se produce una novación o modificación objetiva.

El argumento de que el artículo 1143 CC remite solo a las novaciones objetivas de carácter extintivo resulta incongruente cuando es patente que ya el artículo 1847 CC ha previsto esos supuestos para cualquier tipo de fianza, incluida la normal o típica, por lo que se haría inútil esa interpretación del artículo 1143 CC en su traslación a las fianzas solidarias.

7. No es fácil encontrar las razones que podrían explicar con toda profundidad y detalle el sentido del artículo 1143 CC de dar por extinguidas las fianzas solidarias cuando se produce una novación. Aparte de las razones de tutela de fiador solidario como sujeto especialmente expuesto a cualquier alteración objetiva o subjeti-

va de la obligación principal garantizada, debemos pensar también en el principio *pacta sunt servanda* y el de *res inter alios acta* unidos al carácter accesorio de la garantía, los cuales llevan a establecer el criterio de exigir el consentimiento expreso o tácito de ese fiador para cualquier modificación de la relación debitoria principal producida entre acreedor y deudor como forma de hacer posible la subsistencia de la garantía solidaria tras dicha modificación.

8. Esto implica en buena medida, visto desde la perspectiva de las novaciones subjetivas o por cambio de la persona del deudor o incluso del acreedor, la necesidad de sostener que existe también una suerte de *intuitu personae* en la suscripción u otorgamiento de este tipo de fianza, idea que ya se insinúa en alguna sentencia citada, como la STS de 15 de julio de 2008.

Ya que el fiador solidario puede ser exigido directamente sin pasar por la reclamación ni el embargo previo de bienes del deudor, puede resultar razonable considerar que el vínculo contraído con el acreedor se limita a lo explícitamente pactado, así como a las partes que lo pactaron, sin que se pueda ver afectado por las distintas alteraciones subjetivas en la deuda principal que pudiera acontecer.

9. De este modo, al tratarse de un cambio en la persona del deudor mediante su sustitución por otro u otros o mediante la reducción de los dos (o más) deudores principales a uno solo, es razonable que se produzca la extinción de la fianza solidaria de manera general.

En estos casos, debemos pensar, con la mayoría de la doctrina, que todo cambio de deudor, sea cual sea, produce siempre una novación extintiva de la obligación principal, por lo que frente al fiador se extinguiría la garantía en aplicación de la regla del artículo 1847 CC.

Por otro lado, no se trata tanto de que ese cambio puede producir —y con frecuencia así será— un mayor riesgo para el fiador al tener que asumir el posible pago como consecuencia de situaciones de insolvencia declarada o no de ese nuevo o nuevos deudores. Es más bien que el avalista o fiador solidario hizo en su momento su cálculo previo de riesgos atendiendo a la persona del deudor y su situación patrimonial y personal, por lo que cualquier cambio de deudor no consentido debe producir una extinción de la fianza (aparte de que también se producirá normalmente la de la deuda principal). El fiador solidario ha prestado su consentimiento sobre una base subjetiva determinada y a ella habrá que atenerse: los cambios concertados entre acreedor y fiador deben abocar a la extinción de la fianza solidaria, salvo consentimiento explícito de

dicho fiador. Ello debe ser así incluso aunque pudiera intentarse la prueba de que el nuevo deudor principal va a resultar más solvente: la decisión de si le beneficia o no debe quedar en manos del fiador solidario por razones obvias.

10. La gran duda es el caso de cambio de acreedor. Aquí no puede descartarse de nuevo que la deuda contraída por el fiador, precisamente por ser «solidaria», participe de la naturaleza de deuda contraída *intuitu personae* a que antes nos referíamos, esto es, que la persona del acreedor también ha resultado decisiva a la hora de prestar el consentimiento al aseguramiento de la deuda ajena y que cualquier cambio de acreedor sea una *res inter alios acta* que deba pasar por el filtro del consentimiento del fiador.

No se trata tanto de que el fiador solidario pueda sufrir algunos perjuicios por tener que cumplir ahora frente a un sujeto distinto, lo que llevaría en principio a mantener la vigencia del aval cuando no hubiera tal lesión o perjuicio. Es más bien que el fiador decidió *motu proprio* aceptar pagar o cumplir frente a este sujeto acreedor concreto y frente a nadie más (a lo sumo, sus herederos en caso de fallecimiento), siendo frente a él una *res inter alios* inoponible cualquier cambio en la persona del acreedor operado entre deudor y acreedor o entre deudor y un nuevo acreedor. La singularidad de la fianza solidaria lleva a la conclusión de que el traspaso automático y sin consentimiento del fiador de dicha garantía, mediante el cambio de la persona del acreedor, debe quedar excluido y hacer inaplicable el artículo 1528 CC.

No puede perderse de vista además que, con bastante frecuencia, el acreedor principal lo es dentro de un contrato con obligaciones recíprocas donde asume también el papel de deudor, de modo que parece muy sensato excluir la continuidad de la fianza solidaria si no hay consentimiento del fiador ante el peligro de que pudiera haber habido un previo incumplimiento del (nuevo) acreedor, quien podría ser menos diligente o más insolvente que el primitivo en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que por lógica repercute en el avalista. Eso puede suceder con relaciones contractuales tales como el arrendamiento, donde cambie la persona del arrendador, pero también incluso en los contratos crediticios, que también son, como es sabido, relaciones bilaterales o recíprocas donde el cambio de la persona del prestamista puede tener consecuencias perjudiciales para el deudor prestatario y, por consiguiente, para el fiador.

11. En suma, el examen de los supuestos recogidos en el artículo 1143 CC, al que indudable e inexorablemente remite el artículo 1822.II CC en cuanto que no se puede soslayar su aplicación a

las fianzas solidarias por mucho que se intente una interpretación correctora (que en realidad sería derogadora de la norma), nos lleva a una reflexión última: que en Derecho español, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos donde no existe una remisión a las reglas de la solidaridad ni un artículo como el artículo 1143 CC español, existe implícita una suerte de principio de inmutabilidad de la fianza solidaria en el sentido de que, ya se trate de una novación, extintiva o modificativa, de la relación base, ya afecte al objeto, ya a los sujetos de la relación (e incluso cuando se produzcan cambios o alteraciones de esa relación que no sean constitutivas técnicamente de una novación, como sucedería con los demás casos descritos en el mismo art. 1143 CC), el fiador solidario no solo no se verá afectado ni vinculado por los mismos, sino que esas «alteraciones» conducirán a la extinción de la fianza misma al haberse desconfigurado la relación principal de referencia y no poder ya trasponer la garantía a esa nueva situación —no prevista ni consentida— de la relación obligatoria principal⁵⁰.

12. Las conclusiones anteriores no tienen por qué verse afectadas si el acuerdo de constitución del aval o fianza solidaria se hizo dentro de un contrato de mayor calado, como, por ejemplo, un préstamo con condiciones generales o un contrato de obra con condiciones generales también, y se suscribió un contrato autónomo de garantía anexo al principal. Al haber una ulterior novación o alteración de la relación debitoria entre deudor y acreedor, es probable que la posible renuncia o previsión contractual suscrita formalmente por el garante fuese ilícita por vulneración de los artículos 1826 o 1827 CC.

⁵⁰ A nuestro juicio, eso tiene sentido si esa relación obligatoria de referencia entre acreedor y deudor principal se ha alterado mediante actos o negocios jurídicos en los que ha intervenido el acreedor garantizado de forma voluntaria. Así sucede por ejemplo en casos de condonación o incluso de confusión, donde es incuestionable que ha habido una manifestación de voluntad del acreedor de cambiar los términos de la relación (v. gr., ha aceptado la herencia sabiendo o debiendo saber que ello implicaba dejar a su propio criterio la subsistencia o no de la deuda y de la garantía misma, mediante la aceptación a beneficio de inventario o la aceptación pura y simple). Incluso si se tratase de una compensación, vista desde una perspectiva de no automatidad de la misma, también en ella habrá habido una conducta volitiva del acreedor de aceptar la compensación, con lo que la garantía solidaria no debería subsistir al haberse producido una alteración no consentida en la relación base.

Incluso aunque no hubiera intervenido de forma directa o indirecta la voluntad del acreedor garantizado, la remisión al artículo 1143 CC que efectúa el artículo 1822.II CC tendrá el sentido de considerar una suerte de estricta aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a las fianzas solidarias en aras de la tutela del avalista, haciendo que se extinga la garantía ante cualquier alteración de la relación, la cual, frente al referido fiador solidario, habría pasado a ser otra distinta y diferente de la garantizada a la que no puede ya alcanzar la garantía.

No obstante, cabe imaginar que entre las cláusulas de la garantía se incluya una expresa renuncia o previsión contractual de mantenimiento de la vigencia de la garantía en caso de cesión a terceros del crédito del acreedor o en caso de cualquier ulterior novación o alteración sobrevenida de la obligación principal. Frente a ello, cabe sostener la muy probable ilicitud de esta clase de cláusula, tanto por afectar al mandato de los citados artículos 1826 y 1827 CC (para los casos en que la misma se incluya en un contrato al que no se le apliquen las normas sobre consumidores), como, en este último caso (esto es, contrato donde el fiador o el deudor principal tengan la condición de consumidor), por no superar seguramente los controles de incorporación, de contenido o de transparencia, dado que, no ya el acuerdo en sí, sino la cláusula específica que prevea la subsistencia a pesar de los cambios que pudieran introducirse en la relación principal (sean de naturaleza objetiva o subjetiva) podría ser declarada ilegal y abusiva conforme a la normativa general sobre consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Comares, Granada, 1988.
- BOZZI, Giuseppe: «La fideiussione, le figure affini e l'anticresi», en *Trattato di Diritto Privato, 13, Obbligazioni e Contratti*, Pietro Rescigno, ed. UTET, Turín, 1985.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, 1992.
—*Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Recargas y novaciones hipotecarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: *Efectos del contrato de fianza: Relaciones entre Acreedor, Deudor principal y Fiador*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.
- «Fianza civil y mercantil», en *Tratado de Contratos*, Tomo IV, Rodrigo Bercovitz (dir.), 3.^a edic., Valencia, 2020, pp. 5139 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de derecho Civil patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993.
- FÍNEZ RATÓN, José Manuel: «La prórroga como causa de extinción de la fianza», *Revista Jurídica del Notariado*, 5, 1993, pp. 71 y ss.
- GALVEZ CRIADO, Antonio: *La asunción de deuda en el Derecho Civil. Asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GRÜNEBERG: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 68. Auflage, München, 2009.

- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIII (Arts. 1822 a 1886 del Código civil), Edersa, Madrid, 1979.
- Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: *La novación extintiva por cambio de objeto*, Comares, Granada, 1999.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «La fianza mercantil», en *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, Francisco Javier Camacho de los Ríos, José Carlos Espigares y Guillermo José Velasco Fabra (dir.), Aranzadi, Cizur menor, 2021, pp. 59 y ss.
- MARTÍN FUSTER, Jesús: «Controversias respecto a la terminación del arrendamiento de vivienda por parte de un coarrendatario», *Revista Actualidad Civil*, 2, febrero de 2023.
- Obligaciones de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios*, Colex, 2020.
- MÖSCHEL: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, pp. 241-432, München, 1979.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Elcano, 1985.
- REYES LÓPEZ, María José: *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Ana Cañizares (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ROHE: *Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1 && 1-610 CISG, 3. Auflage, München, 2012.
- RÖTHEL, Anne: *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, vol.I, Köln, 2008.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- TAMAYO CARMONA, Juan Antonio: «La fianza: relaciones entre el fiador y el deudor», en *Tratado de Derecho Civil. Las garantías*, Tomo I, Wolter Kluwer, Madrid, 2016, pp. 161 y ss.
- STÜRNER: *Jauernig-Slechlectiem-Stürner-Teichmann-Vollkommer Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Neubearbeitete Auflage, München, 2015.

La capacidad del fiador: cuando una persona con discapacidad quiere constituirse en fiadora

NAIARA RODRÍGUEZ ELORRIETA

Profesora adjunta de Derecho civil (acreditada como profesora agregada)
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene el propósito de analizar la capacidad de las personas con discapacidad cuando la fianza se constituye por una persona con discapacidad y atender, en especial, al régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por estas personas. La entrada en vigor de 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, ha modificado variada normativa de nuestro ordenamiento jurídico, entre ella, el Código Civil, y ha incidido en la dicotomía entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

PALABRAS CLAVE

Persona con discapacidad; Anulabilidad; Fianza; Capacidad jurídica; Aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica.

The capacity of the guarantor: when a person with a disability wants to become a guarantor

ABSTRACT

The purpose of this research work is to analyze the capacity of people with disabilities when the bond is constituted by a person with disabilities and to address, especially, the voidability regime of contracts entered into by these people. The entry into force of Law 8/2021 of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has modified various regulations of our legal system, among them, the Civil Code, and has influenced the dichotomy between legal capacity and the capacity to act.

KEY WORDS

Person with a disability; Voidability; Bail; Legal capacity; Aptitude for the exercise of legal capacity.

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Recorrido histórico de la capacidad del fiador*.—III. *La capacidad del fiador*. 1. Consideraciones previas. 2. Capacidad para obligarse. 2.1 Concepto actual de capacidad. 2.2 Fianza prestada por las personas con discapacidad. 2.2.1 Ineficacia de la fianza otorgada. 2.2.2 Planteamiento de los diversos contextos que pudieran acontecer en la fianza prestada con persona con discapacidad. 2.2.3 Reformulación del régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad.—IV. *Conclusiones*.—*Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la fianza se encuentra regulada en los artículos 1822 a 1856 del Código Civil. La expresión dar o prestar fianza «es un término jurídico que tiene un sentido preciso, concretamente el de contrato u obligación en cuya virtud un tercero debe y responde personalmente de la prestación a la que otro se ha comprometido, caso de que este no cumpla»¹. En consecuencia, «el fiador asume una obligación propia que no tiene que coincidir necesariamente con la garantizada (art. 1826 CC) y es, por tanto, auténtico deudor de una obligación suya contraída para garantizar una deuda ajena»². No obstante, es preciso distinguir entre el contrato de fianza, la obligación fideusoria y la relación de fianza. Carrasco Perera define la fianza, el tipo básico, como el conjunto de normas que regulan la relación entre acreedor y fiador, y lo califica de contrato³. Sin embargo, el empleo del término contrato resulta incompleto al no poder explicar ciertos efectos fideusorios admitidos en nuestro sistema cuyo nacimiento no puede tener causa en un contrato de fianza⁴. A saber, por ejemplo, los efectos que regula el Código Civil en cuanto a la fianza entre deudor y fiador (artículos 1838 a 1843). De manera que la «relación obligatoria de fianza» o «relación de fianza», que aglutina dos relaciones obligatorias diferentes

¹ GIL RODRÍGUEZ; KARRERA EGIALDE; DE MIGUEL HERNANDO, 2014, p. 290.

² GIL RODRÍGUEZ; KARRERA EGIALDE; DE MIGUEL HERNANDO, 2014, p. 291.

³ CARRASCO PERERA, 1992, p. 65.

⁴ CARRASCO PERERA, 1992, p. 85.

(la garantizada y la de garantía), constituyen términos más adecuados y exactos⁵. En definitiva, mayor interés que el contrato de fianza tiene la relación de fianza en su compleja estructura y las relaciones del fiador con el acreedor y con el deudor (y de los fiadores entre sí)⁶. Cuestión diferente será tratar la obligación fideusoria, obligación que contrae la persona que se constituye como fiador, cualquiera que sea la razón de contraerla⁷.

Con el fin de contextualizar la capacidad del fiador en general, antes de entrar en el concreto análisis de la fianza constituida por persona con discapacidad, se partirá de un breve análisis histórico de dicha capacidad en otras épocas: la referida a Justiniano (Derecho romano), las Partidas (Edad Media), y el Proyecto de Código Civil de 1851 (Edad Contemporánea). A continuación, se atenderá a la actual capacidad del fiador y, para ello, será oportuno advertir que el Código Civil no contiene un precepto específico sobre la capacidad requerida, lo que hace necesario analizar la capacidad general para obligarse⁸. El actual concepto de capacidad ha sido recientemente modificado mediante la Ley 8/2021, lo que ha provocado que el artículo 1263 del Código Civil prescinda de cualquier alusión a las personas con discapacidad —antes incapaces o con la capacidad modificada judicialmente—. Esto no significa que toda persona con discapacidad pueda ser fiadora, ya que habrá que atender al acto en concreto, es decir, si se ha formado su voluntad de forma adecuada y, por lo tanto, si el consentimiento que emite es válido. Por consiguiente y en último lugar, se prestará atención a la anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad llevando a cabo una reinterpretación del artículo 1302.3 del Código Civil acorde a los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tomando como referencia la reciente Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas, en el que la anulabilidad provendrá, y se anticipa, de la insuficiente capacidad de entender y la facultad para expresar su voluntad, unida a la falta de la medida de apoyo.

⁵ Sobre esta cuestión CARRASCO PERERA indica que es una «[o]bligación de refuerzo que satisface el interés de cumplimiento del acreedor en la obligación principal [...] de naturaleza subsidiaria. Obligación propia, distinta de la principal, pero que satisface el mismo interés de cumplimiento que la principal», CARRASCO PERERA, 2021, p. 2269.

⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, 2005, p. 319. En el mismo sentido, REYES LÓPEZ afirma que «resulta más interesante [...] detenerse en el estudio de la relación de fianza porque es la que mejor permite analizar las relaciones que se establecen entre el fiador con el acreedor y con el deudor», REYES LÓPEZ, 2021, p. 506.

⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, 2022, p. 95.

⁸ El artículo 1828 del Código Civil se refiere expresamente a la capacidad en la fianza sin que se estipule nada nuevo sobre la cuestión: «[e]l obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse [...].»

II. RECORRIDO HISTÓRICO DE LA CAPACIDAD DEL FIADOR

Antes de comenzar con el estudio de la capacidad requerida al fiador y, en concreto, de la posibilidad de que una persona con discapacidad pueda constituirse en fiadora, corresponde realizar un breve recorrido a través de la historia.

A lo largo del tiempo han sido varios los cuerpos legales y normas que han tratado la fianza. De ahí que resulte preciso repasar, aunque sea brevemente, el itinerario histórico más relevante de esta figura jurídica a través de tres momentos diferentes (la época de Justiniano en el Derecho romano, las Partidas en la Edad Media y el Proyecto de Código Civil de 1851, conocido como Proyecto de García Goyena) y la capacidad para obligarse —limitada por la edad, el sexo y lo que hoy por hoy denominamos la discapacidad—.

La actual configuración de la fianza parte de su antecedente jurídico más lejano, en la época del emperador romano Justiniano: la *fideiussio*⁹. En el Derecho romano, la garantía personal se configuró mediante una pluralidad de formas a lo largo de su evolución histórica, pero parece que la *fideiussio* fue la única fórmula de garantía que continuó viva¹⁰ tras la desaparición de anteriores figuras jurídicas, concretamente, la *sponsio* y la *fidepromissio*¹¹. La estructura de la *fideiussio* consistía en un acto oral, basado en la *fides*, en la que el *fideiussor* realizaba una promesa: ¿te haces fiador de lo mismo?¹². Dicho de otra manera, prestaba su consentimiento para ser fiador. En la intervención del fiador había algo más que una seguridad material o una garantía de solvencia del deudor, existía un testimonio de honradez y de moralidad¹³. De esta forma resulta patente que no todos los sujetos podían quedar obligados en aquella época.

⁹ Gayo se refiere a la misma cuando señala, «*[f]fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur*», Gayo 3, 119a.

¹⁰ La *fideiussio* es la que se impone a la *sponsio* y a la *fidepromissio* debido, principalmente, a que dicha institución garantiza todo tipo de obligaciones y no solo las nacidas de manera verbal, MARLASCA MARTÍNEZ, RGDR, 2013, p. 4 y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, REHJ, 2018, p. 55.

¹¹ A propósito de la garantía personal, «favorecía [...] la intercesión de personas solventes a favor de los deudores», OLIVER SOLA, BFD, 2002, p. 98.

¹² OLIVER SOLA, BFD, 2022, pp. 98-100.

¹³ MORO SERRANO, RCDI, 1989, p. 718.

En Roma, la plena capacidad de obrar dependía de ser *sui iuris*, ser varón y ser mayor de 25 años¹⁴. Como puede observarse, el sistema de capacidad de obrar basado en la edad legal se inició en el Derecho romano¹⁵. En aquella época se establecía una distinción entre personas independientes (*sui iuris*) y dependientes (*alieni iuris*)¹⁶. Gayo ofrece una tripartición de las personas *alieni iuris*: unas estarían *in potestae*, otras *in manu* y otras *in mancipio*¹⁷. Así, en el primer caso, *in potestae*, unos estarían sujetos a la potestad dominical (los esclavos) y otros a la patria potestad (los hijos). En el segundo caso, *in manu*, solo podían encontrarse las mujeres al contraer nupcias. El matrimonio, según parece, podía adoptar dos formas: *cum manu*, cuando la mujer dejaba su familia de origen para pasar a formar parte de la familia del marido, y *sine manu*, donde podían darse dos situaciones, bien que la mujer continuase bajo la patria potestad de su padre como *alieni iuris* o bien que la mujer no se encontrara ni bajo la patria potestad del padre ni *in manu* del marido, con lo que se consideraba *sui iuris*¹⁸. Y, en el tercer caso, respecto los hijos en cuanto a su emancipación, *in mancipio*.

Las mujeres en esa época carecían de plena capacidad de obrar¹⁹, lo que no significaba, a su vez, su falta de capacidad para negociar y para ser capaces de tener un patrimonio propio²⁰. Normalmente, la mujer sería considerada *alieni iuris*. Como hija se encontraría bajo la *patria potestas* y como esposa bajo la *manus mariti*²¹. Aun siendo *sui iuris*, esto es, mujeres que no debían estar sometidas a la autoridad de otra persona de acuerdo a su estatus familiar, se encontraban sujetas a una perpetua tutela, la *tutela mulieris*²². De esta manera, para que la mujer pudiera llevar a cabo negocios jurídicos necesitaba un hombre que completara su capacidad, otorgando *auctoritatis interpositio* para conferir validez a los negocios jurídicos de la mujer²³. Lo que se pretendía era impedir que una mujer *sui iuris* tuviese la capacidad de disposición

¹⁴ COLMENAR MALLÉN, 2021, p. 551.

¹⁵ CASTRO TRAPOTE, IC, 2018, p. 539.

¹⁶ BUIGUES OLIVER, 2014, p. 16.

¹⁷ Gayo 1.49, «[s]ed rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt».

¹⁸ BUIGUES OLIVER, 2014, pp. 53 y ss.

¹⁹ COLMENAR MALLÉN, 2021, p. 551; BARREIRO MORALES, 2023, p. 14 y SORIA MOYA, 2021, p. 125.

²⁰ A la capacidad patrimonial de la mujer se refiere BUIGUES OLIVER, Gabriel, 2014, p. 67.

²¹ MUÑOZ GARCÍA, AFDUE, 1989, pp. 445-446.

²² A dicha *tutela mulieris* se refieren, entre otros, BERNAD MAINAR, 2006, pp. 570 y ss.; PÉREZ PÉREZ, *Revista Clepsydra*, 2017, pp. 203 y ss., y SORIA MOYA, 2021, pp. 125 y ss.

²³ BUIGUES OLIVER, 2014, p. 149.

absoluta para evitar que los herederos recibieran una herencia empobrecida²⁴. La completa desaparición de la referida tutela, la *tutela mulieris*, se produjo en la época de Justiniano, cuando aún perduraba como una mera limitación formal vacía de contenido²⁵. En lo que respecta a la capacidad patrimonial de las mujeres, esta podía variar dependiendo del régimen matrimonial²⁶, lo que determinaría, según parece, su capacidad ligada a la fianza. Así, en el régimen de absorción, los bienes de la mujer pasaban al patrimonio del marido a través del matrimonio *cum manu*, con lo que la mujer no tenía ningún tipo de derecho sobre sus bienes²⁷. En el régimen de separación, la mujer conservaba, siempre que fuera *sui iuris*, la propiedad de los bienes llevados al matrimonio *sine manu*²⁸, y, en el régimen dotal, con el fin de compensar las pérdidas de los derechos hereditarios que sufría la mujer como consecuencia de la ruptura de todo vínculo con su familia paterna, tanto si el matrimonio iba acompañando de la *manus* como si no, los bienes se consideraban propiedad del marido.

La época justiniana propició la capacidad negocial de la mujer, aunque mantuvo, por ejemplo, la regla general de prohibición de la intervención como fiadora a favor de su marido, con excepciones que posteriormente se analizarán. Esta prohibición tenía su origen en el Senadoconsulto Veleyano como instrumento para regular los efectos de la cada vez mayor participación de la mujer en el ámbito social y económico²⁹. Al parecer, fue uno de los senadoconsultos que más importancia tuvo en el ámbito de la capacidad negocial de la mujer³⁰, disposición senatorial que establecía «[...] que no se conceda acción contra ellas cuando interceden por otros como fiadoras... fundamentando esta posición en que la mujer no puede ejercer funciones varoniles y, por tanto, no es equitativo que pueda ser constreñida a responder de obligaciones de aquel género»³¹. Esta disposición se refería a un conjunto de actuaciones que se le prohibían a las mujeres: «[...] prohibición de la intervención de la mujer por tercera persona en los supuestos en los que torna en mutuo para otra persona y cuando interviene en una *fideiussio*, es decir supuestos de *intercessio*, por lo que habrá que perfilar qué

²⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 154.

²⁵ MUÑOZ GARCÍA, 1991, p. 44.

²⁶ A los diferentes regímenes matrimoniales se refiere IGLESIAS SANTOS, 2010, pp. 371 y ss.

²⁷ VALLEJO PÉREZ, 2016, p. 6. Sin embargo, si el marido era *alieni iuris* los bienes pasaban al patrimonio del *pater familias*.

²⁸ La mujer se mantenía libremente como dueña y señora de sus bienes, VALLEJO PÉREZ, 2016, p. 7.

²⁹ BERNAD SEGARRA, 2021, p. 561.

³⁰ BUGUES OLIVER, 2014, p. 161.

³¹ Traducción realizada por LALINDE ABADÍA, AHDE, 1971, pp. 355-356.

actos suponen una intercesión y, por lo tanto, son objeto de la prohibición del senadoconsulto»³². Esta intercesión abarcaba dos supuestos en que una mujer intervenía a favor de otro³³:

1) Intercesión cumulativa: en los que la mujer intervenía obligándose junto al deudor principal. Los supuestos englobados serían los casos de *fideiussio*, *fidepromissio* y *sponsio*.

2) Intercesión privativa: en los que la mujer asumía una obligación del deudor, extinguendo la obligación de este.

De esta forma, la intercesión llevada a cabo por la mujer no era nula *ipso iure*, sino que concedía a la mujer una *exceptio senatusconsulti velleiani* contra la posible reclamación del acreedor³⁴. La razón de dicha protección a las mujeres quizá derivase de ciertas condiciones como la *imbecilitas* o la *infirmitas*, que determinaban la falta de capacidad de la mujer para llevar a cabo algunas funciones de manera correcta³⁵. Debido a la creciente intervención de la mujer en el Derecho privado, se procedieron a eliminar obstáculos y Justiniano reguló la intervención de la mujer en el plano negocial, en concreto, cuatro constituciones referidas al senadoconsulto sobre la inaplicabilidad del mismo —aunque, tal y como se ha afirmado antes, se mantiene la antigua prohibición de la intervención de la mujer a favor de su marido—³⁶. Entre otros, el supuesto en el que la mujer interviniere a favor de tercero recibiendo algo a cambio o cuando se obligaba a pagar una cantidad de dinero al propietario de un esclavo para que este lo manumitiera. En estos casos la mujer no podía alegar la referida excepción cuando el acreedor le reclamara.

El Derecho romano también tuvo en cuenta a las personas que tuvieran algún tipo de discapacidad. Las personas «[...] *alieni iuris* con cualquier tipo de disparidad funcional no estaban sometidos a tutela o curatela mientras siguiesen bajo la *patria potestas* de un *paterfamilias* [...]»³⁷. De manera que una vez que no se encontraran subordinados a la autoridad de otra persona, la persona con discapacidad era sujeta a una curatela (*cura furiosi*). Así pues, la intervención del curador hacía que los negocios jurídicos tuvieran efectos jurídicos y no fueran nulos³⁸. Podía hablarse de dos clases

³² BERNAD SEGARRA, 2021, pp. 561-562.

³³ A ellos se refieren BERNAD SEGARRA, 2021, pp. 566 y ss. y BUGUES OLIVER, 2014, pp. 166 y ss.

³⁴ BUGUES OLIVER, 2014, p. 168.

³⁵ BERNAD SEGARRA, 2021, p. 569.

³⁶ A todos ellos se refieren ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, pp. 95-100 y BERNAD SEGARRA, 2021, p. 572 y ss.

³⁷ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 135.

³⁸ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 139.

de locos, el *furious* y el *demens* o *mentecaptus*. En el primer caso, referido a la locura en el sentido de furor para referirse a los locos más evidentes; en el segundo a la demencia sobrevenida y no congénita y, en el caso de los *mentecaptus*, a la persona cuya debilidad era de tipo congénito, de nacimiento y su estado no era debido a causas extrínsecas³⁹. Los locos carecían de capacidad negocial, si bien conservaban la propiedad y la posesión de los bienes⁴⁰. Las *Instituciones* de Gayo consideraban al enfermo mental «sujeto que no puede llevar a cabo ningún negocio porque no entiende lo que hace» (3,106). Los juristas de la época «[...] equipararon el tratamiento jurídico de *infans*, sordos, mudos y *furiosi*, aunque el motivo de la discapacidad fuera diverso; consideraban [...] se producía un mismo efecto: la imposibilidad de expresarse de dichas personas o de conocerse la voluntad de las mismas, claro está, por causas distintas»⁴¹. De esta manera, la *cura furiosi* se extendió a lo que hoy por hoy denominamos personas con discapacidad, aunque no presentaran una enfermedad mental⁴². Solo en el Derecho justiniano cabía la posibilidad de que los actos del *furiosus* fueran válidos y la *cura suspendida* durante los intervalos lúcidos, pues solo aquella etapa diferenciaba entre el furioso y el demente respecto a los intervalos lúcidos que podía tener el primero⁴³. En este sentido, el *Digesto* declaraba que el *furiosus* podía tener momentos de intervalos lúcidos al considerar la posibilidad de que durante los mismos pudiera ser testigo en un testamento: «el furioso no puede ciertamente ser presentado como testigo, no estando en su cabal juicio, pero si tiene intervalos, puede ser presentado en ese tiempo; y también será válido el testamento» (D. 28,1,20,4. Ulp lib.1 ad Sap)⁴⁴. A estas personas se les nombraba un curador, normalmente custodiado por el jefe de familia⁴⁵ o pariente más próximo o cónyuge y, en casos extremos, sería recluido⁴⁶. La finalidad del curador

³⁹ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, RGDR, 2005, pp. 791-792.

⁴⁰ KASER, (traducción SANTA CRUZ TEJEIRO), 1982, p. 75.

⁴¹ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, RGDR, 2020, p. 14.

⁴² CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 164. Por ejemplo, un mudo no podía formalizar por sí mismo un contrato verbal de estipulación, en atención a que únicamente se podía perfeccionar de manera oral, FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, 2022, p. 220.

⁴³ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, RGDR, 2005, pp. 793-794 y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 165.

⁴⁴ Esta regulación recuerda al artículo 665 del Código Civil, en su redacción original, que también se refería a los intervalos lúcidos del demente para poder realizar testamento, «[s]iempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando estos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos». Asimismo, se señalaba que el trastornado o enajenado no tiene voluntad (D. 50.17.40, Pomponio, lib. XXXIV, *ad Sabinum*).

⁴⁵ CAMACHO CLAVIJO, 2022, pp. 20 y ss.

⁴⁶ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, RGDR, 2005, p. 795.

era actuar en nombre del incapaz, cuidando de su persona y administrando su patrimonio de manera altruista⁴⁷. Mientras que el curador del *furiosus*, en base a las XII tablas, parece que tenía la facultad de enajenar, posteriormente, en la época clásica, esta facultad fue interpretada con moderación y se restringió a los fines de administración⁴⁸.

En definitiva, la *fideiussio* se instituyó como la única fórmula de garantía que no desapareció y se mantuvo con Justiniano, y en la que podían intervenir los varones y, en determinadas circunstancias, aunque vieran su capacidad para obligarse limitada, las mujeres —quienes vieron su capacidad negocial ampliada con Justiniano— y las personas con discapacidad —por sí mismas siempre que tuvieran un intervalo lúcido o a través de la *cura furiosi*—.

La siguiente etapa histórica se refiere a la Edad Media y, concretamente, al cuerpo normativo referido a las *Partidas*, único cuerpo legal de aquel momento que parece que aludía a la capacidad necesaria en la fianza y establecía con gran precisión una amplia regulación de la figura. Las *Partidas* seguían la estela iniciada en el Derecho romano, por lo que puede advertirse que la capacidad negocial requerida para constituir una fianza no varía, «[...]con un sustrato de Derecho romano que la aproximan en gran medida a la concepción de la *fideiussio* en la compilación justinianea [...]»⁴⁹.

La capacidad de obrar en aquel momento estaba ligada a la obtención de la mayoría de edad establecida en veinticinco años en las *Partidas*, edad esta que, al parecer, prevaleció hasta el siglo XIX⁵⁰. Las *Partidas* también se encargaron de las personas con discapacidad. A los enfermos mentales se los consideraba personas poseídas por el diablo o por los malos espíritus⁵¹ y, precisamente, las *Siete Partidas* ordenaban la curatela del loco a aquellas personas mayores de veinticinco años que eran consideradas locas o desmemoriadas⁵².

En concreto, en cuanto a la capacidad para prestar fianza, las *Partidas* en la ley primera se referían a un principio general para ser fiador, «[...] *[e]t decimos que puede ser fiador todo home que puede hacer promisión para fincar obligado por ella [...]*». Por lo tanto, podían ser fiadores quienes pudieran hacer promisión, que no era sino una fórmula estipulatoria verbal que atendía a un esquema

⁴⁷ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, 2005, p. 798.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, 2005, p. 795.

⁴⁹ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, p. 93.

⁵⁰ GACTO FERNÁNDEZ, HID, 1984, p. 47.

⁵¹ CAMACHO CLAVIJO, 2022, p. 28.

⁵² Ley 13.^a, título XVI, *Partidas* VI.

de pregunta-respuesta, por ejemplo, ¿prometes dar tal? —modelo que ya se inició en el Derecho romano—. De la misma manera, el cuerpo normativo también establecía que no podían ser fiadores el mudo, el sordo y el menor de siete años⁵³. Tampoco podían serlo el loco o desmemoriado, el pródigo, el pupilo, y el menor de catorce años y mayor de siete, ya que estos últimos solo podían realizar estipulación válida si les reportaba algún beneficio, lo que no sucedía en la intervención como fiador⁵⁴. El fiador debía prestar consentimiento en tal acto, cuestión que resultaba imposible para el loco o desmemoriado por carecer de capacidad negocial, y a los sordos y mudos por no poder escuchar y prestar el consentimiento, respectivamente. Los sujetos descritos que carecían de capacidad para poder prestar fianza eran sujetos a tutela o curatela. En el caso de la curatela de las personas con discapacidad, parece que era necesaria una carta especial para que el curador pudiera enajenar bienes, debiéndole demostrar al juez la necesidad del negocio⁵⁵. La ley segunda establecía quiénes no podían actuar como fiadores aunque pudieran realizar estipulación válida⁵⁶: primero, los *caballeros de mesnada del rey* que recibían soldada con el fin de que no se dedicaran a negocios privados ajenos al oficio de las armas⁵⁷; segundo, los religiosos, obispos y clérigos para que no descuidaran su servicio a Dios y a la Iglesia —salvo que la fianza fuere hecha a favor de otros clérigos o de sus iglesias o de personas necesitadas, en cuyo caso solo quedarían obligados los bienes propiedad del clérigo⁵⁸—; tercero, el siervo, excepto si tenía peculio que le hubiese entregado su señor, pues en tal caso sí podía intervenir como fiador y, cuarto, las mujeres.

En referencia a estas últimas, su situación jurídica parece que no dista de la referida en el Derecho romano. Tenían limitada su capacidad de obrar y estaban supeditadas al padre o marido, estando capacitadas para actuar por sí mismas solo las mujeres viudas o solteras emancipadas de la patria potestad —condicionada su actuación a las trabas jurídicas impuestas por las normas—⁵⁹. Sin embargo, al igual que en el Derecho romano, todo ello no parece que pudiera impedir que la mujer dispusiera de su propio patrimonio separado del posible patrimonio conyugal⁶⁰. Las *Partidas*

⁵³ P. 5,11,2; 5,11,4 y 5,11,5.

⁵⁴ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, p. 92.

⁵⁵ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1992, pp. 142-143.

⁵⁶ P. 5,12.

⁵⁷ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, p. 93.

⁵⁸ Ley 45.^a, p. 16.

⁵⁹ SÁNCHEZ VICENTE, 1985, p. 23. Disponible en: <https://ria.asturias.es/RIA/bitstream/123456789/78/1/Archivo.pdf>

⁶⁰ Sobre este patrimonio propio diserta CASTRILLO CASADO, EM, 2021, pp. 290 y ss.

señalaban «[...] que mujer ninguna non pueda entrar fiador por otri [...]» —recepción en las *Partidas* de lo dispuesto en el Sena-consulto Veleyano—. La mujer no podía constituirse en fiadora, pues no era decoroso que las mujeres tuvieran que ir a pleito por las fianzas que realizaban teniendo que estar presentes en lugares donde se congregaban muchos hombres, lo que iría contra la honestidad y las buenas costumbres⁶¹. Sin embargo, la mujer podía ser fiadora en ocho supuestos en los que la fianza era válida, entre otros, cuando la mujer recibía precio a cambio de su intervención como fiadora, cuando se vistiera con ropa de varón o empleara cualquier otro engaño por el que el acreedor creyera que era varón y cuando intercedía como fiadora por alguien y después heredaba sus bienes⁶².

De esta forma, las Partidas se constituyeron en firmes herederas de la época romana donde la capacidad negocial y sus limitaciones no variaron en cuanto a la edad, a la mujer y a las personas con discapacidad.

La última etapa descrita es la referida al proyecto de García Goyena de 1851, que regulaba la fianza en el Libro III, Título XVII. El artículo objeto de estudio es el artículo 1740 en cuanto a la capacidad del fiador. El precepto señalaba que:

«El obligado a dar fiador debe dar por tal a persona que reúna las calidades siguientes: 1.^a. Ha de ser capaz de obligarse. 2.^a. Ha de estar domiciliado o ha de escoger domicilio en el partido judicial donde haya de darse la fianza. 3.^a. Ha de poseer bienes inmuebles que no estén en litigio, bastantes para cubrir la deuda, y situados en la provincia donde se dé la fianza. Siendo pequeña la deuda, bastará que el fiador sea abonado bajo otro concepto, aunque no posea bienes inmuebles».

Este artículo trataba sobre las condiciones que debía reunir el fiador, siendo estas circunstancias subjetivas y objetivas que debían recaer en el fiador. Algunos de estos requisitos no se han mantenido en el Código Civil, que ha prescindido del segundo y tercer inciso del artículo 1740 para contener dos apartados diferenciados: uno, referido a las condiciones que debe reunir el fiador —de la misma manera que disponía el proyecto de García Goyena— y dos, la competencia de los tribunales que deban conocer del asunto. Al igual que ocurría en etapas anteriores, el artículo reseñado, el 1740, hablaba sobre la capacidad para obligarse. En este sentido, el

⁶¹ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, p. 95.

⁶² A todos ellos se refiere de manera detallada ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, pp. 95 y ss.

artículo 987 señalaba que eran incapaces para contratar, «1.º Los menores no emancipados. 2.º Las mujeres casadas en los casos expresados por la ley. 3.º Los que no pueden administrar sus bienes, conforme al artículo 279». De lo que se deduce que los mayores de edad no tenían limitaciones a la hora de contratar. El artículo 142 disponía que «[l]a persona de ambos sexos, que no han cumplido 20 años, son menores de edad», por lo tanto, la mayoría de edad se alcanzaría a los veinte años. En cuanto a la situación jurídica de la mujer, parece que esta había mejorado en parte, pues nada se señalaba en la regulación de la fianza respecto de la mujer, con lo que se entiende que podía afianzar. Por último, en relación a los enfermos mentales, el artículo 279 indicaba que «[s]on incapaces de administrar sus bienes: el loco o demente, el sordomudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo la interdicción civil». Estas personas verían limitada su capacidad de obrar con la declaración de incapacidad que emitiría el juez y estarían sometidos a curatela. Incapacidad que no solo se produciría en relación a los locos y dementes, sino también respecto del sordomudo que no sabía leer ni escribir y del pródigo.

En suma, la situación jurídica del fiador se ve modificada en el proyecto de García Goyena, de modo que la capacidad para afianzar está aun limitada por la edad y la discapacidad, pero no así por el sexo.

III. LA CAPACIDAD DEL FIADOR

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Tras un somero recorrido histórico por el requisito de capacidad en la fianza, procede ahora comenzar el análisis referido a la capacidad del fiador.

Tal y como se mencionaba antes, no existe precepto en el Código Civil que regule de manera específica la capacidad del fiador, con lo que el análisis se referirá a la capacidad general para obligarse. Resulta necesario contextualizar la capacidad negocial de determinadas personas que han sido objeto de estudio en el punto anterior. El modificado artículo 1263 del Código Civil establecía que «[n]o pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir. 3.º Las mujeres casadas en los casos expresados por la ley». Así, el artículo 320 en la redacción original del Código Civil determinaba que «[l]a mayor edad empieza a los veintitrés

años cumplidos». No es hasta el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, cuando se estableció la mayoría de edad en los dieciocho años y, por lo tanto, con capacidad de obrar plena⁶³. En cuanto a las mujeres, su capacidad seguía limitada, aunque respecto a la figura de la fianza no se establecía restricción alguna⁶⁴. Se entiende que la mujer adquirió la capacidad negocial plena con la actualización del cuerpo legal en 1975 al ser suprimido ese tercer inciso del artículo 1263⁶⁵. En lo referente a personas dementes y locas, el Código Civil precisaba que no podían prestar consentimiento. De esta manera se mantuvo hasta su modificación en el año 1996 por el término «los incapacitados». El proceso de incapacitación se realizaba cuando se cumplieran los requisitos exigidos en el artículo 200 de la misma norma —«[s]on causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»— y que ha estado vigente hasta su derogación por la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

2. CAPACIDAD PARA OBLIGARSE

El artículo 1263 del Código Civil referido a la capacidad para contratar de las personas dispone que «[l]os menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales». La edad es un elemento importante a considerar por la relación que guarda con el ejercicio de derechos y obligaciones⁶⁶ y, concretamente, con la aptitud de las personas para realizar contratos de manera válida. La edad delimita la constitución de tres estados diferentes en los que la capacidad para contratar variará. Primero, la minoría de edad, en la que se tendrá que atender a los artículos 1263 y 1264 del Código Civil. Este último remite al régimen de las prohibiciones legales respecto a la capacidad para contratar. Así, el citado precepto indica que «[l]o previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio

⁶³ La Constitución española reflejó esta misma mayoría de edad en el artículo 12: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años».

⁶⁴ En este sentido, « [...] la mujer puede actuar jurídicamente sin licencia, siempre que la ley no exija expresamente tal requisito [...]. Cabe afirmar que la mujer puede, sin necesidad de autorización de su marido, realizar válidamente todos aquellos actos en la ley no impone taxativamente tal exigencia», DE COSSIO Y CORRAL, ADC, 1948, p. 33.

⁶⁵ MUÑOZ GARCÍA, AFDUE, 1989, p. 455.

⁶⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2021, pp. 103 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, 2001, p. 161.

de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer». El menor, durante el periodo que abarca dicho estado, adquiere progresivamente la capacidad natural. De esta manera, «a medida que va creciendo, sobre todo a partir de los catorce o quince años, no puede negarse que el menor tiene ya, en la generalidad de los casos, un cierto grado de discernimiento y, por tanto, es razonable que celebre algunos contratos»⁶⁷. Segundo, la emancipación, que estará condicionada por los límites impuestos en el artículo 247 del Código Civil:

«La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial».

Y, tercero, la mayoría de edad, que se alcanza con dieciocho años de acuerdo al artículo 240 del Código Civil y donde la capacidad para obligarse irá ligada a la capacidad natural de entender y querer, lo que supondrá la capacidad de obrar plena, hoy denominada ejercicio de la capacidad jurídica, que determinará el pleno ejercicio de derechos y obligaciones. Dicho de otra manera, la capacidad de obrar se adquiere con la mayoría de edad y se produce así el paso de una cualidad (la capacidad natural) a una cantidad (la edad), a la que se liga el reconocimiento de la capacidad de obrar⁶⁸.

El artículo 1263 del Código Civil determina la capacidad del menor no emancipado para contratar cuando la ley se lo permita y cuando la contratación se refiera a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. Básicamente, «lo que se pretende es que el menor que tenga la madurez suficiente pueda decidir con libertad a la hora de celebrar contratos propios de su edad»⁶⁹. Con anterioridad, este artículo referido a la capacidad legal, establecía lo siguiente:

«No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial».

⁶⁷ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, 2023, p. 5572.

⁶⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2021, p. 105.

⁶⁹ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, 2023, p. 5570.

Se observa que el artículo 1263 del Código Civil se formula ahora en positivo, aludiendo a los menores de edad que pueden contratar y no así a aquellos que no puedan prestar su consentimiento, lo que se encuentra en consonancia con los nuevos postulados al reconocimiento de la titularidad y ejercicio de los derechos del menor de forma progresiva⁷⁰. La reforma excluye de la nueva redacción a las personas con discapacidad ante la imposibilidad de someterlos a un proceso de incapacitación en el que se valore su capacidad natural y se limite su capacidad de obrar. De esta manera, el Código Civil sitúa en la actualidad la mayoría de edad para poder obligarse sin limitación alguna, «salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código» (art. 246 del Código Civil). La versión inicial del proyecto de ley, actual Ley 8/2021, contenía un segundo párrafo en el artículo 1263, «[l]as personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas»⁷¹, que finalmente no se incluyó. El precepto señalado, por lo tanto, prescinde de cualquier alusión a las personas con discapacidad, ya que carecen, en principio, de limitaciones en la capacidad para contratar, y el cambio producido obedece a la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021⁷².

2.1. Concepto actual de capacidad

Considerando, de manera general, que la capacidad para contratar coincide sustancialmente con el pretérito término de la capacidad general de obrar⁷³, resulta necesario atender al presente término de capacidad jurídica del que parte el régimen establecido en la Ley 8/2021 y que se refiere a la vertiente estática de los derechos y obligaciones (titularidad), así como a la dinámica de los mismos (ejercicio).

El origen del que deriva esta reforma y que conlleva la modificación de nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito de la protección a las personas con discapacidad se produce como consecuencia de la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. El precepto que mayor atención mere-

⁷⁰ ÁLVAREZ LATA, 2021, pp. 989-990.

⁷¹ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-1, 17 de julio de 2020, p. 33.

⁷² Norma en la que participaron diferentes instituciones, entre otras, el CÉRMI (Comité Español de Representantes de Persona con Discapacidad), la Asociación Española de Fundaciones Tutelares, la ONCE, el Colegio de Registradores de España y la Sección 1.^a de la Comisión General de Codificación.

⁷³ DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 170.

ce para el Derecho civil de la Convención es el 12, que establece en su segundo inciso que «[l]os Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». De la lectura del artículo, en efecto, resulta reconocida la capacidad jurídica de toda persona, más allá, como es obvio, de la personalidad jurídica que reconoce el artículo 30 del Código Civil. De otra manera, el contenido del artículo nada aportaría a nuestro ordenamiento, pues en el momento del nacimiento la persona ya adquiere la capacidad jurídica. El texto se refiere a la capacidad jurídica y, acto seguido, el tercer párrafo se refiere al «ejercicio de su capacidad jurídica», sin que en ningún caso se distingan los términos capacidad jurídica y capacidad de obrar que nuestro ordenamiento jurídico venía reconociendo⁷⁴. La alusión al ejercicio de la capacidad jurídica debe equipararse a nuestro concepto técnico de capacidad de obrar como aptitud para el ejercicio de los derechos y obligaciones cuya titularidad se ostenta⁷⁵. Por lo tanto, la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho⁷⁶. En otras palabras, se admite la distinción teórica entre la titularidad (capacidad jurídica) y el ejercicio (legitimación para actuar o ejercicio de la capacidad jurídica), que hoy en día se encuentra relegada al ámbito de los menores de edad, «pero no se permite tal disociación si justifica, en la práctica, la limitación o privación del ejercicio con el consiguiente mantenimiento de la titularidad desnuda»⁷⁷. Precisamente, la principal novedad de la Convención radica «en el mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad, para que esta circunstancia nunca pueda ser alegada con el fin de impedir el pleno disfrute o ejercicio de todos los derechos»⁷⁸.

⁷⁴ Hoy en día, algunos autores como DE VERDA Y BEAMONTE siguen abogando por el uso de ambos términos para su mejor comprensión. Cuestiona hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar) que tiene perfiles claros y precisos y que ha sido aceptada de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma) que, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente lo mismo, *Ídibe*, 2021, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>. Sin embargo, otra parte de la doctrina, como GARCÍA RUBIO, entiende que la supresión de la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar debe arrastrar al abandono de las referencias que se hacen a la capacidad de obrar en el conjunto del ordenamiento, RDC, 2022, p. 241.

⁷⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2022, p. 29. En ese mismo sentido se pronuncia la Ley 8/2021 en su preámbulo al declarar que «dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitálos».

⁷⁶ Observación General núm. 1 del CDPC.

⁷⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2022, p. 29.

⁷⁸ LÓPEZ BARBA, 2020, p. 15.

El tercer inciso del artículo 12 de la Convención establece que «[I]os Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». El precepto se refiere a los apoyos que pueda necesitar la persona con discapacidad, sin hacer alusión a los sistemas de sustitución que anteriormente imperaban en nuestro sistema. Así, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPC) indica que crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo de forma paralela los régímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención⁷⁹. En consecuencia, la figura de la tutela queda relegada en nuestro ordenamiento a los menores de edad y la curatela se alza como la principal institución de apoyo. Conforme al artículo 250 del Código Civil, «[I]as medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial», siendo, en consecuencia, de aplicación preferente las previstas de manera voluntaria por la persona con discapacidad. Tal y como indica la Ley 8/2021, «en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas». Los apoyos a los que se refiere el artículo 12 no se agotan en los sistemas tradicionales de protección (curatela, defensor judicial, guarda de hecho...)⁸⁰; a ellos habrá de añadirse el poder preventivo, la auto-curatela y todas aquellas medidas que una

⁷⁹ Observación General núm. 1 del CDPD.

⁸⁰ A ellos se refiere la Observación General núm. 1 del CDPD cuando señala que «es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias». De la misma manera, el preámbulo de la Ley 8/2021 indica que «es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad».

forma u otra coadyuven al ejercicio de un acto jurídico cuyo protagonista es una persona con discapacidad⁸¹.

La supresión del procedimiento de incapacitación de nuestro ordenamiento jurídico implica la imposibilidad de que pueda limitarse de ninguna manera la capacidad jurídica de las personas, término que engloba, a su vez, la titularidad de los derechos y obligaciones, sí como su ejercicio. En otras palabras, no es posible limitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, el ejercicio es libre e impera la voluntad y, podrá concurrir medidas de apoyo si resultaren precisas. El nuevo sistema diseñado por la Ley 8/2021 se refiere a dos situaciones o escenarios que pudieran acaecer: el primero, norma general, que la persona necesite una medida de apoyo meramente asistencial o de acompañamiento y, el segundo, excepción a la norma, que la persona precise de una medida de representación. El ejercicio de la capacidad jurídica no se encontrará limitado, pues de acuerdo a su voluntad llevará a cabo derechos y obligaciones de la manera que crea más conveniente. Aun en el caso de que la medida sea representativa, se atenderá a la voluntad de la persona con discapacidad como lo haría ella misma⁸², con lo que se entiende, en cualquier caso, que estas medidas se adicionan al ejercicio de la capacidad jurídica. Un tercer escenario ocurre cuando es necesaria una medida representativa que sustituya la voluntad de la persona. Esta última opción no es contemplada de manera expresa por la Ley 8/2021.

En el sistema anterior, el proceso de incapacitación limitaba la capacidad de obrar del sujeto, lo que implicaba que no pudiera prestar consentimiento de acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil. En la actualidad, toda persona será titular de derechos y obligaciones, y podrá ejercerlos. Cuestión distinta será la referida al consentimiento que pueda emitir esa persona, la voluntad que pueda manifestar, ya que el que toda persona tenga capacidad jurídica no significa que pueda prestar un verdadero consentimiento. Este último concepto entendido como aquel que sea libre, es decir, que no se encuentre mediatisado por un tercero y que la voluntad se exprese sobre algo⁸³. No se trata de valorar de manera general si una persona tiene capacidad en general, sino de si puede prestar

⁸¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2022, p. 30.

⁸² De acuerdo al artículo 249 del Código Civil, «[...] en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad [...].»

⁸³ En ese mismo sentido, el autor habla en este ámbito de consentimiento informado, «[a]unque es en el ámbito de los consumidores donde se ha desarrollado el concepto del consentimiento informado, no existe otro consentimiento que el informado, pues sin conocimiento/información sobre lo que se decide tampoco existe voluntad», ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, RNsXXI, 2021, p. 76.

consentimiento válido en un acto concreto⁸⁴. El proceso de formación de la voluntad abarca tanto la capacidad de entender y querer como la facultad para expresar la voluntad, deseos y preferencias⁸⁵, lo que puede dar lugar a que el ejercicio de la capacidad jurídica esté condicionado o limitado y que resulte necesario la adopción de medidas de apoyo. La facultad para expresar la voluntad, deseos y preferencias es un nuevo término acuñado por parte de la reciente jurisprudencia⁸⁶.

El sistema actual pudiera parecer un sistema homólogo o equivalente al anterior en el que se ha prescindido de determinados términos y se han sustituido por otros para llegar al mismo resultado (a la necesidad de constituir medidas de apoyo), pero en realidad la norma general de la que se parte y su contenido han variado considerablemente: de un proceso de incapacitación (sistema con connotaciones negativas en el que el punto de partida se basa en imponer restricciones a los derechos de la persona) a la consideración de igual capacidad de todas las personas en el que se regulan medidas de apoyo (instituciones de apoyo de la persona) si resultaran necesarias de acuerdo a la voluntad de la persona (sistema con un matiz positivo que no se basa en la limitación, sino en el reconocimiento de iguales derechos). La voluntad de la persona se instituye como principio vertebrador⁸⁷. La redacción anterior del Código Civil buscaba:

«Garantizar la seguridad en el tráfico jurídico, desde la perspectiva de una protección de la persona que actuaba sin la adecuada capacidad

⁸⁴ DE LORENZO GARCÍA, Lorenzo, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020, núm. 185, p. 19, en relación a las comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, RNsXXI, 2021, p. 76, «de lo que se trata no es de saber leer o escribir, sino de tener conocimiento del contenido y preservar el consentimiento de forma correcta en el ejercicio de ese acto, de ese derecho».

⁸⁵ «Dos son las fases que integran este proceso de formación de la voluntad: una previa a la declaración del consentimiento, donde la persona con discapacidad a través de un razonamiento deliberativo toma conciencia de lo que quiere y de sus consecuencias y otra posterior donde el sujeto manifiesta su consentimiento con el que queda vinculada de manera definitiva. Es en la primera fase donde interviene la persona que presta el apoyo, informando al sujeto, ayudándolo en su comprensión y razonamiento, facilitándole información suficiente sobre la decisión a tomar adaptada a sus habilidades intelectivas, sus riesgos, beneficios y alternativas posibles», LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 276.

⁸⁶ Tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Provincial de A Coruña optan por el empleo de este vocablo, entre otras: STS 1443/2023, de 20 de octubre, Ponente: Ignacio Sancho Gargallo (ECLI:ES:TS:2023:4212); SAP de A Coruña 279/2023, de 12 de julio, Ponente: Carlos Fuentes Candelas (ECLI:ES:APC:2023:1832) y SAP de Barcelona 591/2023, de 14 de noviembre, Ponente: María Dolores Viñas Maestre (ECLI:ES:APB:2023:12583). Asimismo, el informe médico al que hace referencia la STS 1444/2023, de 20 de octubre, Ponente: María Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2023:4129), también alude a las «limitaciones para expresar su voluntad, deseos y preferencias».

⁸⁷ «[e]s la voluntad de la persona con discapacidad en la que debemos focalizar nuestra atención ya que sobre aquella se va a construir su consentimiento», MARTÍN BRI-CEÑO, 2022, p. 473.

[...]. Todo ello se sustituye ahora por la premisa de plena inclusión e igualdad de las personas con discapacidad, que deben actuar y manifestar su voluntad conforme a sus deseos, voluntad y preferencias, incluyendo el derecho a equivocarse»⁸⁸.

De esta forma, antes, la capacidad de obrar se limitaba porque la enfermedad o discapacidad afectaba a la capacidad de entender y querer de la persona, que no es sino una fase inmediatamente anterior a la facultad para expresar la voluntad, deseos y preferencias. Ahora, habrá que atender de manera conjunta a su capacidad de entender y querer, y a su facultad para expresar su voluntad, deseos y preferencias para establecer una medida de apoyo⁸⁹, lo que puede dar lugar a tres realidades diferentes: la primera, si la persona tiene capacidad para entender y querer, así como la facultad para expresar su voluntad, el ejercicio de la capacidad jurídica no está condicionado ni limitado y será adecuado; la segunda, si tiene dicha capacidad, pero no así la facultad, se entenderá que el ejercicio de la capacidad jurídica está limitado, y la tercera y última, cuando carezca de capacidad para entender y querer o se encuentre limitada, y adolezca de la facultad para expresarse o tenga limitaciones, el ejercicio de la capacidad jurídica está condicionado o limitado. Así, la determinación del ejercicio de la capacidad jurídica de cada sujeto no será igual si se atiende solo a su capacidad de entender o de forma simultánea junto con la facultad para expresar su voluntad. El resultado final —la medida de apoyo necesaria— variará si solo se atiende a su capacidad de entender y querer o se atiende conjuntamente a la capacidad de entender y a la facultad para expresar su voluntad⁹⁰. Ahora la persona podrá requerir medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica ante la falta o limitación de la facultad para expresar sus deseos, voluntad y preferencias. La medida de apoyo se entiende como un elemento externo que converge junto a la capacidad para entender y querer, así como a la facultad para expresar su voluntad, pero en ningún caso se entenderá como un complemento de su capacidad⁹¹. En definitiva,

⁸⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 89.

⁸⁹ «Cuestión distinta es que la realidad pueda hacer que su tramitación afecte de forma grave a la capacidad de conocimiento y voluntad, y por tanto a su libertad, de forma que no sea capaz de conformar una voluntad y de manifestarla por cualquier medio que permita conocerlo», SANCHO GARGALLO, 2022, p. 13.

⁹⁰ Precisamente, la STS 1444/2023 de 20 de octubre, Ponente: María Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2023:4129), se refiere de manera conjunta a ambos requisitos cuando señala que «la persona necesitada de apoyos presenta limitaciones para expresar su voluntad, deseos y preferencias; presenta limitaciones a la hora de tomar decisiones de manera autónoma, es una persona vulnerable y sus capacidades cognitivas-volitivas están condicionadas por la patología que presenta [...]».

⁹¹ A esta cuestión se refieren GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, pp. 650 y ss. y DE SALAS MURILLO, RCDI, 2020, p. 2247. Esta última entiende que «no es complemen-

la medida de apoyo sirve para reforzar «[e]l desarrollo pleno de su personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad», tal y como establece el párrafo primero del artículo 249 del Código Civil⁹².

De la limitación de la capacidad de obrar a través de la incapacitación se pasa a un modelo basado en el empleo de medidas de apoyo que se suman al ejercicio de la capacidad jurídica. La medida de apoyo atiende a su voluntad, siendo ellos mismos los «titulares del derecho en la toma de sus propias decisiones»⁹³. También cabe emplear una medida de representación cuando la persona posea una discapacidad intelectual o mental grave que afecte a su capacidad para entender unida a la facultad para emitir su voluntad, deseos y preferencias. En esos casos, se atenderá a la trayectoria vital de la persona. Esos supuestos existirán. García Rubio describe dos ejemplos⁹⁴: la persona que tiene una discapacidad profunda desde el nacimiento y la persona que está en coma. Ahora bien, realiza una distinción entre ambos casos: en el primero, se trataría de una verdadera representación sustitutiva porque el curador con funciones representativas tendría que representar a la persona, sustituir su voluntad ante la imposibilidad de acudir a su historia vital y saber de qué manera y cómo hubiera actuado la persona (constituiría un caso límite). En el segundo, existiría una representación, pero no una representación sustitutiva de la voluntad de la persona, en tanto el curador tendrá que atender a su historia vital para optar por aquella decisión que hubiera adoptado la persona. No obstante, no solo cabría una medida de apoyo de tipo representativo en estos casos, sino en otros muchos. Sin embargo, la Ley 8/2021 es una norma general planteada como tal y «[...]as normas que están en un código tienen que ser normas generales, no normas para el caso límite. Para el caso límite, la institución no lo contempla expresamente, pero lo incluye y es el juez el que tiene que considerar que está ante el supuesto límite en caso de que fuera necesario»⁹⁵. Es por esto por lo que en el nuevo régimen se habla de una norma

tar la capacidad, porque esto presupone que si hay que complementar algo, es porque ese algo no es completo, y desde luego el artículo 12 de la Convención parece impedir estar afirmación...». Sin embargo, algunos autores todavía entienden que se trata de un complemento de la capacidad jurídica, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad. De la incapacitación al apoyo», REDUR, 2021, p. 42.

⁹² MARTÍN BRICEÑO, 2022, p. 470.

⁹³ Tal y como establece el preámbulo de la Ley 8/2021.

⁹⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020, núm. 185, p. 26, en relación a las comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021.

⁹⁵ Palabras de GARCÍA RUBIO, vocal permanente de la Sección 1^a de la Comisión General de Codificación, recogidas en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020, núm. 185, p. 27, en relación a las Comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021.

general que prevé una medida de apoyo y de supuestos excepcionales que motivan la adopción de medidas representativas cuando la persona tuviera condicionado el ejercicio de la capacidad jurídica. Por tanto, una cosa es que la norma general determine que las personas podrán ser provistas de medidas de apoyo de carácter asistencial o de apoyo y otra muy diferente es que no pueda adoptarse una medida de apoyo representativa como norma excepcional, e incluso sustitutiva, cuando el caso lo requiera por falta de capacidad de entender y de facultad necesaria para expresar su voluntad, deseos y preferencias. De ahí que el artículo 249 del Código Civil plantea que «[e]n casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas». Calificativo este, la excepcionalidad del hecho, que parece tener su razón de ser en el número de personas con discapacidad que hay en España, en concreto, 4 383 900 personas en España tienen alguna discapacidad o limitación por sexo o edad⁹⁶, lo que significa que el 9 % de la población española tiene algún tipo de discapacidad teniendo en cuenta que el número de habitantes en el Estado asciende a 48 446 594⁹⁷. Concretamente, del total de personas con discapacidad en España, 599 177 se corresponden a discapacidades mentales (un 13 % del total de las discapacidades) y 285 684 a discapacidades intelectuales (un 6,5 % del total de las discapacidades)⁹⁸. Esa circunstancia puede incidir en su capacidad de entender y querer, así como en la facultad para expresar su voluntad, deseos y preferencias y, si se atiende a la realidad de las cifras, parece lógico que la norma general no se establezca teniendo en cuenta a un número reducido de personas con discapacidad (menos del 20 % de las personas con discapacidad), sino a su conjunto, en el que no todas ellas presentarán dificultades en el ejercicio de la capacidad jurídica que conlleve la necesidad de establecer una medida de apoyo representativa. La norma se dirige a personas con dificultades cognitivas, intelectuales o psicosociales, quienes, en su caso, necesitarán de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica⁹⁹. Ello no impide que la Ley 8/2021 también se refiera a otro tipo de discapacidades, como la física o sensorial, en determinadas circunstancias como, por ejemplo, en el momento de testar.

⁹⁶ De acuerdo a los datos aportados por la Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia. 2020 del INE.

⁹⁷ Datos del INE a 1 de octubre de 2023. <https://www.ine.es/daco/daco42/ecp/ecp0323.pdf>

⁹⁸ Conforme a los datos facilitados por el IMSERSO en el año 2022, https://imserso.es/documents/20123/146998/bdepdc_2022.pdf/390b54fe-e541-3f22-ba1a-8991c5efc88f

⁹⁹ GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, 2022, p. 209.

2.2. Fianza prestada por las personas con discapacidad

Centrándonos en la capacidad de las personas con discapacidad para contratar y, en concreto, en la capacidad para prestar fianza, la situación de las personas con discapacidad no varía a lo largo de la historia, estando sometidos a curatela los locos o enfermos mentales, los sordos y los mudos. Sin embargo, ¿puede ahora una persona con discapacidad constituirse en fiadora? Sí, sin embargo, será necesario matizar tal afirmación. Estas precisiones estarán relacionadas con el consentimiento que pueda emitir la persona o, dicho de otra manera, con la posibilidad de que pueda manifestar su voluntad, que no es este sino el mismo motivo por el que se limitaba la capacidad para obligarse de las personas con discapacidad a lo largo de la historia. Sin embargo, la diferencia estriba en partir de una presunción en la que se entiende que sí pueden prestar su consentimiento y no de una negación a su capacidad por no poder prestar consentimiento.

La discapacidad a la que indudablemente se hará referencia en las siguientes páginas será a la discapacidad mental o psíquica, pues es en ese tipo de discapacidad donde la capacidad para contratar incidirá sobremanera. La práctica determina los escasísimos y poco usuales supuestos de personas con discapacidad que se constituyen en fiadoras¹⁰⁰, a no ser que pensemos, por ejemplo, en casos muy específicos como aquel en el que exista un vínculo familiar entre el deudor y el fiador y el deudor requiera de la fianza constituida por un familiar con discapacidad para constituir una hipoteca, por ejemplo. La fianza no es un acto necesario para que puedan desarrollar sus vidas¹⁰¹, preocupados por cuestiones más mundanas como los actos del día a día relacionados con su persona y patrimonio.

Tomando como base las palabras de Parra Lucán, «[I]os principios de igualdad y no discriminación justificarían la inexistencia de una regla específica sobre la contratación de la persona con discapacidad. No es precisa una regla especial para la contratación de la

¹⁰⁰ Opinión compartida por la letrada del Instituto Tutelar de Bizkaia, María Luz Peleteiro Montes, de acuerdo a la entrevista mantenida el 9 de noviembre de 2023, así como por la notaria y vicedecana del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, Carmen Velasco Ramírez, en entrevista mantenida el día 11 de noviembre de 2023. Esta última indica, además, que es bastante difícil que una persona con una dificultad cognitiva realice este tipo de acto. Igualmente, las asesoras jurídicas de Laboral Kutxa y Kutzabank, María Jesús Larrañaga Iribecampos e Itziar Arana Martínez, respectivamente, en entrevistas mantenidas el 14 y 15 de noviembre de 2023, se refieren a lo poco habitual que es que personas con discapacidad sean fiadoras.

¹⁰¹ Como acertadamente indica la notaria y vicedecana del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, Carmen Velasco Ramírez en la entrevista mantenida el día 11 de noviembre de 2023.

persona con discapacidad porque se parte del reconocimiento de que su capacidad es la misma que las de los demás»¹⁰². La capacidad jurídica de las personas es igual para todos, pero ello no comporta que el fiador no carezca o no tenga limitaciones en la capacidad para entender y querer, así como en la facultad para expresar su voluntad, deseos y preferencias, lo que justificará la adopción de medidas voluntarias o judiciales.

El apartado 8.^º del artículo 287 del Código Civil requiere la autorización judicial para que el curador con funciones representativas pueda «dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza». El precepto recoge parcialmente el antiguo artículo 271 del Código Civil en su apartado 8.^º, que requería autorización judicial al tutor «para dar y tomar dinero a préstamo». La novedad es la referencia a avales o fianzas que puede llevar a cabo la persona. El artículo parece señalar aquellos actos que benefician o pudieran beneficiar a la persona con discapacidad (por ejemplo, interponer demandas, concertar un seguro de vida o realizar actos de transcendencia personal) sin que, en ningún caso, la fianza parezca que pueda repercutir beneficio alguno a la persona con discapacidad, sino todo lo contrario. Sin embargo, se trata de evitar que el curador con funciones representativas pueda realizar dicho acto por el posible quebranto patrimonial que pueda producir a la persona necesitada de apoyos¹⁰³. Al curador con funciones representativas le resultará imposible atender a la voluntad del fiador¹⁰⁴ y «su fundamento es servir de control en la actuación del curador en los casos en los que su intervención tenga una mayor relevancia, personal o patrimonial»¹⁰⁵. De la misma manera, en cuanto al guardador de hecho con funciones representativas, el artículo 264 del Código Civil también se refiere a la necesidad de recabar autorización judicial para prestar consentimiento en actos enumerados por el artículo 287 CC. Ante estas situaciones, parece que el juez, al igual que el curador con funciones representativas, tendrá que «tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (art. 249 CC).

¹⁰² PARRA LUCÁN, 2022, p. 329.

¹⁰³ MUNAR BERNAT, 2022, p. 442.

¹⁰⁴ Conviene recordar las palabras del artículo 249 del Código Civil: «[e]n casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas».

¹⁰⁵ PALLARÉS NEILA, 2022, p. 273.

2.2.1. INEFICACIA DE LA FIANZA OTORGADA

A continuación se atenderá a la posible ineficacia ligada a la fianza. El primer párrafo del artículo 1302.3 del Código Civil en relación a la anulabilidad establece lo siguiente: «[I]os contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen». Cuando se alude a medidas de apoyo provistas y precisas, se entiende que «en principio quiere significar que existen medidas y que en ellas se contempla específicamente el contrato o acto en particular»¹⁰⁶. Aunque el término «precisas» no solo ha de comprenderse en su sentido formal, sino también en un sentido material ligado a la capacidad de entender y querer del sujeto, tal y como señala Tena Arregui: «cuando, pese a estar formalmente incluido, la persona con discapacidad no necesita en ese momento el apoyo, por tener capacidad suficiente»¹⁰⁷.

En cuanto a la posibilidad de prescindir de la medida —«[...] contratar prescindiendo de dichas medidas [...]»—, cabe analizar si ello abarca el derecho a no recibir apoyos. Por lo tanto, la cuestión capital que ha de ser abordada, en primer lugar y de forma previa al análisis de cualquier otra, es la referida a la posibilidad de que la persona con discapacidad rechace el apoyo. Esta situación puede darse antes de la adopción de una medida de apoyo, *ex ante*, o con posterioridad a la adopción de una medida de apoyo, *ex post*. En el primer caso, «entraría en juego la heterorregulación (en defecto o por insuficiencia de la autorregulación), y sería el juez el que concretara o estableciera la medida de apoyo oportuna, según las particulares necesidades y circunstancias del sujeto»¹⁰⁸. Así, el artículo 42.5 bis b) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), contiene la posibilidad de «[I]a oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», lo que conduciría a un proceso contencioso de acuerdo al artículo 756 y siguientes de la LEC¹⁰⁹. En el segundo caso, referido al

¹⁰⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 94. Idea que comparte ÁLVAREZ LATA al considerar que «no cabrá impugnar el acto de la persona con discapacidad que aún provista de una medida de apoyo no afecta a los actos señalados expresamente y, por ello, no es necesario», ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1008.

¹⁰⁷ TENA ARREGUI, RNsXXI, 2022, p. 44.

¹⁰⁸ GARCÍA HERRERA, 2022, p. 353.

¹⁰⁹ En relación esta cuestión, *Vid.* la STS 589/2021, de 8 de septiembre, Ponente: Ignacio Sancho Gargallo (ECLI:ES:TS:2021:3276). En ella se trata el caso de Dámaso, persona con síndrome de Diógenes, que muestra su rechazo al establecimiento de medidas de apoyo. Sin embargo, el TS estima adecuado nombrar un curador para asegurar la efectiva atención médico-asistencial, así como la limpieza y orden de su domicilio. En este caso, su declaración de voluntad no se estima válida, aun cuando deba atenderse a la voluntad,

rechazo de la medida de apoyo por parte de la persona con discapacidad después de establecida la misma, la doctrina no es pacífica. No se regula la manera en que debe llevarse a cabo el rechazo por la persona con discapacidad, «asunto capital que la norma ha dejado en nebulosa, aunque no cabe sino aceptar la respuesta positiva»¹¹⁰. Sobre esta cuestión se trató en la comparecencia sobre la Ley 8/2021 llevada a cabo en el Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 2020; García Rubio advierte que:

«El proyecto, hoy en día, no dice si esta voluntad puede llegar a significar que la persona con discapacidad pueda rechazar el apoyo y pueda decir: "yo no quiero ningún apoyo. Prefiero equivocarme, pero quiero tomar solito las decisiones". Esto es una decisión de política legislativa muy importante, y esta decisión, sinceramente, creo que la tienen que tomar ustedes si quieren poner esto negro sobre blanco en el texto de la ley. En todo caso, nosotros hemos intentado que quede claro que esta voluntad, deseos y preferencias están por encima de todo, insisto, por encima del mejor interés. Da igual que no sea lo mejor para él si es lo que quiere, tiene derecho a equivocarse como todas las demás personas»¹¹¹.

Por último, la Ley 8/2021 ha omitido cualquier alusión al rechazo que pudiera llevar a cabo la persona, aunque parece que el lugar adecuado para su regulación sería en el articulado dedicado a las medidas de apoyo (art. 249 y ss CC).

En este sentido, la Observación General núm. 1 (2014) del CDPC determina que «la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento» (apartado 29 g)¹¹². Igualmente, el informe conjunto de

deseos y preferencias de la persona. Tal y como determina el Alto Tribunal, «la voluntad se ha expresado bajo la influencia de un trastorno de la personalidad provocada por el síndrome de Diógenes». Y prosigue, «la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no solo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda». En definitiva, el TS entiende que el rechazo mostrado por la persona es provocado por su enfermedad, lo que justifica la adopción de las medidas de apoyo adecuadas.

¹¹⁰ GARCÍA RUBIO, 2022, p. 643.

¹¹¹ Palabras de GARCÍA RUBIO recogidas en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020*, núm. 185, p. 26, en relación a las comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021.

¹¹² Se cuestiona por parte de la doctrina el carácter vinculante de las *Observaciones Generales del Comité*. Así, «...la *Observación General Primera* expresaría no tanto lo que

la Red Europea de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y la organización *Mental Health Europe* sobre la toma de decisiones con apoyo de las personas con discapacidad, de 8 de junio de 2020, en el punto 3 alude a la libre elección, incluyendo el derecho a rechazar el apoyo¹¹³. Parte de la doctrina entiende que sí cabe hablar del rechazo al apoyo por parte de la persona con discapacidad¹¹⁴, pues los apoyos son un derecho y no un deber¹¹⁵. Las personas con discapacidad no pueden convertirse en prisioneras de las medidas de apoyo¹¹⁶. Leciñena Ibarra alude a la modificación o renuncia de la medida de apoyo voluntaria por parte de la persona con discapacidad en escritura pública, incluso en la escritura pública que pretenda otorgar en ese momento, siempre y cuando tenga capacidad natural¹¹⁷. Opinión compartida por Lora Tamayo-Rodríguez quien mantiene que «sería un contrasentido que ella misma se limitara, es decir, que pudiendo actuar por tener capacidad natural suficiente para ello apreciada por el notario tuviera que pasar por el apoyo que ella misma se impuso y que en ese momento no lo considera necesario»¹¹⁸. De manera que si la discapacidad no le impide formar su consentimiento informado consciente y libre superando el proceso deliberativo previo de formación de voluntad, será perfectamente posible que la persona con discapacidad pueda rechazar la medida¹¹⁹. Sin embargo, quienes defienden la postura contraria, entienden que los «efectos derivados del rechazo de la persona a recibir un apoyo puede suponer perjuicios económicos para ambas partes, incremento de la carga de trabajo para la familia al tener que hacer frente a situaciones que de haber recibido apoyo

dice el art. 12 de la Convención, cuanto lo que los miembros del Comité piensan que debería haber dicho, viiniendo a reemplazar así el texto de la Convención por el de la *Observación...*», MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2021, p. 112.

¹¹³ El apartado dice así: «*free choice, including the person's right to refuse support...the person can terminate or alter the support at any time*».

¹¹⁴ Entre otros, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 93; GARCÍA RUBIO, María Paz, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020*, núm. 185, p. 26, en relación a las comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021; CARRASCO PERERA, 2022, p. 227; LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, pp. 280 y ss. Sin embargo, el efecto que produce dicho rechazo se entiende de manera diferente. Así, por ejemplo, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 94 opina que el mismo dará lugar a la aplicación del régimen de anulabilidad; sin embargo, GARCÍA RUBIO, 2022, pp. 341 y ss. cree que si la persona con discapacidad rechaza la medida de apoyo debe asumir los riesgos de la contracción.

¹¹⁵ LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 278. En este sentido, «quizá, también podemos soñar con que la tramitación parlamentaria dé un paso más y suponga un cambio de perspectiva aún más profundo, que las instituciones de apoyo y protección sea para el ciudadano un derecho y que así sean percibidos por él, y no como una imposición o limitación», PEREÑA VICENTE, RDC, 2018, , p. 82.

¹¹⁶ PAÑOS PÉREZ, 2022, p. 100.

¹¹⁷ LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 282.

¹¹⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, RNsXXI, 2021, p. 43.

¹¹⁹ LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 280.

no se hubieran producido, daños morales y familiares, etc.»¹²⁰. Adoptan como fundamento de su postura el artículo 49 de la Constitución española¹²¹ —precepto modificado el 15 de febrero de 2024 para incluir el término «personas con discapacidad» y eliminar la palabra «disminuidos»— y entienden que el hecho es contrario al texto constitucional. De no ser así, tal y como conviene De Salas Murillo, el régimen otorgaría una doble oportunidad y supondría una incoherencia que permite que la persona libremente pueda prescindir del apoyo y que, después, pueda anular el negocio jurídico por carecer de medidas de apoyo sin que tenga que asumir las consecuencias de su acto¹²². En definitiva, el rechazo no es una posibilidad que debiera desterrarse de la norma, aunque la misma no se refiera de forma expresa a esta cuestión, siempre y cuando se produzca cumpliendo unos requisitos. No se debe olvidar que lo que predomina es la voluntad de la persona.

La posibilidad de que la persona con discapacidad pueda rechazar de manera voluntaria la medida de apoyo es una cuestión que genera multitud de opiniones dispares. Por ello, se comprenderá que las siguientes líneas no resuelvan la cuestión por la dificultad de la materia y que se exponga a continuación una serie de interrogantes. El legislador no lo ha regulado en sentido negativo, esto es, sobre la prohibición de que la persona con discapacidad pueda rechazar una medida de apoyo establecida con anterioridad —ello no parece comulgar con el artículo 12 de la Convención—, ni tampoco en sentido positivo. Así, el legislador se ha situado en una postura cómoda: omitir cualquier alusión al rechazo que pudiera llevar a cabo la persona.

En opinión de De Salas Murillo, «no existe como tal derecho amparable por el ordenamiento jurídico a rechazar la imposición de un sistema de apoyos, pero sí a prescindir de su contenido por la sola voluntad de la persona con discapacidad»¹²³. Si el foco sobre el que se centra la cuestión es el consentimiento emitido en el acto concreto, entonces ¿por qué no permitir el rechazo en un acto en

¹²⁰ PETIT SÁNCHEZ, RDC, 2020, p. 307.

¹²¹ «1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».

¹²² A este extremo aluden DE SALAS MURILLO, *Diario La Ley*, 2021, p. 5, y ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1008. Igualmente, «[...] deja a la otra parte contratante en una situación de gran indefensión ante personas que padeczan una discapacidad [...]», HIDALGO CEREZO, 2021, p. 74.

¹²³ DE SALAS MURILLO, RCDI, 2020, p. 2258.

concreto si la persona tiene capacidad de entender y facultad para expresar su voluntad? Las medidas de apoyo han de ser un derecho para el ciudadano y no una imposición o limitación¹²⁴. En este punto, habría que diferenciar el rechazo llevado a cabo ante notario o aquel otro solo entre particulares. En el primer supuesto, parece posible que la persona con discapacidad pueda rechazar la medida de apoyo en escritura pública si el notario entendiera que tiene capacidad de entender. Tratándose de medidas de apoyo judiciales, Tena Arregui entiende que sí sería posible rechazarlas «si en ese momento tiene su capacidad natural para formular un consentimiento»¹²⁵. El autor señala que «entender que cuando se ha establecido una medida de apoyo, aunque sea por vía judicial, el discapacitado con capacidad natural no puede prescindir de ella, por lo que en todo caso los negocios realizados sin ese apoyo son anulables, implica introducir la incapacitación *de facto* por la puerta de atrás»¹²⁶. Volveríamos así al sistema previo en el que los incapacitados no podían prestar consentimiento, al margen de que en el momento concreto de prestarlo tuviera un intervalo lúcido¹²⁷. Asimismo, en el caso de que la contratación se llevara a cabo entre particulares, sin notario, requeriría que la voluntad de la persona con discapacidad quedara reflejada en un documento (rechazo a la medida de apoyo). ¿Acaso ese rechazo no generará desconfianza en la contraparte al no conocer con certeza si la persona tiene capacidad de entender? En cualquiera de los dos supuestos, si se ejerce la anulabilidad con posterioridad, habiendo rechazado la medida, ¿qué ocurriría? Ya se anticipa, y puede intuirse de lo expuesto antes, que el régimen de anulabilidad no se basa exclusivamente en la falta de medidas de apoyo, sino también en la falta de capacidad de entender unida a la facultad para expresar la voluntad de la persona¹²⁸. Aun en el supuesto de que la persona hubiera «aprobado»

¹²⁴ PEREÑA VICENTE, RCD, 2018, p. 82.

¹²⁵ TENA ARREGUI, RNsXXI, 2023, p. 75.

¹²⁶ TENA ARREGUI, RNsXXI, 2023, p. 74. Opinión contraria mantienen quienes afirman que «[el] notario debe cumplir la resolución judicial, pero ante la misma también debe interpretarla y en su caso complementarla. Si a su juicio, para un acto en concreto, la persona sabe y entiende lo que quiere y conforme a la resolución no puede hacerlo, debería pedir que se revise la misma y que se modifique la medida de apoyo. Lo que no puede hacer es autorizar la escritura prescindiendo de las medidas judiciales, aunque lo pretenda la persona con discapacidad. Si la resolución judicial no dice nada sobre el acto concreto que pretende realizar la persona con discapacidad y el notario la juzga con aptitud suficiente para el mismo, creemos [...] que puede autorizarlo», SERRANO YUSTE, 2022, pp. 201-202.

¹²⁷ DE SALAS MURILLO, 2006, p. 1.

¹²⁸ «De ahí que la falta de apoyos no pueda considerarse una sanción de ineeficacia general y automática, sino que habría que aplicar las reglas generales sobre prestación de consentimiento válido», PRADOS GARCÍA, Revista AJI, 2022, p. 33.

el juicio de capacidad del notario¹²⁹, se admitiría la prueba en contrario de dicha presunción *iuris tantum*. En la fianza, en particular, si la persona con discapacidad requiriera autorización judicial por necesitar un curador representativo, resultaría extraño que el acreedor admitiera la fianza sin la preceptiva autorización (salvo que se trate de contratación entre particulares en la que se desconozca el sometimiento a una medida de apoyo representativa). Por lo tanto, surgen más interrogantes que respuestas y resulta difícil resolver definitivamente la cuestión. En todo caso, habrá de prestarse atención al consentimiento que pueda emitir la persona en un acto en concreto. El rechazo a la medida de apoyo por la persona con discapacidad no implica la imposibilidad de declarar nulo el contrato. Dicho de otra manera, aunque la persona con discapacidad prescinda de la medida de apoyo porque esa sea su voluntad, nada indica que con posterioridad ese acto no pueda declararse nulo cuando el rechazo se ha llevado a cabo sin la suficiente capacidad de entender y facultad para expresar su voluntad.

El único y principal foco sobre el que ha de centrarse la atención no parece que sea el hecho de que la persona con discapacidad no haga uso de las medidas de apoyo, aunque parte de la doctrina entienda que la causa de la anulabilidad se sustenta en la falta de medidas de apoyo¹³⁰. No puede interpretarse «que la intervención del apoyo que la persona con discapacidad tenga a su disposición para ejercitarse su capacidad jurídica para contratar es requisito imprescindible para completar su capacidad jurídica, pues esta se considera íntegra y en condiciones de igualdad, a tenor del artículo 12 de la Convención»¹³¹.

El primer párrafo del artículo 1302.3 del Código Civil hace referencia a la legitimación de la persona con discapacidad para poder instar la anulabilidad. Tal y como apunta Amunátegui Rodriguez:

«Si nos paramos aquí resulta evidente la legitimación de la propia persona que prescinde de sus apoyos a la hora de realizar el contrato para poder impugnar, ahora sí con apoyo, sin quedar sujeto a ningún otro presupuesto. Resulta así que en este caso hay que entender que la impugnación se antepone a la posible buena fe del

¹²⁹ Juicio de aptitud, comprensión o discernimiento al que se refiere SERRANO YUSTE, 2022, p. 197.

¹³⁰ BERROCAL LANZAROT, *Revista AJI*, 2022, p. 64, entiende que procederá la anulabilidad cuando falte la medida de apoyo, y DE VERDA Y BEAMONTE, 2023, p. 258. Este último autor expone que «se tratará, básicamente, de la ausencia del consentimiento del curador, cuando su intervención fuere precisa». Conviene recordar que el curador no solo tendrá funciones representativas, sino también asistenciales, por lo que el consentimiento, en este último caso, será emitido por la persona con discapacidad.

¹³¹ PAÑOS PÉREZ, 2022, p. 101.

contratante, disponiendo una causa general de anulabilidad cuando se actúe sin o contra los apoyos establecidos [...]. No queda protegido el otro contratante aunque hubiera actuado de buena fe, circunstancia que a la larga podrá dificultar la plena inclusión en el mercado de las personas con discapacidad»¹³².

Esta situación no ocurre cuando la legitimación es otorgada al prestador del apoyo, en cuyo caso, su posible buena fe sí se antepone a la anulabilidad.

El segundo párrafo del artículo 1302.3 especifica que:

«Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Frente a la legitimación general del representante legal en el sistema anterior, «se ha tratado de buscar un equilibrio entre conceder total autonomía a la persona para anular, evitar el control del apoyo, y la de concederle a este la posibilidad de rehacer lo hecho por la persona con discapacidad, volviendo a una situación pre-CDPD»¹³³. A medio camino se encuentra la actual regulación que permite que el sujeto prestador del apoyo pueda instar la anulabilidad cuando se produzcan una serie de circunstancias¹³⁴. En cuanto a la legitimación de los sujetos, el precepto se refiere a la legitimación de la «persona a la que hubiere correspondido prestar el apoyo». Las personas a las que se está refiriendo el artículo son a las prestadoras de las medidas de naturaleza voluntaria, al curador y al defensor judicial¹³⁵. En el concreto caso de la guarda de hecho no es necesario documento alguno para su constitución y no se inscribe en el Registro Civil¹³⁶. Sin embargo, cuando la misma es exteriorizada como medida de apoyo «porque el guardador ya ha actuado a través de autorizaciones judiciales o como

¹³² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 95.

¹³³ ÁLVAREZ LATA, CCJC, 2023, p. 225.

¹³⁴ A favor de esa interpretación entender que la ventaja injusta solo se requiere en el caso de que sea la medida de apoyo quien inste la anulabilidad—se muestran, entre otros, PARRA LUCÁN, 2022, p. 340; VAQUERO PINTO, 2021, p. 1704, quien entiende que la impugnación procede de la persona que presta el apoyo cuando concurra alguno de los dos requisitos; y LECIÑENA IBARRA, *Diario La Ley*, 2022, pp. 6 y ss.

¹³⁵ Compartiendo la idea de VÁZQUEZ DE CASTRO, 2022, p. 542.

¹³⁶ El artículo 40 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil determina que «1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción [...] 3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos [...] 9º El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho».

apoyo en otras ocasiones, cabría el recurso a la anulabilidad»¹³⁷. No parece lógico afirmar que los titulares de apoyos voluntarios no estarán legitimados «dada la esencial modificación y revocación de dichos instrumentos»¹³⁸. Modificación o revocación que quedará debidamente documentada en escritura pública (salvo en el caso de la guarda de hecho), con lo que no habrá problema alguno en conocer si el prestador de la medida de apoyo está o no legitimado para interponer algún tipo de acción. La Ley 8/2021 durante la tramitación parlamentaria decía lo siguiente: «[s]i no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y sus herederos, al Ministerio Fiscal»¹³⁹. Aunque «esta posibilidad de anular el contrato por el Ministerio Fiscal desapareció en la tramitación parlamentaria, en lógica coherencia con el cambio que sufrió el artículo 1263 CC y con la propia concepción del artículo 12.2 CDPD»¹⁴⁰.

Los requisitos a los que alude el artículo 1302.3 para que la persona a la que le hubiere correspondiendo prestar el apoyo pueda ejercer la anulabilidad son dos: ser conocedor de la existencia de la medida de apoyo o aprovecharse de la situación obteniendo una ventaja injusta. En cuanto al conocimiento de la existencia de la medida de apoyo, se consagra una suerte de principio de buena fe en el contratante que no es conocedor de la existencia de medidas de apoyo, siendo el contratante de mala fe el que tenga conocimiento de la misma¹⁴¹. Tal y como advierte Carrasco Perera:

«La estructura de los remedios contractuales de la discapacidad es muy deficitaria en los arts. 1301, 1302 y 1304 de la nueva regulación. Se soporta sobre el andamiaje de las medidas de apoyo, pero el sistema se blinda de forma que no se podrá averiguar por los asientos del

¹³⁷ ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1017. En cuanto a la prueba de la guarda de hecho, DE VERDA Y BEAMONTE se refiere a las declaraciones de responsabilidad presentadas ante las Administraciones públicas, al acta de notoriedad (art. 209 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de organización y régimen del Notariado), a la posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho y la declaración responsable ante la entidad bancaria (*Documento Interpretativo al Protocolo Marco entre la Fiscalía General del Estado y Asociaciones Bancarias* publicado en julio de 2023), DE VERDA Y BEAMONTE, *Idibé*, 2024, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho/>

¹³⁸ ÁLVAREZ LATA, Natalia 2021, p. 1017. Voces como la de CARRASCO PERERA mantienen que las medidas de apoyo relevantes a efectos de eficacia contractual solo serán tres: el curador con funciones asistenciales, el curador con funciones representativas y el defensor judicial con funciones representativas, CARRASCO PERERA, RDCD, 2022, p. 261.

¹³⁹ Texto con el que muestra su conformidad DE SALAS MURILLO, *Diario la Ley*, 2021, p. 6.

¹⁴⁰ ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1012.

¹⁴¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 97.

Registro Civil la existencia y alcance de tales medidas de apoyo fácticas o jurídicas [...]»¹⁴².

En ese sentido, el artículo 84 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil establece lo siguiente:

«Solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan. Las Administraciones Pùblicas y los funcionarios pùblicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo».

De este modo, los notarios están legitimados para acceder a la información relativa a las medidas de apoyo que requiera la persona con discapacidad. Sin embargo, «el fin de la norma obliga a incluir los casos en que se pudiera apreciar con una mínima diligencia la necesidad de los apoyos, aún sin constancia de su existencia»¹⁴³. Idea con la que se coincide, pues en caso contrario provocaría la neutralización de la aplicación de este punto¹⁴⁴.

Respecto a la ventaja injusta obtenida por una de las partes y requisito para que el prestador de la medida de apoyo pueda instar la anulabilidad, parte de la doctrina entiende que el régimen de anulabilidad ha de basarse exclusivamente en la ventaja injusta obtenida por una de las partes¹⁴⁵. Sobre este requisito gravitará la anulabilidad con independencia de quién sea la persona legitimada. Si se atiende a los numerosos y no siempre técnicamente correctos cambios de redacción propuestos a lo largo de la tramitación parlamentaria, García Rubio y Varela castro entienden que es posible ofrecer una lectura coherente del precepto a través del empleo de la interpretación teleológica¹⁴⁶. Así, en la elaboración de la Ley 8/2021, el artículo 1302 del Código Civil contenía un único párrafo que aludía a la legitimación de la persona con discapacidad, sus herederos, como de la persona prestadora de apoyo en el supuesto

¹⁴² CARRASCO PERERA, RCDC, 2022, pp. 199-200.

¹⁴³ VAQUERO PINTO, 2021, p. 1704.

¹⁴⁴ ÁLVAREZ LATA, 2021, pp. 1018-1019. Alude a la publicidad restringida ligada a las medidas de apoyo en el Registro Civil, lo que dificulta la posibilidad de conocimiento de tal extremo, unido a la contratación a distancia que caracteriza hoy en día la contratación.

¹⁴⁵ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 663.

¹⁴⁶ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 646. Lectura que es compartida también por INFANTE RUIZ, 2022., p. 155.

de obtención de una ventaja injusta por la otra parte contratante¹⁴⁷. Más tarde se propuso reordenar el precepto con la intención de separar en tres párrafos la legitimación de la persona con discapacidad de la del prestador de apoyo y de la de los herederos, para lo que se añadió un cuarto párrafo que volvía a incidir en la necesidad de que la anulación solo procedería cuando se hubiera obtenido una ventaja injusta por la contraparte¹⁴⁸. Pues bien, la ventaja injusta no es sino una situación de provecho obtenida debido a la discapacidad de la persona o, en otras palabras, aprovecharse de la vulnerabilidad específica que presenta la discapacidad a la hora de negociar un contrato¹⁴⁹. El legislador no define tal concepto ni lo regula, pero se podría decir que se otorga relevancia a la situación de vulnerabilidad de una parte contratante y a la actitud desleal o reprobable de la otra para obtener una ventaja a su favor que de otra manera no hubiera tenido¹⁵⁰. Si la persona con discapacidad se encuentra provista de una medida de apoyo, no parece lógico pensar que la contraparte pueda obtener una ventaja injusta. De esta manera, si la persona con discapacidad actúa sin la medida de apoyo, la contraparte podrá obtener una ventaja injusta que dará lugar a la anulabilidad. De este modo, «responde a la necesidad de protección del contratante más débil, en este caso de aquella persona con discapacidad que debía actuar con apoyos y no lo hizo, generándose una desproporción en las prestaciones de las partes»¹⁵¹. Opinión contraria mantienen quienes entienden que la ventaja injusta puede ser obtenida aun en el supuesto de que la persona con discapacidad actúe con una medida de apoyo, pues, en caso contrario, «caeríamos en el error de entender que la actuación del apoyo resulta determinante para medir la " validez del contrato" »¹⁵². Esta afirmación no puede ser compartida, pues lo único que produciría sería una falta de seguridad jurídica. Por tanto, «si el régimen produce desconfianza en los terceros [...] a la postre, sufrirán la discriminación de verse excluidos del tráfico jurídico»¹⁵³.

La ventaja injusta no se introduce en el Código Civil como «una figura transversal a todo contrato ni cualesquiera sean los

¹⁴⁷ Enmienda núm. 400, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, p. 294.

¹⁴⁸ Enmienda núm. 164, BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, p. 115.

¹⁴⁹ GARCÍA RUBIO, 2022, p. 352. *Vid.* sobre la cuestión a INFANTE RUIZ, 2022, quien realiza un estudio del aprovechamiento injustificado a través de *undue influence* del Derecho inglés y determina que la ventaja injusta es una modalidad del aprovechamiento injustificado.

¹⁵⁰ ÁLVAREZ LATA, 2022, p. 1019.

¹⁵¹ JARUFE CONTRERAS, 2022, p. 466.

¹⁵² GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 1659.

¹⁵³ DE SALAS MURILLO, RCDI, 2020, p. 2258.

contratantes, sino que se limita a situaciones bien concretas»¹⁵⁴. Jarufe Contreras alude a la función de la figura en el Código Civil. Primera, el artículo 1302 del Código Civil en el que puede invocarse la figura para solicitar la nulidad el acto por quien debía prestar el apoyo (y no lo ha hecho)¹⁵⁵; segunda, como mecanismo de excepción a los efectos restitutorios de la nulidad, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1304 del Código Civil, y, tercera, como excepción a la extinción de la acción de nulidad por pérdida de la cosa por culpa o dolo (art. 1314 del Código Civil).

La ventaja injusta no es un término nuevo introducido por la Ley 8/2021 en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, ya se refiere al mismo cuando regula el contrato de compraventa (art. 621-45 a 621-48). En particular, el artículo 621-45 señala que:

«El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta».

También la Ley 21 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, regula la influencia indebida y el abuso de influencia:

«La influencia indebida. Son anulables las declaraciones de voluntad realizadas en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido. Abuso de influencia. Asimismo son anulables las realizadas por la influencia abusiva de otro que aprovecha la confianza en él depositada, la debilidad mental o la angustia del declarante, con obtención de un beneficio».

¹⁵⁴ JARUFE CONTRERAS, 2022, p. 463.

¹⁵⁵ Al contrario de lo señalado con anterioridad al tratar esta cuestión, la autora entiende que cuando el artículo 1302 del Código Civil alude a «la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo», necesariamente nos encontraríamos frente a una medida de apoyo que implica la curatela con representación.

Tal y como aclara el preámbulo de la norma:

«Una modalidad tendente a la protección de situaciones de vulnerabilidad o dependencia —influencia indebida y abuso de influencia—, que se presentan sociológicamente de forma mayoritaria por razón del envejecimiento de la población, pero que no se limitan exclusivamente a esos supuestos y resultan aplicables a cualesquiera otros de dependencia fáctica».

También la *Propuesta de Código Civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil se refiere al ventajismo después de tratar los vicios del consentimiento:

«Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una ventaja excesiva, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión» (art. 527-9).

Ninguno de los preceptos expuestos se refiere a la discapacidad como elemento que pueda provocar la ventaja injusta, como sí lo hacen —de manera directa o indirecta— los Principios de Derecho Europeo de los Contratos¹⁵⁶, la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos¹⁵⁷ o la reciente Ley aragonesa 3/2024. Así, en el primer caso, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se refieren a la carencia de capacidad negociadora cuando en su artículo 4:109 aluden al beneficio excesivo o ventaja injusta¹⁵⁸. Se declara que:

«(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión: a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato,

¹⁵⁶ Texto articulado elaborado en la década de los años ochenta por un grupo de expertos que contiene principios con vocación de servir para la armonización y unificación del Derecho de obligaciones y contratos en los Estados miembros de la Unión Europea, pero carente de fuerza vinculante.

¹⁵⁷ Dentro de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación se presentó en 2023 una Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, cuya principal motivación es modernizar las normas del CC español de 1889.

¹⁵⁸ Tal y como se advertía antes, las personas con discapacidad tienen capacidad para contratar hoy en día, sin estar limitada por el artículo 1263 del Código Civil, por lo que sería mejor incluir la discapacidad como elemento que puede provocar la ventaja injusta.

se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo».

En el segundo caso, la Propuesta de modernización del Código Civil en su artículo 1297 regula la ventaja injusta, y dice:

«1. Una de las partes contratantes podrá anular el contrato que otorgue una ventaja injusta a la otra, cuando esta la hubiera obtenido aprovechándose de la situación en la que se encontraba aquella en el momento de la celebración del contrato. 2. En particular, se entenderá que hay aprovechamiento de la situación de la otra parte cuando exista entre ambas una relación de confianza o de dependencia, o cuando la parte perjudicada fuese persona con discapacidad sufra extraordinarias dificultades económicas o se encuentre en situación de necesidad apremiante, de ignorancia, de inexperiencia o de falta de previsión».

Por último, la norma aragonesa recoge expresamente la rescisión por obtención de una ventaja injusta (art. 45-6) y señala que «[s]erá rescindible el contrato de una persona con discapacidad, tanto si ha sido celebrado por sí sola como con alguna medida de apoyo, cuando el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta». En todos los supuestos descritos, y sea cual fuere el término equivalente empleado para referirse a la ventaja injusta, el efecto que produce suele ser mayoritariamente la anulabilidad (el Fuero Nuevo de Navarra, la Propuesta de modernización del Código Civil, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil), frente a aquellos otros que optan por la rescisión (el Código Civil de Cataluña y la Ley aragonesa 3/2024)¹⁵⁹. El régimen de la anulabilidad «está pensado por el legislador [...] para los casos en que el contrato tiene todos sus elementos esenciales, pero, no obstante, adolece de un vicio que afecta a alguna de las partes: incapacidad de obrar, vicios del consentimiento o disposiciones del cónyuge sin el consentimiento del otro cuando sea necesario»¹⁶⁰. Dicho de otra manera, la anulabilidad se caracteriza por ser un régimen de ineeficacia contractual sustentado en una finalidad de protección de una parte del contrato frente a contingencias que han

¹⁵⁹ En el caso de Cataluña, el sistema también opta por la adaptación del contrato. En ese sentido, el artículo 621-47 determina que «1. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-45, a petición de la parte perjudicada, la autoridad judicial puede adaptar el contenido del contrato a la práctica contractual prevalente en el momento de su conclusión y a las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos. 2. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-46, puede evitarse la rescisión del contrato mediante el pago en dinero del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del contrato.».

¹⁶⁰ DE PABLO CONTRERAS, 2023, p. 509.

afectado de manera negativa a la producción del consentimiento contractual¹⁶¹. La rescisión, en cambio, constituye el remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas¹⁶². En base a las definiciones expuestas y en una primera aproximación, parece más adecuado que la obtención de una ventaja injusta dé lugar a la rescisión y no a la anulabilidad, puesto que se trata de un daño económico que se genera a una de las partes, en concreto, a la persona con discapacidad.

Hoy en día, el Código Civil no regula el régimen de lo que legalmente se denomina «ventaja injusta»¹⁶³, si bien se cuenta con una «avanzadilla» introducida por el artículo 1302.3 del Código Civil¹⁶⁴. Quizá la no regulación de manera general de la ventaja injusta atienda al hecho de que la Ley 8/2021 tenía el objetivo de adaptar el Código Civil a la Convención de Nueva York y no modificar la teoría general del contrato¹⁶⁵. Como señala Fenoy Picón:

«La Ley 8/2021 no modifica la enumeración de los vicios del consentimiento del artículo 1265 CC ni introduce en el Código Civil un artículo en el modo de lo que se regula en los artículos 1266 a 1270 CC para el error, la violencia, la intimidación y el dolo y, por la ubicación del artículo 1302.3 CC, ha de entenderse que la ventaja injusta es considerada como causa de anulación contractual (hay una una primera decisión legislativa de derecho positivo)»¹⁶⁶.

En definitiva, la autora entiende que todo hace indicar que se trata de un vicio del consentimiento que requerirá un artículo separado para su regulación, al igual que los artículos 1266 a 1270 del Código Civil, lo que «conduciría a reelaborar la propia noción del vicio del consentimiento, pues el supuesto de la ventaja injusta no toma en cuenta, exclusivamente, el defecto de la voluntad del contratante, sino que añade otro elemento, el efecto económico desfavorable para el mismo»¹⁶⁷ ya que, en efecto, «los vicios del consentimiento hacen que la declaración no sea plenamente consciente (error y dolo) o plenamente libre (violencia e intimidación)»¹⁶⁸, sin que, hoy en día, la ventaja injusta tenga cabida en esta definición.

Partiendo de la normativa ya expuesta que se refiere, de una manera u otra, a la ventaja injusta, se pueden distinguir el elemento

¹⁶¹ CARRASCO PERERA, 2022 p. 206.

¹⁶² DE PABLO CONTRERAS, 2021, p. 489.

¹⁶³ FENOY PICÓN, 2023, p. 723.

¹⁶⁴ GARCÍA RUBIO Y VARELA CASTRO, 2022, pp. 664-666.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ FENOY PICÓN, 2023, p. 724.

¹⁶⁷ FENOY PICÓN, 2023, p. 15.

¹⁶⁸ DE PABLO CONTRERAS, 2023, p. 356.

subjetivo, esto es, la situación de vulnerabilidad producida por la discapacidad de una de las partes, y el elemento objetivo, el aprovechamiento que se obtiene, lo cual supone que se produzca un desequilibrio considerable entre los derechos y obligaciones derivadas del contrato¹⁶⁹ o que se produzca un desequilibrio patrimonial¹⁷⁰. Es la vulnerabilidad o debilidad la que es aprovechada para obtener una ventaja injusta¹⁷¹. Este requisito no solo puede plasmarse en el precio final, sino también en otras circunstancias, como puede ser la forma de pago, las causas de resolución del contrato, la calidad de los bienes, etc.¹⁷² La ventaja injusta podría definirse como aquel desequilibrio que se produce entre las partes que proviene del provecho obtenido por una de ellas, provecho que no solo debiera producirse en los contratos onerosos, sino también en los gratuitos¹⁷³. No parece desafortunado que la propia norma pudiera establecer presunciones *iuris tantum* para entender que concurre una ventaja injusta¹⁷⁴. Así, parece necesario que se regulase y conceptuase la ventaja injusta, en tanto resulta un concepto jurídico indeterminado al que se podría acudir en todos los casos como «cajón de sastre». Quizá, la norma podría presumir la ventaja injusta obtenida en los contratos realizados con personas con discapacidad¹⁷⁵, presunción *iuris tantum* que podría ser destruida mediante prueba en contrario: demostrando su buena fe, esto es, la falta de ventaja injusta obtenida por aprovecharse de la vulnerabilidad de la contraparte. El propio artículo tendría que definir la ventaja injusta, que podría consistir en la obtención de una prestación que no se produciría si la persona con discapacidad hubiere sido asistida o representada a través de la medida de apoyo. En definitiva, y restando el análisis del artículo 1302.3 del Código Civil, si el contratante es de buena fe, el contrato no podrá ser anulado por el prestador de la medida de apoyo¹⁷⁶.

Otros autores como Carrasco Perera optan por la formulación de cinco reglas y eluden el recurso a las acciones de nulidad en la contratación con personas con discapacidad. En su opinión:

«Es un error conservar el instituto de la anulabilidad contractual. Creo que es incluso un error residenciar en el Derecho civil el

¹⁶⁹ INFANTE RUIZ, 2022, p. 155.

¹⁷⁰ Otros autores no hablan del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, sino del desequilibrio patrimonial, ÁLVAREZ LATA, Natalia, 2022, pp. 1010-1011.

¹⁷¹ DE LA MAZA GAZMURI y LÓPEZ DÍAZ, RChD, 2023, p. 37.

¹⁷² BARCELÓ COMPTÉ, 2019, p. 99.

¹⁷³ ÁLVAREZ LATA, 2022, p. 1020.

¹⁷⁴ INFANTE RUIZ, 2022, p. 205.

¹⁷⁵ Discapacidad mental o psíquica. Recuérdese que es en este tipo de discapacidad donde la capacidad para contratar incidirá sobremanera.

¹⁷⁶ ÁLVAREZ LATA, 2022, p. 1014.

sistema de previsión de apoyos puramente asistenciales. El sistema debería haberse optimizado eludiendo el recurso a las acciones de nulidad y haberse construido sobre cinco reglas claras y justas. Primera, los contratos (onerosos) celebrados por discapacitados con o sin apoyos deberían considerarse válidos si la contraparte fuera de buena fe. Segunda, los contratos concertados por discapacitados aún con la prestación de los apoyos exigidos serían inválidos en derecho si se probara dolo de la contraparte. Tercera, los contratos en los que haya juicio notarial de "capacidad" (de suficiencia de consentimiento) serán válidos salvo que se probara que la contraparte actuó con dolo. Cuarta, debería eliminarse la rescisión por lesión del art. 1291.1 CC, porque su sobrevivencia solo se puede justificar, racionalmente, para un número de casos tan marginales, que resulta preferible prescindir del remedio rescisorio en méritos de evitar confusiones y eliminar la apariencia de una doble tutela injustificable. Quinta, debería haberse generalizado la regla de los testamentos y de la novación de los poderes preventivos (art. 665 CC y DT 3^aIII Ley 8/2021), y haber hecho del notario el órgano de control de la capacidad real y, a la vez el apoyo (único), para que la voluntad del discapacitado pudiera manifestarse, el único apoyo, en los contratos elevados a públicos»¹⁷⁷.

En suma, el autor entiende que todo contrato realizado por una persona con discapacidad es válido, salvo que la contraparte actúe dolosamente, cuestión que no hace sino invertir el protagonismo en la manera de proceder de la contraparte y otorgar mayores funciones a los notarios como «órganos de control de la capacidad real».

Al igual que ocurre en cualquier negocio jurídico y con cualquier contratante, con independencia de la discapacidad que padezca, la fianza también podría verse afectada por el régimen de ineeficacia del artículo 1261 y los apartados 1.^º y 2.^º del artículo 1301 del Código Civil. Por un lado, en cuanto al primero de los preceptos, el Código Civil establece que «[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.^º Consentimiento de los contratantes. 2.^º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.^º Causa de la obligación que se establezca», lo que determina cuáles son los elementos esenciales del contrato sin los que no existirá un válido contrato. Si en la fianza interviene una persona con discapacidad «que carece de apoyos [y] no puede conformar un consentimiento contractual suficiente y válido para el acto o negocio en concreto [...]»¹⁷⁸, el contrato será nulo. Esta opinión no es compartida por toda la doctrina, ya que entienden que «no puede pretender que haya existido falta de consentimiento a causa de su discapacidad, aunque sí puede hacer valer el artículo 1261 si la falta de con-

¹⁷⁷ CARRASCO PERERA, RCDC, 2022, pp. 199-200.

¹⁷⁸ ÁLVAREZ LATA, 2022, p. 1020.

sentimiento procede de razón exógena a su discapacidad efectiva (trastorno mental transitorio, violencia física de tercero, intimidación)»¹⁷⁹. En este sentido, De Amunátegui Rodríguez coincide, en principio, con la idea anterior cuando indica que:

«Parece la interpretación más coherente, teniendo en cuenta los principios que preside la inspiración de la ley y los criterios hermenéuticos adecuados, pero me plantea muchas dudas que los jueces rechazaran absolutamente una pretensión basada en este precepto cuando se tratase de la actuación de una persona que no pueda conformar adecuadamente su voluntad y carece de medidas de apoyo»¹⁸⁰.

Parra Lucan señala que:

«Si se acepta la nulidad absoluta en los casos de violencia extrema, de falta de consentimiento por un estado transitorio de drogadicción o embriaguez, por un trastorno psíquico puntual, ¿por qué habría que negar la ineeficacia total cuando se trata de un contrato celebrado por una persona con discapacidad persistente u estable pero que no cuenta con un apoyo? No parece razonable llegar a tal conclusión por el mero hecho de que el legislador haya querido reconocer capacidad general a las personas con discapacidad si en el caso concreto la persona con discapacidad no podía formar su voluntad para emitir un consentimiento contractual. El problema es que para estos supuestos no se establece un régimen legal y en algunos aspectos el régimen de anulabilidad específico para los casos en que se prescinda del apoyo establecido puede ser más beneficioso que el general de nulidad absoluta»¹⁸¹.

La clase de invalidez que se asocia al contrato en el que falta el consentimiento no parece una cuestión pacífica. Sin embargo, para

¹⁷⁹ CARRASCO PERERA, Gómez-Acebo & Pombo, 2021, en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/06/Riesgos_estrategias_contractuales.pdf; CARRASCO PERERA, RCDc, 2022, pp. 204-205 defiende que en el caso del discapacitado a secas o que cuente solo con el apoyo del guardador fáctico, «[n]o existe una “prueba en contrario” de la falta de capacidad, porque la capacidad plena es postulado normativo, no un juicio de hecho. No importa lo que de hecho ocurra, sino el postulado normativo de que el incapacitado natural a secas no puede impugnar el contrato que celebra, salvo dolo de la contraparte».

¹⁸⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 91.

¹⁸¹ PARRA LUCÁN, 2022, p. 352. La STS 634/2022 de 3 de octubre de 2022, Ponente: María Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2022:3566), referida al régimen previo a la Ley 8/2021, declara que «durante algún tiempo, cierto sector doctrinal y alguna sentencia consideraron nulos, con nulidad absoluta, los actos del (en la terminología de la época) "incapaz no incapacitado" o "incapaz de hecho"; tal calificación, en línea con la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad, permitió ampliar la legitimación para impugnar el contrato y admitir el ejercicio de la acción transcurrido el plazo de cuatro años, todo ello en aras de una mayor protección de la persona con discapacidad [...]. Pero también es cierto que, posteriormente, la opinión doctrinal mayoritaria se inclinó por considerar preferible el régimen de la anulabilidad, por ser la forma de invalidez que el Derecho predispone para la protección de una de las partes del contrato [...]. En realidad, de lo dispuesto en los arts. 261 y 1263 CC no resultaba un régimen jurídico específico de invalidez y cuando la falta de consentimiento derivaba de la discapacidad, el régimen aplicable era el de los arts. 1301 y ss. CC».

el supuesto en el que la persona con discapacidad no esté provista de medidas de apoyo —antes denominados incapaces naturales—, «solo podemos acudir al esquema general aplicable a todas las personas, que nos remite al régimen de la nulidad por falta de consentimiento. El artículo 1261 CC señala que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. [...]»¹⁸². Así, la persona con discapacidad que no estuviere provista de medidas de apoyo y no pudiere prestar un consentimiento válido, le sería de aplicación el artículo 1261 del Código Civil¹⁸³. En caso contrario, piénsese en casos cotidianos que se producen cuando se llevan a cabo ventas a puerta fría en los domicilios, por teléfono, en puestos en centros comerciales, etc. (venta de libros, colchones, tarjetas de crédito, donativos para diferentes causas, etc.); de no ser por la aplicación del citado precepto, los contratos celebrados por las personas con discapacidad no provistas de medidas de apoyo resultarían válidos y plenamente eficaces¹⁸⁴.

Por otro lado, la fianza podrá verse afectada por la aplicación de los apartados 1.º y 2.º del artículo 1301 del Código Civil al referirse a los vicios del consentimiento que pudieran concurrir, entre ellos, la intimidación, la violencia, el error o el dolo¹⁸⁵. No cabe duda de que si las personas con discapacidad pueden contratar serán de aplicación los vicios del consentimiento generales (intimidación, violencia, error y dolo)¹⁸⁶. Sin embargo, De Amunátegui Rodríguez se refiere a la posibilidad de que los mismos se convier-

¹⁸² TENA ARREGUI, RNsXXI, 2022, p. 41.

¹⁸³ PARRA LUCÁN, 2022, p. 330, se refiere a la persona que no puede «consentir porque carecía de la aptitud y discernimiento de querer celebrar el acto contrato concreto. Ello a pesar de que formalmente haya declarado querer celebrarlo o incluso aunque haya suscrito un documento en el que así conste». Al contrario de lo que piensa DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 91, que indica que la discapacidad ha de ser «de intensidad tal que no posibilita conformación de voluntad alguna [...] pero no como mero sustitutivo de la presencia de discapacidad, a modo de falta de capacidad natural».

¹⁸⁴ La letrada del Instituto Tutelar de Bizkaia, María Luz Peleteiro Montes, de acuerdo a la entrevista mantenida el 9 de noviembre de 2023, se refería a la necesidad de anular este tipo de contratos prácticamente de manera semanal.

¹⁸⁵ Atendiendo a la escasa y reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de los vicios del consentimiento en el contrato de fianza, cabe mencionar la STS 524/2018, de 24 de septiembre, Ponente: María Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2018:3238) por error en el contrato de permuta financiera y fianza; la STS 377/2019, de 1 de julio, Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno (ECLI:ES:TS:2019:2230), por error en el préstamo con garantía hipotecaria con cláusula de fianza; la STS 116/2021, de 3 de marzo, Ponente: Juan María Díaz Fraile (ECLI:ES:TS:2021:973), en referencia al dolo por aval de un préstamo cuando la sociedad prestataria era insolvente y la STS 745/2021, de 2 de noviembre, Ponente: Pedro Jose Vela Torres (ECLI:ES:TS:2021:3960), por error en el préstamo hipotecario garantizado mediante una fianza solidaria.

¹⁸⁶ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2022, p. 504. Sin embargo, CARRASCO PERERA, 2022, p. 247, opina que «no podrá alegar error contractual por el solo hecho de su discapacidad o por patología que deriva de su discapacidad».

tan en un «cajón de sastre»¹⁸⁷. Esta cuestión no debiera ocurrir si la norma sobre la anulabilidad específica de los contratos celebrados por personas con discapacidad delimitara de forma adecuada su ámbito de aplicación.

Para finalizar, el artículo 1303 del Código Civil se refiere a la restitución de las prestaciones una vez se declare la nulidad. El precepto inmediatamente posterior, el artículo 1304 del Código Civil, limita esta restitución:

«Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

En otras palabras, la persona con discapacidad que anula el negocio de acuerdo al artículo 1302.3 del Código Civil restituye en el alcance de su enriquecimiento, que tendrá que ser modulado viendo la utilidad o provecho de la persona no solo en las necesidades objetivas cubiertas, sino también en los intereses subjetivos satisfechos¹⁸⁸. Dicho de otra manera, el enriquecimiento se entenderá como el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades. Sin embargo:

«Solo restituyen en la medida del enriquecimiento, si bien respecto de la discapacidad, a partir de ahora, la excepción solo entrará en juego si el otro contratante era conocedor de la existencia de medidas de apoyo o se aprovechó de la situación, obteniendo una ventaja injusta. Por primera vez se atribuye valor a la buena fe de quien, confiando en la apariencia, contrata con el sujeto protegido (mantendrá el derecho a la restitución íntegra)»¹⁸⁹.

De esta forma, en la fianza, si esta se declarara nula de acuerdo al artículo 1302.3 del Código Civil, el fiador oneroso solo tendrá que restituir en la medida en que se haya enriquecido con la prestación recibida.

En el estudio del régimen de ineeficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad, conviene detenerse en el análisis

¹⁸⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 92, en palabras de FERNÁNDEZ-TRES-GUERRES, 2021, p. 237.

¹⁸⁸ VARELA CASTRO, 2022, p. 679.

¹⁸⁹ VAQUERO PINTO, 2021, p. 1707.

sis de la reciente ley aragonesa 3/2024¹⁹⁰. Esta ley constituye una completa y acertada norma sobre la materia y, por ello, merece la pena resaltar algunas de las cuestiones reguladas. Primero, el artículo 34.2, al contrario que la Ley 8/2021 define la discapacidad —aspecto que se agradece y resulta oportuno— e indica: «[a] los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación, previsiblemente permanente, que impide o dificulta a la persona comprender, valorar o expresar por sí sola el consentimiento en la toma de decisiones, tanto en aspectos personales como patrimoniales». Constituye la primera norma que trata de forma separada y diferenciada, como se verá acto seguido, la capacidad de entender y querer y la facultad para expresar su voluntad, aspecto sumamente importante que no puede pasar desapercibido, en tanto ambas influyen en el proceso de elaboración de la voluntad y en la emisión del consentimiento. Segundo, el artículo 40.1 regula, por primera vez, la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica y señala que «1. Tiene aptitud para ejercitarse la capacidad jurídica la persona que por sí sola puede comprender y valorar el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella»¹⁹¹. Acto seguido, el mismo precepto establece dos presunciones de aptitud: una general y otra para un acto concreto. De esta manera:

«2. La aptitud general de ejercitarse por sí sola la capacidad jurídica se presume en la persona que ha cumplido los catorce años, si bien, mientras no sea mayor de edad, quedará sujeta al régimen de asistencia. 3. Se presume la aptitud para realizar un acto concreto siempre que para dicho acto la persona no esté sujeta a medidas de apoyo asistenciales o representativas, judiciales o voluntarias ya eficaces, y que no se demuestre lo contrario de forma cumplida y adecuada»¹⁹².

Este precepto ha de analizarse junto al siguiente artículo, el 41, que se refiere a la validez de los actos jurídicos de la persona con

¹⁹⁰ El Consejo de Gobierno de Aragón acordó el 15 de junio de 2022 encomendar a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil la redacción del anteproyecto de ley de modificación del Código de Derecho Foral en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La Comisión Aragonesa de Derecho Civil es un órgano consultivo conformado por juristas de reconocido prestigio que tiene por objeto asesorar al Gobierno en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés y que, tras más de dos años de trabajo, ha desarrollado la presente norma.

¹⁹¹ El mismo se refiere a la capacidad de entender y a la facultad para expresar la voluntad a la que se ha hecho referencia hasta ahora. Por lo tanto, este término será el empleado en las siguientes páginas, siguiendo el modelo propuesto por Aragón.

¹⁹² «[e]l art. 12 CDPD utiliza la expresión capacidad jurídica como omnicomprensiva de la capacidad jurídica (titularidad) y de obrar (ejercicio de los derechos). Ahora bien, ello no significa que la persona discapacitada pueda actuar por sí sola en el tráfico jurídico, si carece de capacidad de entender y querer la situación jurídica concreta [...]», BAYOD LÓPEZ, 2021, pp. 152-153.

discapacidad. El citado artículo determina que «[l]a persona que no tiene la suficiente aptitud para ejercer por sí sola su capacidad jurídica respecto de un acto concreto puede realizarlo válidamente con las medidas de apoyo adecuadas conforme a lo establecido en este Código». Es por ese motivo que el artículo 4.2 se redacta de la siguiente manera: «[l]a persona mayor de edad puede realizar, en ejercicio de su capacidad jurídica, todos los actos personales y patrimoniales de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley». De manera que lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención ha de entenderse como una presunción —las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás— que puede admitir excepciones: cuando la persona con discapacidad en el acto en concreto carezca de la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica y, por ello, sea necesaria una medida de apoyo. La Ley 8/2021, en su tramitación, tal y como se ha advertido con anterioridad, contenía inicialmente en el artículo 1263 del Código Civil lo siguiente: «[l]as personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas». No obstante, omitir esta frase o cualquier tipo de alusión a la persona con discapacidad no hace sino entorpecer la compresión de la norma¹⁹³. Su no inclusión en el precepto pudiera hacer creer que toda persona con discapacidad puede prestar válidamente su consentimiento, sin excepciones. No cabe duda de que la base sobre la que se construye el sistema (tanto del Código Civil como de la norma de Aragón) prevé problemas relacionados con la validez del consentimiento, pero no puede producirse *ex ante* la limitación de la capacidad para contratar de manera general por contravenir lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención. Por ello, la redacción de la norma aragonesa parece más adecuada, «respecto de un acto concreto» (art. 41). Tercero, en relación a la anulabilidad, regula un extenso régimen de anulabilidad (art. 45 a 45-5) basado en la invalidez del acto por quien «en el momento de su celebración, carezca de la suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica y no cuente con las medidas de apoyo que procedan para suplir esa insuficiencia». También recoge otras dos situaciones que dan lugar a la anulabilidad: cuando el curador o mandatario de apoyo establecido no interviniieran (art. 45-1: «1. El acto para el que la autoridad judicial hubiera establecido curatela

¹⁹³ Entiende DE SALAS MURILLO, *Diario la Ley*, 2021, p. 2, que «en el texto finalmente aprobado se elude esta mención por considerarla innecesaria. Y es que la aptitud genérica para celebrar con eficacia los actos jurídicos, presupuesto de validez de la declaración de voluntad contractual es, tratándose de personas con discapacidad, tener las medidas de apoyo necesarias».

asistencial o representativa que sea realizado por la persona con discapacidad sin la intervención del curador será anulable») y cuando existan defectos en la prestación del apoyo (art. 45-2: «[s]erá anulable el acto realizado en representación de la persona con discapacidad sin la debida autorización o aprobación cuando el acto la requiera¹⁹⁴. 2. También será anulable el acto realizado con apoyo asistencial o representativo cuando exista oposición de intereses entre quien presta el apoyo y la persona con discapacidad»). Cuarto y último, el artículo 45-3 establece como excepción a la anulabilidad el supuesto en el que «[e]l otro contratante podrá oponerse a la acción de anulabilidad probando que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad». Regulación que parece muy acertada.

Así, conviene detenerse en los artículos 45 y 45-1. El primer precepto se refiere a la anulabilidad del acto cuando la persona carezca de la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica y no cuente con la medida de apoyo. En cambio, el artículo siguiente se refiere a la anulabilidad del acto cuando la persona intervenga sin el curador establecido judicialmente o el mandatario de apoyo que hubiera iniciado su eficacia. La clave que diferencia ambos apartados reside en la eficacia de la medida. En ese sentido, la norma aragonesa, en el artículo 169-1, estipula lo siguiente en relación al inicio de eficacia del mandato:

«1. Para acreditar la concurrencia de las causas que dificulten el ejercicio de la capacidad jurídica, el mandatario comparecerá ante Notario con un informe pericial emitido por profesional especializado en el ámbito social o sanitario en el que se declare la concurrencia de dicha situación y la fecha desde la que se entiende producida. 2. Si hubiera previsiones del mandante sobre el inicio de eficacia, también deberán ponerse de manifiesto ante el Notario. 3. El Notario podrá entrevistar al mandante y solicitar pruebas complementarias. 4. En el acta notarial que se levantará al efecto se harán constar la declaración del mandatario, el informe pericial y las demás diligencias y pruebas practicadas, así como el inicio de eficacia de las diversas medidas de apoyo previstas. 5. Autorizada el acta, se presumirá ante tercero de buena fe la vigencia del mandato».

Entonces esta medida resultará eficaz cuando el notario levante acta notarial en la que conste el inicio de eficacia de la medida después de realizadas determinadas pruebas. De lo expuesto puede inferirse que el artículo 45 alude a las medidas de apoyo voluntarias en las que no se acredite el inicio de su eficacia y, el artículo 45-1, a la curatela judicial y al mandato.

¹⁹⁴ Aspecto este al que tampoco alude la Ley 8/2021.

El artículo 45-1 se basa en la anulabilidad por la falta de una medida de apoyo¹⁹⁵. Se conoce desde cuándo son eficaces las medidas y se ha probado que la persona con discapacidad carece de la necesaria aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica (bien a través de un proceso judicial que culmina con un pronunciamiento judicial o bien a través del procedimiento descrito ante notario que concluye con un acta notarial). En este caso, cuando no concurre la medida de apoyo el acto es anulable, pues ya se ha declarado la eficacia de la medida por falta de aptitud. No será necesario retomar el estudio de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona.

En el artículo 45, sin embargo, la causa de la anulabilidad no solo reside en la falta de la medida de apoyo, sino también en la carencia de la suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica¹⁹⁶. En el presente caso, la persona con discapacidad está provista de una medida de apoyo, pero no se sabe desde cuándo produce efectos, por lo tanto, será necesario probar que no concurre la medida de apoyo que resultare necesaria y que la persona carece de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. Al contrario de lo que ocurre en el supuesto anterior, en este habrá que probar que la persona con discapacidad carecía de la aptitud necesaria para llevar a cabo el acto.

La causa que determina la anulabilidad del acto llevado a cabo por la persona con discapacidad no reside solo en la falta de la medida de apoyo, sino también en la falta de aptitud para ejercicio de la capacidad jurídica por parte del sujeto. En el supuesto regulado en el artículo 45, será necesario probar que carece de dicha aptitud; sin embargo, en el caso concreto regulado a través del artículo 45-1 no habrá que probar la falta de aptitud, pues esta ya habrá sido probada judicialmente o ante notario. En este caso, solo será necesario probar la ausencia de la medida de apoyo. Esta solución alcanzada parece adecuada atendiendo al principio de economía procesal¹⁹⁷.

Así, el régimen de anulabilidad de la norma de Aragón se basa en que la persona con discapacidad no cuente con las medidas de

¹⁹⁵ Titulado en la norma «Invalidez por falta de intervención del curador o mandatario de apoyo».

¹⁹⁶ Razón por la cual el precepto se titula «Invalidez del acto de la persona sin aptitud para realizarlo».

¹⁹⁷ Al citado principio se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «Con la misma inspiración básica de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional y las cargas de todo tipo que cualquier proceso conlleva, el régimen de la pluralidad de objetos pretende la economía procesal y, a la vez, una configuración del ámbito objetivo de los procesos que no implique una complejidad inconveniente en razón del procedimiento que se haya de seguir o que, simplemente, difulte, sin razón suficiente, la sustanciación y decisión de los litigios».

apoyo que procedan y carezca de la suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica. En este caso, se ha optado por el término «no cuente con las medidas de apoyo» y no el de «prescindir de las medidas de apoyo» que emplea el Código Civil. Si la persona con discapacidad opta por el rechazo a la medida de apoyo, lo verdaderamente importante será atender de manera conjunta a la aptitud para ejercitar su capacidad jurídica y a la concurrencia o no de las medidas de apoyo cuando lleve a cabo el concreto acto. Asimismo, si se atiende al vocablo empleado en el artículo 45.1, «procedan», habría que saber si ha sido dispuesto para entender que las medidas han sido provistas o no y para conocer, de este modo, si la nulidad a la que da lugar el artículo 1261 del Código Civil sería de aplicación. Tras la lectura de la regulación que realiza sobre el régimen de anulabilidad, no cabe sino coincidir en la práctica totalidad con cada uno de los preceptos expuestos que completarían la Ley 8/2021 y otorgarían mayor claridad a la norma estatal.

En suma, se pueden extraer y recoger las principales posturas o corrientes existentes en cuanto a la interpretación del sistema de ineffectuación del contrato llevado a cabo por la persona con discapacidad:

1) Aquella que entiende que el artículo 12 de la Convención no es un principio general que no admita excepciones. Por ello, en un concreto acto, la persona puede prestar un consentimiento que no sea válido, lo que conduce al régimen de anulabilidad del artículo 1302 del Código Civil cuando no concurre la medida de apoyo —se han plasmado las variadas interpretaciones que se formulan sobre el precepto— o al sistema de nulidad del artículo 1261 del Código Civil cuando la persona no esté provista de medidas de apoyo.

2) Aquella otra para la que el artículo 1302.3 únicamente será de aplicación cuando la contraparte obtenga una ventaja injusta. De este modo se invierte el prisma sobre el que sustenta la anulabilidad: se otorga pleno y único protagonismo al modo de actuar de la contraparte. El artículo 1261 del Código Civil será de aplicación cuando falte el consentimiento, defecto que se basa en la falta de consentimiento y no en la discapacidad.

3) La que considera que el artículo 12 de la Convención constituye un principio general, por lo que no cabe hablar de un consentimiento que no sea válido. Esta postura prescinde de un régimen de anulabilidad propio para los contratos llevados a cabo por personas con discapacidad y opta por un sistema basado en la actuación dolosa de la contraparte de forma exclusiva.

2.2.2. PLANTEAMIENTO DE LOS DIVERSOS CONTEXTOS QUE PUDIERAN ACONTECER EN LA FIANZA PRESTADA POR PERSONA CON DISCAPACIDAD

Después de analizar el régimen de anulabilidad, resulta adecuado presentar cuáles pueden ser los diferentes contextos en los que una persona con discapacidad desea constituirse en fiadora y los requisitos necesarios que, en su caso, han de concurrir en cada uno de ellos:

1) Persona que no tiene establecida una medida de apoyo voluntaria o judicial porque no resulta necesaria: la persona con discapacidad podrá constituirse en fiadora, en tanto dispone de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica¹⁹⁸.

2) Persona que tiene establecida una medida de apoyo voluntaria: la persona con discapacidad podrá hacer uso de la medida de apoyo voluntaria y constituirse en fiadora siempre que la escritura pública determine la concreta circunstancia, es decir, la necesidad de una medida de apoyo en la fianza, y prevea una designación *ad hoc*¹⁹⁹.

Las medidas de apoyo voluntarias se adoptarán en escritura pública de acuerdo al artículo 255 del Código Civil y pueden consistir en medidas de apoyo propiamente dichas o en el mandato y poder preventivo al que se refieren los artículos 256 a 262 del Código Civil²⁰⁰. Las medidas de apoyo como tal son aquellas medidas que adopta una persona relativas a su persona o bienes, previendo o apreciando que concurren circunstancias que, en el presente o en el futuro, pueden dificultarle el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás²⁰¹. Las medidas de apoyo pueden ser anticipatorias o preventivas a la situación de necesidad o, incluso, cabe la posibilidad de que una persona pueda otorgar con apoyos dichas medidas²⁰². En este sentido, podrán ser adoptadas por «[c]ualquier persona mayor de edad o menor emancipada que, de acuerdo con el juicio o valoración que

¹⁹⁸ De modo que se adopta el término extraído de la norma de Aragón y al que se referirá en las próximas páginas.

¹⁹⁹ Palabras extraídas de la conversación mantenida con la notaria y vicedecana del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, Carmen Velasco Ramírez, el día 11 de noviembre de 2023.

²⁰⁰ Distinción realizada por MEDINA SÁNCHEZ, 2021, p. 48.

²⁰¹ Definición aportada por MEDINA SÁNCHEZ, 2021, p. 48, y que ha sido modificada, en parte, por la inclusión del término «presente».

²⁰² DE SALAS MURILLO, 2021, p. 484. «[e]l otorgante podrá ser una persona con discapacidad en el momento del otorgamiento y recibir el apoyo de quien en su vida diaria actúe como un guardador de hecho, del curador si existiera, y siempre el apoyo institucional y profesional del propio notario [...], MORO ALMARAZ, 2022, pp. 384-385.

realice el notario, tenga aptitud natural suficiente para conocer el significado y alcance del apoderamiento o del contrato que celebra»²⁰³ y, tal y como determina el artículo 250 del Código Civil, «[l]as medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance». Será necesario, por tanto, que la persona que establezca una medida de apoyo voluntaria tenga aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica o, en su defecto, si la persona carece de la suficiente aptitud, que sea posible conocer su voluntad con la ayuda de la medida de apoyo asistencial. La opción por una medida voluntaria no ha de suponer una peor situación para la persona con discapacidad que una medida judicial, lo que solo se podrá conseguir a través de la redacción de escrituras detalladas, personalizadas, que huyan de la estandarización y las cláusulas estereotipadas²⁰⁴. Tal y como se ha subrayado con anterioridad, el artículo 250 del Código Civil alude a «[l]as medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen [...]», sin que la norma entre a valorar ni establecer aquellos supuestos o circunstancias en los que la persona pueda precisar de apoyos, pues no cabe olvidar que la voluntad de la persona jugará un papel determinante en la Ley 8/2021²⁰⁵. Ahora bien, será necesario que la medida de apoyo determine el momento en el que se produce la necesidad de apoyo y el modo de acreditar tal situación²⁰⁶ para saber, por ejemplo, si se cumplen los requisitos que dan lugar a la anulabilidad o quiénes estarán legitimados para instar la nulidad del artículo 1302.3 del Código Civil si fuere necesario²⁰⁷.

3) Persona que tiene establecida una medida de apoyo judicial: la persona con discapacidad podrá hacer uso de la medida de apoyo judicial y constituirse en fiadora, siempre que sea posible atender a su voluntad. Si existiera una medida de apoyo judicial de tipo representativo, la fianza por sí sola no sería posible, precisamente, por la imposibilidad de conocer la voluntad de la persona.

²⁰³ MORO ALMARAZ, 2022, p. 384.

²⁰⁴ MORO ALMARAZ, 2022, p. 390. Tal y como determina GARCÍA RUBIO, «[l]as medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que puede designar la persona de apoyo y el alcance de este [...] de ahí que pueda haber tantas medidas voluntarias diferentes como personas que las creen», 2022, p. 226.

²⁰⁵ En contra se muestra GARCÍA HERRERA al señalar que «debe quedar perfectamente delimitado por la ley esas causas determinantes de la necesidad de apoyo, no dejando tal cuestión al arbitrio del poderdante [...]», 2022, p. 372.

²⁰⁶ DE SALAS MURILLO, 2021, p. 484.

²⁰⁷ Tal y como se ha advertido con anterioridad, sería indispensable que la normativa se refiriera al inicio de eficacia de la medida, al igual que se regula en la ley aragonesa 3/2024.

En estos casos, y de acuerdo a lo expuesto con antelación, la curatela representativa requerirá la autorización judicial de acuerdo al artículo 287 del Código Civil. Es en este punto donde cabe traer a colación el artículo 249 del Código Civil que dice: « [...] las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate». La expresión «insuficiencia de la voluntad»:

«fue objeto de una enmienda presentada durante la tramitación parlamentaria, bajo el argumento de que la voluntad se tiene o no se tiene; la enmienda no prosperó, pero no cabe duda de que el concepto, ciertamente indeterminado, puede generar alguna inseguridad jurídica, pues serán los juzgados o tribunales quienes deban determinar la existencia o no de la voluntad suficiente»²⁰⁸.

Así, los tribunales se refieren a la «insuficiencia de la voluntad» cuando citan el artículo 249 del Código Civil²⁰⁹ y, en ocasiones, también aluden conjuntamente al artículo 255 del Código Civil: «[s]olo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias»²¹⁰, sin que en ningún caso definan qué es lo que ha de entenderse por voluntad insuficiente. De esta manera:

«Hubiese sido más adecuado que la ley hubiese identificado y, por tanto, tipificado, el supuesto de hecho al que se vinculan las medidas de apoyo judiciales. Es decir, concretar que el proceso de medidas de apoyo judiciales se refiere a los casos en que es necesaria la asistencia de la persona discapacitada por presentar dificultades de entender y querer en el proceso de toma de sus decisiones. Y, en consecuencia, que la persona pueda recibir medidas de asistencia y apoyo de distinta intensidad según el grado en que las dificultades afecten a la compresión y evaluación de la información necesaria para la toma de decisión con relevancia jurídica»²¹¹.

Leciñena Ibarra cree «más atinada la interpretación que refiere la insuficiencia de la voluntad, a la imposibilidad de culminar un proceso decisorio»²¹². En definitiva, podría decirse que la insufi-

²⁰⁸ GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, 2022, p. 212.

²⁰⁹ Ejemplo de algunas de ellas son la SAP de Badajoz 149/2022 de 8 de junio de 2022, la SAP de Vizcaya 542/2022 de 18 de mayo de 2022, la SAP de Jaén 432/2023 de 28 de abril de 2023 y la SAP de Jaén 226/2023 de 3 de noviembre de 2023.

²¹⁰ Entre otras, la SAP de A Coruña 114/2023 de 22 de febrero de 2023 y la SAP de Badajoz 233/2022 de 10 de octubre de 2022.

²¹¹ CAMACHO CLAVIJO, 2022, pp. 89-90.

²¹² LECIÑENA IBARRA, RNsXXI, 2020, p. 63. La autora advierte que son dos las fases que integran este proceso de formación de la voluntad: una previa a la declaración del consentimiento, donde la persona con discapacidad a través de un razonamiento deliberativo toma conciencia de lo que quiere y de sus consecuencias y otra posterior donde el sujeto manifiesta su consentimiento con el que queda vinculada de manera definitiva. Es

ciencia de la voluntad alude a la imposibilidad de culminar un proceso decisorio por presentar dificultades en la capacidad de entender y querer que afectan a la facultad para expresar su voluntad.

4) Persona que prescinde o rechaza la medida de apoyo voluntaria o judicial establecida: el artículo 1302.3 del Código Civil sí se refiere a la prescindencia; sin embargo, la normativa no se refiere expresamente al rechazo, tal y como se ha podido analizar en el apartado anterior, si bien no parece desacertado defender esta postura atendiendo al espíritu de la Ley 8/2021, y siempre y cuando el rechazo sea regulado de manera adecuada. Así, si el rechazo a la medida de apoyo queda debidamente acreditado y recogido, no habría impedimento alguno para respetar dicha voluntad. Este acto requeriría la suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. En este caso, la persona con discapacidad no podría renunciar a la medida de apoyo valiéndose de la misma, pues no cabe pensar que el prestador de la medida de apoyo hiciera entender a la persona con discapacidad que es mejor renunciar a la misma y no seguir con ella. La necesidad de revocar la medida a través de la forma adecuada atiende a la necesidad de conocer, por ejemplo, qué sujetos se encuentran legitimados para instar la nulidad si fuere necesaria.

En cuanto a la prescindencia que da lugar a la anulabilidad si faltara la medida de apoyo²¹³, la fianza que se llevará a cabo de tal manera sería válida siempre que la persona tuviera suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica.

5) Persona que no tiene ninguna medida voluntaria o judicial, pero resulta necesaria: en este punto, conviene distinguir a su vez dos situaciones: la fianza constituida en escritura pública y la otorgada en documento privado. En el primer supuesto, el artículo 17 bis. 2. a) de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 se refiere a que «el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes». El juicio de capacidad no es algo novedoso que haya introducido la Ley 8/2021. Ello determina que el instrumento público contenga una voluntad informada, cons-

en la primera fase donde interviene la persona que presta el apoyo, informando al sujeto, ayudándolo en su comprensión y razonamiento, facilitándole información suficiente sobre la decisión a tomar adaptada a sus habilidades intelectivas, sus riesgos, beneficios y alternativas posibles», LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 276.

²¹³ Se remite al apartado anterior respecto a la variada interpretación doctrinal que existe del artículo 1302.3 del Código Civil.

ciente y expresada con libertad²¹⁴. El juicio de capacidad se extiende a «la apreciación de la capacidad natural, de la capacidad para el acto o el negocio jurídico pretendido y a la apreciación de la existencia de la voluntad libre [...] para asegurar que el consentimiento que se presta en el documento público no se encuentra viciado por alguna de las causas previstas por la ley (violencia, intimidación, engaño o error)»²¹⁵. De esta manera, si no hay una medida de apoyo prevista y el notario aprecia la falta de suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica, no se permitirá que se constituya en fiador, salvo que la ayuda que pudiera ofrecerle el notario resultara suficiente²¹⁶. Asimismo, se podrá informar a la persona con discapacidad sobre las opciones que existen para que pueda determinar una medida de apoyo voluntaria. El notario, en el «cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias»²¹⁷. La figura del facilitador también resultará de utilidad para estos casos. Tanto el artículo 7 bis de la LEC como el mismo artículo de la LJv se refieren a esta figura: «[s]e permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida». A su vez, el artículo 25 de la Ley del Notariado dispone que:

«Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso».

²¹⁴ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, 2022, p. 43.

²¹⁵ GARRIDO MELERO, 2020, p. 92.

²¹⁶ La notaria y vicedecana del Ilustre Colegio Notarial, Carmen Velasco Ramírez, de acuerdo a la entrevista mantenida día 11 de noviembre de 2023, entiende que por mucho que el notario ejerza como apoyo parece insuficiente. Sin embargo, no hay que olvidar que los apoyos a los que se refiere la Ley 8/2021 no se agotan en la curatela, guarda de hecho y defensa judicial, sino que el notario perfectamente podrá constituirse en un apoyo eficaz. En el supuesto en que la facultad para expresar la voluntad, deseos y preferencias de la persona estuviera limitada por su falta de capacidad natural, el solo hecho de contar con la ayuda del notario quizás resultara suficiente para que entendiera la fianza.

²¹⁷ Disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021.

Por lo tanto, si se conjuga la figura del facilitador con el párrafo añadido al artículo 25 de la Ley del Notariado²¹⁸, se posibilitaría que la persona con discapacidad pudiera adoptar medidas de apoyo voluntarias. De no ser posible, solo quedaría el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo que deberá ser promovido por las personas interesadas y por el Ministerio Fiscal²¹⁹. A este respecto, Vázquez de Castro muestra sus dudas sobre la posibilidad que cabría de anular este tipo de contrato —si bien no lo rechaza terminantemente—, pues la realidad muestra lo difícil que resulta anular un contrato en el que una de las partes tiene una discapacidad y carece de medidas de apoyo, más si cabe si el contrato se ha realizado ante notario²²⁰.

Si, por el contrario, la fianza se constituye en documento privado sin la intervención del notario, parece que la fianza se otorgará sin impedimento alguno.

En cualquiera de los casos expuestos, si la persona con discapacidad actuara careciendo de la suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica, sería de aplicación el artículo 1261 del Código Civil.

6) Persona que cuenta con una guarda de hecho: mención aparte merece aquella persona que cuenta con esta medida informal. Se configura como «una medida de apoyo a la persona con discapacidad de carácter legal e informal que se despliega y opera cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente»²²¹. Tal y como se infiere de su regulación en el artículo 264 del Código Civil, la guarda podrá constituir una medida de apoyo o de representación, lo que variará el resultado cuando la persona quiera otorgar una fianza. Si fuera una guarda de hecho de tipo asistencial, la fianza se podrá constituir siempre que fuera posible conocer su voluntad. En caso contrario, si la guarda de hecho fuera de representación, «[e]n todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287». En suma,

²¹⁸ MARTÍNEZ ORTEGA, RNsXXI, 2022, p. 36.

²¹⁹ Artículo 757 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «1. El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano. 2. El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa».

²²⁰ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2022, pp. 536-537.

²²¹ ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 492.

siempre que la persona con discapacidad no pueda afianzar, por sí misma o con la mera asistencia del guardador, será necesaria la autorización judicial²²².

Como se ha visto, son diversas las situaciones en las que cabe que una persona con discapacidad quiera constituir una fianza, por lo que ahora procede analizar qué es lo que ocurre en la práctica cuando una persona con discapacidad desea ser fiadora, por ejemplo, cuando acude a una entidad bancaria con tal fin. Un alto porcentaje de la jurisprudencia consultada trata de fianzas ligadas a un préstamo en el que intervienen entidades bancarias.

La reducción en la concesión de préstamos y el endurecimiento de los mismos a partir del año 2008²²³ podría ir ligado a pensar que los bancos manifiestan más reticencias a que una persona con discapacidad pueda afianzar²²⁴. En este sentido, las entidades bancarias adoptan sus propios criterios de control: desde aquellas que ante cualquier escenario, bien la persona con discapacidad cuente con una medida de apoyo voluntaria o judicial, bien la medida de apoyo esté prevista, pero se produzca la prescindencia a la misma, o bien no haya una medida de apoyo, pero resulte necesaria, entienden que, en cualquiera de los tres casos, aunque no haya una medida constituida, pero exista una guarda de hecho²²⁵ o se detecte una aparente falta de capacidad jurídica que requiera medidas de apoyo, se solicitará autorización judicial²²⁶. De esta manera, con independencia de que no se trate de una curatela representativa o una guarda de hecho con funciones representativas —únicos supuestos recogidos por la Ley 8/2021 que necesitan de autorización judicial—, requerirán, de igual forma, autorización del juez si existe una aparente falta de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. Otras entidades, sin embargo, entienden que cualquier persona que vaya a intervenir en una operación crediticia en calidad de fiadora tiene que tener la capacidad cognitiva suficiente para entender las implicaciones económico-patrimoniales del contrato. Por lo

²²² ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 495.

²²³ Informe de estabilidad financiera del Banco de España del mes de abril del año 2008, disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinanciera/08/Fic/IEFabr08.pdf>

²²⁴ Juicio que comparte la letrada del Instituto Tutelar de Bizkaia, María Luz Peleteiro Montes, el 9 de noviembre de 2023.

²²⁵ *Vid.* El Documento Interpretativo al Protocolo Marco entre la Fiscalía General del Estado y Asociaciones Bancarias publicado en julio de 2023, que se refiere a la guarda de hecho y a cómo deben actuar las entidades bancarias ante tal medida de apoyo informal, subrayando especialmente la declaración responsable ante la entidad bancaria suscrita por el guardador de hecho.

²²⁶ Es el caso de Kutxabank, de acuerdo a la entrevista mantenida con la asesoría jurídica de Kutxabank, en concreto, con Itziar Arana Martínez, el 15 de noviembre de 2023, quien ha dado a conocer su protocolo interno.

que en aquellos casos en los que se considere que la probable persona fiadora no puede entender o valorar correctamente el contrato, no se le suele aceptar como fiadora. En otras palabras, en los casos de personas con discapacidad, el criterio general es el de que no sean fiadoras de operaciones crediticias²²⁷.

No parece imposible que las personas con discapacidad puedan ser fiadoras, pero los criterios adoptados por las entidades bancarias dificultan tal condición. Esos protocolos internos resultan contrarios a lo dispuesto en la Ley 8/2021 y pueden identificarse algunos condicionantes que conducen a las entidades bancarias a fijar criterios restrictivos:

1. Falta de publicidad de las medidas de apoyo adoptadas. De acuerdo con los artículos 4 y 77 de la Ley 20/2011, las medidas de apoyo voluntarias y judiciales son inscribibles en el Registro Civil. Sin embargo, el artículo 83 de la referida norma considera la discapacidad y las medidas de apoyo como datos sometidos a publicidad restringida, lo que implica que solo la persona con discapacidad o quien ejerza la medida de apoyo podrá autorizar a terceras personas a acceder a tales datos. Esto provoca la dificultad de que la parte contratante —en este caso, la entidad bancaria— pueda conocer si se encuentra establecida alguna medida de apoyo relacionada con la discapacidad.
2. Falta de concreción en el sistema de ineficacia propio. Los artículos 1301 y siguientes del Código Civil se refieren a la anulabilidad de los actos llevados a cabo por las personas con discapacidad. Esta posibilidad puede crear cierta inseguridad jurídica en la parte contratante por falta de claridad en la redacción, tal y como se ha analizado con anterioridad.
3. Insuficiente regulación sobre las medidas de apoyo. La norma no dota a las medidas de apoyo de suficiente cuerpo normativo.

En definitiva, todas ellas son cuestiones que no aportan seguridad jurídica a las partes contratantes y que desincentivan la contratación con las personas con discapacidad.

²²⁷ Protocolo de actuación correspondiente a Laboral Kutxa de acuerdo a la conversación mantenida con la asesoría jurídica de Laboral Kutxa, en concreto con María Jesús Larrañaga Iribecampos, el 14 de noviembre de 2023.

2.2.3. REFORMULACIÓN DEL RÉGIMEN DE ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Tras exponer las diferentes interpretaciones a las que da lugar el régimen de anulabilidad en la contratación con personas con discapacidad y la reciente norma aragonesa sobre la materia, así como los diferentes escenarios en los que puede encontrarse una persona con discapacidad al afianzar, se procederá a realizar una reformulación del régimen de anulabilidad. Siempre que haya una medida de apoyo y la persona con discapacidad no haga uso de ella, no se aplicará el artículo 1302.3 del Código Civil. El hecho de que la persona con discapacidad esté desprovista de una medida de apoyo por sí solo nada dice de cara a la ineeficacia del negocio o acto en cuestión, ya que junto a ese requisito será necesario que concurra otro más: la insuficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. El sistema no se puede basar en la anulabilidad de la fianza por carecer de medidas de apoyo, porque precisamente lo que pivota en torno al actual régimen es la voluntad de la persona con discapacidad (para adoptar una medida, para rechazar la misma, etc.). Constituiría un auténtico contrasentido afirmar que en la Ley 8/2021 impera la voluntad y que la anulabilidad procede por el solo hecho de no emplear las medidas de apoyo. Por consiguiente, lo verdaderamente importante es atender a la concurrencia de dos requisitos: que la persona actúe sin la medida de apoyo y que el sujeto carezca de la suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica²²⁸. Así, parece oportuno que el artículo 1302.3 del Código Civil se refiera, al igual que la normativa aragonesa, a la insuficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Asimismo, también parece pertinente que el artículo 1302.3 del Código Civil distinga entre la anulabilidad de los contratos realizados sin las medidas de apoyo voluntarias y la anulabilidad de los contratos realizados sin las medidas de apoyo judiciales. De este modo se crea un sistema sencillo, eficiente y práctico.

El régimen de anulabilidad basado en los contratos realizados por personas con discapacidad se basa en la ventaja injusta obtenida por la contraparte cuando la legitimación es otorgada al prestador del apoyo. No parece lugar para tal requisito. Lo conveniente sería incluir el mismo como causa de rescisión del contrato debido a la propia naturaleza de la figura (provoca un perjuicio económico

²²⁸ Como indica DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, pp. 91 y ss., se trata de una «actuación de una persona que no pueda conformar adecuadamente su voluntad y carece de medidas de apoyo».

en una de las partes). La ventaja injusta no guarda relación con el sentido de la anulabilidad —si el mismo se contemplara como un vicio del consentimiento, sería necesario que se produjera un cambio en el listado y concepción de los vicios del consentimiento—.

En cuanto a la posibilidad de que la persona contratara sin la medida de apoyo porque la hubiera rechazado, esta es una opción que debiera contemplarse y regularse adecuadamente —aunque no resulta sencilla—. Para atender a este supuesto sería necesario remitirse al apartado anterior, en el que se ha analizado la cuestión.

Conviene pensar en la necesidad de que el artículo 1302.3 del Código Civil sea modificado y reescrito de la siguiente manera:

«Los contratos celebrados por personas con discapacidad podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen, cuando estando provistas de medidas de apoyo voluntarias para el ejercicio de su capacidad jurídica, no cuenten con dichas medidas y carezcan de la suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica. Asimismo, será anulable el acto realizado por la persona con discapacidad sin la intervención de la medida de apoyo judicial. La contraparte podrá oponerse a la anulabilidad cuando probara que la persona con discapacidad tenía aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica en ese acto concreto»²²⁹.

También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este último caso, el contratante podrá demostrar su buena fe cuando no conociera ni debiera conocer las circunstancias en que se funda la acción de anulabilidad»²³⁰.

En resumen, son dos los requisitos del régimen de anulabilidad de los contratos concertados por personas con discapacidad: que falte la medida de apoyo que ha sido provista para tal circunstancia y que la persona carezca de la suficiente aptitud para el ejercicio de

²²⁹ Idea que es compartida por DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 95, cuando señala que «si quiere mantener la validez del contrato, especialmente frente a reclamaciones caprichosas podría demostrar que el sujeto al contratar formó adecuadamente su voluntad para evitar la impugnación, no pudiendo considerarse automática por la simple presentación de la falta de apoyo».

²³⁰ Distinta reformulación es planteada por GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO: «[l]as personas con discapacidad también podrán anular, con el apoyo que precisen los contratos que celebren por sí solas o con alguna medida de apoyo cuando el otro contratante se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta», 2022, p. 660.

su capacidad jurídica. Se distingue así entre la anulabilidad de las medidas de apoyo voluntarias y la anulabilidad de las medidas de apoyo judiciales. En el primero caso, tendrá que probarse la insuficiencia de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica y la falta de la medida de apoyo voluntaria y, en el segundo caso, tendrá que probarse la falta de la medida de apoyo judicial —la insuficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica se presume al establecerse la medida de apoyo por la autoridad judicial—. Esto hace necesario que se conceptúe la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica como aquella que por «por sí sola puede comprender el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella»²³¹. De esta forma, no toda persona con discapacidad podría ser objeto de dicha anulabilidad, sino solo aquella que cumpliera con los requisitos descritos. Si la persona con discapacidad tiene una medida de apoyo y falta la misma en la contratación, la anulabilidad procederá siempre que la persona carezca de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. Sin embargo, si la persona no tiene establecida ninguna medida de apoyo, pero en el acto en cuestión carece de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica, la nulidad a la que da lugar el artículo 1261 del Código Civil sería de plena aplicación²³².

De este modo, la reformulación expuesta distingue, al igual que la norma aragonesa, entre las medidas voluntarias —en las que deberá probarse que la persona no tiene la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica y falta la medida de apoyo— y las medidas judiciales —en las que solo se probará la falta de medidas de apoyo, ya que la falta de aptitud se habrá probado antes judicialmente—.

Ante la posibilidad de que el contratante demuestre su buena fe para que la anulabilidad no opere, nos encontramos ante una disyuntiva: que el contratante pueda demostrar su buena fe siempre, que el contratante no pueda demostrar su buena fe nunca o que la buena fe solo se pueda demostrar en algún caso. Cuando se trata de la contratación con personas con discapacidad, son tres los intereses que se deben tutelar: la autonomía de la persona con discapacidad, su tutela jurídica y la confianza de terceros²³³. En el primer

²³¹ Empleando como base el artículo 40 de la ley aragonesa 3/2024.

²³² A esa nulidad absoluta se refiere el Alto Tribunal cuando no concurren en el negocio jurídico los requisitos establecidos en el artículo 1261 del Código Civil, entre otras, la STS 458/2007, de 9 de mayo. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos (ECLI:ES:TS:2007:3608), así como VAQUERO PINTO, 2021, pp. 1694 y ss., y ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 995.

²³³ GARCÍA RUBIO Y VARELA CASTRO, 2022, p. 646.

supuesto prevalecería la confianza de terceros²³⁴, en el segundo contexto predominaría la tutela jurídica de la persona con discapacidad y, en el último, se conjugarían ambos intereses. Una opción intermedia es por la que se opta en el artículo 1302.3 del Código Civil al separar la legitimación de la persona con discapacidad y sus herederos de la legitimación de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. Así, los segundos podrán ejercer la anulabilidad siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo. La opción idónea no es otra que separar la legitimación de la persona con discapacidad y sus herederos de la legitimación de la persona a la que le hubiere correspondido prestar el apoyo (de la misma manera que lo hace el Código Civil), siendo en esta última donde el contratante puede demostrar su buena fe: que no conocía ni debía conocer que la persona carecía de la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica, ni la necesidad de la medida de apoyo (dependiendo del supuesto en el que nos situemos: ante una medida de apoyo voluntaria o ante una medida de apoyo judicial). De no ser así, si el sistema optara porque la contraparte pudiera demostrar su buena fe siempre, muchos supuestos quedarían faltos de protección al no proceder la anulación del artículo 1302.3 del Código Civil —y los contratos resultarían válidos—. Podría optarse por la misma redacción de la ley aragonesa 3/2024: «[e]l otro contratante podrá oponerse a la acción de anulabilidad probando que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad» (art. 45-3). Esto es, que no conocía ni debía conocer que la contraparte necesitaba una medida de apoyo, así como que careciera de la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica si con una mínima diligencia no fuera posible apreciar dichos extremos.

En suma, la validez de la fianza estaría sujeta a los elementos esenciales determinados en el artículo 1261 del Código Civil y, en especial, al consentimiento que pueda otorgar la persona con discapacidad. Para ello, resultará necesario atender a la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona y, si careciera de la suficiente aptitud, determinaría el uso de medidas de apoyo. La fianza sería anulable por aplicación de los artículos 1301 y 1302 del Código Civil cuando concurriera, junto a la falta de medidas de apoyo, la insuficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica.

²³⁴ La norma aragonesa parece que propugna tal solución cuando dice que «[e]l otro contratante podrá oponerse a la acción de anulabilidad probando que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad» (art. 45-3).

IV. CONCLUSIONES

- I. La negación de la capacidad para obligarse y, por ende, para constituir fianza de las personas con discapacidad proviene de mucho tiempo atrás, si bien hoy en día no existe precepto que aluda a su capacidad para contratar. Ya en el Derecho romano, los locos o enfermos mentales, los sordos y los mudos no podían obligarse y eran sometidos a curatela. La razón de dicha idea residía en concebir a aquellas personas como seres que no entendían lo que hacían, carentes de voluntad. Por tanto, la base sobre la que se instituye el sistema actual no parece distar demasiado del empleado a lo largo de la historia; para que la persona pueda quedar obligada o, en este caso, ser fiadora, es necesario que pueda formar su voluntad de manera adecuada.
- II. En la actualidad, las personas con discapacidad, en general, no encuentran limitaciones en su capacidad para obligarse de acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, y tampoco encuentran limitaciones para constituirse en fiadores, pero ello no implica que toda persona con discapacidad pueda quedar obligada. Actualmente, la persona con discapacidad, para contratar la fianza, tendrá que emitir su consentimiento, entendido este como la manifestación de la voluntad que no solo aglutina y debe atender a la capacidad de entender y querer del sujeto, sino también, y de forma conjunta, a la facultad para expresar su voluntad. Por lo tanto, para que el consentimiento sea válido es necesario que la voluntad se haya formado de manera adecuada. En caso contrario, si se carece de alguno de estos elementos, se requerirán medidas de apoyo en la contratación para emitir un válido consentimiento.
- III. En la práctica, se ha podido observar el escaso uso que realizan las personas con discapacidad de la figura de la fianza. Los factores que inciden pueden ser variados: no ha resultado necesario, no han «superado» los mecanismos internos de control elaborados por las entidades bancarias cuando estas intervienen en la contratación o, sencillamente, se trata de un negocio jurídico prescindible, ya que se encuentran más preocupados por otras cuestiones esenciales de su día a día.
- IV. Un único precepto del Código Civil se refiere a la fianza concertada por personas con discapacidad, el artículo

287.8º, que alude a la necesidad de autorización judicial para prestar fianza en los casos en que el curador ejerza funciones de representación. La fianza se menciona en este apartado al no ser posible atender a la voluntad de la persona con discapacidad y por el perjuicio que pudiera generarle que el curador constituyera una fianza en su nombre.

- V. El fundamento que sustenta el régimen de anulabilidad actual y el pretérito acerca de los contratos celebrados por persona con discapacidad son semejantes: la falta de intervención de la institución de protección. Los contratos celebrados por incapaces devenían anulables —incapacitados por concurrir en ellos los requisitos del artículo 200 del Código Civil, a los que se establecía una institución de protección— y los contratos celebrados por las personas con discapacidad devienen anulables —por no concurrir la medida de apoyo que se establece para una persona que no puede formar adecuadamente su voluntad—. Sin embargo, el nuevo elemento que diferencia ambos sistemas de ineeficacia no es otro que la voluntad de la persona con discapacidad a la que hay que atender, elemento que provoca que la persona pueda contratar, aun teniendo medidas de apoyo, si es capaz de emitir un consentimiento válido para el acto concreto. En otras palabras, si puede conformar de forma adecuada su voluntad por tener no solo la necesaria capacidad de entender, sino también la facultad para expresar su voluntad. Si no se entiende así el cambio producido en el que impera la voluntad de la persona cuando sea posible, nada habría cambiado respecto al sistema anterior. Se trataría, en definitiva, de una mera adaptación terminológica que produciría idénticos efectos. Sin embargo, no es el único elemento discordante con el sistema anterior, también se posibilita que la contraparte en la contratación pueda demostrar su buena fe para que la ineeficacia no opere, cuestión que antes no estaba prevista. La nueva regulación crea un sistema de protección que defiende la autonomía de las personas con discapacidad y que, a su vez, inspira confianza en terceros cuando contraten con personas con discapacidad.
- VI. El sistema de ineeficacia ligado a la fianza concertada por una persona con discapacidad sin suficiente aptitud

para el ejercicio de la capacidad jurídica dará lugar a la anulabilidad del artículo 1302 del Código Civil cuando no concurre la medida de apoyo establecida, voluntaria o judicial, o a la nulidad del artículo 1261 del Código Civil si la persona no tiene establecida ninguna medida de apoyo.

- VII. En aras de una técnica legislativa más eficiente, resultaría conveniente la modificación del artículo 1302 del Código Civil, reformulando su contenido y contribuyendo a una mayor seguridad jurídica. De esta manera, las entidades bancarias, por ejemplo, no tendrían que acudir al establecimiento de protocolos internos en la contratación con personas con discapacidad cuando se establece una fianza. Además, también sería menester, entre otras cuestiones, que la norma determinara si la persona con discapacidad puede rechazar la medida de apoyo, la manera en que la misma ha de llevarse a cabo, desde cuándo se entiende empleada la medida de apoyo voluntaria, etc. De igual modo, convendría definir la discapacidad, como propone la ley aragonesa, e incluir y definir el concepto «aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica».

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Artículos 263 al 267», en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Cizur Menor, 2021, pp. 492-498.
- «El artículo 1263 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUI-LARTE MARTÍN-CALERO), Cizur Menor, 2021, pp. 988-996.
- «El artículo 1301 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUI-LARTE MARTÍN-CALERO), Cizur Menor, 2021, pp. 1005-1010.
- «El artículo 1302 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUI-LARTE MARTÍN-CALERO), Cizur Menor, 2021, pp. 1011-1021.
- «Límite a la restitución debida por persona con discapacidad (antes de la reforma), tras la nulidad contractual», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2023, núm. 123, pp. 221-230.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad», en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio notarial de Madrid*, 2021, núm. 100, pp. 6-82.

- BARCELÓ COMpte, Rosa: *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Madrid, 2019.
- BARREIRO MORALES, María Elisabet: *Mujer y Derecho en la Antigua Roma: Tute-la mulierum*, Barcelona, 2023.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Madrid, 2021, pp. 145-167.
- BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho romano. Curso de Derecho privado romano*, Caracas, 2006.
- BERNAD SEGARRA, Lucía: «Poder y Derecho: el senadoconsulto Veleyan», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), Tomo I, Madrid, 2021, pp. 561-582.
- BERROCAL LANZAROT, Ana: «El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 17, pp. 426-497.
- BUIGUES OLIVER, Gabriel: *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*, Madrid, 2014.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra: *El Derecho civil inclusivo: el nuevo modelo de discapacidad por enfermedad mental*, Madrid, 2022.
- CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel J.: *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I*, Cizur Menor, 2017, 4.^a ed.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.
- «Riesgos y estrategias en la nueva contratación con discapacitados, guardadores y curadores», Gómez-Acebo & Pombo, junio de 2021, disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/06/Riesgos_estrategias_contractuales.pdf.
 - «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Cizur Menor, 2022, pp. 239-275.
 - «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 42, pp. 196-233.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: *Discapacidad y Derecho romano: condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*, Madrid, 2019.
- CASTRILLO CASADO, Janire: «Mujeres, negocio y mercaduría a finales de la Edad Media: algunos apuntes sobre el País Vasco», *Edad Media: Revista de Historia*, 2021, núm. 22, pp. 285-315.
- CASTRO TRAPOTE, Jorge: «La mayoría de edad como presunción *iuris tantum* de capacidad en los códigos civiles y canónicos», *Ius canonicum*, 2018, núm. 16, pp. 539-580.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena: «Capítulo XXIV. La función notarial como apoyo institucional: el ejercicio de derechos con apoyo y juicio de discernimiento en el ámbito notarial», en *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABALLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. II, Madrid, 2022, pp. 19-55.
- COLMENAR MALLÉN, María del Carmen: «Ciertos aspectos de la incapacidad en derecho romano, derechos actuales en España y regulación en algunos países

- de nuestro entorno», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), Tomo II, Madrid, 2021, pp. 447-484.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Capacidad negocial de las personas con discapacidad intelectual», en *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual* (dir. por R. M. MORENO FLÓREZ), Madrid, 2022, pp. 89-98.
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso: «La potestad marital», *Anuario de Derecho civil*, 1948, núm. 1, pp. 13-45.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y LÓPEZ DÍAZ, Patricia, «La ventaja injusta y su incardinación en el Derecho chileno de contratos», *Revista Chilena de Derecho*, 2023, núm. 3, pp. 29-59.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Capítulo 15. Ineficacia e invalidez de los contratos», en *Teoría general de la obligación y el contrato* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ), Madrid, 2023, 6.^a ed., pp. 501-535.
- «Capítulo 10. Requisitos del contrato», en *Teoría general de la obligación y el contrato* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ), Madrid, 2023, 6.^a ed., pp. 353-388.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y de los que con él contratan», *Estudio sobre invalidez e ineficacia*, 2006, núm. 2, pp. 1-21.
- «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 780, pp. 2227-2268.
- «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», *Diario La Ley*, 2021, núm. 9841.
- «Artículos 256 al 262», en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Cizur Menor, 2021, pp. 483-491.
- «El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 17, pp. 16-47.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?», *Idibe*, 30 de septiembre de 2021, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-jurídica-capacidad-obrar/>
- «Lección 12. Eficacia e ineficacia del contrato», en *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2023, 6.^a ed., pp. 243-264.
- «Prueba de la guarda de hecho», *Idibe*, 8 de febrero de 2024, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho/>
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «IX. La fianza», en *Elementos de Derecho civil. II Derecho de obligaciones* (dir. por J.L. LACRUZ BERDEJO), Madrid, 2005, pp. 319-350.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato, Vol. I*, Cizur Menor, 2007, 6.^a ed.
- FENOY PICÓN, Nieves: *Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos*, Madrid, 2023.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio: *Derecho romano*, Madrid, 2022.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cizur Menor, 2021.
- GACTO FERNÁNDEZ, Enrique: «El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna», *Historia. Instituciones. Documentos*, 1984, núm. 11, pp. 37-66.

- GALICIA AIZPURA, Gorka: «El derecho de regreso del fiador *solvens*: régimen sustantivo y clasificación concursal», *Anuario de Derecho Civil*, 2023, núm. 1, pp. 7-74.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Valencia, 2022, pp. 341-386.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Artículo 250», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 221-238.
- «Artículo 1263», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 623-630.
 - «Artículo 1301», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 637-644.
 - «La capacidad para contratar de las personas con discapacidad», en *Estudios de derecho de contratos* (dir. por A. M. MORALES MORENO), Madrid, 2022, pp. 333-358.
 - «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, 2022, núm. 1, pp. 233-245.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y TORRES COSTAS, María Eugenia: «Artículo 249», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 207-220.
- «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de 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», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 2022, pp. 279-334.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y VARELA CASTRO, Ignacio: «Artículo 1302» en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 645-668.
- GARRIDO MELERO, Martín: «El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos», en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M. C. GETE-ALONSO y CALERA), Madrid, 2020, pp. 91-118.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: «Capítulo VII. La edad», en *Manual de Derecho civil. Introducción y derecho de la persona* (dir. por L. PUIG I FERRIOL, M. C. GETE-ALONSO y CALERA, J. GIL RODRÍGUEZ y J. J. HUALDE SÁNCHEZ) Madrid, 2001, 3.^a ed., pp. 158-171.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; KARRERA EGIALDE, Mikel Mari; DE MIGUEL HERNANDO, Diego: «El contrato de fianza», en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA), Vol. 9, Cizur Menor, 2014, pp. 285-374.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «El artículo 249 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Cizur Menor, 2021, pp. 512-526.

- «Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español» en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Cizur Menor, 2022, pp. 21-80.
- HIDALGO CEREZO, Alberto: «Discapacidad y ejercicio de los derechos patrimoniales», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales* (dir. por M.B. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ), Madrid, 2021, pp. 57-94.
- IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho romano: historia e instituciones*. Barcelona, 2010.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: *El “aprovechamiento injustificado” como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés*, Valencia, 2022.
- JARUFE CONTRERAS, Daniela: «Nulidad y ventaja injusta en el derecho español, a propósito de la reforma del Código Civil en materia de capacidad», en *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. por M. V. C MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Cizur Menor, 2022, pp. 457-468.
- KASER, Max (traducción SANTA CRUZ TEJEIRO, José): *Derecho romano privado*, Madrid, 1982.
- LALINDE ABADÍA, Jesús: «La recepción española del senado consulto Velleiano», *Anuario de historia del derecho español*, 1971, núm. 41.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Hacia la consecución del cambio de paradigma: el protagonismo de la voluntad de las personas con discapacidad en la adopción de las decisiones que les incumben», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2020, núm. 94, pp. 60-65.
- «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, 2022, núm. 1, pp. 257-293.
- «Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento», *Diario La Ley*, 2022, núm. 10063.
- LÓPEZ BARBA, Elena: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, 2020.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «El apoyo notarial a la persona con discapacidad en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», *El notario de siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2021, núm. 97, pp. 38-45.
- MARLASCA MARTÍNEZ, Olga: «La fianza: antecedentes históricos y Derecho actual», *Revista General de Derecho Romano*, 2013, núm. 20, pp. 1-26.
- MARTÍN BRICEÑO, María Rosario: «La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflicto de intereses e influencia indebida en su voluntad», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M. M. HERAS HERNÁNDEZ), Valencia, 2022, pp. 467-496.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Capítulo 15. La edad», en *Derecho de la Persona* (coord. por P. DE PABLO CONTRERAS), Madrid, 2021, 7.^a ed., pp. 103-130.
- «La Observación General primera del Comité de Derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y L. B. PÉREZ GALLARDO), Chile, 2021, pp. 85-112.

- MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, María Lourdes: «De la *cura furiosa* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual», *Revista General de Derecho Romano*, 2005, núm. 4, pp. 775-825.
- «*Tutela y curatela en Derecho romano*», *Revista General de Derecho Romano*, 2020, núm. 35, pp. 1-9.
- MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos, «El facilitador: herramienta fundamental en la defensa de las personas con discapacidad», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2022, núm. 101, pp. 36-39.
- MEDINA SÁNCHEZ, Rosa: «Medidas de apoyo de carácter voluntario en las situaciones de discapacidad», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales* (coord. por M. B. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ), Madrid, 2021, pp. 33-56.
- MORO ALMARAZ, María Jesús: «Capítulo XIV. Medidas voluntarias de apoyo», en *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABALLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. I, Madrid, 2022, pp. 371-418.
- MORO SERRANO, Antonio: «Las formas de garantía real en Roma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1989, núm. 592, pp. 715-738.
- MUNAR BERNAT, Pedro Antonio: «Artículo 287», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 433-442.
- MUÑOZ GARCÍA, María José: «Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el Derecho Histórico Español. Especial referencia a las leyes 54 a 61 del ordenamiento de Toro y a su proyección», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 1989, núm. 7, pp. 433-456.
- *Las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada: 1505-1975*. MADRID, 1991.
- OLIVER SOLA, María Cruz: «La fianza. Estudio comparativo en Derecho romano, en el Código Civil español y en el Fuero Nuevo de Navarra», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2002, núm. 19, pp. 95-134.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, José María: «Tratamiento jurídico de la enfermedad en las Partidas», *Glosae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1992, núm. 3, pp. 135-164.
- «Origen romano de la fianza en las Partidas», *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 1998, núm. 7, pp. 89-122.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «El ejercicio de la nueva curatela», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M. M. HERAS HERNÁNDEZ), Valencia, 2022, pp. 257-280.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: *Nuevo Paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica: apoyos voluntarios a las personas con discapacidad*, Madrid, 2022.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Capítulo 16. Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar», en *Derecho Privado. Derecho de la persona* (coord. por P. DE PABLO CONTRERAS), Madrid, 2008, 3.^a ed., pp. 135-176.
- «Capítulo XXXIII. Contratación y discapacidad: la reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad», en *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABALLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. II, Madrid, 2022, pp. 325-355.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley», *Revista de Derecho Civil*, 2018, núm. 3, pp. 61-83.
- PÉREZ PÉREZ, Victoria Eugenia: «Capacidad de la mujer en Derecho privado romano», *Revista Clepsydra*, 2017, núm. 16, pp. 191-217.

- PETIT SÁNCHEZ, Milagros: «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, 2020, núm. 5, pp. 265-313.
- PRADOS GARCÍA, Celia: «Eficacia y validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16, pp. 24-45.
- REYES LÓPEZ, María José: «Artículo 1823», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Volumen IV, Cizur Menor, 2016, 2.^a ed., pp. 1093-1096.
- «Fianza y aval a primer requerimiento», en *Derecho Civil II obligaciones y contratos* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2021, 5.^a ed., pp. 497-514.
- «Artículo 1822», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tomo V, Valencia, 2023, pp. 8039-8044.
- «Artículo 1828», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tomo V, Valencia, 2023, pp. 8075-8080.
- «Artículo 1855», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tomo V, Valencia, 2023, pp. 8197-8198.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana M.: «La accesoriad de las garantías en el Derecho romano. ¿Son las actuales garantías independientes figuras de nuevo cuño?», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2018, núm. 40, pp. 47-69.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad. De la incapacitación al apoyo», *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2021, núm. 19, pp. 23-55.
- SÁNCHEZ VICENTE, María Pilar: *La condición jurídica de la mujer a través de las partidas*, Oviedo, 1985.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «La «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad», en *Probleática jurídica de las personas con discapacidad intelectual* (dir. por R. M. MORENO FLÓREZ), Madrid, 2022, pp. 11-18.
- SERRANO YUSTE, Joaquín: «Capítulo XXIX. Apoyos judiciales y actuación notarial», en *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. II, Madrid, 2022, pp. 189-216.
- SORIA MOYA, Mónica: «La mujer en Roma: pasado y presente», en *Estudios sobre la mujer: política, derecho, comunicación, educación y violencia contra las mujeres* (dir. por R. ABRIL STOFFELS), Barcelona, 2021, pp. 125-141.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «El régimen de ineeficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2022, núm. 101, pp. 40-47.
- «La escritura notarial de apoyo a la persona con discapacidad y el régimen de la ineeficacia contractual», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2023, núm. 109, pp. 74-79.
- VALLEJO PÉREZ, Gema: «Los derechos procesales de la mujer desde el derecho romano», en *El principio de igualdad desde un enfoque multidisciplinar, prevención y represión de la violencia de género* (coord. por I.C. IGLESIAS CANLE, J.A. GONZÁLEZ-ARES FERNÁNDEZ y M.V. ÁLVAREZ BUJÁN), Barcelona, 2016, 5.^a ed., pp. 13-37.
- VAQUERO PINTO, María José: «Artículos 1300 al 1314», en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Cizur Menor: Aranzadi, 2021, 5.^a ed., pp. 1693-1714.

- VARELA CASTRO, Ignacio: «Artículos 1304 y 1314», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 669-682.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Reformas en Derecho de obligaciones y contratos», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2022, pp. 503-566.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «Artículo 1263», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tomo IV, Valencia, 2023, pp. 5770-5774.

Principio espiritualista y seguridad jurídica: ¿Es necesario un replanteamiento de la *communis opinio* en materia de forma del contrato?

GIUSEPPE ALBANESE

Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona

RESUMEN

Según la interpretación doctrinal predominante, el ordenamiento jurídico español estaría fuertemente vinculado a una concepción «espiritualista» del contrato, cuya absoluta preeminencia no permitiría el reconocimiento de ningún valor normativo vinculante al elemento de la forma escrita, ni siquiera a efectos probatorios. Frente a ello, tras una reconstrucción histórica crítica del ascenso de esta interpretación teóricamente inflexible, se propone un replanteamiento de la misma inspirado en el superior principio constitucional de seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE

Forma escrita; Forma del contrato; Principio espiritualista; Seguridad jurídica.

Spiritualist principle and legal certainty:
Is it necessary to rethink the *communis opinio*
regarding the form of the contract?

ABSTRACT

According to the predominant doctrinal interpretation, the Spanish legal system would be strongly linked to a «spiritualist» conception of the contract, whose absolute preeminence would not allow the recognition of

any binding normative value to the element of the written form, not even for evidentiary purposes. Faced with this, after a critical historical reconstruction of the rise of this theoretically inflexible interpretation, it is proposed a rethinking of it, inspired by the superior constitutional principle of legal certainty.

KEY WORDS

Written form; Contract form; Spiritualist principle; Legal certainty.

SUMARIO: I. *La narración consolidada respecto a la preeminencia del principio «espiritualista»: del formalismo al antiformalismo.*—II. *Los límites intrínsecos de la narración consolidada.* 1. Entre teoría y praxis: la regla procesal *lettres passent témoins* y la «resurrección» de la forma escrita en las legislaciones modernas.—III. *El fatigoso proceso de aprobación definitiva de la disciplina de la forma de los contratos en el CC español: entre los principios consagrados por las legislaciones modernas y la «reacción» antiformalista.*—IV. *La communis opinio en torno a la preeminencia del artículo 1278 CC (algunas notas críticas).* 1. Qué dicen (y qué no) los artículos 1279 y 1280: un replanteamiento de la *communis opinio* en materia de forma del contrato.—V. *Conclusiones* (con una propuesta de *lege ferenda*).—Bibliografía.

I. LA NARRACIÓN CONSOLIDADA RESPECTO A LA PREEMINENCIA DEL PRINCIPIO «ESPIRITUALISTA»: DEL FORMALISMO AL ANTIFORMALISMO

De manera sustancialmente unánime, doctrina científica y jurisprudencia¹ sostienen la inequívoca vinculación del ordenamiento jurídico español a una concepción «espiritualista» del contrato desde la promulgación del *Ordenamiento de Alcalá* del año 1348, en cuya Ley única del Título XVI se afirmaba:

«Paresciendo que se quiso un ome obligar á otro por promisión, ó por algund contrato, ó en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos á quienes se obligó, é non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha stipulacion que quiere dezir: prometimiento con ciertas solempnidades del derecho: ó que fue fecha la obligación del contrato entre absentes: ó que fue fecha á Escribano publico, o á otra persona privada

¹ *Vid.* entre otras, la STS 24 de mayo 1980 (ECLI:ES:TS:1980:4765 — Pon. Jaime Castro García); la STS 27 de febrero 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1352 — Pon. Alfonso Villagómez Rodil), y la STS 19 de febrero 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1096 — Pon. Clemente Auger Liñán).

en nombre de otro entre absentes: ó que se obligó uno de dar, ó de hacer alguna cosa á otro: mas que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro, é façer contrato con el»².

La práctica totalidad de los autores considera que este precepto dio reconocimiento legal (civil) a la regla de Derecho canónico *pacta sunt servanda* al decretar la definitiva superación del sistema contractual «formalista» de origen romano que, hasta ese momento, había caracterizado las anteriores recopilaciones normativas, como las *Siete Partidas*³.

Para comprender plenamente los motivos de tales postulados, debe recordarse que, según el sistema jurídico del *ius commune*, reelaborado por parte de los glosadores sobre la base del *Corpus Iuris Civilis* justiniano, la simple promesa de un sujeto a otro no era suficiente para crear una obligación⁴. Para que naciera de manera efectiva una obligación válida y vinculante era necesario o el comienzo de la ejecución del acuerdo por una de las partes (*causa data*⁵) o el cumplimiento de un *vestimentum* (*causa civilis*)

² *Vid. De ASSO Y DEL RÍO y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ: El Ordenamiento de Leyes*, Madrid, 1774, disponible en https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=10072203; MANRESA NAVARRO: Título VIII, 1907, p. 690; NUÑEZ LAGOS, 1950, pp. 56-57; GORLA, 1954, trad. esp. 1959, T. I, p. 56 (nota del traductor).

³ MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 690: «Suavizado el rigor de la ley romana poco a poco en este como en otros puntos, influidos los pueblos por el principio de derecho canónico, *pacta sunt servanda*, que venía a borrar en cierto modo la diferencia del pacto y el contrato en su primitivo sentido, y latente en la sociedad el espíritu de los germanos, no obstante contaminarse estos en mucho por el formalismo de Roma, el sistema de contratación de esta fue cayendo en desuso, y el consentimiento recobrando su legítimo predominio, a tal punto, que cuando brilla el renacimiento del derecho romano y en España se vacía su contenido dentro del Código de las Partidas, el sistema formalista lucha con la sencillez del nacional y es vencido por este»; REGLERO CAMPOS, 1993, T. XVII, vol. I-B, p. 637 (citando a SÁNCHEZ ROMÁN, 1899, T. IV, p. 170): «[L]a dimensión científica de las Partidas Alfonsinas entró en abierta colisión con los usos sociales de la práctica judicial y del Derecho vigente en Castilla, acomodado a las sencillas costumbres castellanas, que no se compaginaban bien con el carácter formalista de aquellas. Este distanciamiento entre el Derecho escrito y el Derecho usado, así como la influencia del Derecho canónico, “que consagró en su mayor latitud el principio moral y jurídico *pacta sunt servanda* atribuyendo igual fuerza obligatoria a los pactos que a los contratos y, por último, la publicación del Ordenamiento de Alcalá en 1348, había desterrado, por completo, de las costumbres, del criterio científico de la época y de la legislación vigente, aquel sistema romano, sustituyéndole por otro, de todo en todo contrario”»; PUIG PEÑA, 1972, T. III, p. 409 (citando a RIAZA y GARCÍA-GALLO, 1935, pp. 672 y ss.): «Como dice un autor, las sencillas costumbres españolas, el buen sentido de los prácticos y el espíritu de justicia del Derecho canónico se opusieron en nuestra Patria al arraigo del sistema romano de contratación, a pesar de los esfuerzos que hicieron para ello algunos cuerpos legales del Derecho escrito [...]».

⁴ GORLA, *Op. cit.*, p. 20: «La historia de cualquier sistema jurídico revela con cuántas dificultades se ha llegado a admitir la idea de que de una promesa pueda derivar una obligación en sentido jurídico [...]. Hoy esta idea se nos ofrece como algo “natural”. Pero ha sido necesario un largo proceso histórico hasta poder llegar a ella».

⁵ Característica de los «contratos innominados». A este propósito, *vid. MARRONE*, 2004, p. 264: en principio, el Derecho romano reconocía solo tipos específicos de contratos «nominados», un *numerus clausus* de fuentes de obligaciones a las cuales se acompañaban

en base al cual entender «justificada» la efectiva obligatoriedad del acuerdo. En efecto, manteniendo la esencia del originario sistema jurídico romano, el sistema contractual de *ius commune* seguía enfocándose al aspecto procesal, de modo que la tipicidad sustancial de las modalidades de contraer *obligationes* era el reflejo de la tipicidad procesal de las *actiones* concedidas para pedir su cumplimiento o ejecución⁶.

En consecuencia, todo giraba alrededor de la distinción entre *pacta nuda* y *pacta vestita*. Con la primera denominación se identificaban los acuerdos desprovistos de un *vestimentum* (en este sentido «desnudos»): promesas sin efectividad obligatoria respecto a las cuales no se concedía ninguna acción, esto es, ninguna tutela judicial efectiva (*ex nudo pacto actio non nascitur*). Con la segunda, a aquellos acuerdos dotados de un elemento de justificación respecto a la obligación asumida por el promitente (en este sentido, «vestidos») y, por tanto, dotados de una acción, o sea, merecedores de tutela por parte del ordenamiento jurídico. Solo el inicio de la ejecución por una parte o la presencia de un *vestimentum* al momento de concluir un acuerdo representaban la justificación del nacimiento de una fuente de responsabilidad⁷ (de una *obligatio*) y la concesión de una correspondiente *actio*. El simple consentimiento (*consensus*) se consideraba un *vestimentum* válido solo con respecto a los contratos (denominados por estas razones) «consensuales»: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato⁸. Para

unas acciones, igualmente típicas, que las sancionaban. Pese a esa rígida tipicidad contractual y procesal, con el tiempo se fue reconociendo el valor obligatorio a ciertas convenciones atípicas, no definibles en base a un *nomen* del edicto del pretor («innombrados»), cuyo valor obligatorio no se reconoció a la convención en sí misma, sino a la ejecución que de ella habría realizado una de las partes, lo que creaba la respectiva obligación en la otra; estos contratos «innombrados» se identificaron (según un famoso texto de Paolo contenido en D.19.5.5 pr.) como: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (*ibidem*, p. 292). La nomenclatura con la cual se han identificado tradicionalmente muestra de manera clara que el elemento central era la prestación (dar o hacer) que una de las partes cumplía en vista (*ut* = para que) del dar o hacer de la otra. Una prestación anticipada (en este sentido, una *causa data*) que se cumple en vista de la contraprestación ajena.

⁶ *Ibidem*, p. 264.

⁷ DE COSSÍO, 1975, T. I, p. 245: «[...] lo fundamental no era la creación de derechos y deberes entre las partes, sino el establecimiento de formas de responsabilidad [...]».

⁸ LACRUZ BERDEJO, 1977, T. II, p. 17: «Los contratos formales y los reales bastaban para las reducidas operaciones jurídicas precisas en la vida de una pequeña ciudad que no había sobrepasado el estadio de la economía agraria de unos grupos familiares [...] Pero, merced a sus conquistas, Roma llega a ser luego una gran ciudad comercial, en contacto con todo el Mediterráneo [...] y para responder a las nuevas necesidades se introducen unos contratos que ya no precisan de ninguna formalidad. [...] Se acepta, pues, el nacimiento de obligaciones y del vínculo contractual en virtud de la sola declaración de voluntad, pero únicamente para unos contenidos muy concretos: se trata de las operaciones más importantes y usadas en la vida de los negocios»; GORLA, *Op. cit.*, p. 30: «se trataba siempre de pactos con cierto contenido o con ciertos caracteres típicos. Puede decirse, pues, que uno de los rasgos característicos del contrato no formal del Derecho clásico es la *tipicidad*. Es decir, se sancionan determinados “negotia” que, por su difusión, por su importancia en la

los contratos reales⁹, el *vestimentum* era la entrega material de la cosa objeto del acuerdo (*traditio*).

Fuera de estos casos típicos, para poder concluir un acuerdo obligatorio atípico de forma válida se recurría a la *stipulatio*¹⁰. Se trataba de un contrato verbal cuyo *vestimentum* era la pronunciación de determinadas palabras solemnes (*certa verba*), aunque, ya desde el final de la edad republicana, en Roma se había empezado a transcribir su celebración en documentos. Al principio, la función de tales documentos era la de atestiguar el intercambio de las fórmulas solemnes requeridas, pero después, en el periodo posclásico (bajo la influencia de las costumbres jurídicas orientales helenísticas según el modelo de los *quirografo* y los *sinagrafa*¹¹), se pasó a atribuir eficacia obligatoria directa al documento escrito¹² como forma no solo externa o testimonial, sino intrínseca y sustancial del contrato en cuestión. De este modo, en el momento de la recepción del derecho civil justiniano en Europa occidental y el nacimiento del denominado *ius commune*, el cumplimiento del *vestimentum* consistente en la expresión oral de los *certa verba* había pasado a identificarse con su transcripción documental¹³.

Además, debe recordarse que, tras la disolución del Imperio romano occidental y el ascenso de los reinos bárbaros, a los formalismos de origen romano se habían ido solapando los formalismos de los sistemas jurídicos germánicos¹⁴.

Es por todas estas razones que el Derecho español «antiguo» (alto-medieval), considerando la herencia jurídica romana y la larga dominación visigoda sucesiva, estaba muy marcado por el formalismo, siendo sus características principales: 1) la insuficien-

vida cotidiana y por haber llegado a consagrarse en la práctica, exigen una especial tutela jurídica [...]. Probablemente, como observa Savigny [...] esta tendencia a la tipicidad puede también explicarse teniendo en cuenta que el negocio típico, precisamente por serlo, permitía resolver fácilmente el problema de la voluntad de obligarse en sentido jurídico».

⁹ Depósito, comodato, mutuo y prenda.

¹⁰ GÓRLA, *Op. cit.*, pp. 31-32; también MARRONE, *Op. cit.*, p. 275.

¹¹ *Vid. DE LOS MOZOS, ADC*, 1968, p. 753.

¹² MARRONE, *Op. cit.*, p. 277.

¹³ Esta costumbre creó las bases (a partir del siglo XI en Italia y después en toda Europa) para el pasaje de la función de simple «escribano» a la de notario, titular de la fe pública: si la *charta* redactada por el primero debía ser corroborada por su testimonio ante el juez, el *instrumentum publice confectum* notarial pasó a tener consideración de prueba plena preconstituida, destruible solo mediante la querella por falsedad; *vid. REGLERO CAMPOS, Op. cit.*, p. 634. Asimismo, *vid. PADOA SCHIOPPA*, 2019, p. 143.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, p. 18: «[...] los ordenamientos de los invasores no conocen sino contratos estrictamente formales con fuerte predominio del elemento simbólico, y luego algunos contratos reales [y] a veces el incumplimiento del contrato no supone la satisfacción del derecho del acreedor por medios coactivos [...] sino otras sanciones penales que, si bien suponen el exterminio del deudor doloso, no proporcionan al acreedor ningún beneficio directo. La obligación, en suma, se funda más en el respeto a la palabra dada y en el temor a la venganza privada del acreedor, que en la posibilidad de ser compelido el deudor por el poder público a su cumplimiento».

cia del simple consentimiento para originar una obligación (todo contrato necesitaba estar fortalecido con la entrega de arras o de un objeto simbólico, una vara o *wadium*) y 2) el predominio de los documentos escritos (*chartae*)¹⁵.

En un escenario cultural caracterizado por tales «antecedentes», es aproximadamente a partir del siglo XII cuando los canonistas —en el seno de la lucha por la hegemonía cultural y política que se libró entre poder eclesiástico y civil a lo largo de la Edad Media— comienzan a defender la idea que la fuerza jurídicamente vinculante (obligatoria) de un acuerdo no dependía de un *vestimentum* sino de una «causa-valor»¹⁶ que identifican con la necesidad de mantener fe a cualquier tipo de promesa contraída según conciencia con otro hombre¹⁷, debido a que *pacta sunt servanda*¹⁸ y «mentir es pecado»¹⁹. Haciendo hincapié en la expresión «en cualquier manera», tradicionalmente se ha sostenido que el precepto del Ordenamiento de Alcalá apuntado al principio fue el primer reconocimiento legal de esa concepción canonista, al establecer que incluso los intercambios de promesas «desnudos» (esto es, emitidos de forma oral sin necesidad de frases solemnes ni formalización escrita) también generarían plenos efectos obligatorios en términos de *ius civile*, no solo canónico. En base a tales argumentos, algunos han querido destacar la precocidad del ordenamiento castellano en este aspecto en comparación al resto de Europa, donde la regla antiformalista del *solus consensus obligat* (la plena eficacia reconocida al simple consentimiento para generar *per se*

¹⁵ Destaca estas dos características del Derecho español «antiguo» CASTÁN TOBENAS, 1988, T. III, p. 494; Asimismo, PUIG PEÑA, *Op. cit.*, p. 408, nota 26 (citando a MINGUÍJON, 1924, pp. 62 y ss.): «Observa MINGUÍJON que se introdujo y se generalizó mucho entre los pueblos germanos la contratación por documento o escritura (carta, *cautio*) [...]. Tales documentos no eran simplemente probatorios, sino constitutivos [...]»; GORLA, *Op. cit.*, p. 54 (nota del traductor): «[Paradigmático el caso del derecho foral de Aragón, donde se mantuvo] el principio de la no obligatoriedad de los contratos no formales, con absoluto predominio de la forma escrita (*charta*). Solo si la promesa está confirmada por un instrumento se podrá obligar al promitente a que la cumpla (Fuero 4.^º, *De Fide instrumentorum*). Tal es la fuerza del instrumento en el Derecho aragonés, que debe siempre juzgarse y resolverse según lo contenido en él (*standum est chartae*); de acuerdo con este principio, debe pagarse todo cuanto conste en la escritura, aunque no se exprese la causa del deber, en lo que apunta la admisión del contrato abstracto (Fuero *De promissione sine causa*)».

¹⁶ *Vid. LACRUZ BERDEJO, Op. cit.*, p. 18.

¹⁷ PADOA SCHIOPPA, *Op. cit.*, p. 121: «Molto rilevante è la dottrina canonistica sull'azionabilità del "patto nudo", cioè della semplice promessa [...] ricorrendo al principio per il quale i patti devono essere osservati [...] poiché davanti a Dio la promessa era vincolante indipendentemente dalle forme, essa doveva essere resa vincolante anche davanti ai giudici».

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, p. 29: «Además de la vieja idea de *veste*, el problema se plantea así: el incumplimiento de lo prometido, incluso si es un nudo pacto, es pecado»; *vid. tambien SANTOS MORÓN, 1996, p. 27.*

cualquier tipo de obligación adoptando como criterio general la atipicidad causal que caracterizaba desde sus orígenes el contrato romano de *stipulatio*²⁰) representó un punto de llegada mucho más tardío²¹, que se alcanzó gracias a la sucesivas influencias culturales de los comercialistas y, después, de los exponentes de la escuela del Derecho natural²² (y su pretendida transformación de los *vestimenta* romanos en la moderna concepción de *causa* del contrato²³).

²⁰ GORLA, *Op. cit.*, p. 94: «Según Savigny [...] el moderno pacto nudo, la promesa (aceptada) hecha *serio et deliberado animo*, no sería otra cosa que la *stipulatio* romana, transformada gradualmente por el desuso en que cayeron sus formas en un esquema contractual no formal».

²¹ *Ibidem*, p. 56 (nota del traductor): «Con esta importantísima ley queda introducido en el Derecho español el principio consensual, con notable anticipación a la fecha en que dicho principio aparece en otras legislaciones [...].»

²² LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, p. 19: «Dos influencias ulteriores refuerzan la presión de la doctrina canonista sobre los juristas de Derecho civil, para que acepten la obligatoriedad de cualesquiera convenciones o *nuda pacta*. De una parte, la de los mercantilistas, que tratan de liberar las relaciones comerciales del peso de las formas solemnes, y en especial de la entrega de la cosa, afirmando el principio consensual (*solutus consensus obligat*) como una sublimación de la *stipulatio*. Y, ulteriormente, la de la escuela del Derecho natural, al proclamar que la voluntad de los particulares es necesaria pero suficiente justificación de la obligación asumida»; CASTÁN TOBEÑAS, *Op. cit.*, p. 457 (citando a MESSINEO, 1952, T. I, pp. 50 y ss.): «[e]l nudo pacto, que en su origen no engendraba ni obligaciones ni acción (*ex nudo pacto, actio no nascitur*), evoluciona durante la Edad Media, bajo la influencia del pensamiento de los canonistas, de secuaces de la escuela del Derecho natural y de comercialistas, en el sentido de que, lentamente, la *voluntad* de las partes adquiere el valor de *elemento básico*, que triunfa sobre el formalismo antiguo y basta para dar vida al contrato, es decir, a lo que hoy, usando el término en sentido totalmente diverso del originario, llamamos contrato»; DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, p. 755: «En épocas posteriores, esta evolución se consolida por influencia del iusnaturalismo, cuando la *coherentia contractus* acaba por descansar, en definitiva, en el mutuo *consensus* de las partes que se intuye [...] como el fundamento de la propia *societas iuris*. Entonces es cuando puede decirse [...] que *el mundo de la causalidad* ha suplantado el *mundo de la forma*»; SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 27: «Para Grotius, el respeto a la palabra dada es una regla de Derecho natural. La escuela del Derecho natural desarrollada a partir de las teorías de Grotius y Pufendorf hace del consensualismo el fundamento mismo de la teoría del contrato. Sus enseñanzas serán recogidas por la doctrina francesa de los siglos XVII y XVIII que adapta el Derecho romano a los principios derivados de la “razón natural” entre los cuales se considera uno de los más evidentes el que toda convención tenga el efecto de obligar. Se afirma así que nadie puede estar obligado sin haberlo querido y que toda vinculación libremente querida es justa (*qui dit contractuel dit juste*)».

²³ El moderno concepto de causa del contrato nace de las especulaciones teóricas de los exponentes del Derecho natural para simplificar (más que eliminar) el anterior sistema de los *vestimenta*, de modo que se pretende poner en el centro el solo *consensus* (la voluntad del *homo faber* renacentista), pero manteniendo la irrenunciable idea de «justificación» de las obligaciones. Justificación que, de hecho, para determinados negocios, como las donaciones, siguió siendo la forma escrita, entendida como demostración material de la sopesada reflexión del donante respecto a la obligación asumida. Cfr. GORLA, *Op. cit.*, pp. 71-73: «En conclusión [...] La causa jurídica [...] y la forma [...] son los *vestimenta* de un sistema de pactos que no corresponde al esquema del nudo consentimiento [...]. [E]l Derecho moderno ha sustituido el sistema romano de los pactos, o el sistema medieval de los pactos nudos y de los pactos vestidos, por otro sistema de pactos [donde] el pacto tiene que estar *vestido* [...] con una determinada forma o con una determinada *cause suffisante, raisonnable o juste*»; Cfr. LUNA SERRANO, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, p. 144: «La evanescencia y la inconcreción del concepto de causa inducen la idea de su inutilidad, idea a la que puede asociarse la consideración práctica de que la falta de la necesidad de su expresión es aconsejada por las conveniencias del tráfico [...] en cuyo ámbito

Siguiendo esta narración consolidada, la profunda vinculación del ordenamiento jurídico español al antiformalismo en materia de contratación sería inveterada e indiscutible. Prueba de ello sería que la originaria formulación de la Ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá del año 1348 habría traspasado a la *Nueva Recopilación de 1567* (Libro V, Título XVI, ley 2.^a)²⁴ y, después, a la *Novísima Recopilación de 1805* (Libro X, Título I, ley 1.^a)²⁵, hasta acomodarse, manteniendo la misma *ratio* normativa, en la letra del artículo 1278 del Código Civil de 1889 (en adelante CC), en base al cual «los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado [...]»²⁶. Por todo lo anterior, la presencia del artículo 1278 CC permitiría la perfección de cualquier contrato en forma puramente verbal y conllevaría la contextual libertad absoluta para su prueba, de modo que podría ser invocado en juicio como fuente de obligaciones al amparo de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, como una testifical.

II. LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA NARRACIÓN CONSOLIDADA

En cuanto se procede a una reconstrucción pormenorizada más profunda de todos los «antecedentes históricos y legislativos» (ex art. 3 CC) que han determinado la redacción definitiva de la disciplina codificada en materia de forma contractual (arts. 1278 a 1280 CC), la narración consolidada de un *fil rouge* aparentemente ininterrumpido de la plurisecular preeminencia del principio espiritualista aparece un tanto forzada, empezando por la auténtica *ratio* normativa de la Ley de Alcalá y culminando con la misma presencia del artículo 1278 en el texto definitivo del CC que, como se expondrá más adelante, no representó algo inevitable, automático o descontado.

es bien conocido que se propende muchas veces a prescindir u olvidarse de la causa y a hacer con frecuencia total abstracción de la misma, abstracción que se entiende suficientemente compensada con la formalización indispensable de ciertas operaciones». En efecto, la criticidad definitoria del concepto de causa ha determinado su progresiva difuminación como elemento esencial del contrato, empezando por su ausencia en el *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB o Código Civil alemán) a comienzos del siglo XX y culminando con la supresión de su secular presencia en el *Code Civil* francés tras la reforma de 2016; *vid. a este propósito*, TENELLA SILLANI, 2018, pp. 537-549.

²⁴ *Vid. Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, reimpresión de 1775*, Madrid, reed. 2022; disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2022-271

²⁵ *Vid. Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Madrid, reed. 1993; disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63

²⁶ *Vid. GORLA*, *Op. cit.*, p. 74 (nota del traductor).

Comenzando por la Ley única del título xvi del Ordenamiento de Alcalá, pese a la inamovible interpretación dada por la práctica totalidad de los autores, no han faltado autorizadas opiniones discordantes acerca de su real significado normativo. En particular, se ha afirmado que, en realidad, la Ley única del título xvi no estableció (o no reconoció) la «espiritualización» absoluta de las formas contractuales como regla jurídica generalizada, sino que se limitó a decretar la supresión de las principales excepciones que se podían proponer en relación a los aspectos formales más rígidos del contrato de «promisión», en ese momento regulado en el título xi de la partida 5.^a según una disciplina anacrónica, que se limitaba a reproducir la versión «erudita» y «arcaica» de la *stipulatio* romana²⁷. A este propósito, es necesario recordar cómo en la Ley de Alcalá se especificaba: «[...] non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha stipulacion que quiere dezir: prometimiento con ciertas solempnidades del derecho [...]»

Como se ha apuntado antes, ya en el periodo posclásico, en Roma, el formato originario del contrato de *stipulatio* había experimentado cierto cambio estructural a causa de las influencias helenísticas y la mayor relevancia que en dicha área cultural se reservaba a la redacción escrita, de modo que había pasado a reconocerse eficacia obligatoria directa al mismo documento en el cual se recogían las formalidades seguidas para la celebración del contrato. No obstante, pese a la relevancia asumida por la forma escrita, oficialmente la *stipulatio* seguía clasificándose como un contrato verbal basado en la pronunciación de *certa verba* (preguntas y respuestas detalladas) que el documento escrito servía a reproducir. Ahora bien, la «metamorfosis» no terminó ahí.

En el año 472 d. C., el emperador León estableció que la *stipulatio* podía perfeccionarse con el empleo de *quibuscumque verbis*²⁸ y, con el paso del tiempo, se consideró válida la redacción del contrato en la cual no se apuntaban todas las preguntas del promisario y las respuestas del promitente (que reflejaban cada una de las obligaciones singulares asumidas por el segundo), sino que era suficiente la inclusión al comienzo o al final del documento de una *stipulatio specialis*, una única pregunta («*ea quae supra scripta sunt, promittis?*») cuya única respuesta afirmativa («*promitto*») daba valor a todo el conjunto obligatorio recogido en el cuerpo del documento²⁹. Después, en virtud de una constitución del emperador Justiniano del 531 d. C., se estableció que la única prueba en

²⁷ *Passim* NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*

²⁸ MARRONE, *Op. cit.*, p. 278.

²⁹ NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, p. 21.

contra de un documento en el que se recogía una *stipulatio* solo podía ser el hecho que las partes no estuviesen presentes en la misma ciudad el día de su redacción³⁰. A pesar de esto, en la sucesiva praxis notarial se afianzó la redacción de una *stipulatio elíptica* en la cual la pregunta pasaba a ser presunta (o implícita), encerrada en el contenido descriptivo del documento, que se redactaba en primera persona y de forma unilateral, lo que abría el paso a la contratación entre ausentes y a la representación negocial³¹.

Pese a los profundos cambios experimentados por el originario modelo contractual romano de *stipulatio*, el título xi de la partida 5.^a seguía disciplinando una versión arcaica del mismo que incluía la exigencia sustancial de la presencia física contextual de ambas partes, necesaria para el intercambio de rigurosos *certa verba*³². En este sentido, no parece infundado concluir que la principal finalidad de la Ley única del título xvi del Ordenamiento de Alcalá fue simplemente la de decretar el predominio de la versión más «popular» y usual del contrato (escrito) de promisión, abrogando expresamente su modalidad de celebración más «clásica» y en desuso enunciada en la partida 5.^a para evitar posibles antinomias interpretativas de cara a futuro³³ (dado que, en base a la ley primera del título xxviii del mismo Ordenamiento de Alcalá, las *Partidas* mantendrían valor de fuente normativa, aunque supletoria³⁴). Esta sustancial *ratio abrogativa* se vería también confirmada

³⁰ SANTOS MORÓN, *Op. cit.*, p. 26; MARRONE, *Op. cit.* p. 278.

³¹ NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, pp. 22-23.

³² Partida v, título xi, ley i: «Promision es otorgamiento que facen los homes unos á otros por palabras con entencion de obligarse, a veniéndose sobre alguna cosa cierta que deban dar ó hacer unos á otros; [...] Et fácese desta manera, estando presentes amos los que quieren fazer el pleyo de la promision, et deciendo el uno al otro, prometedesme de dar ó de hacer tal cosa, deciéndola señaladamente, et el otro respondiendo que sí promete ó que otorga de lo complir; ca respondiendo por estas palabras ó por otras semejantes dellas, finca por ende obligado, et es tenido de cumplir lo que otorga ó promete de dar ó de hacer. [...]»; ley ii: «Pregunta et respuesta ha meester que sea fecha en la promision por palabras con entendimiento de se obligar; et quando esto fecieren non deben entremeter otras palabras.[...]; Vid. *Las Siete Partidas*, Edición de 1807 de la Imprenta Real, reed. 2021; disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2021-217

³³ Según NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, pp. 51-53, la presencia de la disciplina de la *stipulatio* contenida en la partida 5.^a creaba una antinomia con la modalidad más «popular» de *promisión* disciplinada en el título xviii de la partida 3.^a, reflejada en las fórmulas legales predispuestas para la redacción de *cartas* con objeto los contratos de: compraventa (ley 56), permuto (ley 64), donación (ley 67), feudo (ley 68), censo (ley 69), comodato (ley 71), alquiler de casas (ley 73), arrendamiento de viñas, huertas u otras cosas (ley 74), el trabajo (ley 75), arrendamiento de semovientes (ley 76), fletamiento de nave (ley 77), compañía (ley 78), aparcería (ley 79), partición de herencia (ley 80), cartas de pago (leyes 81 y 102), paz (ley 82), tregua (ley 83), esporsales (leyes 84 y 85), dote (ley 86), donación y arras (ley 87), vasallaje (ley 89), manumisión (ley 90) y compromiso (ley 106); la necesidad de resolver esa antinomia entre las dos partidas habría determinado la inclusión de la Ley única del título xvi en el Ordenamiento de Alcalá.

³⁴ Título xxviii, ley primera: «Como todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leys deste Libro; et lo que por ellas non se pudiere librar, que se libre por los Fue-

por el propio encabezamiento de la Ley única del título XVI del cuerpo legal alcaláin: «Cómo vale la obligación entre absentes, aunque no aya y estipulación³⁵».

Siguiendo estos argumentos, es bien posible que el auténtico objetivo normativo del pluricitado precepto de Alcalá no fuese otro que la ratificación a nivel legislativo de la práctica contractual escrita vigente. Frente a la aportación de un *charta* de promisión, se eliminaba de manera oficial la facultad de un promitente-demandado de plantear como excepción («non pueda ser puesta excepcion»):

- a) que no se hubieren pronunciado los *certa verba*, propios de la *stipulatio* arcaica («prometimiento con ciertas solemnidades del derecho»);
- b) que se hubiera contratado de manera diferida («ó que fue fecha la obligación del contrato entre absentes») o por intermediación del notario o de otro «representante» («ó que fue fecha á escribano publico, o á otra persona privada en nombre de otro entre absentes»);
- c) que se hubiere contratado una promesa ajena de dar o hacer («ó que se obligó uno de dar, ó de fazer alguna cosa á otro»).

Entonces, asumiendo como correctas las anteriores argumentaciones, la abrogación de las rigideces «rituales» previstas en la partida 5.^a para el contrato de promisión, en realidad no significó que con la Ley de Alcalá se oficializara la intención del legislador de prescindir *ex abrupto* de la usual forma escrita (notarial) para su celebración³⁶ ni para la celebración de otros tipos contractuales³⁷ (nótese que la ley dice: «[...] por promisión, ó por algund contrato [...]»). Pero, sobre todo, aunque la expresión residual empleada en el precepto («[...] ó en alguna otra manera [...]») haya llegado a identificarse cómo una posible referencia al intercambio de promesas verbal e informal (en este sentido, puramente «espiritual»), parece bastante razonable pensar que ello no pudo comportar que, de repente, su simple invocación se conside-

ros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas»; *vid. De Asso Y DEL RÍO, DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Op. cit.*

³⁵ *Ibidem*

³⁶ GORLA, *Op. cit.*, p. 56 (nota del traductor). «Con todo, como señala Nuñez Lagos [...], siguió practicándose la *stipulatio* notarial; había perdido su monopolio pero no su eficacia».

³⁷ *Ibidem*, pp. 57-58: «[E]n el sistema medieval de los contratos [...] se generalizó la *charta* o *instrumentum* en distintas formas, con o sin cláusula estipulatoria de estilo: así, para contratos con cierta importancia aunque fueran contratos reales [respecto a los cuales, recuérdese, en teoría bastaba la *traditio*]; y a veces se llegó a exigir dicha forma para toda clase de contratos».

rara como un fundamento causal suficiente para cualquier obligación que se esgrimiera en juicio contra un deudor, puesto que:

«Para que uno quede obligado es preciso que se le pruebe la obligación. La Ley empieza: "...Paresiendo que..." y termina "...en cualquier manera que paresca...". Parescer, es aparecer, en sentido positivo de manifestarse o mostrarse. Es prueba directa y no indicio. El acreedor, pues, deberá probar: a) la existencia de la obligación; b) la causa de la obligación»³⁸.

En este sentido, debe matizarse el verdadero alcance de la concepción más «purista» del denominado principio espiritualista, ya que no es posible desconocer que la afirmación teórica de la libertad del individuo respecto a las formas de manifestación del consentimiento contractual nunca pudo llegar a ser realmente absoluta a nivel práctico y es un hecho difícilmente contestable que, al lado de esa afirmación, se produjo la simultánea predisposición o conservación de correctivos formales más o menos intensos.

De hecho, ni siquiera para los canonistas ese principio fue realmente absoluto, ya que no se puede olvidar que el Derecho canónico en materia contractual mantuvo el valor de una formalidad tan solemne como la del *juramento* (contra la cual se combatió por parte del poder temporal civil con una firme resistencia por temor a una «invasión de campo» de la jurisdicción eclesiástica³⁹). En parecido sentido, aunque se haya sostenido con cierto énfasis cómo, después de la primordial afirmación canonista, fueron los comercialistas los que siguieron el rumbo hacia la plena «liberalización» de las formas contractuales, no puede desconocerse que entre los principales legados prácticos del mismo Derecho mercantil destacaron las letras de cambio y el documento guarentigio⁴⁰, y que, ante la jurisdicción mercantil, «[i]l processo dei testimoni [...] diventa il processo dei documenti (libri, cambiali, ecc.)»⁴¹.

Cómo las dos caras de Jano, el retórico valor vinculante asignando a la libre manifestación «espiritual» del querer obligarse nunca

³⁸ NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.* p. 58.

³⁹ Vid. GORLA, *Op. cit.*, p. 64; asimismo, LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, p. 19: «La influencia del Derecho canónico introduce en la misma época, como elemento propio para dar validez a un pacto nudo, el juramento confirmatorio. [...] la competencia de la jurisdicción canónica solo llegó a reconocerse en algunos lugares y tiempos, exclusivamente cuando el contrato se hallaba confirmado con juramento»; Cfr. a este propósito la prohibición del artículo 1260 del CC, en base al cual: «No se admitirá juramento en los contratos».

⁴⁰ Técnicas de «abstracción causal» y sublimación formal del valor obligatorio intrínsecamente reconocido al documento escrito; Cfr. PADOA SCHIOPPA, *Op. cit.*, pp. 183-184: «Il documento guarentigliato [...] —una dichiarazione di debito compiuta davanti a un notaio con atto pubblico— ebbe l'effetto di costituire per sé titolo esecutivo, risparmiando al suo legittimo possessore le lungaggini di un processo formale per recuperare il suo credito».

⁴¹ Vid. PIERGIOVANNI, 2003, p. 412.

pudo llegar a separarse por completo de su revés, identificado con la necesidad práctica de reducir la inseguridad jurídica y el peligro de injusticias que su aplicación pura y simple podría conllevar⁴², de modo que se ha afirmado de manera muy acertada que:

«[E]l sistema consensualista, llevado a sus extremos, también tiene sus inconvenientes, y no pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se produce una *inseguridad e incertidumbre* en el Derecho, que trae consigo la multiplicación de los litigios y la *imprecisión* de las relaciones»⁴³.

En efecto, si bien con la afirmación de que *pacta sunt servanda* pudo abrirse camino la superación ideal (o ideológica) de las restricciones derivadas de los viejos formalismos sustanciales de origen romano, muy pronto debió aparecer un hecho ineludible que, en ausencia de una honesta, espontánea y pacífica ejecución del acuerdo obligatorio alcanzado entre las partes, el valor abstracto reconocido incluso al *pacto nudo* puramente verbal carecería de cualquier relevancia práctica, pues encerraría siempre el riesgo concreto —por la parte en buena fe— de no poder obtener nunca el exacto despliegue de los efectos jurídicos queridos al momento de la conclusión del mismo, por lo que se debe recordar que:

«Planiol ya enseñó que se comenzó por el formulismo; después, el progreso llevó a un movimiento hacia el consensualismo; pero llegado este a su apogeo, cayó en un trance de fraudes y de errores. Por eso —dice— el exceso de cultura produce así efectos análogos a los de la simplicidad y de la ignorancia de los pueblos antiguos»⁴⁴.

Si a nivel teórico pudo ir fraguándose esa genuina idea de autosuficiencia del simple dato volitivo del individuo (expresado de forma libre según el paradigma del acuerdo verbal de contenido obligatorio atípico), ese dogma «liberalizador» acabaría inevitablemente infringiéndose contra las barreras materiales de la evolución de los sistemas procesales en tema de *onus probandi*.

⁴² CASTÁN TOBEÑAS, *Op. cit.*, p. 496: «La superioridad de principio del Ordenamiento [de Alcalá] sobre el sistema formulista romano es indudable, pero no dejaba de ofrecer un serio peligro de inseguridad e incertidumbre en el Derecho y, por ende, la multiplicación de los litigios. Estos inconvenientes motivaron [...] una reacción a favor de la forma escrita».

⁴³ *Vid. PUIG PEÑA, Op. cit.*, p. 409.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 410 (nota 28).

1. ENTRE TEORÍA Y PRAXIS: LA REGLA PROCESAL *LETRES PASSENT TÉMOINS* Y LA «RESURRECCIÓN» DE LA FORMA ESCRITA EN LAS LEGISLACIONES MODERNAS

Como ya se ha apuntado, en la misma Ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá se vislumbraban unas expresiones (*paresciendo — paresca*) que de forma inevitable, al trasladarse desde las aspiraciones teóricas hacia las exigencias probatorias de la praxis procesal, debían crear importantes criticidades. Básicamente, si la otra parte no cumplía de manera espontánea o no confesaba haberse obligado⁴⁵, para que esa apariencia de promesa informal (en teoría siempre vinculante) se concretara ante los ojos del juez, en ausencia de una prueba escrita se hacía necesario recurrir a la prueba de testigos⁴⁶, posible fuente de fraudes y «siempre, en principio, sospechosa»⁴⁷.

Suspicacia que, en el marco del desarrollo siempre más intenso de la legislación y jurisdicción central (y excluyente) de las nacientes monarquías absolutas, en Francia dio pie a la formulación del artículo 54 de la *Ordonnance de Moulins* del año 1566 emanada por el rey Enrique III, en el que se establecía la necesidad de documentación escrita para cualquier contrato de valor superior a 100 liras⁴⁸, de modo que se consagraba la superioridad de la prueba escrita respecto a la de testigos («*lettres passent témoins*»⁴⁹) en los siguientes términos:

«Pour obvier à la multiplication de faicts que l'on a veu cy-deuant estre mis en avant en jugement, subjects à preuve de tesmoings, et reproche d'iceux dont adviennent plusieurs inconveniens et involutions de procez: avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toute choses excéant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contracts par devant notaires et tesmoings par lesquels contracts seulement sera faict et receue toute preuve esdictes matieres sans recevoir aucune preuve par tesmoings outre le contenu au contract ne sur ce qui seroit allégué avoir esté dit ou convenu avant iceluy lors et depuis. En quoy n'entendons exclure les preuves des

⁴⁵ De ahí el mantenimiento de un formalismo tan solemne como el juramento en el Derecho canónico.

⁴⁶ DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, pp. 770-771: «Efectivamente, con la libertad de formas empieza a desarrollarse la importancia de la prueba testifical, lo que se manifiesta en su admisión ilimitada, cayendo pronto en descrédito por su consustancial falibilidad, entonces, empieza a plantearse el problema de la tasa de esta prueba».

⁴⁷ *Vid. ROCA JUAN*, 1990, vol. II, p. 1814.

⁴⁸ *Vid. PRIETO CASTRO*, 1973, T. I, p. 173; ROCA JUAN, *Op. cit.*, p. 1814; PADOA SCHIOPPA, *Op. cit.*, p. 342.

⁴⁹ PADOA SCHIOPPA, *ibidem*

conventions particulières et autres qui seraient faictes par les parties sous leurs seings, seaux et escriptures privées»⁵⁰.

La *ratio* era clara: si las partes no se habían preocupado de preconstituir una prueba fehaciente (otorgada ante notarios o, al menos, sellada) al momento de concluir un negocio de cierto valor al que querían vincularse, no tenían después la facultad de activar la maquinaria judicial pretendiendo fundamentar pretensiones procesales de condena sobre la base exclusiva de una prueba como la de testigos, siempre potencialmente insuficiente y fuente de «[...] numerosos inconvenientes e involuciones del proceso [...].».

Reiterada en la *Ordonnance civile touchant la reformation de justicie* de 1667 (el denominado *Code Louis* del rey Luis XIV⁵¹) y, después, consolidada por la jurisprudencia gala a lo largo de casi dos siglos, la regla de la superioridad de la prueba escrita de los contratos respecto a la de testigos pasó al *Code Civil* francés de 1804, cuyo artículo 1341 abría la *section II* (del capítulo VI) dedicada a la «*preuve testimoniale*», establecía en primer lugar su límite al ordenar que: «*Il doit être passé devant notaries ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs [...]*»⁵².

A lo largo del siglo XIX, bajo el impulso «codificador» que, tras la fulmínea expansión y sucesiva caída del Imperio napoleónico contagió, en mayor o menor medida, la gran mayoría de los antiguos régimenes europeos, esta regla apareció reproducida en numerosos códigos civiles de nuevo cuño.

En Holanda, terminada en 1815 la dominación imperial napoleónica y, con ello, la aplicación directa del *Code* en el país neerlandés, en 1838 se aprobó el nuevo *Burgerlijk Wetboek* (Código Civil)⁵³, en cuyo artículo 1933 también se mantuvo la misma prohibición en mérito a la prueba de testigos respecto a los contratos

⁵⁰ Disponible en: http://lecahieretoulousain.free.fr/Textes/ordonnance_1566_moulins.html; Trad. esp.: «Para obviar la multiplicación de hechos que hemos visto que se esgrimen en juicio, sujetos a prueba de testimonio, y el reproche de los mismos de donde surgen varios inconvenientes e involuciones del proceso: hemos ordenado y ordenamos que de ahora en adelante de todas las cosas que excedan la suma o el valor de cien libras a pagar en una sola vez se otorgarán contratos ante notarios por los cuales contratos solo se harán y se recibirán todas las pruebas sobre los asuntos dictados sin recibir ninguna prueba por testimonios además del contenido del contrato ni acerca de lo que se alega que se dijo o acordó antes del mismo, entonces y después. Con lo cual no pretendemos excluir las pruebas de los convenios particulares y otras que se hicieran por las partes bajo sus manos, sellos y escrituras privadas».

⁵¹ Vid. MONTERO AROCA, *Derecho PUCP*, 2000, pp. 597-598.

⁵² Disponible en: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf

⁵³ A diferencia de Bélgica, donde se mantuvo el mismo *Code* francés después de que el país saliera del dominio napoleónico e incluso una vez alcanzada la definitiva independencia del Reino Unido de los Países Bajos en 1830.

que superasen cierta cuantía⁵⁴. Análoga prohibición se estableció en el artículo 1295 del *Codice Civile per lo Regno delle Due Sicilie* de 1819⁵⁵ y en el artículo 1454 del *Codice Civile per gli Stati di Sua Maestá il Re di Sardegna* de 1837⁵⁶, traspasando después, una vez alcanzada la unidad nacional de Italia, al artículo 1341 del *Codice Civile* italiano de 1865⁵⁷. La misma regla también se introdujo en el artículo 1191 del vigente *Codul Civil* rumano de 1864⁵⁸. Fuera de Europa, en primer lugar, merece la pena destacar la minuciosa y esclarecedora letra del artículo 2257 del *Code Civil de l'État de la Louisianne* de 1825, en base al cual «todo contrato verbal relativo a bienes muebles o a un pago, podrá probarse por la deposición de un testigo cuando menos acompañado de circunstancias que lo corroboren, siempre que su valor no exceda [sic] de quinientos pesos»⁵⁹.

Después, por lo que concierne los nuevos Estados independientes nacidos de las antiguas colonias iberoamericanas, una norma prácticamente idéntica a la introducida en el *Code* se estableció en el artículo 1709 del Código Civil chileno de 1857⁶⁰ y después, siguiendo este modelo de referencia (con mínimas o ninguna variación), en el artículo 1651 del Código Civil de la

⁵⁴ *Vid. VERLANGA HUERTA y MUÑIZ MIRANDA*, 1847, disponible en: https://books.google.es/books?id=byrt-Zbb4CgC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false; *vid.*, en particular, p. 103, la traducción en español del artículo 1933 del *Burgerlijk Wetboek* de 1830: «La prueba testimonial no se admite cuando se pretende probar la existencia de cualquier pacto ó contrato que contenga obligación ó liberacion, siempre que el objeto exceda [sic] de la suma ó valor de cien florines».

⁵⁵ *Articolo 1295*: «*Per qualunque cosa che ecceda la somma o il valore di cinquanta ducati, [...] dee stendersene atto innanzi notajo, o con privata scrittura. [...]*»; disponible en: https://books.google.es/books?id=GnMDAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

⁵⁶ *Articolo 1454*: «*Non è ammessa veruna prova per mezzo di testimoni di una convenzione su di un oggetto il cui valore eccede le lire trecento [...]*»; disponible en: https://books.google.es/books?id=xURHAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

⁵⁷ *Articolo 1341*: «*Non è ammessa la prova per mezzo di testimoni di una convenzione sopra un oggetto, il cui valore eccede le lire cinquecento [...]*»; disponible en: https://www.notaiobusani.it/download/docs/CC1865_400.pdf; norma reproducida en el sucesivo (y vigente) *Articolo 2721* del *Codice Civile* de 1942: «*Ammissibilità: limiti di valore. La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede le lire cinquemila [...]*».

⁵⁸ *Articolul 1191*: «*Dovada despre unu lucru ore cari de o sumă sau de o valorue mai mare una sută cinci'deci lei [...] un se poate face de catu sau prin unu actu autenticu, sau prin unu actu sub semnatura privată*»; Trad esp: «La prueba de una cosa por una cantidad o un valor superior a ciento cincuenta lei [...] no puede hacerse por ningún medio que no sea un documento auténtico [esto es, notarial] o un documento con firma privada [...]»; disponible en: <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/1?isFormaDeBaza=True&rep=True>

⁵⁹ Trad. esp. en *VERLANGA HUERTA y MUÑIZ MIRANDA*, *Op. cit.*, p. 114.

⁶⁰ *Artículo 1709*: «*Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos pesos [...]*»; disponible en: https://www.google.es/books/edition/C%C3%B3digo_civil_de_la_Rep%C3%ADblica_de_Chile/iFBYAAAQAAJ?hl=es&gbpv=1&printsec=frontcover

República del Salvador de 1859⁶¹, en el artículo 1121 del Código Civil venezolano de 1867⁶², en el artículo 1709 del Código Civil de Nicaragua del mismo año⁶³, en el artículo 1556 de la República Oriental de Uruguay de 1868⁶⁴, en el artículo 1193 del Código Civil argentino de 1869⁶⁵ y en el artículo 1665 del Código Civil de Honduras de 1880⁶⁶. Ahora bien, volviendo a Europa, debe destacarse cómo incluso en el ordenamiento jurídico español (en teoría entregado desde antiguo al más absoluto espiritualismo antiformalista en materia contractual), a lo largo del siglo XIX (mientras se gestaba la tardía y definitiva Codificación Civil de 1889), fueron haciendo acto de presencia disposiciones normativas claramente votadas a limitar la fuerza de la prueba testifical en tema de contratos y, en general, a un más acentuado formalismo documental. En orden de aparición cronológica, pueden recordarse:

⁶¹ Con redacción idéntica al artículo 1709 del Código chileno; 2.^a versión actualizada (de 1880) disponible en: https://www.google.es/books/edition/C%C3%B3digo_civil_de_la_Rep%C3%BAblica_del_Salva/wI8zAQAAQAAJ?hl=es&gbpv=1&dq=C%C3%BCdigo+Civil+de+la+Rep%C3%BAblica+del+Salvador&printsec=frontcover

⁶² Artículo 1121: «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público o privado. Esta disposición es aplicable al caso en que el *capital de la demanda*, reunido el importe de los intereses, ascienda a cien pesos ó más. Tampoco se admitirá prueba de testigos para acreditar una cosa diferente del contenido en los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiere dicho ántes [sic], al mismo tiempo ó despues [sic] de su otorgamiento, aunque se trate de una suma ó valor de menos de cien pesos»; disponible en: <https://books.google.com.ec/books?id=yw0ZAAAAQAAJ&printsec=frontcover>. Este precepto parecía «fusionar» los artículos 1341 y 1342 del *Code Civil* francés de 1804, (*Op. cit.*): la *ratio* del segundo era evitar que pudiera quedar sin aplicación práctica el límite de la cuantía fijada en el primero, cuando el *petitum* principal de un litigio fuese de cuantía inferior pero a ello se sumaran intereses, por lo que se debía incluir en el cálculo también el importe de dicha reclamación accesoria, estableciendo que: «*La regle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs.*

⁶³ Con numeración y redacción idénticas al Código chileno; disponible en: https://books.google.es/books?id=GTgrAQAAQAAJ&pg=PA305-1A1&dq=C%C3%BCdigo+Civil+de+Nicaragua+1867&hl=es&newbks=1&newbks_redir=0&source=gb_mobile_searc&ovdme=1&sa=X&ved=2ahUKEwiC_b3jvI6AAxW2gv0HHfN4C84Q6wF6BAGIEAU#v=onepage&q=&f=false

⁶⁴ Artículo 1556: «Deberá consignarse por escrito *público o privado* toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad cuyo valor excede de doscientos pesos [...]; disponible en: https://books.google.es/books?id=Z9zlAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gb_ViewAPI&redir_esc=y#v=onepage&q=&f=false

⁶⁵ Artículo 1193: «Los contratos que tengan una cantidad de más de doscientos pesos, deben hacerse por escrito, y no pueden ser probados por testigos»; disponible en: https://books.google.es/books?id=jzDkUG8oMF4C&printsec=frontcover&dq=código+civil+argentino+1869&hl=es&newbks=1&newbks_redir=0&source=gb_mobile_search&ovdme=1&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=&f=false

⁶⁶ Con redacción idéntica a los artículos 1708 y 1709 del Código chileno, pero fijando la cuantía límite en «más de cien pesos»; disponible en: https://books.google.es/books?id=hdcqAQAAQAAJ&q=mujer&dq=related:STANFORD36105044642374&source=gb_word_cloud_r&redir_esc=y#v=onepage&q=&f=false

i) Los artículos 235, 237 y 238 del Código de Comercio de 1829⁶⁷:

- Artículo 235: «Los comerciantes pueden contratar y obligarse: 1.º Por escritura pública. 2.º Con intervención de corredor estendiéndose póliza escrita del contrato, ó refiriéndose á la fé y asientos de aquel oficial público. 3.º Por contrata privada, escrita y firmada por los contratantes, ó algún testigo á su ruego y en su nombre. 4.º Por correspondencia epistolar. De cualquiera de estos modos que los comerciantes contraten quedan obligados, y se les podrá compeler en juicio al cumplimiento de las obligaciones que contrajeron»
 - Artículo 237: «También pueden los comerciantes contratar de palabra, y serán válidos sus contratos aunque no se hayan redactado por escrito, siempre que el interés del contrato no exceda de mil reales vellón [...]. En las ferias y mercados se estenderá dicha cantidad á la de tres mil reales»
 - Artículo 238: «Los contratos por mayor cantidad que las que van designadas en el artículo precedente, se reducirán necesariamente á escritura pública ó privada, sin lo cual no tendrán fuerza obligatoria civil»
- ii) El artículo 2184 del Proyecto de Código Civil de 1836⁶⁸:
- «En ningún caso en que la ley exija la escritura pública o privada para acreditar las obligaciones contraídas, tendrá valor la prueba de los testigos, a menos que se justifique la pérdida del documento ocurrida por caso fortuito, o que el acreedor no hubiere podido conseguirlo del deudor»
- iii) Los artículos 1002 y 1220 del Proyecto de Código Civil de 1851⁶⁹:

⁶⁷ Cfr. MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 690: «[...] el secular sistema espiritualista de la contratación castellana vióse combatido por las dificultades de prueba a que la amplitud de la ley citada daba lugar y el Código de Comercio de 1829 representó una reacción completa respecto de aquél criterio [...]»; cfr. Asimismo, REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 653: «[e]l principio espiritualista de la ley del Ordenamiento de Alcalá experimentó importantes limitaciones, debido al mayor desarrollo del comercio con la codificación de sus leyes, al deseo de dar estabilidad a las transacciones, pero, sobre todo, al interés del Fisco por controlar las transacciones y evitar el fraude en las alcabalas».

⁶⁸ Vid. LASSO GAITÉ, 1970, T. IV, vol. II, ap. III, pp. 89-320. Siendo numerosos los artículos de este proyecto en los cuales se exigía la forma escrita (escritura pública o escritura privada en presencia de testigos), entre ellos los artículos 699 y 963 (respecto a la compraventa de bienes inmuebles; añadiéndose además, en el artículo 2111, la necesaria inscripción en el Registro Público para la validez del contrato traslativo de dominio, como en el modelo registral alemán); 1142 (respecto a la cesión de créditos); 1183 y 1184 (respecto a los contratos de arrendamiento); 1282 (respecto al censo); 1336 (respecto al préstamo con intereses); 1432 (respecto al poder o «procuración» judicial); 1452 (respecto a la sociedad universal o la que deba durar más de un año); 1523 (respecto a la dote); 1590 (respecto a las donaciones de bienes inmuebles); 1636 (respecto a las transacciones); 1679 (respecto a la renta vitalicia a título oneroso), y 1795 (respecto a la fianza).

⁶⁹ Disponible en: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>

- Artículo 1002: «Toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad de valor de cien o más duros debe redactarse por escrito; y únicamente podrá probarse por otros medios en los casos señalados en el capítulo VII de este título. Esta disposición es aplicable a cualquier acto por el que se otorgue la liberación o descargo de una obligación de la misma cuantía. Exceptúanse de lo dispuesto en este artículo las obligaciones consumadas por ambos contrayentes en el acto de contraerlas»
- Artículo 1220: «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público o privado. Esta disposición es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, asciende a cien duros o más. [...]»⁷⁰

Además, hay que tener en cuenta que, siempre en el Proyecto de Código Civil de 1851, el Capítulo II del Libro III disciplinaba los «Requisitos esenciales para la validez de los contratos» y al quinto número del artículo 985 incluía la «forma o solemnidad requerida por la ley». Asimismo, todavía en el Anteproyecto de los Libros III y IV del Código Civil (1885-88), la rúbrica del Capítulo III del Libro IV seguía hablando de «la forma de los contratos». De hecho, fue solo durante la fase final de tramitación parlamentaria del Proyecto definitivo (1888-89) que dicho requisito desapareció del artículo 1261 CC y que la rúbrica del Capítulo III del Libro IV quedó finalmente modificada con la actual denominación: «De la eficacia...»⁷¹ (aunque la letra de los artículos 1278 a 1280 sigue justamente dibujando el perímetro de la forma⁷²).

Como se ve tras esta somera recopilación, resulta un tanto forzado afirmar que, todavía en las postrimerías del siglo XIX, el codificador español siguiera vinculado a una originaria concepción de inamovible e ilimitada libertad de forma (y de prueba) en materia de contratos. En efecto, como se detallará a continuación, el resultado definitivo de la letra del Código Civil español en esta materia (empezando por la presencia del art. 1278) fue el fruto de un duro enfrentamiento entre dos fuerzas centrifugas opuestas de igual intensidad. Por un lado, una concepción teórica de talante «tradicionalista» («histórico» o «natural», adoptando el lenguaje de

⁷⁰ Como se ve, basándose en el artículo 1342 del *Code* francés y enfocando el límite de la admisión de la prueba testifical a la cuantía de la *demand* (y no del acto, contrato u otro negocio jurídico litigioso objeto de la misma), este precepto del Proyecto de 1851 fue probablemente el modelo de referencia utilizado para el artículo 1121 del Código Civil venezolano de 1867.

⁷¹ REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 624.

⁷² *Ibidem*

SAVIGNY⁷³) dirigida a una exaltación intransigente y sin paliativos del dogma antiformalista teóricamente inaugurado con el Ordenamiento alcaláinio, en contraposición a cualquier posible exigencia formal de eco vagamente «romana» (pudiendo reconocerse en esta concepción cierto «romanticismo jurídico» dirigido a enaltecer aquellas características identificadas como peculiaridades autóctonas —*lato sensu* «históricas»— del derecho patrio medieval formando al margen de la recepción del *ius commune*⁷⁴). Por el otro, la necesidad innegable de fijar en la moderna codificación civil española el reconocimiento de ciertas exigencias formales prácticas (en concreto, procesales) que ya se habían ampliamente consolidado en el sinusoidal —no lineal— recorrido de la historicidad jurídica.

III. EL FATIGOSO PROCESO DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE LA DISCIPLINA DE LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CC ESPAÑOL: ENTRE LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS POR LAS LEGISLACIONES MODERNAS Y LA «REACCIÓN» ANTIFORMALISTA

Respecto a los artículos 1278 a 1280 CC, se ha dicho que su recta interpretación «es seguramente una de las mayores dificultades que presenta nuestro Derecho positivo»⁷⁵. Ello es cierto solo en parte, pues es evidente que no basta el simple dato literal para entender correctamente las *rationes* normativas dispuestas en los preceptos en cuestión. Dicho ello, la aparente contradicción que se desprende *prima facie* del conjunto normativo considerado es clara consecuencia del contraste que existía en ese entonces entre las dos posturas antes indicadas. En efecto:

«La íntima relación entre forma y prueba [...] ha sido una constante en el proceso codificador. Durante su transcurso ha gravitado con especial intensidad la contradicción entre el principio espiritualista proclamado por la Ley única de Alcalá y la necesidad de dotar al Ordenamiento de determinados mecanismos de prueba de

⁷³ *Passim*, SAVIGNY, 1814. Trad. esp., reed. 2008.

⁷⁴ En este sentido, sobre la polémica con el «derecho romano común» en la reflexión científica acerca de una futura codificación civil alemana, *Cfr.* SAVIGNY, *Op. cit.*, p. 31: «[H]ace ya bastante tiempo que se comenzó a levantar la voz contra semejante elemento exótico de nuestro derecho. El derecho romano, se ha dicho, se opone y destruye nuestra nacionalidad, y el estudio exclusivo que de él se hace por nuestros juristas, impide que el derecho indígena alcance una perfección científica y original».

⁷⁵ HERMIDA LINARES, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1953, p. 629.

carácter excluyente de otros que se consideraban menos fiables, singularmente la de testigos [...]»⁷⁶.

A pesar de la larga vigencia de precedentes normas dirigidas a reconocer un renovado y más intenso valor jurídico a la forma escrita en materia de contratos (*cfr. supra*, los arts. 237 y 238 del Código de Comercio de 1829), desde la discusión del Proyecto de Código Civil de 1851 se vivió un duro enfrentamiento. Los «tradicionalistas» tildaban la propuesta de inconveniente imitación de tradiciones jurídicas foráneas, nefastas para las costumbres españolas⁷⁷ y prejudiciales para la celeridad del tráfico (aduciendo, entre sus argumentos, el estado generalizado de analfabetismo y el gasto añadido que supondría la formalización de escrituras⁷⁸). Otros consideraban útil y hasta necesaria la introducción en el futuro Código Civil español de unas reglas que ya habían adquirido un valor «universal» al haberse adoptado en la práctica totalidad de las modernas codificaciones de ese entonces⁷⁹, en una época «en la que se había generalizado el arte de escribir habiendo notarios en muchos pueblos»⁸⁰.

Ahora bien, si se analiza el contenido del Proyecto de 1851, es de ver cómo en el mismo no se desconocía el principio de Derecho natural *solis consensus obligat*, en base al cual se atribuía plena eficacia civil al simple consentimiento como expresión de la autonomía de la voluntad de los individuos, sin necesidad de ulteriores *vestimenta* (salvo la necesidad de una «moderna» *causa contractual*, que se presumía verdadera y lícita *iuris tantum*). En definitiva, nadie podía cuestionar esa idea del consentimiento como elemento

⁷⁶ REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 639.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 647: «El modelo propuesto por Luzuriaga era prácticamente idéntico al francés, lo que, como ya avanzamos, fue agriamente criticado por García Goyena, quien, tal como se lee en el Acta de la sesión del día 7 diciembre 1846, advirtió que “el proyecto estaba conforme con el sistema del Código francés, que los legisladores franceses, lejos de innovar nada, no hicieron más que seguir su antigua jurisprudencia, conservando lo existente, porque les parecía justo, pero que entre nosotros va a producir el proyecto una innovación inconveniente y aun inmoral, porque se destruye lo existente que se halla más en armonía con las costumbres y probidad del pueblo español”; [...] que se va a abrir un ancho campo a los fraudes; a destruir la prueba de testigos ahora, siendo así que ella ha servido por espacio de muchos siglos para justificar el pago sin exigir más formalidades; [...] que el arte de falsificar documentos se ha perfeccionado mucho y que es muy común la falsificación de letras en el día. [...]».

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 650-651.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 648: «[...] En defensa del texto que proponía, Luzuriaga respondió que «el sistema del proyecto no es solo francés, sino de legislación universal por haberlo adoptado todos los códigos de Europa, cuya autoridad es respetable. Que su objeto es el de dar reglas para la prueba de las obligaciones independiente de la buena o mala fe de los contratantes. [...] Que la razón de este sistema obra lo mismo en España que en los demás países y que por eso se ha hecho europea; que no hay testigos, aunque tengan la mejor buena fe, que conserven en la memoria por muchos años los hechos en que no tienen interés; que su sistema, lejos de producir fraudes, los va a evitar [...]».

⁸⁰ *Ibidem*, p. 651.

idóneo *per se* para crear vínculos obligatorios válidos y eficaces, sin necesidad de encasillarse en la reproducción de esquemas típicos prefijados por la ley o en el cumplimiento de articulados formalismos intrínsecos de carácter sustancial. A este propósito, se deben destacar el escueto artículo 974 del Proyecto de 1851 («Todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado») y el sucesivo artículo 978 (el actual artículo 1258 CC), el cual, tomando como punto de partida el precedente artículo 961 del Proyecto de CC de 1836⁸¹ (basado a su vez en el art. 1135 del *Code*⁸²), añadía una clara referencia a la autosuficiencia del consentimiento como fuerza generadora de obligaciones contractuales al establecer que: «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

De este modo, junto a esas referencias teóricas «naturalistas» también debía resultarle pacífico al legislador de 1851 que, para la confección de una moderna codificación civil, no podía obviarse por completo la previsión de una preferencia para la prueba documental y una subsiguiente limitación para la prueba testifical en materia de contratos, según una regla ya adoptada en la gran mayoría de codificaciones de la época y, por ello, incluida (con una formulación en parte renovada respecto a la originariamente dispuesta en el art. 1341 del *Code*) en el artículo 1220 del Proyecto de 1851⁸³. Por otro lado, quizá la mayor criticidad de este proyecto residía en el hecho que, como aspiraba a introducir una disciplina civil más exigente en cuanto a forma escrita en materia contractual, se acababa extendiendo en exceso el perímetro de la escritura pública notarial (*cfr.* arts. 1001, 1003 y 1202⁸⁴), lo que propiciaba cierto rechazo ante el temor del posible entorpecimiento del tráfico.

Consideradas estas discordancias, en el largo y accidentado recorrido final hasta la aprobación del texto definitivo del Código

⁸¹ «Los contratos obligan a cumplir no solo lo que se expresa en ellos, sino también todo lo que exige la naturaleza misma del convenio. Igualmente quedan los contratantes sujetos a todas las consecuencias que por la equidad, las leyes o el uso se derivan de la obligación contraída»; en LASSO GAITÉ, T. IV, vol. II, ap. III, *Op. cit.*, pp. 89-320.

⁸² «*Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*»; disponible en: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3//store/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf

⁸³ «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público o privado. Esta disposición es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, asciende a cien duros o más». El artículo enfocaba directamente el límite en la cuantía de la demanda según una formulación que «fusionaba» el mandato de los artículos 1341 y 1342 del *Code* francés y que, al final, se adoptará en el artículo 1121 del CC de Venezuela de 1867 (*vid. supra*, notas 62 y 70).

⁸⁴ *Vid.* Proyecto de CC de 1851, disponible en: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>

Civil, la postura antiformalista consiguió imponer siempre más sus planteamientos apoyándose en resoluciones jurisprudenciales dictadas esos mismos años en las cuales se había hecho remisión al principio espiritualista como pilar del ordenamiento jurídico español en materia contractual desde el Ordenamiento de Alcalá castellano, y afirmado que todos los contratos se entendían perfeccionados por el mero consentimiento y podían ser probados por cualquier medio⁸⁵.

Naufragado el Proyecto de 1851, el largo *iter* hacia la publicación del texto definitivo del CC fue retomado el 22 de octubre de 1881, cuando se presentó a las Cortes un primer Proyecto de Ley de Bases fundado en la idea que, como punto de partida del futuro Código Civil español, debía mantenerse el Proyecto de 1851, y que las bases «solo debían contener la indicación de las reformas más importantes que a juicio del Gobierno deban introducirse en dicho Proyecto...»⁸⁶ (en el cual, como ya se ha apuntado, la forma escrita como requisito del contrato adquiría plena «carta de naturaleza»). Sin embargo, este primer Proyecto de Ley de Bases fue rechazado sin ser sometido ni siquiera a discusión parlamentaria y no fue hasta el mes de enero de 1885 que se presentó ante las Cámaras un nuevo Proyecto de Ley de Bases atribuido al ministro de Justicia de aquel entonces, Francisco Silvela⁸⁷. En ese contexto:

«[L]a Comisión encargada de la redacción de un nuevo Proyecto de Código civil se enfrentó ante la siguiente disyuntiva: o se aceptaba el sistema del Proyecto de 1851 (lo que significaba no solo un nuevo servicio al *Code*, sino, sobre todo, un claro distanciamiento de la tradición espiritualista española y de una doctrina jurisprudencial totalmente consolidada), o se optaba por un sistema acorde con esta tradición y doctrina, que consagraban el principio de libertad formal [...]»⁸⁸.

Pues bien, en la Base 18.^a del Proyecto de Ley de Bases de 1885, en cuanto al establecimiento de principios generales sobre la prueba de las obligaciones se imponía la necesidad de: «[fijarse] un *máximo*, pasado el cual toda deuda, arrendamiento de obras o servicios u obligación de cualquier especie, habrá de aparecer reducida a escritura pública o privada, sin lo cual no tendrá fuerza obligatoria civil»⁸⁹.

Con ello se buscaba dar cobertura «reforzada» a la fijación, como criterio general, de la insuficiencia de la simple prueba testi-

⁸⁵ REGLERO CAMPOS, *Op. cit.* p. 652 (nota 80, citando la STS del 25 de noviembre de 1873, y nota 80bis, citando las SSTS del 21 de septiembre de 1859 y del 14 de junio de 1860).

⁸⁶ *Ibidem*, p. 656.

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 655-656.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 657.

fical para reclamar en juicio el contenido obligatorio de todas aquellas convenciones que sobrepasaran cierto umbral de relevancia económica, consecuencia esta última inaceptable para los tradicionalistas, horrorizados a la idea de ver reaparecer en el siglo XIX el «fantasma» de unos *pacta «vestidos»* en los que la forma escrita deviniera un requisito necesario para poder dotarlos de *acciones*⁹⁰.

En respuesta a tales temores y críticas, se hace indispensable reproducir a continuación la intervención en el debate parlamentario del ministro Silvela, en la que se compendia, a nivel técnico y práctico, la necesidad de proyectar definitivamente el ordenamiento jurídico español hacia una nueva etapa de evolución normativa:

«La Ley del Ordenamiento de Alcalá, que decía que "de cualquier modo que parezca que el *ome* quiere obligarse, queda obligado", estableció un gran principio de contratación, porque rompió las fórmulas de la estipulación romana consignadas en las Partidas, aun cuando realmente nunca habían llegado a ser un derecho práctico en España. Pero aquel principio, que fue como una espontánea manifestación o protesta contra las fórmulas romanas, que respondía muy bien al estado inculto de aquella sociedad y a la necesidad de consignar obligaciones en cualquier manera que aparecieran, [...], ha traído graves complicaciones, y conviene mucho en la práctica ajustarle a una fórmula más acomodada a los adelantos de los tiempos modernos, introduciendo así en el Derecho civil, no un principio que limite, ni poco ni mucho, la libertad de la contratación, porque esta queda libremente establecida, pero sí un principio que regule en fórmulas más modernas (y, por consiguiente, evite muchos pleitos y abusos) la prueba de las obligaciones [...].

[...] Nada hay más expuesto a pleitos, nada existe más contrario a las exigencias de las sociedades modernas, que los contratos que se fían o a testigos o a convenciones de palabra. Esto debe entrar en el campo de las obligaciones meramente naturales, de las obligaciones que dependen de la buena fe del deudor, como las obligaciones nacidas del juego, como las que se consignan por virtud de un acto espontáneo de la conciencia, cuyo cumplimiento se cifra en lo que esa conciencia dicte a cada uno; pero desde el momento en que se quieran celebrar y constituir obligaciones civiles, que hayan de transmitirse a terceras personas y someterse a los Tribunales de Justicia, es un progreso indudable y una necesidad, que estamos sintiendo a todas horas, [...], que se formalicen, se regularicen y se consignen al menos por escrito [...].

[...] desde el instante el que se quiera celebrar una convención, una obligación ya de alguna importancia, ¿en qué daña a la libertad de contratar el que se consigne por escrito en el papel, usando de los medios que le dan estabilidad, fijeza y certidumbre, para evitar

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 657-658.

los abusos inmensos de las estipulaciones ante testigos, en las que se supone la existencia de un servicio que realmente no se ha prestado, o en que se fija una obligación como nacida de hechos indeterminados y de actos que no están bien definidos? En una palabra, ¿qué inconveniente [hay] en que se dé entrada en el Derecho civil a este principio del Derecho mercantil, obedeciendo a lo que es una tendencia indudable en el Derecho moderno, a la unificación de los principios, y a que el Derecho civil y el Derecho mercantil, sobre todo en materia de obligaciones, lleguen a formar una sola regla, toda vez que en este punto realmente no hay gran motivo para diferenciarlos? Esta es, pues, la aplicación en el Derecho civil del principio que rige en el mercantil; principio que no ha producido inconvenientes ni abusos, sino que, en contrario, en su larga observancia desde el año 1829 [...] no ha originado, repito, sino grandes ventajas y beneficios.»⁹¹.

En este extenso pero muy esclarecedor parlamento se encuentra la verdadera *ratio* del concepto de forma del contrato imaginada para la futura codificación civil española y se reflejan con gran perspicacia las aspiraciones de modernidad que animaban el espíritu y finalidad perseguidas por el legislador (*cfr.* art. 3 CC), que simplemente se limitaba a constatar el «resurgir» de la forma escrita como un fenómeno consolidado y ya establecido, a partir del *Code* francés de 1804, en todas las modernas codificaciones, pero, sobre todo, ya introducido sin excesivo «escándalo», y con «grandes ventajas y beneficios», en anteriores fuentes normativas españolas (como el citado Código de Comercio de 1829). Abandonado también el segundo Proyecto de Ley de Bases, la misma *ratio* normativa se conservaba en la base 19.^a de la definitiva (y vigente) Ley de Bases de 22 de mayo de 1888, en la cual se establecía decididamente que:

«[...] Se fijarán, en fin, principios generales sobre la prueba de las obligaciones [...] fijando un máximo, pasado el cual, toda obligación de dar o restituir, de constitución de derechos, de arriendo de obras o de prestación de servicios, habrá de constar por escrito para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución».

Es de ver cómo, en oposición a la intransigencia de los «tradicionalistas», se vinculaba la futura codificación al principio básico (en consideración de la fuente normativa que lo introducía) que aspiraba a reservar a la documentación escrita de los contratos un claro valor normativo *ad probationem*: exigiendo que un acuerdo que superara cierto umbral económico pudiera dar lugar a una acción en favor del acreedor —y a una posible sentencia de condena contra el deudor— solo si estuviera dotado de unos presupuestos

⁹¹ *Ibidem*, pp. 659-660.

de seriedad y previsibilidad respecto al exacto alcance de su contenido obligatorio. Presupuestos que, objetivamente, cuando la trascendencia del negocio lo requería, solo podrían deducirse con seguridad en base a un *minimum* de documentación escrita.

Con ello se intentaba establecer un criterio racional en base al cual contemplar: a) la necesidad de no restar totalmente valor a la *buena fe* cuando las condiciones sociales, las relaciones personales, las modalidades de ejecución del convenio y, sobre todo, el valor económico reducido del mismo permitieran entender justificado que las partes no hubiesen procedido a la redacción de un documento escrito, y b) la insuficiencia de la prueba testifical para poder pedir en juicio una condena, cuando el objeto del litigio superara cierto valor.

Se trataba de un reflejo práctico de prudencia, en absoluto caprichoso, que respondía de manera inequívoca a unas irrenunciables y consolidadas aspiraciones de seguridad jurídica en el moderno tráfico⁹², teniendo en cuenta que:

«El ordenamiento jurídico tiene como una de sus misiones específicas el combatir la incertidumbre lo que hace *a posteriori* en el terreno del proceso, y *a priori* o preventivamente, procurando dar certeza y seguridad a las situaciones y a las relaciones concretas intersubjetivas, creando medios e instrumentos aptos para producir certeza y poniéndolos a disposición de los particulares. [...] Es claro que la primera medida de seguridad que se debe proporcionar a quienes han contratado, es que en cualquier momento pueden demostrar de un modo simple, fácil e inquestionable, que el contrato se ha celebrado y cuáles son las normas que los contratantes han estipulado [...]»⁹³.

Por tanto, la *ratio* de la introducción de esa regla (o, podría decirse, de su confirmación en la proyectada codificación civil después de su precedente previsión en la mercantil) no era limitar la autonomía y la libertad contractual de los individuos reintroduciendo en el siglo XIX una suerte de simbolismo «primitivo» (sin el respeto del cual no llegaría siquiera a poder entenderse existente el contrato, aunque las partes estuvieran conformes con ello⁹⁴), sino

⁹² PUIG PEÑA, *Op. cit.*, p. 409: «Ya VALVERDE dijo que la forma se debe considerar como un mecanismo protecciónista en una sociedad en descomposición de elementos, como la nuestra; la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones. Por lo mismo que, como dice IHERING, la forma es enemiga declarada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del Derecho».

⁹³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Revista de Derecho Notarial*, 1982, p. 40.

⁹⁴ DE COSSÍO, *Op. cit.*, p. 248: «[e]l moderno formalismo, frente al formalismo romano, no ve nunca en la forma la fuente de los efectos jurídicos del contrato, sino tan solo la garantía jurídica de la voluntad [...] para evitar [...] todo equívoco acerca de la existencia de una verdadera voluntad contractual»; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 45:

al revés: favorecer la contratación protegiendo los promitentes de eventuales pretensiones torticeras de los promisarios (o acreedores *in fieri*) pues, como se ha magistralmente ilustrado:

«[La expresión autonomía de la voluntad] ha sido frecuentemente entendida en el sentido de un poder o energía creadora de la voluntad: el poder que tendría la voluntad (del promitente) para crear la obligación, el vínculo o relación jurídica. El derecho no haría más que realizar esta voluntad. [...] Planteada la cuestión en estos términos, el principio del nudo consentimiento tenía fatalmente que ser proclamado como base del contrato, pues cualquier requisito de forma, de res u otro requisito objetivo semejante hubiera parecido una ofensa al poder de obligarse del individuo;

[...] Sin embargo, [si] el promitente quiere obligarse y quiere que su voluntad se realice, no ha de hacer otra cosa que mantener la promesa, por más que esta no reúna los indicados requisitos de forma, res u otros semejantes. Estos requisitos constituirán, si acaso, una limitación a la expectativa o al poder del acreedor (*in fieri*) o de aquel que quiera ser acreedor o parte activa de la relación; [...] La ley no impide al promitente que respete y cumpla espontáneamente la promesa y sus concretas cláusulas. Lo que la ley impide o no admite en ciertos casos [...] es el poder del acreedor *in fieri* para concluir el contrato sin forma [...] fijar tales cláusulas y pretender su cumplimiento»⁹⁵.

Frente a ello, no puede no verse cómo, en el fondo, ese planteamiento «ideológico» de rechazo hacia la objetiva evolución de la realidad socioeconómica y las exigencias de una mayor seguridad jurídica en el tráfico, acababa contradiciendo la misma aspiración ontológica de aquel principio al que algunos manifestaban su impecedera fidelidad: un principio «espiritualista» que, *mutatis mutandis*, según la propia narración histórica consolidada en torno al mismo, también aspiraba a introducir una regla jurídica novedosa, más ajustada a las costumbres de la sociedad castellana de ese entonces (culturalmente poco propensa a seguir manteniendo los articulados formalismos de eco romana). Un principio que, a las puertas del siglo xx, no podía pretenderse como absoluto e ilimitado, sino que necesitaba ciertos (mínimos) correctivos.

«De aquí que el formalismo en el Derecho moderno tenga una función técnica distinta de la que tenía en el derecho antiguo. La forma no debemos contemplarla como requisito constitutivo o integrativo (*ad solemnitatem*) del contrato, de tal modo que si la forma no se cumple el contrato no es, no nace a la vida del Derecho. La importancia y función de la forma en el Derecho moderno se centran en la mayor eficacia que en orden a la prueba y a la validez y por ende su trascendencia interpartes y respecto de terceros tienen los contratos celebrados con arreglo a determinadas formalidades previstas por el legislador en relación a los contratos celebrados sin estas formalidades».

⁹⁵ *Vid. GORLA, Op. cit., pp. 95-97.*

Sea como fuere, la discusión del proyecto definitivo de Código Civil resultó muy influenciada por la postura «antiformalista», probablemente motivada a dar reconocimiento a una concepción ancestral de la vida rural⁹⁶, donde reinaban las palabras simples, los apretones de manos, la escasa movilidad territorial, la extrema tipicidad en las convenciones y las relaciones sociales endogámicas. Una postura de «reacción» incapaz de aceptar a nivel teórico un cambio de costumbre ya presente en la realidad socioeconómica del tiempo (y en constante y rápida expansión) o, simple y llanamente, contraria a dar «un nuevo servicio al *Code*»⁹⁷.

Fue así que, bajo el empuje de esa postura, en la redacción final del Proyecto de 1888 se «olvidó» dar regulación expresa a la exigencia de forma escrita *ad probationem* (que, sin embargo, venía requerida por la base 19.^a) y, a su vez, se introdujo un nuevo precepto: el vigente artículo 1278 CC⁹⁸. Frente a ello, gracias a las intervenciones del diputado Rodríguez San Pedro (que lamentaba el mancado respeto en el articulado del Código del mandato normativo establecido de la base 19⁹⁹), solo en la segunda y definitiva edición reformada del Código Civil (publicada con el Real Decreto del 24 de junio de 1889¹⁰⁰), al artículo 1280 CC le fue añadido un último párrafo en el cual se dice expresamente que «[...] deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos

⁹⁶ Teatro de «las costumbres y probidad del pueblo español» (*vid. supra*, nota 77); *Cfr.* ALONSO PÉREZ, 1990, Vol. II, p. 26: «[E]l Código civil de 1889 vive inserto en el orden bucólico. [...] Se ha llegado a afirmar que nuestro Código civil es un Código rural [...]: la sociedad de 1889, que se ha consolidado como una sociedad burguesa, es a la vez y en gran medida una sociedad patriarcal, de estructura feudal y configuración agraria. La agricultura es la forma de vida de la mayoría de los españoles. [...] Casi un ochenta por ciento de la población vive en el campo y vive de forma muy similar a sus antepasados de los siglos anteriores: con sus aceñas, su arado romano, sus viviendas incómodas casi compartidas con los animales domésticos, llevando el estiércol a la heredad, cuidando el enjambre de abejas, litigando con el vecino por la pared medianera si no estaba claro que la albardilla vertiera hacia una de las dos propiedades, reparando la servidumbre de acueducto, obligando al vecino a que en el hueco para luces no dejase de colocar la reja de hierro remetida en la pared y la red de alambre. Lo entendamos o no, la verdad es que en las postrimerías del siglo XIX el Código Civil español recién publicado se dirige en su cuatro quintas partes al campesino [...]».

⁹⁷ REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, pp. 655-656.

⁹⁸ DE CASTRO, 1971, reed. facsímil 1985, p. 281.

⁹⁹ *Cfr.* el juicio expresado al respecto por REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 768: «No fue sino para acallar las críticas del señor Rodríguez San Pedro, que se incorporó un segundo párrafo al artículo 1280»; *vid.* SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 79 (nota 226, citando el discurso de Rodríguez San Pedro en *Diario del Congreso*, 16 abril 1889, n.º 96, p. 785): «desde el instante en que aquí se declara que la prueba de testigos está admitida en absoluto, sin limitación alguna, para probar todo linaje de obligaciones y hacerlas efectivas, apreciándose esa prueba según el criterio de los jueces, la base 19 está infringida en un principio que no es de accidente, sino que es completamente fundamental, a saber: [...] la no exigibilidad en juicio de ninguna obligación que no conste en un principio de prueba por escrito».

¹⁰⁰ MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 700.

en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1500 pesetas».

Ahora bien, pese a esa inserción final, según la interpretación doctrinal mayoritaria seguiría resultando sobradamente clara la absoluta preeminencia del principio espiritualista del art. 1278 CC¹⁰¹, como se expondrá a continuación.

IV. LA *COMMUNIS OPINIO* EN TORNO A LA PREEMINENCIA DEL ARTÍCULO 1278 CC (ALGUNAS NOTAS CRÍTICAS)

Teniendo en cuenta la importancia del argumento (del cual se han ocupado, de manera directa o indirecta, la práctica totalidad de los autores¹⁰²), la impresión es que, en relación al mismo, se haya consolidado una interpretación predominante claramente «orientada»; una interpretación que, si *prima facie* parece movida por una loable aspiración de armonizar el sistema codificado —buscando una explicación a la presencia de preceptos legales disonantes respecto a la tónica espiritualista¹⁰³—, a la postre resulta demasiado vinculada a la idea de proteger a toda costa el principio expresado en el artículo 1278 CC. En efecto, para explicar la aparente contraposición entre la letra del artículo 1278 (y el principio antiformalista ahí establecido) y del artículo 1280 (que parece exigir imperativamente la forma escrita, pública o privada¹⁰⁴), se ha apostado por la absoluta preeminencia del primero, adoptado como punto de partida y de llegada inamovible.

¹⁰¹ Cfr. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, p. 763: «El Código civil regula la materia de una manera que, a primera vista, parece fragmentaria, pero más que un defecto de técnica legislativa del que no hay por qué culpar al Código, responde a un criterio sistemático, al aceptar el principio general de libertad de forma, en el artículo 1278, rectificando, conforme a la Ley de Bases, los errores en que había incurrido el Proyecto de 1851».

¹⁰² Una sintética selección de las interpretaciones de los principales autores que se han pronunciado sobre el argumento hasta la primera mitad del siglo xx, se encuentra en HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, pp. 631-634; otro listado, esquemático pero exhaustivo, comprensivo de las conclusiones de los autores más recientes en mérito al conjunto de los arts. 1278 a 1280 CC, puede consultarse en CAICOYA CORES, *AAMN*, 1987, t. XXVII, pp. 185-216.

¹⁰³ PUIG PEÑA, *Op. cit.*, p. 412: «[n]o puede quedar el contrato, en lo relativo a la determinación de su existencia, a merced de los medios generales de *prueba*. La Ley, aligerando la situación que pueda producirse y velando por la seguridad jurídica, establece (en un sentido más intenso que una simple recomendación) que deberán constar en documento público o — los comprendidos en el último párrafo — en documento privado [...]; Cfr. LASARTE, 2017, T. III, p. 46: «[...] nuestros codificadores se declararon partidarios de la más amplia libertad de forma, pero al mismo tiempo entendieron que debían transmitir a los ciudadanos, a través de normas complementarias, las dificultades probatorias de todas aquellas formas contractuales que no consten por escrito».

¹⁰⁴ Cfr. SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 65.

Para delinear los puntos claves de esta interpretación «orientada», debe comenzarse apuntando que, ante la aparente contradicción que caracterizaría la letra del conjunto normativo considerado:

«La opinión mayoritaria estima que esta antinomia la resuelve el artículo 1279. Conforme a la interpretación dominante se entiende de que los contratos comprendidos en el artículo 1280 son válidos y eficaces cualquiera que sea su forma de celebración pero las partes pueden compelirse recíprocamente al otorgamiento de la escritura pública o del documento privado según los casos»¹⁰⁵.

«[L]a finalidad primigenia del art. 1280 CC era enumerar una serie de contratos que debían otorgarse en forma pública o privada para que pudieran ser probados y, por consiguiente, “pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución” (forma *ad probationem* en sentido estricto), conforme a lo establecido en la Base 19, *in fine*, de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Pero, para armonizar la exigencia de forma con fines probatorios con el tradicional principio espiritualista derivado del Ordenamiento de Alcalá (recogido en la Base 20, que, no obstante, reconoce que puede exigirse “el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente”, esto es, para la prueba del contrato) se introdujo el art. 1279»¹⁰⁶.

Ahora bien, dado que en realidad el mandato de la base 19 no habría llegado a desenvolverse en el CC, pues no se habría explicitado en el capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones (libro IV, título I, cap. V) y, en particular, en el artículo relativo a la prueba testifical (el hoy abrogado art. 1244 CC¹⁰⁷), debería considerarse preeminente también en materia de prueba el principio antiformalista del artículo 1278¹⁰⁸. Por estas razones, el artículo 1280 no establecería una verdadera exigencia legal de forma *ad probationem*, de modo que siempre se podría recurrir a cualquier medio de prueba (incluso la sola prueba testifical) para demostrar la existencia y para exigir el cumplimiento o ejecución de cualquier tipo de contrato¹⁰⁹. La forma escrita podría servir, a lo sumo,

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰⁶ SANTOS MORÓN, 2022, p. 1228.

¹⁰⁷ «La prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida».

¹⁰⁸ SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 79: «[E]n la segunda edición no se modificó el título relativo a la prueba de las obligaciones limitándose el legislador a añadir al artículo 1.280 su último párrafo. Si con ello pretendió adaptarse al mandato de la base 19 —según la cual debía determinarse una cantidad mínima pasada la cual todo contrato debía probarse por escrito—, la adaptación fue solamente aparente en tanto que, insistimos, ya sea por olvido, ya sea intencionadamente, no se acompañó con la necesaria limitación de los medios de prueba».

¹⁰⁹ REGLEIRO CAMPOS, 1996, *Op. cit.*, p. 769: «En rigor, el segundo párrafo del artículo 1.280 solo tiene sentido dentro de un sistema de prueba documental tasada (forma *ad pro-*

para facilitar la actividad probatoria¹¹⁰ (qué menos). En fuerza de la consolidación generalizada de la postura interpretativa antes apuntada, ha llegado a sostenerse sin rémoras:

«[q]ue el negocio existente y válido, tropiece, por cualquier orden de causas —y, entre ellas, por la de no haberse celebrado en forma apta para prueba— con dificultades para ser probado, es cosa que prácticamente tendrá toda la trascendencia que se quiera, pero que teóricamente no afecta para nada a su existencia, validez y eficacia civilmente plenas»¹¹¹.

Estos argumentos no resultan convincentes. Para empezar (como se expondrá con mayor detenimiento más adelante) hay un despiste de fondo que radica en confundir las exigencias formales de «otorgamiento de escritura pública» (ex arts. 1279 y 1280.I) y de constancia en «escrito privado» (ex art. 1280.II), pues cada una respondería claramente a unas *rationes* normativas distintas, por lo que no podrían ser entrelazadas a nivel interpretativo, pese a la confusión generada por la desafortunada afirmación de la base 20.^a cuando habla del otorgamiento de escritura «a los efectos expresados en la base precedente». Esto último, a lo sumo, podría referirse a una hipotética exigencia probatoria contra un tercero, ante la eventualidad que este pretendiera cuestionar judicialmente los efectos *inter partes* de un contrato que, para serle oponible, debería haberse elevado a escritura pública (*cfr.* los arts. 1218 y 1473 CC). No obstante, es evidente que con ello se describiría una exigencia *ad probationem* solo «indirecta» o «subsidiaria», distinta a la indicada con vocación de generalidad en la base 19¹¹² (aunque, por supuesto, complementaria o inclu-

bationem). Tenía su sede, por tanto, en el Proyecto de 1851, pero carece por completo de sentido en el vigente Código, que permite la prueba de los contratos por cualquiera de los medios admitidos en Derecho».

¹¹⁰ SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 22; *Idem*, 2022, *Op. cit.*, p. 1229.

¹¹¹ ALBALADEJO, 1977, T. I, vol. 2, p. 347; en el mismo sentido, MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 693: «Combinada la amplitud del Código en general en esta materia con la que se establece en cuanto a medios de prueba y apreciación de estos [...] resulta que, salvo el peligro de que la demostración sea insuficiente, podrán concertarse los más importantes contratos en cualquier forma, aunque sea de palabra y sin testigos, y eficaces serán en principio y podrán probarse por la confesión del obligado».

¹¹² Como se detallará más abajo, debe entenderse que el artículo 1280 establece que, en principio, todos los contratos, cuando superen cierto valor económico, deberán hacerse constar en escrito privado. Teniendo en cuenta que, inicialmente, en el Proyecto final de 1888 se había obviado por completo dar cumplimiento al mandato de la base 19 (sin establecer en ninguna disposición un umbral económico pasado el cual la prueba de cualquier contrato debía ser irremediablemente «por escrito»), puede descartarse que con la expresión «hacer efectivas las obligaciones» el otorgamiento de escritura notarial se estableciera en el definitivo artículo 1279 como un medio de prueba necesario para demostrar en juicio la existencia de aquellos actos y contratos indicados en el primer apartado del artículo 1280. Por tanto, lo más sensato es entender que el requisito procesal de «escrito privado» del segundo apartado del artículo 1280 CC se introdujo en la versión definitiva del CC de 1889 como una exigencia imperativa *ad probationem* para todo tipo de contrato, también para los

so *alternativa* a la del art. 1280.II, en el sentido de que nada impide proceder a formalizar en escritura notarial cualquier tipo de contrato, a pesar de que para pedir en juicio su cumplimiento o ejecución *inter partes* sea suficiente un simple «escrito privado», ex art. 1225 CC).

Después, por mucho que se intente difuminarlo, es inequívoco el vínculo directo existente entre el tenor literal de la base 19 y del último párrafo del artículo 1280 CC, cuya previsión estaba dirigida a fijar un explícito correctivo legal ante los posibles desajustes prácticos que podrían derivarse de la abstracta afirmación contenida en el artículo 1278 CC e implementar el valioso e irrenunciable principio de seguridad jurídica (hoy expresado en el artículo 9.3 CE), al atribuir a la «constancia por escrito» de los contratos una función de presupuesto procesal, pilar y cierre del sistema probatorio en la materia; habiéndose hecho notar que «[p]arece extraño que un precepto tan terminante como el del artículo 1280 se consignase en nuestro Código para que no tenga aplicación práctica alguna [...]»¹¹³.

Aun así, si bien parecería exigirse por la conexión directa con el mandato imperativo de la base 19 (y aunque parecería haberse sustancialmente reconocido en la poco citada pero significativa STS de 8 de julio de 1993¹¹⁴), la doctrina predominante ha venido excluyendo que el deber de constancia escrita indicado en el artículo 1280.II CC se pueda entender como un presupuesto *ad probatōrem* (esto es, vinculante para poder «pedirse en juicio el cumplimiento o ejecución» de cualquier contrato cuyas prestaciones superen cierto valor económico) al reservar una clara precedencia al artículo 1278 CC «[...] debiendo interpretarse el párrafo 2.º del art. 1280 en el sentido que no contradiga lo establecido en el presente precepto»¹¹⁵.

Estando así las cosas, no parece exagerado hablar de la edificación de un muro argumentativo dirigido a delimitar una única inter-

contratos enumerados en el primer apartado, siempre que tuvieran un valor superior a 1500 pesetas.

¹¹³ HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, p. 639.

¹¹⁴ ECLI:ES:TS:1993:20194 (Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez): « [...] sin que, tampoco, sea preciso traer a colación lo dispuesto en el art. 1280 *in fine*, sobre que deben constar por escrito aquellos contratos en los que las cuantías de las prestaciones excedan de 1500 ptas., ya que es obvio que este instrumento formal por escrito a que se refiere referido art. 1260 [sic], solo se explica no a los fines de que tenga que constatarse, se cumpla o no esa exigencia de forma, para derivar la constitución o validez del contrato existente entre las partes, sino única y exclusivamente a efectos probatorios, esto es, cuando se pretenda impugnar cualquier pretensión o cumplimiento de la misma por una parte en relación con los intereses de la contraparte, en cuyo caso sería preciso la exigencia de esta forma, y siempre, claro es, con independencia de que, en la hipótesis en ese litigio, se pudiera derivar la convicción del cumplimiento o no de las respectivas pretensiones por otros medios probatorios distintos a los que se refiere dicho 1280, último párrafo [...]».

¹¹⁵ SANTAMARÍA CRISTOBAL, 1958, T. II, p. 308 (citando la STS 29 de noviembre de 1950).

pretación «orientada» de la ley, a la cual se ha llegado encasquetando ciertos condicionamientos teóricos precedentes dentro del molde de las disposiciones del CC. En este sentido, la *communis opinio* se habría «atascado» alrededor de una especie de reedición del texto normativo que, inspirada en la prácticamente exclusiva relevancia reservada al principio espiritualista del artículo 1278, habría dejado la letra de la ley en materia de forma escrita «reducida a bien poca cosa»¹¹⁶.

Una interpretación que, si se parte de la idea inicial de aclarar una supuesta antinomia, en realidad aclararía muy poco porque se centraría básicamente en conservar la idea de absoluta libertad de forma y de prueba en materia de contratos, seleccionando en la letra del CC los argumentos necesarios para justificar la protección a ultranza de una suerte de «símbolos», a saber: la plena eficacia y libertad de prueba del contrato puramente verbal. El problema es que, si se procede así, es inevitable acabar rechazando lo ordinario para adoptar como primordial criterio de referencia lo excepcional, que, viceversa, como se intentará demostrar a lo largo de las siguientes páginas, no debería haberse enaltecido a regla básica, sino individuado como la *extrema ratio* permitida para no endurecer en exceso las consecuencias perjudiciales de eventuales deficiencias probatorias cuando las mismas fueran objetivamente justificadas.

1. QUÉ DICEN (Y QUÉ NO) LOS ARTÍCULOS 1279 Y 1280: UN REPLANTEAMIENTO DE LA *COMMUNIS OPINIO* EN MATERIA DE FORMA DEL CONTRATO

Para proponer un replanteamiento de la interpretación doctrinal predominante acerca de la disciplina legal en materia de forma de los contratos es inevitable comenzar aclarando qué dicen (y qué no) los artículos 1279 y 1280 CC. Ante la opinión predominante que utiliza como «clave» interpretativa el artículo 1279, algunos han dicho que las dificultades interpretativas no se darían si solo existieran el primero (1278) y el último (1280), pues:

«[...] El primero establecería el sistema espiritualista para la mayoría de los contratos, y el último, el formalista para algunos de ellos. Los contratos comprendidos en el artículo 1.280 no existirían, ni, por tanto, producirían efecto alguno hasta el cumplimiento de la forma. [...] Pero el artículo 1.279 complica el problema [...]»¹¹⁷.

¹¹⁶ GORLA, *Op. cit.*, p. 241 (nota del traductor).

¹¹⁷ HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, pp. 629-630.

Sin embargo, el artículo 1279 se introdujo en el CC según una precisa *ratio normativa* que no puede ser desvirtuada ni ignorada.

Lo que el artículo 1279 dice es que las partes podrán compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura (se entiende, notarial) o, en su caso, otra modalidad de documentación pública¹¹⁸, «desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». Por tanto, es evidente que el deber indicado al comienzo del primer apartado del artículo 1280 no puede representar un requisito *ad substantiam* necesario para entender los contratos válidos o existentes (*cfr.* arts. 1254 y 1261 CC). Ello será así solo para las capitulaciones matrimoniales (ex arts. 1280.I.3.^o y 1321¹¹⁹ CC —hoy art. 1327 CC—), los poderes para contraer matrimonio (ex arts. 1280.I.5.^o y 55 CC) y los poderes para pleitos (ex arts. 1280.I.5.^o CC y 24.1 letra b) LEC). Previsones que, una vez suplantando el más formalista artículo 1001¹²⁰ del Proyecto de 1851, constituyen el rastro de la reducción y «degradación» sufrida por el originario y copioso elenco *ad substantiam* del artículo 1003 de ese mismo cuerpo legal¹²¹.

¹¹⁸ *Vid.*, a este propósito, MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 699: «Ninguna dificultad ofrecen las palabras documento público; indican que, con cuidado tecnicismo, corrigiendo el Proyecto de 1851, no se ha querido restringir la forma, en principio, al concepto mucho más limitado de escritura pública, y se ha hecho así porque en algunos de los casos que enumera la ley, bastan otros documentos públicos que no son escrituras; [...]. Así que, la expresión «otra forma especial» del artículo 1279 se explica con la genérica referencia a «documento público» contenida en el artículo 1280.I y su conexión con el artículo 1216 (en base al cual: «[s]on documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley»). El hecho es que, inicialmente, en la versión originaria del Código (en su redacción definitiva, publicada el 24 de julio de 1889), para algunos de los seis casos enumerados en el primer párrafo del artículo 1280, a parte del otorgamiento de escritura notarial cabían otras modalidades de «documentación pública». Era el caso de las capitulaciones matrimoniales otorgadas ante los secretarios de los Ayuntamientos, según el originario artículo 1324 (mientras que para el actual art. 1327 se exige siempre escritura notarial), o de la repudiación de la herencia realizada por medio de escrito presentado ante el juez competente, según el originario artículo 1008 (hoy modificado de modo que se exige la escritura pública notarial, al margen de los casos disciplinados en el art. 93 de la Ley 15/2015, de 2 de junio, de la Jurisdicción Voluntaria). La conclusión, por tanto, es que, desparecidas esas hipótesis, la presencia de la expresión «otra forma especial» del artículo 1279 quedaría válida solo con respecto a los poderes generales para pleitos (ex art. 1280.I.5.^o) en su modalidad de otorgamiento *apud acta* ante el letrado de la Administración de Justicia (ex art. 24.1. b) LEC).

¹¹⁹ «Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio. [...]».

¹²⁰ «Cuando la ley exige expresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones, no serán estas válidas si se otorgaren en una forma diferente».

¹²¹ Artículo 1003 del Proyecto de 1851: «Deben redactarse en escritura pública: 1.^o Los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos. 2.^o Las particiones de herencias cuyo importe pase de 500 duros o en las cuales haya bienes inmuebles, aunque sea inferior a dicha cantidad. 3.^o El contrato de sociedad, cuando esta sea universal; y cuando sea particular, si es de valor de cien o más duros, o algunos de los bienes aportados son inmuebles. Esto mismo regirá para la prorrogación de dicha sociedad, cuando hubiere sido constituida por tiempo determinado. 4.^o Los arrendamientos de bienes inmuebles por seis

Por lo tanto, pese a la capciosa denominación finalmente asignada al Capítulo III («De la eficacia de los contratos»), el precepto tampoco prescribe una suerte de condición suspensiva legalmente impuesta para poder entender eficaces (entiéndase, «accionables» *inter partes*) aquellos contratos indicados en el artículo 1280.I. En efecto, según la doctrina fijada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia del 4 julio de 1899 (que vino a modificar una interpretación inicial de sentido opuesto¹²² que había obtenido un primer reconocimiento doctrinal¹²³) no sería necesaria la previa obtención de la escritura pública para (solo después) poder «hacer efectivas» en juicio las obligaciones derivadas del contrato litigioso. Todo ello teniendo en cuenta que, si la perfección del contrato no depende de una forma prescrita (entiéndase, *ad substantiam*) «tampoco de esta

o más años. 5.º Las capitulaciones matrimoniales; la constitución y aumento de la dote, y la carta de pago dotal, siempre que la cuantía de cualquiera de estos actos exceda de 200 duros. 6.º Las donaciones, con arreglo a lo prescrito en el artículo 946. 7.º Los censos y la constitución de renta vitalicia. 8.º La cesión, repudiación y renuncia de derechos hereditarios o de la sociedad conyugal. 9.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o en que tenga interés un tercero. 10.º Las transacciones sobre la cuantía de cien o más duros, o siempre que recaiga sobre bienes inmuebles. 11.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública. 12.º Todos y cualesquier otros actos que sean accesorios, explicatorios, derogatorios o modificativos de contratos redactados en escritura pública. 13.º Los pagos de la obligación consignada en escritura pública, a excepción de los parciales y de todos los relativos a intereses, alquiler, renta, canon y otras anualidades».

¹²² Con la Sentencia del 17 de abril de 1897, el Tribunal Supremo había interpretado por primera vez el mandato del nuevo artículo 1279 CC entendiendo que, para los supuestos comprendidos en el primer apartado del sucesivo artículo 1280, el otorgamiento de la forma escrita debía ser el presupuesto previo indispensable para las partes para poder, después, pedir la prestación de las demás obligaciones derivadas del contrato, no pudiendo exigirse judicialmente la ejecución del mismo sin antes solicitar su previa «escrituración» (notarial).

¹²³ GORLA, *Op. cit.*, p. 240 (nota del traductor): «Interpretación que fue patrocinada por SCAEVOLA [...]»; SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, pp. 66-67, (nota 195 citando SCAEVOLA, T. XX, 1958, p. 851: «“la posibilidad de hacer eficaces las obligaciones pactadas depende de la solemnidad de la forma” de manera que “si las partes no ejecutaran de mutua conformidad el contrato y alguna de ellas rehuyese cumplirlo, entonces la acción útil para recabar dicha ejecución forzosa habrá de ser precedida de otra acción, encaminada a que el Tribunal compela al rebelde a la elevación a escritura pública” ya que, afirma este autor “si prescindiendo de la escritura pública pudiese reclamarse el cumplimiento de los contratos civiles y aun ejecutarlos coactivamente al amparo de la jurisdicción ordinaria, habría que borrar del Código los artículos 1279 a 1280” »). Contra esa primera lectura del precepto no tardó en observarse (no sin razones) que la misma entraría en conflicto con el principio de economía procesal al exigir una acción previa para obtener una condena a «llenar la forma legal requerida» y una sucesiva acción para invocar en juicio el cumplimiento del contenido obligatorio propio del contrato litigioso; *cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, *Op. cit.*, p. 546: «El sentido del Código es tal vez —y así lo interpreta Mucius Scevola— que el defecto de forma no priva al contrato de su efectividad cuando las partes lo cumplen [el contenido del contrato] de mutua conformidad, pero impide el ejercicio de la acción judicial, y hace necesario que la parte que quiera reclamar el cumplimiento haya de ejercitá una acción previa pidiendo la elevación a escritura pública. Más este sistema, que obligaría a seguir dos pleitos [...] sería muy embarazoso en la práctica. Quizá por ello el Tribunal Supremo ha dado al Código una interpretación más amplia y espiritualista, que aminora mucho la exigencia de forma».

puede depender la consumación o el cumplimiento de las obligaciones contractuales»¹²⁴.

Ahora bien, si todo lo anterior es correcto, la expresión «deberán constar en documento público» del primer apartado del artículo 1280 no puede indicar un requisito procesal *ad probacionem* dado que, por lógica, la exigencia de una prueba escrita solemne se produce solo cuando esa solemnidad resulta necesaria *ad substantiam*: si cierto tipo de acto o contrato no puede ni siquiera llegar a existir sin aquella, no habrá nada que probar sin su concurrencia. Además, debe recordarse que la auténtica exigencia de forma *ad probationem* se identificó en la definitiva base 19 como una genérica «constancia por escrito» tras haberse abandonado la disyuntiva entre «escritura pública o privada» contenida en la base 18.^a del precedente (y fallido) Proyecto de Ley de Bases de 1885. En sentido análogo, téngase en cuenta que:

«[s]i entendiéramos que el artículo 1.279 faculta a un contratante a conseguir del otro por vía judicial un medio de prueba del contrato, puesto que para obtenerlo deberá de ser demostrada al Juez su existencia [...] resulta que antes del otorgamiento del documento ya hemos contado con otros medios para obtener la demostración que de tal documento pretendemos, lo cual minimiza hasta el absurdo la existencia misma del proceso»¹²⁵.

La realidad es que el artículo 1279 responde a razones de otra índole. En primer lugar, hay que subrayar que, por motivos de naturaleza fiscal, desde antiguo se había incentivado la formalización en documento público de los contratos que tenían por objeto bienes inmuebles¹²⁶. Además, también hay que destacar que, tras la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861, la documentación en escritura pública devino necesaria para permitir la inscripción en el Registro de la Propiedad. Frente a ello, la jurisprudencia anterior al CC había afirmado que, entre las obligaciones y derechos propios del contrato de compraventa de inmuebles, estaba la facultad de las partes de compelirse recíprocamente a pedir la elevación a escritura pública¹²⁷.

La presencia del artículo 1279 CC, por tanto, se dirige a indicar una consabida vinculación legal de las partes para llenar la forma solemne idónea al permitir que determinadas conven-

¹²⁴ PUIG BRUTAU, 1954, T. II, vol. I, p. 184.

¹²⁵ CAICOYA CORES, *Op. cit.*, p. 189.

¹²⁶ DE CASTRO, *Op. cit.*, p. 283: «De tiempos de los Reyes Católicos (para evitar ocultaciones en daño del impuesto de alcabalas) procede el mandato de que “ventas, trueques y enajenaciones que se ficieren de bienes raíces” consten ante escribano público».

¹²⁷ SANTOS MORÓN, *Op. cit.*, p. 52 (nota 151 citando las SSTS 11 de abril de 1864 y 16 de noviembre de 1869).

ciones puedan tener acceso a un registro público (*cfr.* números 1.^º, 2.^º¹²⁸ y 3.^º del art. 1280.I CC) y, en cualquier caso, «perjudicar a terceros» (*cfr.* números 2.^º y 5.^º), haciendo así «efectivas» (en el sentido de oponibles *erga omnes*, más allá de la normal eficacia *inter partes* descrita en el art. 1257 CC) sus consecuencias (más que sus «obligaciones») propias¹²⁹. Esto es, permitiendo «la plena realización de los efectos que su índole supone»¹³⁰. En este sentido, se puede hablar de una forma solemne *ad utilitatem*¹³¹ que en absoluto puede entenderse como mera facilidad probatoria¹³².

¹²⁸ LASARTE, 2017, *Op. cit.*, p. 44: «El perjuicio del tercero al que se refiere el precepto radica en la vinculación del posible causahabiente del arrendador; esto es, el nuevo adquirente de la finca habrá de respetar el arrendamiento en el caso de que haya sido inscrito, por disponerlo así el artículo 1549 [...] en contra de la regla establecida en el artículo 1571 (venta quita renta)»; ahora bien, concluye el mismo autor que «[e]sta problemática es extraña a los supuestos más numerosos de arrendamientos, los sometidos a la legislación especial de “arrendamientos urbanos” y “arrendamientos rústicos”, pues las respectivas disposiciones legislativas obligan el eventual adquirente de la finca arrendada a respetar el arrendamiento previamente celebrado».

¹²⁹ Desafortunadamente, la redacción del artículo 1279, al hablar de «obligaciones propias» (*inter partes*) y no de «efectos propios» (*erga omnes*) de determinados contratos, crea confusión en cuanto a su verdadero significado práctico; el equívoco surge porque todo el CC (empezando por el art. 1254) sufre de una concepción «arcaica» del contrato, como fuente de (solo) obligaciones y no, como hoy se entiende, como acuerdo con el cual es posible generar, modificar o extinguir todo tipo de «efectos jurídicos patrimoniales»; a este propósito, *cfr.* HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, pp. 641-642: «La causa de la imprecisión del Código, y tal vez de la desorientación de la doctrina y de la jurisprudencia, está en un equivocado concepto del contrato. [...] Según esta concepción, el contrato tiene por único objeto crear, modificar o extinguir obligaciones. Este es el concepto que tiene nuestro Código Civil, y así se deduce, entre otros, del artículo 1254 [...] Por tanto, según el concepto legal de contrato, este tiene por único objeto crear, modificar o extinguir obligaciones. [Sin embargo, el] fin u objeto de estos contratos [los enumerados en el art. 1280.I CC] no es [solo] crear, modificar o extinguir obligaciones, sino el producir unos efectos jurídicos de carácter patrimonial, pero no exclusiva ni principalmente de carácter obligatorio [*inter partes*]».

¹³⁰ MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 697: «[...] y es indudable que en muchos quedan sin realizar ciertos e importantes fines, si no se otorgara la correspondiente escritura».

¹³¹ PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, p. 188 (citando a ROCA SASTRE, 1948, Vol. I, p. 106: «Solo impropiamente hablando puede decirse que establece [el Código] en ciertos negocios la forma escrita [...] a los efectos probatorios principalmente; pero, en rigor, será una imposición de forma *ad utilitatem*, o sea, para proporcionar en negocios importantes las ventajas que la forma comporta»); REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 679: «Ello, no obstante, como quiera que ciertos efectos de determinados contratos solo pueden desplegarse si estos, una vez perfeccionados, se documentan en la forma exigida por la ley, esta facultad a las partes para compelirse recíprocamente a otorgar el contrato en la forma requerida. Es decir, se trataría de una forma que, en expresión acuñada por Roca Sastre y que ha tenido eco en la doctrina, tendría una función *ad utilitatem*»; y ROCA JUAN, *Op. cit.*, p. 1813: «[L]a generalidad de la doctrina —con fundamento, además en los criterios del Tribunal Supremo— llega a la conclusión que [...] la exigencia del artículo 1280 no es *ad solemnitatem* ni *ad probationem*, sino *ad utilitatem*, o “conveniente”».

¹³² La expresión *ad utilitatem* no debe ser entendida en un sentido reductor, como indicadora de una suerte de «capricho» (útil, pero no vinculante) concedido a aquellos contratantes más puntilleros, sino que, en relación a los contratos para los cuales la ley prevé el otorgamiento de escritura pública (a efectos prácticos, principalmente en los contratos con objeto la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles, del art. 1280.I.1º CC), si bien su falta no influiría respecto a la prueba de la válida existencia del acuerdo ni en la posibilidad concreta de exigir el cumplimiento de su contenido obligatorio

inter partes (ex art. 1257 CC), su rehúse sí legitimaría para el ejercicio de una acción dirigida a obtener la condena a «llenar aquella forma» (en su caso, sustituyéndose forzosamente la manifestación de voluntad de la parte condenada — y renuente a acudir a la escrituración — por la del juez por medio del auto ex art. 708 de la LEC). Ese rehúse debería entenderse como una presunción *iuris et de iure* de incumplimiento grave, sustancial e injustificable de una obligación recíproca (ex arts. 1258 y 1279) idóneo a fundamentar la facultad resolutoria implícita del art. 1124 CC. En efecto, como se ha afirmado en la STS 01 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2723 — Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas): «[...] el cumplimiento íntegro de un contrato otorgado en documento privado no excluye que exista un interés legítimo en elevarlo a documento público, dados los efectos reforzados que el ordenamiento atribuye a la forma pública, de acuerdo con el principio constitucional de seguridad jurídica» (*cfr.* por ejemplo, el art. 1473 CC). Haciendo hincapié en ese concepto de obligación «recíproca», la parte interesada debería siempre poder ejercitar (contra la parte renuente a la «escrituración») la facultad resolutoria implícita del art. 1124 CC aunque el incumplimiento del otorgamiento solemne *ad utilitatem* no se haya previsto expresamente en el contrato (privado) como condición resolutoria expresa. A pesar de que la lectura conjunta de los artículos 1279 y 1124 CC permitiría avalar las anteriores conclusiones (pues, en conexión con el segundo, el primero dice claramente que las partes podrán compelirse «recíprocamente» a llenar el requisito de forma solemne), el TS no ha mantenido una posición uniforme respecto a la posibilidad de resolver el contrato no elevado a escritura pública cuando una de las partes lo obstruya.

En algunos pronunciamientos, el Alto Tribunal ha reconocido dicha obligación como «esencial» (*vid.* STS 31 de mayo 2007 — ECLI:ES:TS:2007:3411 — Ponente: Antonio Salas Carceller): «[s]e sostiene que la falta de otorgamiento de la escritura pública no constituye un verdadero y propio incumplimiento referido a la esencia de lo pactado [pero] la Audiencia [...] en absoluto, pone de manifiesto que tal omisión sea puramente accesoria respecto de la esencia del contrato celebrado. Por el contrario, la falta de otorgamiento de la escritura [...] comporta la imposibilidad de acceso de la transmisión al Registro de la Propiedad con las consecuencias negativas que ello comporta para el adquirente.», y STS 13 de octubre 2010 — ECLI:ES:TS:2010:6255 — Ponente Juan Antonio Xiol Ríos: «[...] que en la escritura pública otorgada en su momento no se hizo mención alguna a la obligación de [...] otorgar acta de entrega de los locales al tiempo de su recepción material no es un factor decisivo para excluir tal obligación de entre las que incumbían a la demandada, por derivar de modo implícito de la propia naturaleza del contrato, antes mencionada, y de la buena fe objetiva que ha de presidir cualquier relación contractual, manifestada aquí en la necesidad de proteger la expectativa de que así fuese a que coadyuvó la propia conducta de la actora. Por tanto [...] no existen razones para negar a la actora su derecho a disfrutar de los beneficios inherentes a la posibilidad de acreditar documentalmente, incluso frente a terceros y a los efectos oportunos, que cumplió lo que era su obligación contractual esencial.»). Y se ha llegado incluso a admitir expresamente el ejercicio de la facultad resolutoria del art. 1124 CC para el caso que una de las partes no aviniera a la «escrituración» (*vid.* STS 26 de octubre 2012 — ECLI:ES:TS:2012:6888 — Ponente: Román García Varela: «[l]a circunstancia de que la recurrente, a quien se le comunicó mediante burofax la fecha y el lugar donde se procedería a elevar el contrato a escritura pública, no acudiera sin causa justificada, circunstancias todas ellas consideradas acreditadas por la Audiencia Provincial, permiten declarar la resolución contractual.»).

Pese a ello, el TS finalmente ha pretendido «fijar doctrina» negado la facultad resolutoria implícita al considerar que esa consecuencia podría darse solo cuando el rehúse de una de las partes a la «escrituración» se hubiese expresamente previsto en el contrato (privado) como una condición resolutoria expresa (*vid.* STS 16 de septiembre de 2014 — ECLI:ES:TS:2014:4159 — Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno): «[el] artículo 1279, como proyección del principio espiritualista como criterio rector del formalismo contractual (artículo 1278 del Código Civil), parte de la propia validez y eficacia estructural de los contratos enumerados en el artículo 1280 del Código Civil que no constan en escritura pública [...] la exigencia de esta finalidad incide, en consecuencia, en el plano del reforzamiento de la eficacia contractual del contrato, pues con su cumplimiento el contrato resulta eficaz frente a terceros. La conclusión práctica al respecto, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, es que, si las partes quieren otorgarle a esta exigencia formal un valor determinante ya para la propia validez del contrato, o bien para su eficacia, esta condición esencial debe figurar inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo,

Fijado lo anterior, se puede deslindar, por un lado, la evidente conexión existente entre el artículo 1279 y el primer apartado del artículo 1280 y, por el otro, la distinta *ratio* normativa del segundo apartado de este último precepto. En base a ello, es bastante intuitivo concluir que solo el segundo y último párrafo del artículo 1280 es el que concreta el preciso mandato de la base 19, siendo el único precepto atinente a un límite de valor económico pasado el cual se hace necesaria (*ad probationem*) la constancia del contrato «por escrito». En resumidas cuentas, resulta evidente la inconveniencia de entrecruzar y uniformar a nivel interpretativo las diferentes exigencias de forma escrita previstas en cada uno de los apartados del artículo 1280 tomando como punto de partida común la expresión «para hacer efectivas las obligaciones» del artículo 1279. Por cuantas posibles elucubraciones puedan plantearse al respecto¹³³, lo

pues de otra forma carece de la relevancia requerida a estos efectos. [...] Por último [...] debe también señalarse el hecho crucial de que, pese al tiempo transcurrido, cinco años, ninguna de las partes utilizó el cauce adecuado previsto para el cumplimiento de esta exigencia formal, esto es, compelirse en vía judicial para que se proceda al otorgamiento de la expresada escritura pública»); *Cfr.*, a propósito de la sentencia en cuestión, CARRIÓN OLMO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 503-516.

Pues bien, no pueden compartirse los argumentos con los cuales el TS ha negado la facultad resolutoria implícita ex art. 1124 CC. Aunque sea pacífico que, para el cumplimiento y la ejecución de las obligaciones contractuales contraídas *inter partes* (ex art. 1257 CC) no sería necesario el previo otorgamiento de escritura notarial (siempre y cuando las partes así no lo hubieran pactado de forma expresa), esta última decisión del TS contiene una falacia de fondo. En efecto, el Tribunal confirma implícitamente que en base a la letra del art. 1279 los contrayentes de aquellos contratos de mayor trascendencia jurídica (como los indicados en el n.º 1 del art. 1280.I) sí que estarían legalmente obligados (y procesalmente legitimados) a compelirse recíprocamente para «llenar la forma» solemne notarial, pudiendo siempre interponer la correspondiente acción judicial de condena a una obligación de hacer (ex arts. 1090 y 1098 CC). Por tanto, siguiendo este argumento, cuando se demostrara que el cumplimiento de esa obligación (dotada de acción, ex arts. 1258 y 1279) hubiera sido rehusado en vía extrajudicial, debería siempre interpretarse como un incumplimiento grave e injustificado de una obligación esencial. En consecuencia, no se entiende por qué razón ese extremo no debería conducir, en alternativa a la «escrituración forzosa», a conceder a la parte perjudicada la resolución del contrato (*cfr.* las diferentes facultades del art. 1124 CC), sin necesidad que dicha consecuencia se hubiera previsto como condición resolutoria expresa. Además, el argumento del criterio interpretativo dirigido a la conservación de los negocios (otro de los motivos deducidos en la referida sentencia para negar la resolución contractual) debería quedar desplazado por los superiores principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica (ex art. 9.3 CE). En cualquier caso, lo más llamativo es que, con esta sentencia, el TS habría venido a establecer de manera sibilina una suerte de término de caducidad para el ejercicio de la acción fundada en el art. 1279 CC, pero sin explicitarlo debidamente en sus motivaciones.

¹³³ En cuanto se constata que el art. 1280.II CC comienza con el adverbio «también» vuelven a surgir nuevas dudas respecto al que se acaba de identificar como el verdadero (el único posible) mandato del art. 1279 CC. Con dicho adverbio podría parecer que, por medio de la introducción del último apartado del art. 1280, se quisiera ensanchar el significado de las dos disposiciones anteriores (1279 y 1280.I) atrayendo «también» el otorgamiento de la escritura notarial hacia la órbita de la exigencia *ad probationem* indicada en la base 19. Sería como si, con ese añadido final, se hubiese querido cerrar un círculo y hacer coincidir el significado de «para hacer efectivas las obligaciones» del art. 1279 CC con el de «para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución» de la base 19. En esta misma óptica, siendo el principal contenido de la base 19 el mandato normativo directo a

más razonable es entender que el requisito de «constancia por escrito» (privado) del artículo 1280.II CC —pese a la innecesaria expresión «los demás contratos» ahí utilizada— se introdujo, en directa consonancia con la base 19, como una exigencia *ad probatōnem* necesaria para todo tipo de contrato cuyas prestaciones superasen el valor de 1500 pesetas, incluso para los enumerados en el primer apartado del precepto (a efectos prácticos, principalmente los contratos con objeto la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles del art. 1280.I.1º CC), siempre y cuando no hubieren sido elevados a escritura pública.

Ahora bien, como ya se ha dicho, el principal obstáculo a la anterior conclusión ha sido representado por la objeción en base a la cual el mandato de la base 19 no habría llegado a desenvolverse en el CC porque el límite en ella indicado no se habría explicitado en el artículo relativo a la prueba testifical, el hoy abrogado artículo 1244 CC¹³⁴. Sin embargo, este argumento tampoco resulta convincente considerando que se olvida tener en cuenta el también abrogado artículo 1248¹³⁵, en el que se establecía:

«[fijar] un máximum, pasado el cual, toda obligación [...] habrá de constar por escrito», en la sucesiva base 20.^a puede leerse que «los contratos [...] 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». En realidad, esa hipotética función *ad probatōnem*, supuestamente extendida «también» a la escritura pública del art. 1279, se toparía irremediablemente con lo que ya se ha dicho: a diferencia del artículo 1003 del Proyecto de 1851, para los contratos recogidos en el actual art. 1280.I (salvo las capitulaciones matrimoniales y los poderes para contraer matrimonio o para pleitos) no se ha mantenido una exigencia de escritura pública *ad substantiam*. Ello significa que, por lógica, sería siempre suficiente un «escrito privado» para poder probarse la válida existencia y la plena eficacia obligatoria *inter partes* de esos contratos, ya que, según el art. 1225 CC, el documento privado «tendrá el mismo valor que la escritura pública [...] entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes».

¹³⁴ «La prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida»; *Cfr.* SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 79: «La falta de adecuación en este punto del Código a la Ley de Bases fue también puesta de relieve en los debates parlamentarios que siguieron a la publicación de la primera edición del Código, pero, a pesar de ello, en la segunda edición no se modificó el título relativo a la prueba de las obligaciones limitándose el legislador a añadir al artículo 1280 su último párrafo. Si con ello pretendió adaptarse al mandato de la base 19 —según la cual debía determinarse una cantidad mínima pasada la cual todo contrato debía probarse por escrito—, la adaptación fue solamente aparente en tanto que, insistimos, ya sea por olvido, ya sea intencionadamente, no se acompañó con la necesaria limitación de los medios de prueba».

¹³⁵ Como es obvio, la letra del abrogado artículo 1248 hoy no puede tenerse en cuenta como norma vinculante, pero, a nivel interpretativo, representa un antecedente (*cfr.* art. 3 CC) cuya presencia en el texto definitivo del Código de 1889 sigue siendo sumamente útil para proceder a una ordenada reconstrucción lógica y una correcta interpretación sistemática del conjunto normativo representado por los arts. 1278 a 1280. *Cfr. a contrario* DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, p. 770: «[...] en nuestro Derecho [...] la fidelidad al principio consensualista se ha mantenido con mucho más rigor [...] y sin que la claridad del principio haya sido turbado por consideraciones de índole procesal, cuyo fundamento no es tan indiscutible como puede parecer a primera vista».

«La fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos será apreciada por los Tribunales conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito»¹³⁶ ¹³⁷.

La *ratio* de esta disposición parecía la de proscribir que la coincidencia de «algunos testimonios» sobre determinados hechos pudiera ser la única base decisoria para resolver un litigio en materia contractual, cuando (ya en el año 1889) lo normal y usual (lo «ordinario») era contar con escrituras notariales, documentos privados o, al menos, algún principio de prueba escrita.

Es interesante notar que, al hablar de la aportación de, al menos, algunos testimonios, el artículo 1248 parecía excluir la posibilidad de que un solo testigo pudiera ser considerado como una prueba dirimente para la resolución de un litigio (cosa que, en cambio, la *communis opinio* no excluye¹³⁸). Además, la «veracidad evidente» como circunstancia idónea para mitigar la limitación del juez a la hora de fundar su decisión en la (sola) prueba testifical, pudo referirse a la necesidad que se diera plena coincidencia (o, al menos, que no hubiera divergencias patentes) acerca de hechos dirimentes relatados por la totalidad de los testigos llamados a declarar por cada una de las partes (en particular, cuando se tratara de los mismos sujetos)¹³⁹. Se trata de posturas interpretativas potencialmente muy relevantes, pero huérfanas de cualquier reconocimiento práctico que pudiera, de algún modo, poner un correctivo a la «línea maestra» antiformalista y permitir la superación de «los condicionamientos creados por los precedentes que enmarcaron el precepto»¹⁴⁰.

¹³⁶ *Vid.* versión original del CC de 1889, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

¹³⁷ Disposición que se inspiraba claramente en el artículo 1223 del Proyecto de 1851 (en base al cual quedaba admitida la prueba testimonial incluso para las cuantías superiores a cien duros o más «[...] cuando existe algún principio de prueba por escrito»).

¹³⁸ *Cfr.* SANTAMARÍA CRISTOBAL, *Op. cit.*, p. 223: «[...] el aforismo *testis unus, testis nullus* ha venido a quedar sin vigor [...] y es lícito a la Sala de instancia formar su convencimiento sobre el dicho de un solo testigo, conforme tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia (S. 3 enero 1949)».

¹³⁹ *Cfr.* la diferente conclusión alcanzada al respecto por ROCA JUAN, *Op. cit.*, p. 1817: «[...] el supuesto excepcional de que resulte evidente la veracidad del testimonio, no es verdaderamente una excepción al principio que parece sentar el art. 1248. Es, en todo caso, remitir a la convicción del juzgador; pero esa convicción, o intuición, de la veracidad de los testigos, habrá de tenerla en todos los casos en que deba resolver por la sola coincidencia de testimonios, aunque no sean negocios de los que *suelen* constar por escrito. Y el precepto, “no preceptivo”, puede resultar un tanto inútil».

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 1814.

En efecto, ya con anterioridad a la abrogación expresa del artículo 1248, la jurisprudencia había desactivado rápidamente cualquier potencial efecto «catalizador» del mismo en conexión con el último apartado del artículo 1280 y se había apartado sin tapujos de una interpretación más ajustada y coherente con el mandato de la base 19.^a afirmando que la expresión «cuidando de evitar» representaba una mera «exhortación» (STS 06 de febrero 1896), una «recomendación» o «admonición» desprovista de carácter preceptivo (STS 03 de marzo 1900) que no impedía a los tribunales resolver basándose en la sola prueba testifical incluso en aquellos asuntos en los que ordinariamente intervienen escrituras (STS 30 de mayo de 1936)¹⁴¹. Una abrogación *de facto*, antes que *de iure*, del artículo, pero, sobre todo, una suerte de «auto-exención» decidida por parte del mismo destinatario de la regla en cuestión.

Todo ello adquiere mucho peso si se piensa que (a pacto de desembarazarse de ciertas «barreras dogmáticas»), lo más probable es que la falta de coherencia que aparentemente caracteriza las previsiones de los artículos 1278 y 1280 CC, hubiera podido ser resuelta en vía interpretativa sin excesiva complicación a través del artículo 1248 CC de modo que:

«De esta breve reseña, puede quizá deducirse: La decisión de respetar el principio de libertad de forma; la preocupación por la prueba difícil de lo que no conste por escrito, y la desconfianza hacia la prueba de testigos. Como consecuencia: [...] establecer la prueba documental como *medio normal* de prueba en el artículo 1280 [...] y si no hay otro medio de prueba, además de la testifical, esta no debe bastar por si sola (art. 1248)¹⁴²».

Las anteriores consideraciones parecen todavía más acertadas si se tiene en cuenta que, en el mismo lapso de tiempo en el cual se iba lentamente delineando la «enfrentada» redacción definitiva del CC (concretamente, el año 1885), se aprobaba el nuevo (y vigente) Código de Comercio, en cuyo artículo 51 *in fine* se estableció que: «[...] la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba [...]».

Pues bien, sería como si, en el CC definitivo, una norma sustancialmente análoga se desarrollara en dos disposiciones separadas (arts. 1280.II y 1248)¹⁴³. Así que, abriéndose a superar las

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 1816; concluye sagazmente el mismo autor: «En realidad no parece excesivamente claro lo que un precepto “no preceptivo”, sino “recomendante” sea, ni lo que pueda significar verdaderamente [...]».

¹⁴² *Ibidem*, p. 1815.

¹⁴³ Desde los primeros debates parlamentarios en torno a la nueva Codificación Civil, se subrayaba como «una tendencia indudable en el Derecho moderno [...] la unifica-

apodícticas «barreras de contención» levantadas por la *communis opinio*¹⁴⁴, no parece para nada pacífico que el Código se desviara de las directrices trazadas en la Ley de Bases «tanto en materia de prueba [...] como en materia de forma»¹⁴⁵. Al contrario, parecería que el mandato de la base 19 sí llegó a desenvolverse en el texto definitivo del CC a través del último párrafo adjunto al artículo 1280, al cual el artículo 1248 venía en cierto modo a dar respaldo: no se vetaba la prueba testifical en los litigios sobre contratos de valor superior a 1500 pesetas, pero la evaluación de ese medio de prueba sí estaba de ordinario condicionada a la contextual constancia por escrito de aquellos (al menos, un principio de prueba escrita¹⁴⁶) «para [poder] pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución».

De no haber sido ese el auténtico significado de la exigencia de forma ordenada en el último apartado del artículo 1280 (en conexión con el art. 1248) y de tratarse, viceversa, de un apéndice inútil destinado inexorablemente a sucumbir ante el estelar principio espiritualista, habría que preguntarse el porqué de la inmutada permanencia de ese «intruso» después de casi dos centurias (considerando la Disposición Adicional 3.^a del CC¹⁴⁷). Quizá la explicación más probable resida en el dictado normativo de la Ley de Bases, que impediría su eliminación.

ción de los principios, y a que el Derecho civil y el Derecho mercantil, sobre todo en materia de obligaciones, lleguen a formar una sola regla, toda vez que en este punto realmente no hay gran motivo para diferenciarlos» (vid. *supra*, nota 92).

¹⁴⁴ *Ex multis*, REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, pp. 768-769: «En rigor, el segundo párrafo del artículo 1.280 solo tiene sentido dentro de un sistema de prueba documental tasada (*forma ad probationem*). Tenía su sede, por tanto, en el Proyecto de 1851, pero carece por completo de sentido en el vigente Código, que permite la prueba de los contratos por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Si esto es así, no parece satisfactoria la idea según la cual de la relación entre el segundo párrafo del artículo 1280 y el artículo 1248 haya de estimarse que los contratos de cuantía superior a 1500 pesetas deban considerarse como de aquellos en que «de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito», por lo que podrán probarse «por la simple coincidencia de algunos testimonios». La propia «fosilización» de la cantidad expresada en el precepto avala la respuesta negativa, así como el hecho de que son admisibles todos los medios de prueba, incluida la testifical, para acreditar la existencia de los contratos verbales, sin que dicha prueba tenga un valor inferior que las demás. En todo caso, como ha declarado repetidamente la jurisprudencia, los Tribunales tienen plena libertad para la apreciación de los elementos probatorios aportados por las partes».

¹⁴⁵ GORLA, *Op. cit.*, p. 241 (nota del traductor).

¹⁴⁶ Recuérdese que (vid. *supra*, nota 137), ya en el Proyecto de 1851, si bien los artículos 1220, 1221 y 1222 establecían reglas relativas a la inadmisibilidad de la prueba de testigos en materia de contratos, el sucesivo artículo 1223 aclaraba que: «Lo dispuesto en los tres artículos anteriores no tiene lugar cuando existe algún principio de prueba por escrito.»; vid. Proyecto de CC de 1851, disponible en: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>

¹⁴⁷ «En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir».

Así que, *de lege data*, no resulta insensato plantear una interpretación sistemática alternativa a la actual *communis opinio*, más respetuosa de (toda) la letra del CC, dado que en el mismo aparecen varios preceptos en los cuales el legislador decimonónico quiso —o tuvo que— reconocer un privilegiado valor a la redacción escrita de los contratos como antídoto a un antiformalismo absoluto e inflexible que parecía poco práctico y anacrónico ya a finales del siglo XIX. Todo ello sin olvidar que, conforme a la realidad fotografiada en el ahora desaparecido artículo 1248 CC, hay «negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito». Entre estos preceptos, procede señalar los siguientes:

- Artículo 1138 CC: «Si del texto de las obligaciones [...] no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya [...]».
- Artículos 1276 y 1277 CC que, al hablar de la expresión (o menos) de la causa en los contratos, inexorablemente parecerían remitirse a su enunciación (o menos) en una redacción escrita y ostensible.
- Artículo 1547 CC: «Cuando hubiese comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule»¹⁴⁸.
- Artículo 1733 CC: «El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compelir el mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato»¹⁴⁹.
- Artículo 1815 CC: «La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma [...]»¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Aquí parece evidente, cuando menos, el disfavor mostrado por el legislador hacia el contrato de arrendamiento verbal y su consecuente falta de documentación, pues su perfección informal dificultaría la prueba del precio realmente convenido, lo cual, a su vez, comportaría la extinción del contrato en cuestión.

¹⁴⁹ Aquí parece darse una clara preferencia lógica al mandato expreso y escrito entendido como contrato respecto al cual lo usual es que se proceda a su redacción escrita.

¹⁵⁰ Al buscar encontrar el significado más ajustado a la letra de la disposición (ex art. 3 CC), cuando la misma exige la limitación de los efectos del contrato de transacción a la expresión determinante de lo comprendido en el contrato, parece estar requiriendo la redacción escrita comprendida en un clausulado contractual. Éllo se vería reforzado, además, por la extensión (ex art. 1821 CC) de la disciplina de la transacción al contrato de «compromiso» (o «arbitraje»), respecto al cual la forma escrita se ha configurado, desde siempre, como un requisito esencial. De hecho, en el artículo 5.^º de la Ley 22 de diciembre de 1953 (por la que se abrogaron los artículos del CC atinentes al «compromiso» y se pro-

- Artículo 1827 CC: «La fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella [...]»¹⁵¹.

Apuntadas las anteriores referencias (dificilmente tachables, todas y cada una, de anecdóticas), y procediendo hacia una interpretación teleológica del artículo 1280.II CC (ex art. 3 CC), puede ser útil destacar que ya en la discusión al Senado sobre la base 18.^a del primer Proyecto de Ley de Bases de 1885, el ministro Silvela aclaraba que «como escritura privada, valen los simples recibos, pagarés, cartas y cualquier documento escrito [...]»¹⁵². Esta misma idea expresaba el diputado Rodríguez San Pedro cuando, al exigir la inclusión del último apartado del artículo 1280 en cumplimiento del mandato de la base 19.^a, afirmaba:

«Desde el instante en que aquí se declara que la prueba de testigos está admitida en absoluto, sin limitación alguna, para probar todo linaje de obligaciones y hacerlas efectivas, apreciándose esa prueba según el criterio de los jueces, la base 19 está infringida en un principio que no es de accidente, sino que es completamente fundamental, a saber: [...] la no exigibilidad en juicio de ninguna obligación que no conste en un principio de prueba por escrito»¹⁵³.

Pues bien, no puede desconocerse que, hoy en día, lo usual (y ordinario) es que la celebración de cualquier contrato (siempre y

cedió a regular los arbitrajes de Derecho privado) se decía que: «El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública [...]»; luego, según el art. 16 del mismo cuerpo legal: «El compromiso habrá de formalizarse en escritura pública. Si se hubiera extendido en documento privado, las partes podrán compelirse recíprocamente a la formalización judicial de que trata el artículo diez [...]». En la sucesiva Ley 36/1988, del 5 de diciembre, de Arbitraje, el art. 6.^º estableció que: «El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo. Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no solo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también, cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje». Finalmente, en la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, el art. 9.III establece que: «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

¹⁵¹ En sentido análogo a la nota anterior, en cuanto a la expresión determinante de lo contenido en el contrato, en el sentido de una redacción escrita contenida en un clausulado contractual.

¹⁵² LASSO GAITÉ, 1970, T. IV, vol. I, p. 461; *Cfr.* también REGLERO CAMPOS, *Op. cit.* p. 662: «Silvela salió al paso [...] señalando que por escritura privada no había de entenderse el documento que tuviera las mismas formas que la escritura pública, sin más diferencia que la no intervención del notario, “sino que se entiende por escritura privada cualquier documento escrito: los recibos, los pagarés, las cartas, la correspondencia; todo eso se comprende en las escrituras privadas”».

¹⁵³ *Vid.* SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 79 (nota 226).

cuando su valor no sea absolutamente intrascendente) conste al menos en «algún principio de prueba escrita», un soporte ostensible que, sin estar dotado de especiales características, pueda legítimamente identificarse como la expresión material de un consentimiento contractual intercambiado entre partes. En general, todo tipo de texto transscrito en papel o con posibilidad de transcripción en un soporte duradero, pero libre de formas específicas, como los «asientos, registros y papeles privados» perjudiciales para su autor (ex arts. 1228 CC y 328 LEC) y como lo que indica el artículo 812 LEC cuando habla de «[...] documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en el que se encuentren [...]»¹⁵⁴.

Discurso análogo podría valer incluso para los denominados contratos «reales» (mutuo, comodato, depósito, prenda), respecto a los cuales, si bien la entrega del objeto (*la traditio*, en línea teórica necesaria y suficiente para entender perfeccionado este tipo de vínculo contractual) podría identificarse incluso con comportamientos concluyentes y tácitos, demostrables por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, en la gran mayoría de casos (con exclusión, quizás, del comodato precario), lo *ordinario* (*cfr.*, una vez más, la letra del art. 1248) es consignar dicha entrega en algún principio de prueba escrita (resguardos de depósito; extractos, comprobantes o certificados bancarios; documentos de entrega y de devolución; cartas de pagos, etc.).

De este modo, teniendo en cuenta el uso (ex art. 1258 CC), hoy la base 19 y el último apartado del artículo 1280 CC a ella conexo adquirirían una renovada operatividad y es razonable concluir que, a nivel procesal, una simple prueba testifical nunca debería poder considerarse suficiente, por sí misma, «para que pueda pedirse en juicio [el] cumplimiento o ejecución» de cualquier contrato cuyas prestaciones superen cierto valor económico, debiendo siempre acompañarse, al menos, algún principio de prueba escrita¹⁵⁵. Por tanto, ante la inadvertida desaparición del artículo 1248 CC y priorizando los principios generales de buena fe y de seguridad jurídica, sería posible postular una renovada interpretación del artículo 1280.II como el indicador de un auténtico presupuesto procesal

¹⁵⁴ *Cfr.* el ya citado art. 9.3 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

¹⁵⁵ Básicamente, esto venía a decir el artículo 1248 CC (y, antes de este, el artículo 1223 del Proyecto de 1851, en base al cual: «Lo dispuesto en los tres artículos anteriores [o sea la inadmisibilidad de la prueba de testigos] no tiene lugar cuando existe algún principio de prueba por escrito»), así como el (vigente) artículo 51 del Código de Comercio de 1885.

literalmente fundado en la (todavía vigente) Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y en la fijación expresa en el CC de aquel «máximo, pasado el cual, toda obligación [...] habrá de constar por escrito para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución» (base 19). Un claro mandato imperativo que podría ser perfectamente «rehabilitado» sujetándolo al actual artículo 266.4º de la LEC, donde se establece que «se habrán de acompañar a la demanda: [...] 4.º Aquellos otros documentos que esta u otra ley exija expresamente para la admisión de la demanda».

Apuntado lo anterior, es necesario tener en cuenta que, mientras para un contrato típico (concluido por las partes con voluntad de remitirse a los elementos «naturales» o normativos de un tipo pre establecido), una vez considerada probada su existencia, podría no haber mayores dificultades añadidas (comenzando por la «presunción» de veracidad y licitud de su causa típica, aún sin expresarla, ex art. 1277 CC), si se trata de un contrato atípico, mixto, o de los elementos accidentales incorporados a un contrato típico¹⁵⁶, para poder pretender una resolución de condena dirigida al cumplimiento de precisos efectos obligatorios concretos, sí o sí parecería haberse exigido por parte del legislador (según un criterio lógico y práctico irreprochable¹⁵⁷) un auténtico clausulado contractual escrito (y posiblemente firmado por las partes¹⁵⁸). Todo ello al margen de las

¹⁵⁶ Teniendo en cuenta que, aunque en el artículo 1289 CC aparezcan como contrapuestos los conceptos de «objeto principal» y de «circunstancias accidentales», es posible que incluso en la interpretación de un contrato típico (cuyo «objeto principal», en principio, podría intuitivamente entenderse como su «causa típica») ese «objeto principal» también podría identificarse con un motivo específico, un término o una condición; elementos, estos últimos, técnicamente clasificados como accidentales pero, en ocasiones, tan determinantes para la eficacia del entero convenio obligatorio que, cuando sobre ellos recaigan dudas insoslayables (por ejemplo, por deficiencias o graves dudas probatorias), debería impedirse la aplicación del principio de conservación del contrato del art. 1284 CC; *vid. LASARTE, 2017, Op. cit., p. 116.*

¹⁵⁷ GORLA, *Op. cit.*, pp. 20-21: «[a]ún después de admitirse que del hecho de haber prometido algo pueda derivar una obligación (en sentido jurídico), quedan siempre pertinaces y no del todo injustificadas resistencias a admitir que de cualquier promesa no formal pueda derivar una obligación. [...] Pero existen, además, otras razones prácticas muy importantes que pueden justificar esta resistencias: [tales como] Las dificultades que surgen [...] para interpretar e integrar la voluntad de las partes estableciendo así, por vía de integración, reglas jurídicas aplicables. Dificultades que no existen cuando se trata de contratos formales o consagrados por el uso (contratos típicos o nombrados)».

¹⁵⁸ O, al menos, acompañársele el clausulado (aunque no firmado) como un principio de prueba escrita y, junto con ello, la prueba de un comienzo de ejecución de las obligaciones ahí recogidas, deducible en base a la realización de actos «coetáneos y posteriores al contrato» (ex art. 1282 CC); *Cfr.*, en este sentido, la STS 27 de febrero 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1352 — Pon. Alfonso Villagómez Rodil): «Se aporta infracción del artículo 1280-6º, párrafo último, del Código Civil, a fin de impugnar el documento privado aportado por la entidad demandante, que lleva fecha 24 de julio de 1989 y que, al no estar firmado, actúa [sic] más bien como un proyecto de contrato [...]. Dice dicha recurrente que el documento de referencia carece de toda eficacia y no le obliga, pues, al ser su cuantía superior a las 1500 pts, debió constar por escrito, firmado por los contratantes interesados. La sentencia recurrida explica bien el alcance de dicho documento, que en sí no contiene una relación contractual vinculante, pero tampoco resulta plenamente operativo, ya que,

ambigüedades y dudas que incluso una detallada redacción escrita puede siempre engendrar, respecto a las cuales debería suplirse justamente con los artículos 1281 a 1289 CC.

En efecto, el Capítulo IV (del Libro IV) del CC, dedicado a establecer con vocación de generalidad las reglas de interpretación de los contratos, se abre con el artículo 1281, en el cual se establece inexorablemente que «[s]i los términos de un contrato son claros [...] se estará al sentido literal de sus cláusulas». En general, no puede no constatarse que todo el Capítulo IV¹⁵⁹ parece enfocado al cotejo de un clausulado escrito por medio del cual deslindar y hacer evidentes las reales intenciones de los contratantes. Ello se deduce de manera todavía más clara cuando se remite a un antecedente histórico como el artículo 990 del Proyecto de Código Civil de 1836, en base al cual: «todas las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, dándoles el sentido que resulte del contexto de toda la escritura o documento»¹⁶⁰.

En este sentido, es indicativa la ubicación consecutiva de los artículos relativos a la forma y a la interpretación, así como el hecho que, en la base 20.^a, cuando se indica la necesidad de establecer en el articulado del Código Civil los «principios consagrados por las legislaciones modernas», se conjuntan en una cúpula gramatical la «forma e interpretación» de los contratos.

Partiendo de estos elementos, y para buscar una explicación satisfactoria al aparente contraste entre el (supuestamente) apodíctico artículo 1278 y todas las otras innegables referencias normativas explícitas a la forma escrita contenidas en el mismo CC, es probable que ello responda a la diferencia de fondo entre, por un lado, la prueba de la existencia de un vínculo contractual y, por el otro, la prueba necesaria a fundamentar una pretensión procesal de condena a su contenido obligatorio concreto. De hecho (en cierta disonancia, en este aspecto, con el artículo 51 del Código de Comercio, que indica la insuficiencia de la sola declaración de testigos para probar la existencia de un contrato cuya cuantía excede de 1500 pesetas si no concurre con alguna otra prueba), es necesario recordar que el artículo 1248 CC llamaba los jueces a evitar que, en base a la mera coincidencia de algunos testigos, los litigios en materia de contratos que de ordinario constan en escrituras notariales, documentos privados o algún principio de prueba escrita

conforme hecho probado, que la recurrente llevó a cabo su ejecución, con lo que asumió la relación contractual proyectada [...]. De esta manera aunque no firmó el documento privado de referencia, lo asumió, ya que lo ejecutó, con la vinculación obligacional consecuente, por darse consentimiento tácito».

¹⁵⁹ A exclusión, quizás, del art. 1282 CC, el cual atribuye expresamente relevancia interpretativa a los *actos coetáneos* y posteriores de los contratantes.

¹⁶⁰ Vid. LASSO GAITÉ, t. IV, vol. II, ap. III, *Op. cit.*, pp. 89-320.

quedaran «definitivamente resueltos». Expresión, esta última, que parecería querer destacar la insuficiencia de ese medio de prueba para emitir una resolución de condena y no meramente declarativa (*cfr.* art. 5 LEC), como podría ser la que se limitara a declarar la existencia del contrato entre dos o más partes. También hay que recordar (una vez más) que la base 19 exige la constancia por escrito «para que pueda pedirse en juicio [el] cumplimiento o ejecución» de los contratos que superen cierto valor económico, no «para que pueda acreditarse su existencia».

Una cosa sería la declaración de la *existencia* de un contrato (la superación de la fase de negociaciones con la prestación de un válido intercambio de consentimientos, entre dos o más partes, sobre un objeto y causa lícitos, *ex arts.* 1254 y 1261 CC), respecto a la cual podría teóricamente reconocerse plena libertad de prueba e incluso recurrir a un testigo cuando no se disponga de ningún otro medio de prueba jurídicamente más seguro como, por ejemplo, un principio de prueba escrita, y otra muy distinta sería pretender, en base a ello, la obtención de una condena *inter partes* fundada en el eventual incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de cierta envergadura económica, no pudiendo un litigio sobre el mismo quedar definitivamente resuelto en ausencia del medio de prueba documental idóneo para deslindar, en cada caso, su exacto contenido obligatorio con un mínimo de seguridad jurídica. Todo esto no entraría en contradicción, sino que, *a contrario*, podría entenderse avalado por la argumentación contenida en la STS del 03 de febrero de 1987, en la cual se ha afirmado:

«[L]a doctrina de esta Sala tiene establecido, de acuerdo con las normas de los artículos 1278 y 1279 del Código Civil que las del artículo 1280, no comportan la exigencia de formalidades *ad solemnitatem*, sino tal solo *ad probationem*, de suerte que el juzgador de instancia, puede pronunciar la existencia de un contrato, es decir que reúna los requisitos del artículo 1261 de dicho cuerpo legal, sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita [...]»¹⁶¹.

Una cosa sería la posibilidad abstracta de pedir (solo) el reconocimiento judicial — meramente declarativo — de la *existencia* de un vínculo contractual (de su averiguación «histórica»); otra bien distinta sería la consecuente obtención de una efectiva sentencia de condena *inter partes* fundada en el incumplimiento (o parcial o inexacto cumplimiento, *ex art.* 1101 CC) de un contenido obligatorio concreto cuando dicha pretensión se plantee desprovista de un medio de prueba documental idóneo para determi-

¹⁶¹ ECLI:ES:TS:1987:640 (Ponente: Matías Malpica González Elipe).

nar con suficiente seguridad los exactos términos del convenio devenido litigioso (en este sentido, *cfr.* la STS del 17 de diciembre de 2001¹⁶²).

En resumen, debería cuestionarse la concepción teórica generalizada en base a la cual el principio antiformalista expresado en el artículo 1278 CC se extendería no solo a la plena libertad de forma a la hora de entender válidamente concluido un contrato, sino a la plena libertad para su prueba. Por el contrario, al reconocer el auténtico significado normativo del último apartado del artículo 1280 CC, cuando el objeto litigioso supere el umbral económico que hoy se decida fijar para adaptar el de 1500 pesetas a la realidad social del tiempo (ex art. 3 CC), debería entenderse inexcusable la aportación con la demanda de, al menos, algún «principio de prueba escrita», sin que pueda imposibilitarse la aplicación del mandato normativo contenido del artículo 1280.II con la excusa del desfase del valor nominal indicado en su momento por el legislador decimonónico, debiendo prodigarse el intérprete para encontrar otro más ajustado al contexto que permita dar cumplimiento al espíritu y finalidad del referido precepto¹⁶³. Además, debería poder predicable sin excesivos obstáculos que, cuando determinadas pre-

¹⁶² ECLI:ES:TS:2001:9922 (Ponente: José Almagro Nosete): «La plasmación [...] de un contrato de compraventa de tanto relieve económico, en el pequeño papel en que figura, ha de ser calificada, como inusual y contraria a la observación constante de las relaciones contractuales y compromisos creadores de obligaciones para las partes intervenientes. La atipicidad del escrito se revela por su formato [...] por lo que no se alcanza a comprender que una operación de tamaña complejidad, no fuera recogida en escritura pública o, al menos, en documento de mayor credibilidad, por los variados compromisos obligacionales que había de arrastrar forzosamente».

¹⁶³ En efecto, para tener una razonable relevancia práctica que no contradiga la originaria *ratio* normativa, hoy el contenido del precepto debería adaptarse e interpretarse «según la realidad social del tiempo» en que ha de ser aplicado (ex art. 3 CC) modificando ese valor nominal originario por considerar que las 1500 pesetas a las que se refiere hoy corresponderían a apenas 9 euros; *Cfr* LASARTE, *Op. cit.*, p. 46: «En el momento de publicación del Código, la citada cantidad representaba una cifra dineraria importante; transcurrido más de un siglo, el mantenimiento de la misma cantidad la hace prácticamente intranscendente, pues difícilmente alcanza para comprar un juguetito cualquiera». Ahora bien, parece un tanto descompensado al alza el importe de 10 000 euros establecido en el artículo 1240.III de la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* elaborada en 2009 por la Sección De Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Año_2009.PDF). Quizás, sin incurrir en excesivas complicaciones, la referencia literal a 1500 pesetas se podría convertir *tout court* a 1500 euros, un importe en absoluto deleznable. De hecho, es el importe fijado por el legislador francés respecto al vigente artículo 1359 del *Code*, en base al cual: «*L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique [...]*» (disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032042311); habiéndose establecido con el *Decret 2016-1278* del 29.09.2016 que: «*La somme ou la valeur visée à l'article 1359 du code civil est fixée à 1 500 euros. [...]*» (disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000033202239/#LEGIARTI000033202239>).

tensiones no vengan acompañadas de una prueba documental usual y adecuada (no solo un «principio de prueba por escrito»), esa deficiencia probatoria debería impedir que, confiándose todo a la «sana crítica» del juez y sujetándose en cualquier otro medio de prueba, como una testifical, pueda llegar a fundamentarse una decisión de condena en base a la cual «queden definitivamente resueltos ... [el] cumplimiento o ejecución [de un] contrato». Ahora bien, en aras de equilibrar el principio de seguridad jurídica con el derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 CE), podría considerarse exonerada la parte que demostraría haber compelido (expresa e infructuosamente) la otra para su obtención o que, en cualquier caso, pueda demostrar que dicha carencia probatoria respondería a caso fortuito o fuerza mayor¹⁶⁴. Todo ello a la vista de las enormes posibilidades técnicas actualmente disponibles para la ágil obtención —incluso unilateral— de «resguardos ostensibles» de indubitable valor probatorio respecto a la celebración «informal» de un contrato y su contenido obligatorio (a modo de ejemplo, la transcripción notarial de las conversaciones mantenidas por medio de aplicaciones de mensajería instantánea¹⁶⁵).

No parece que las argumentaciones hasta aquí apuntadas, favorables a un replanteamiento global del valor imperativo (cuando menos *ad probationem*) de la forma escrita en materia de contratos, sean desorbitadas o reflejen un «peligro» para la libre contratación. Al contrario, representarían una garantía y hasta un impulso para favorecer un desarrollo más eficiente de la misma, recuperando la necesaria consonancia del CC con las auténticas aspiraciones contenidas en la vigente Ley de Bases (en particular, la base 19) y poniendo al centro de los esfuerzos interpretativos el superior principio constitucional de seguridad jurídica ya citado.

¹⁶⁴ Cfr. el artículo 2184 del Proyecto de 1836, en base al cual: «En ningún caso en que la ley exija la escritura pública o privada para acreditar las obligaciones contraídas, tendrá valor la prueba de los testigos, a menos que se justifique la pérdida del documento ocurrida por caso fortuito, o que el acreedor no hubiere podido conseguirlo del deudor»; y, sucesivamente, el artículo 1224 del Proyecto de 1851: «También se exceptúa el caso en que no haya sido posible al acreedor obtener una prueba instrumental de la obligación. Esta excepción tiene lugar: 1.º En las obligaciones que se contraen, sin convención señalada en el título 21 de este libro. 2.º En los depósitos necesarios, de que se trata en los artículos 1686 y 1689. 3.º En las obligaciones contraídas en casos de incidentes imprevistos, en que no se hubiera podido extender documento*. 4.º En el caso de haber perdido el acreedor el documento que le servía de título, a consecuencia de un caso fortuito o que provenga de una fuerza mayor». (*Los actos u omisiones que sean fuente de responsabilidad extracontractual, donde el testimonio sí es usualmente la prueba estelar).

¹⁶⁵ *Passim* RIPOLL SOLER, *Rev. Boliv. de Derecho*, 2015, pp. 404-425.

V. CONCLUSIONES (CON UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*)

Abordando el objeto del análisis desde una óptica de sociología del Derecho, no parece tan extravagante ni descabellado afirmar que (a diferencia de lo que se sigue sosteniendo sin ambages entre «los juristas») cualquier ciudadano medio, cualquier *buen padre de familia*, cuando piensa en un contrato se refiere a un documento redactado y suscrito por los contratantes. En efecto, más que el Ordenamiento de Alcalá y el principio «espiritualista» en él supuestamente inaugurado, podría sostenerse sin miedo a una desmentida que sigue estando en boga el refrán «*verba volant, scripta manent*». Es pacífico que, en lugar del antiformalismo, hay señales incontrovertibles de un uso generalizado de las formas como nítido reflejo de unas difusas aspiraciones de mayor seguridad jurídica en la realidad del tráfico.

Considérese la enorme relevancia atribuida por la práctica totalidad de los sujetos a la escritura notarial en la compraventa de inmuebles (en particular, de viviendas), forma en teoría innecesaria para la validez y eficacia de los efectos obligatorios *inter partes* del contrato, pero dotada de tales ventajas (la inscripción en el Registro de la Propiedad y la oponibilidad *erga omnes* de ello derivada, así como el contextual efecto traslativo típico del negocio¹⁶⁶), que en la práctica hacen esencial su otorgamiento. También hay que pensar en el muy dilatado empleo de la (a menudo extensa y puntillosa) redacción por escrito (privado) de los complejos y variables esquemas por medio de los cuales puede desenvolverse la autonomía de la voluntad. Una forma considerada casi irrenunciable cuando el valor del acuerdo tenga suficiente relevancia económica.

Incluso se podría llegar a sostener que la práctica totalidad de los sujetos, cuando se dispone a prestar su consentimiento sobre un esquema contractual de cierta relevancia económica, considera no solo conveniente sino necesaria la redacción escrita de un documento para entenderse eficazmente vinculado a un quehacer jurídico. Muestra de lo anterior es el hecho que, de manera coloquial, se habla de «firmar un contrato» identificando *de facto* el instrumento con su fin; esto es, identificando el escrito con el acuerdo jurídico

¹⁶⁶ La denominada «*traditio* simbólica», ex art. 1462 CC. En cierto modo, es curioso que, respecto al contrato de compraventa, en el ordenamiento jurídico español (que erige el consentimiento a elemento decisivo) la perfección puramente consensual del contrato no determina *per se* el efecto traslativo del dominio (su causa típica), sino que se limita a originar la obligación del vendedor de dar cumplimiento al *vestimentum* propio de los contratos reales: la *traditio* (cfr. art. 1461 CC).

en él reproducido y sublimando la idea de «contrato» en la de «documento» en el que queda redactado su contenido¹⁶⁷.

No es superfluo recordar que, pese a la superación del original modelo más formalista predisuelto en el Código de Comercio de 1829 y en el Proyecto de CC de 1851, también en el CC definitivo se mantuvieron numerosos preceptos en los cuales el legislador quiso (o tuvo que) reconocer expresamente un indubitable valor sustantivo a la forma escrita. Al margen de los artículos 632 *in fine* y 633 CC relativos a la donación¹⁶⁸ pueden citarse: el originario artículo 1321 CC¹⁶⁹ (hoy art. 1327 CC, tras la Ley 11/1981) sobre capitulaciones matrimoniales; el artículo 1628 CC sobre el censo enfiteútico; los artículos 1667 y 1668 CC sobre sociedades con aportación de bienes inmuebles; el artículo 1875 CC (en conexión con el art. 145 del Decreto 8 de febrero 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria¹⁷⁰), y el originario artículo 1793 CC¹⁷¹ sobre el contrato de seguro (*cfr.* el actual art. 5 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro¹⁷²). Todas estas son dis-

¹⁶⁷ Llevadas a las extremas consecuencias, estas consideraciones podrían incluso abrir la puerta a unas atrevidas preguntas: si se tiene en cuenta la realidad actual del tráfico, junto al innegable «neoformalismo» que caracteriza la legislación moderna en materia de contratos, ¿podría entenderse producida la completa *desuetudo* del artículo 1278 CC y la correlativa consolidación de una costumbre *propter legem* (ex art. 1280 CC) acerca de la obligatoriedad legal de la documentación escrita de los contratos? Y, al hilo de lo anterior, ¿se podría ademá identificar dicha costumbre como notoria y generalizada exonerando así al interesado de la necesidad de su prueba en juicio (ex art. 281.4 LEC)? *Cfr.* CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 115: «[C]ualquier que sea la clase de norma jurídica, nacional o extranjera, escrita o consuetudinaria, su existencia, contenido y vigencia son siempre cuestión de hecho»; *ibidem*, p. 139: «Entendemos que, efectivamente, nada obsta a que pueda aplicarse la notoriedad en sede de derecho consuetudinario [...]. La doctrina se muestra asimismo mayoritariamente favorable a admitir la notoriedad en sede de costumbre. E incluso la jurisprudencia ha admitido en alguna ocasión la posibilidad de eximir de prueba la costumbre por notoriedad [citando la STS 27 de abril 1945]. Obviamente, para que la notoriedad produzca el efecto de eximir de prueba a la costumbre aplicable, debe tratarse de una notoriedad absoluta y general (art. 281.4 LEC) [...]».

¹⁶⁸ GORLA, *Op. cit.*, p. 118 (nota del traductor): «Es evidente que de estas disposiciones se desprende una importante limitación al principio consensual, que prácticamente viene a quedar excluido en materia de donaciones [...]. Con estas exigencias de forma, el Código viene a continuar dentro de la línea tradicional de la desconfianza frente a la donación que del Derecho romano había pasado al medieval y que no desapareció tampoco cuando el Ordenamiento de Alcalá introdujo en nuestro sistema el principio espiritualista [...]».

¹⁶⁹ «Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio [...]».

¹⁷⁰ «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: Primero. Que se hayan constituido en escritura pública [...]».

¹⁷¹ «El contrato de seguro deberá consignarse en documento público o privado, suscrito por los contratantes»; *Cfr.* PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, p. 191: «La sentencia de 24 de febrero de 1927 afirma terminantemente que “para que tengan existencia legal y produzcan efectos jurídicos los contratos de seguro, no basta que vayan precedido de mero consentimiento... sino que es absolutamente indispensable que se hagan constar en documento público o privado [...]”».

¹⁷² En el cual se establece que: «El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito [...]»; *Cfr.* respecto al «formalismo» o «consensualismo» del contrato de seguro, DURANY PICH, ADC, 1990, pp. 1321-1330

posiciones cuyo contenido normativo parece claramente dirigido a una más estricta exigencia legal de forma escrita *ad substantiam*¹⁷³, pese a que la doctrina y la jurisprudencia hayan procedido a matizar dicha conclusión¹⁷⁴ (o, en cualquier caso, a puntualizar que su previsión legal expresa se limitaría a representar la excepción que confirmaría *a contrario* la regla general de la plena libertad de forma¹⁷⁵). A mayor abundamiento, no puede obviarse que «tales reglas van en continuo aumento»¹⁷⁶, pues en las últimas décadas la tendencia hacia una siempre más apremiante vinculación a la forma escrita en materia de contratos se ha ampliamente consolidado a nivel positivo, en particular en la disciplina de la contratación de masa entre empresarios y consumidores, siendo «lugar común en la doctrina la afirmación según la cual se [estaría] ante un fenómeno de *neoformalismo contractual* [especialmente] relevante en el Derecho del consumo»^{177 178}.

De este modo, resultaría siempre menos arriesgado responder en sentido afirmativo a la pregunta sobre si, en la actualidad, cabe realmente hablar de libertad absoluta de forma en materia de con-

¹⁷³ GORLA, *Op. cit.*, p. 238: «[A]demás de la donación, hay otros muchos casos en los que se impone un requisito de forma bajo pena de nulidad [...] en los distintos códigos de *civil law*. Se trata muy a menudo de contratos que tienen por objeto la transmisión o la constitución de un derecho real inmobiliario o la cesión del goce de un inmueble durante cierto período de tiempo, etc. A estos se pueden añadir ciertos contratos de sociedad, los contratos de seguro [...] los contratos de adhesión y los contratos tipo [...].»

¹⁷⁴ *Vid.* SANTOS MORÓN, 2022, *Op. cit.*, p. 1230, y el sintético pero exhaustivo análisis que hace la autora respecto a dichos artículos: «[m]ientras que el carácter solemne de la donación [de bienes inmuebles, ex art. 633 CC] nunca ha ofrecido dudas, la naturaleza de la forma exigida para las capitulaciones matrimoniales era, por ejemplo, controvertida antes de la reforma de la Ley 11/1981, ya que el antiguo art. 1321 (a diferencia de lo que sucede en el actual art. 1327 CC) no prevéía ninguna sanción para su inobservancia (SANTOS, 1996, pp. 87 y ss.). También ha suscitado dudas la interpretación del art. 1667, que exige escritura pública para el contrato de sociedad con aportación de inmuebles, habiéndose inclinado el TS, a partir de la S. de 2 diciembre 1902 (ROJ 31/1902) por negar que dicha forma sea requisito de validez. Se ha discutido si la forma exigida para el contrato de enfeusis tiene carácter *ad substantiam* (art. 1628), aunque la cuestión actualmente, dado lo inusual de dicho contrato, tiene escaso interés. En cuanto al contrato de hipoteca, no está claro si la necesidad de escritura pública a que alude el art. 1857 se refiere al propio contrato de hipoteca o al derecho real de hipoteca, en tanto presupuesto para su inscripción registral».

¹⁷⁵ En este sentido, ALBALADEJO, *Op. cit.* p. 345 (nota 2).

¹⁷⁶ GORLA, *Op. cit.*, p. 238

¹⁷⁷ ARROYO AMAYUELAS, ADC, 2008, p. 520.

¹⁷⁸ Esbozando unas escuetas referencias acerca de conceptos sobradamente conocidos, interesa recordar que la forma escrita tendría un primordial carácter de protección del consumidor en el proceso de contratación con el empresario para la reducción de las asimetrías informativas, siendo su manifestación más evidente el denominado «derecho de información» (que, si se piensa, no sería otra cosa que derecho a «obtener en forma escrita» la expresión de la voluntad del empresario para que sobre aquella pueda también «tomar forma» y manifestarse válidamente el consentimiento del consumidor). Junto a ello, la forma escrita respondería a típicas exigencias de seguridad jurídica, para acreditar *ex post*, con suficiente precisión y estabilidad en el tiempo, el contenido exacto de los compromisos concluidos entre adherente y predisponente.

tratos o si, por el contrario, el artículo 1278 habría conservado un valor meramente enfático¹⁷⁹.

Como se ha recordado en el breve *excursus* histórico arriba apuntado, la libertad de contratación del individuo según la regla «solus consensus obligat» (de matriz «naturalista») ya quedaba perfectamente reconocida en el artículo 1258 CC (en conexión con el art. 1261). En base a este, debería entenderse que (salvo para aquellos contratos que, de forma expresa, siguen requiriendo la forma escrita *ad substantiam* para su válida existencia), una vez producido el encuentro libre (no viciado y anulable, ex art. 1300) de consentimientos (incluso verbales) sobre un determinado contenido contractual obligatorio, los contratantes (y sus causahabientes) quedarían válidamente obligados a ello (*cfr.* arts. 1254 y 1257). Esto, a efectos prácticos, significaría que nadie podría invocar la falta de forma escrita como un defecto idóneo para declarar nulo (o inexistente) el acuerdo en cuestión y, de esta manera, impedir el efectivo cumplimiento de su contenido obligatorio *inter partes*. En base al artículo 1258, ni el juez de oficio ni la parte interesada ni sus causahabientes ni ningún tercero (por ejemplo: un acreedor, un fiador, un futuro legitimario o un alimentista) podrían aducir la nulidad absoluta (o inexistencia) de un contrato por el hecho de haber sido celebrado sin forma escrita y, así, ocasionar (cuando la ejecución del contrato ya hubiese empezado o terminado) los efectos restitutorios *ex tunc* conexos a la declaración de nulidad (ex art. 1303 CC). Ahora bien, el mismo artículo 1258 afirma la vinculación de las partes no solo al cumplimiento del pacto, «sino también a todas las consecuencias que, *según su naturaleza*, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley». Consecuencias entre las cuales bien pueden acomodarse las prudentes exigencias de forma expresadas en los artículos 1279 y 1280.

Al contrario, el artículo 1278 se acabó colocando en el CC definitivo como una especie de tótem redundante, sobre todo si se considera que su principal (o única) función acabaría siendo la de imposibilitar la interpretación y aplicación correcta (libre de ataduras dogmáticas) del contenido normativo establecido —hasta ahora en vano— en otras disposiciones aparentemente muy claras.

En conclusión, no parece desconsiderado sostener que la concepción dogmática consolidada acerca de una pretendida primacía absoluta reservada por el legislador al artículo 1278 CC no resultaría conforme a ninguno de los criterios hermenéuticos del artículo 3 CC: históricamente matizada y poco sentida en la actual realidad social, esa interpretación no parecería sujetarse de manera

¹⁷⁹ *Vid.* LASARTE, *Op. cit.*, p. 43.

indubitable en ningún dato positivo trascendente, sobre todo en consideración de las numerosas disposiciones que, de forma más o menos intensa, atribuyen un claro valor normativo vinculante a la forma escrita en materia de contratos en un contexto de inequívoca evolución del conjunto del sistema normativo inspirada al superior principio constitucional de seguridad jurídica.

Objetivamente, el único «punto de fuerza» de esa concepción tradicional parecería estar representado por una doctrina jurisprudencial vinculada a sus precedentes. A pesar de esto, debe subrayarse que este elemento tampoco puede representar un factor decisivo para impedir un necesario cambio de enfoque a nivel interpretativo, pues el sistema jurídico español es un sistema normativista de *civil law* en el cual los jueces están sometidos en exclusiva al imperio de la ley (ex arts. 9.3 y 117.1 CE), no al precedente jurisprudencial, por lo que siempre debe tenerse presente que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la «esclerotización» de la función judicial alrededor de una supuesta vinculación a los precedentes «[s]ería incompatible con el principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 de la C.E. o, al menos, entorpecería la necesaria evolución de la jurisprudencia» (*vid. STC 132/1997 del 15 de julio*¹⁸⁰).

En cualquier caso, a pesar de los esfuerzos interpretativos profusos, es innegable que la actual disciplina de la forma en materia de contratos cuenta con una redacción «ecléctica» o confusa¹⁸¹. Pues bien, la confusión es la peor enemiga para un código moderno entendido como un conjunto normativo sistemático con vocación de autosuficiencia que aspira a proporcionar certeza jurídica y evitar los arbitrios interpretativos, sobre todo en una materia «donde precisamente debería haber mayor fijeza y seguridad, para que todo el mundo pudiera calcular de antemano las consecuencias legales de sus actos»¹⁸². A tal propósito, téngase en cuenta que, siempre el Tribunal Constitucional, con la STC 234/2001 del 13 de diciembre¹⁸³, ha afirmado que:

«[...] la seguridad jurídica ha de ser entendida [...] como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). En suma, [...] si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación

¹⁸⁰ BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997, pp. 20-26.

¹⁸¹ *Cfr. a contrario De Los Mozos, Op. cit., p. 763: «El Código civil regula la materia de una manera que, a primera vista, parece fragmentaria, pero más que un defecto de técnica legislativa del que no hay por qué culpar al Código, responde a un criterio sistemático, al aceptar el principio general de libertad de forma, en el artículo 1.278, rectificando, conforme a la Ley de Bases, los errores en que había incurrido el Proyecto de 1851».*

¹⁸² HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, p. 634

¹⁸³ BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002, pp. 11-18.

admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; y 104/2000, de 13 de abril, FJ 7)».

Aplicando estas conclusiones al conjunto normativo en cuestión (arts. 1278 a 1280), respecto al requisito de forma escrita en materia contractual no puede no verse cómo las dificultades que notoriamente encuentra el intérprete, *a fortiori* se agudizan para cualquier ciudadano lego en derecho, el cual, a la hora de contratar y consultar la ley con el deseo de encontrar en ella un modelo de acción seguro para poder negociar y disponer de sus derechos e intereses, puede tener la neta sensación de una «incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos». Es por ello que, pese a auspiciar —*de lege data*— una renovada interpretación del conjunto de los referidos artículos más conforme a la actual realidad social del tráfico, no resulta del todo ocioso proponer —*de lege ferenda*— una reforma legislativa que, aun dejando inmutado el artículo 1278 CC, dote a los otros dos preceptos de una nueva redacción del siguiente tenor:

- Artículo 1279: «Si esta u otra ley exigiese el otorgamiento de escritura notarial para que todas las consecuencias propias de determinados contratos puedan ser oponibles a terceros, los contratantes quedarán recíprocamente obligados a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para la validez del contrato. En caso de incumplimiento voluntario de la anterior disposición, el contratante perjudicado dispondrá del plazo de caducidad de un año para poder actuar de conformidad a las previsiones del artículo 1124».
- Artículo 1280: «Para pedir en juicio el cumplimiento o ejecución de un contrato en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1500 euros, a la demanda deberán necesariamente acompañarse los documentos idóneos a fundar la tutela judicial que se pretenda, o al menos un principio de prueba por escrito, salvo que su aportación se demuestre objetivamente imposible debido a caso fortuito o fuerza mayor».

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil, tomo I: Introducción y parte general, vol. II: La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Barcelona, 1977.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código Civil de 1889», en *Centenario del Código Civil: (1889-1899)*, vol. II, Madrid, 1990, pp. 17-50.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «¿Qué es “forma” en el derecho contractual europeo de consumo?», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fas. 2, 2008, pp. 519-542.
- CAICOYA CORES, José Antonio: «Significado de la exigencia de forma del artículo 1.279 del Código Civil», *Anales de la Academia Maritense del Notariado*, tomo XXVII, 1987, pp. 185-216.
- CARRIÓN OL莫斯, Salvador: «Incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública y resolución del contrato. Comentario a la STS de 16 de septiembre de 2014», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 2, 2015, pp. 503-516.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral, tomo III: Derecho de Obligaciones (La obligación y el contrato en general)*, Madrid, 15.^a ed., 1988.
- CUEVILLAS SAYROL, Jaume Alonso: *Las normas jurídicas como objeto de prueba: tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, Valencia, 2004.
- DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *El Ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares, el año de mil trescientos y quarenta y ocho / publicarlo con notas, y un discurso sobre el estado y condición de los judíos en España*, Madrid, 1774, disponible en: https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=10072203.
- DE CASTRO, Federico: *El negocio jurídico*, reed. facsímil de la edición del I.N.E.J. de 1971, Madrid, 1985.
- DE COSSÍO, Alfonso: *Instituciones de Derecho Civil, tomo I: Parte General. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1975.
- DE LOS MOZOS, José: «La forma del negocio jurídico», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXI, fas. 4, 1968, pp. 745-778.
- DURANY PICH, Salvador: «Oferta, consensualidad y voluntad unilateral en el contrato de seguro (Comentario a la sentencia TS de 2.2.1990)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, fas. 4, 1990, pp. 1321-1330.
- GORLA, Gino: *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, tomo I, Milano, 1954; Trad. Esp. de Ferrandís Vilella, José: *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*, tomo I, Barcelona, 1959.
- HERMIDA LINARES, Mariano: «Interpretación de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, n.º 304, 1953, pp. 629-649.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, tomo II: Derecho de obligaciones, vol. II: Contrato y negocio jurídico “inter vivos”*, Barcelona, 1977.
- LASARTE, Carlos: *Principios de Derecho Civil, tomo III: Contratos*, Madrid, 19.^a ed., 2017.
- LASSO GAITÉ, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación Española*, tomo IV, vols. I y II, Madrid, 1970.

- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «La seguridad jurídica del contrato», *Revisita de Derecho Notarial*, CXVI, 1982, pp. 37-126.
- LUNA SERRANO, Agustín: «Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitoria del contrato», *Cuadernos de derecho transnacional*, II, 2, 2010, pp. 140-148.
- MANRESA NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VIII, Madrid, 2.^a ed., 1907.
- MARRONE, Matteo: *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004
- MESSINEO, Francesco: *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, Trad. Esp. de Fontanarossa, Sentís y Volterra: *Doctrina General del Contrato*, tomo I, Buenos Aires, 1952.
- MINGUÍJÓN, Salvador: *Historia del Derecho Español, cuaderno IX: Contratación*, Zaragoza, 1924.
- MONTERO AROCA, Juan: «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.^o 53, 2000, pp. 583-668.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael: *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá*, Madrid, 1950.
- PADOA SCHIOPPA, Antonio: *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2.^a ed., 2019.
- PIERGIOVANNI, Vito: «La giustizia mercantile», en *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Napoli, 18-20 ottobre 2001, M. G. Di Renzo Villata (a cura di), Napoli, 2003, pp. 409-430.
- PRIETO CASTRO, Leonardo: *Derecho Procesal Civil, vol.I: Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos*, Madrid, 1973.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil, tomo II, vol. I: Doctrina general del contrato*, Barcelona, 1954.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil Español, tomo III: Obligaciones y Contratos*, Pamplona, 2.^a ed., 1972.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Comentario artículos 1278 y 1279», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol.1-B (Artículos 1261 a 1280 del Código Civil), ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (dir.), Madrid, 1993, pp. 621-750.
- «Comentario artículo 1280», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol.1-B, (Artículos 1261 a 1280 del Código Civil), ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (dir.), Madrid, 1993, pp. 750-771.
- RIAZA, Román y GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Manual de la Historia del Derecho Español*, Madrid, 1935.
- RI POLL SOLER, Antonio: «El acta notarial perfecta de comunicaciones por whats-app», *Revista Boliviana de Derecho*, n.^o 19, 2015, pp. 404-425.
- ROCA JUAN, Juan: «Sobre forma, prueba y documento (observaciones al artículo 1248 del Código Civil)», en *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, vol. II, Madrid, 1990, pp. 1806-1818.
- ROCA SASTRE, Ramón-María: *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, 1948
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, Madrid, 2.^a ed., 1899.
- SANTAMARÍA CRISTOBAL, José Luis: *Comentarios al Código Civil, tomo II (Artículos 1088 a final)*, Madrid, 1958.
- SANTOS MORÓN, María José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, 1996.

- «La forma del contrato en el Código Civil y en el Derecho actual», en *Estudio de Derecho de contratos*, ANTONIO MANUEL MORALES MORENO (dir.), EMI-LIO V. BLANCO MARTÍNEZ (coord.), Madrid, 2022, pp. 1227-1252.
- SAVIGNY, Frederich: *Vom Beruf unserer Zeit für Gezeitgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814; Trad. Esp. de Posada, Adolfo: *De la Vocación de nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, Granada, reed. 2008.
- SCAEVOLA, Mucius: *Código Civil Comentado*, tomo XX, Madrid, 2^a ed. rev. por MARÍN PÉREZ, 1958.
- TENELLA SILLANI, Chiara: «La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa», en *Dialoghi con Guido Alpa: un volume offerto in occasione del suo 71. compleanno*, G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (coord.), Roma, 2018, pp. 537-549.
- VERLANGA HUERTA, Fermín y MUÑIZ MIRANDA, Juan: *Concordancia entre el Código Civil Francés y los Códigos Civiles Estrangeros*, Madrid, 1847, disponible en: https://books.google.es/books?id=byrt-Zbb4CgC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Reestructuración preventiva y desactivación de los instrumentos de protección del contratante *in bonis*

CARMEN DE VIVERO DE PORRAS

Profesora ayudante doctora de Derecho mercantil
(acreditada a profesora titular por ANECA)
Universidad de Málaga

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar ciertos aspectos de los contratos en el preconcurso de acreedores dada la novedosa regulación que se incorporaba al ordenamiento español tras el mandato de la Directiva de Reestructuración e Insolvencia. La normativa concursal acoge la desactivación de las denominadas cláusulas ipso facto en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y varias son las cuestiones que se plantean. Conocer qué tipo de contratos quedan afectados por dicha desactivación, la interpretación de los contratos necesarios, así como una posible rebus sic stantibus como remedio a la alteración sustancial de las circunstancias existentes al momento de la suscripción del contrato se tornan imprescindibles para los contratantes.

PALABRAS CLAVE

Preconcurso; Comunicación de apertura de negociaciones; Plan de reestructuración; Contratos; Obligaciones recíprocas; Tracto sucesivo y tracto único; Contratante in bonis.

Preventive restructuring and deactivation of *in bonis* contracting party protection tools

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze certain aspects of contracts in the pre-bankruptcy proceedings, given the new regulation that was incorporated into Spanish law following the mandate of the Restructuring and Insolvency

Directive. The insolvency regulations include the deactivation of the so-called ipso facto clauses in contracts with reciprocal obligations pending fulfillment and several questions arise. Knowing what type of contracts are affected by such deactivation, the necessary interpretation of the contracts, as well as a possible rebus sic stantibus as a remedy to the substantial alteration of the circumstances existing at the time of the subscription of the contract become essential for the contracting parties.

KEY WORDS

Pre-bankruptcy; Notice of commencement of negotiations; Restructuring plan; Contracts; Reciprocal obligations; Successive and single tract; Contracting in bonis.

SUMARIO: I. *La desactivación de las cláusulas ipso facto en el precurso.* 1. La DRI como punto de partida. 2. Las cláusulas *ipso facto* y su previsión (desactivación) en la normativa preconcursal.–II. *Principio general de vigencia de los contratos en la fase preconcursal.* 1. La vigencia de los contratos en la comunicación de apertura de negociaciones y en el plan de reestructuración como principio general. 2. Los contratos necesarios en el preconcurso.–III. *Contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el preconcurso.* 1. Aproximación al concepto de obligaciones recíprocas. 2. Obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento: ¿por una o ambas partes?–IV. *La resolución de los contratos con obligaciones recíprocas en interés de la reestructuración.* 1. El interés de la reestructuración y la prevención del concurso como conceptos jurídicos indeterminados. 2. La modificación o resolución de los contratos en el plan de reestructuración: ¿una nueva *rebus*?–V. *Reflexiones finales.–Bibliografía.–Jurisprudencia.*

I. LA DESACTIVACIÓN DE LAS CLÁUSULAS *IPSO FACTO* EN EL PRECONCURSO

1. LA DRI COMO PUNTO DE PARTIDA

La Directiva (UE) 2019/1023, emitida por el Parlamento Europeo y el Consejo el 20 de junio de 2019¹ (en adelante DRI), concerniente a los marcos de reestructuración preventiva, expone

¹ El nombre completo es Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración preventiva.

en su Considerando 2 la premisa de que la reestructuración debe facultar al deudor, que enfrenta adversidades financieras, a perseverar en su actividad empresarial, ya sea de manera integral o parcial. Esta directiva manifiesta un interés particular en asegurar que las legislaciones de los Estados miembros incorporen, con precisión, tanto los ajustes operativos como las repercusiones —ya sea mediante modificación o rescisión— de los contratos, o bien la venta o transferencia de activos de cualquier otra índole. Esto se debe a que el proceso de reestructuración podría obligar al deudor a alterar la composición, las condiciones o la estructura tanto de sus activos y pasivos como de cualquier otro aspecto de su estructura de capital².

El Considerando 40 de la DRI subraya la importancia de neutralizar las llamadas cláusulas *ipso facto* haciendo referencia a las potenciales consecuencias adversas derivadas de las cláusulas contractuales de vencimiento anticipado. Estas permiten a una de las partes contratantes (el acreedor o la parte *in bonis*) terminar el contrato de manera prematura exclusivamente debido a la situación de insolvencia del deudor.

La activación de esas cláusulas durante la negociación de un plan de reestructuración o en el contexto de una comunicación previa de negociaciones puede comprometer de forma significativa la viabilidad de rescate de la empresa. Por lo tanto, la directiva recalca la necesidad de legislar específicamente sobre estas circunstancias para prevenir que los acreedores ejerzan las cláusulas de vencimiento anticipado basadas en la negociación sobre un plan de reestructuración, una suspensión o cualquier acción análoga relacionada con la suspensión³.

mientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019.

² En palabras de VÁZQUEZ CUETO, con la expresión «realización de cambios operativos» pretende hacerse alusión a operaciones que persiguen una modificación de las condiciones bajo las que se vienen desarrollando las operaciones continuadas ordinarias para la explotación del objeto social. Como el propio autor señala, «se trataría de la resolución de contratos con proveedores y trabajadores y celebración de otros en su sustitución, del otorgamiento de contraavales, etc.». De interés, VÁZQUEZ CUETO, *Revista Lex Mercatoria*, 2021, p. 24. *Vid.* también el trabajo de TOLLENAAR, *Insolvency Intelligence*, 2017, p.67.

³ Como apunta VÁZQUEZ CUETO, la DRI «[...] Trata, en consecuencia, de procurar el salvamento de la actividad productiva y con ello, de la generación de riqueza y el mantenimiento del empleo en un contexto preconcursal y, asimismo, de preinsolvencia. Y es que, al objetivo de evitar el estigma y los problemas que la aplicación de los efectos de la declaración de inicio de un procedimiento concursal provoca sobre el funcionamiento cotidiano de las empresas se suma una clara vocación de anticipación a los acontecimientos, de intervención antes de que la situación empeore y termine por complicar la viabilidad de la empresa y las probabilidades de cobro de los acreedores de un modo casi irreversible», *vid.* VÁZQUEZ CUETO, *Revista Lex Mercatoria*, 2021, p. 3. Para DÍAZ MORENO, las medidas contempladas en los artículos 8.1. y 2.1.1 de la DRI, entre otras actuaciones, van dirigidas a «la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura de los activos y del pasivo o de cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, (por

Es reconocido que, en el umbral de la insolvencia, emergen con excesiva frecuencia situaciones en las que la terminación anticipada de contratos puede amenazar la capacidad de una empresa para mantener su operatividad durante el proceso de negociaciones de reestructuración. Esto es particularmente crítico en lo concerniente a contratos de suministro de servicios esenciales como son los de gas, electricidad, agua, telecomunicaciones y servicios de pago con tarjeta⁴.

En respuesta a esta problemática, la DRI instó a los Estados miembros a legislar de forma que se prohíba a los acreedores afectados por la suspensión de ejecuciones individuales —cuyas deudas se hayan generado antes de dicha suspensión y que no hayan percibido pagos por parte del deudor— suspender, resolver o modificar los contratos en curso que contengan obligaciones recíprocas fundamentales durante el periodo de suspensión y negociación. Esta disposición se condiciona a que el deudor continúe cumpliendo con sus obligaciones contractuales vencidas durante el periodo de suspensión⁵.

En línea con lo anterior, el artículo 7, apartado 4, de la DRI establece que, para las deudas contraídas antes de la suspensión de ejecuciones individuales, los Estados miembros deberán establecer normas destinadas a prevenir que los acreedores afectados por esta suspensión puedan suspender, resolver, acelerar⁶ o modificar los contratos en vigor considerados «esenciales», en perjuicio del deudor. El término «contratos vigentes esenciales» se define en este contexto como aquellos imprescindibles para la continuidad de la operativa diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción resultaría en la cesación de las actividades empresariales del deudor⁷.

ejemplo, ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento), así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos», *vid.* DÍAZ MORENO, *ADCon*, 2020, pp. 7-64. De interés, SÁNCHEZ PAREDES, *ADCon*, 2018, pp. 133-160.

⁴ Como afirma CAMPUZANO LAGUILLO, en la norma europea es recurrente la consideración de que es necesario atender a las dificultades económicas del deudor con prontitud para que las medidas que se adopten tengan la mayor posibilidad de resultar exitosas. *Vid.* CAMPUZANO LAGUILLO, *RDM*, 2023, pp. 2 y ss.

⁵ Como ejemplo de contratos con obligaciones recíprocas en el Considerando 41 de la DRI se recogieron los contratos de arrendamiento y de licencia, los contratos de suministro a largo plazo y los acuerdos de franquicia.

⁶ La DRI utiliza esta expresión para referirse a los supuestos de resolución y extinción del contrato, lo cual ha sido muy criticado por la doctrina al considerar poco acertado el uso de ese término en lo que se ha entendido como una deficiente traducción de la DRI. Así lo advirtió ROJO FERNÁNDEZ, que aconsejó utilizar versiones en otras lenguas. Así, por ejemplo, para este autor resulta más adecuada la traducción italiana que utiliza la expresión *anticiparne la scadenza*. *Vid.* al respecto ROJO FERNÁNDEZ, *ADCon*, 2017, pp. 99-111.

⁷ El apartado 5 del artículo 7.1 de la DRI se refiere a los *executory contracts* en los siguientes términos: «Los Estados miembros garantizarán que no se permita a los acreedo-

Además, la DRI concede la facultad a los Estados miembros de otorgar a los acreedores implicados ciertas garantías para evitar que sufran daños injustos derivados de la restricción de estas cláusulas contractuales. Esta protección podría extenderse igualmente a los «contratos vigentes no esenciales».

2. LAS CLÁUSULAS *IPSO FACTO* Y SU PREVISIÓN (DESACTIVACIÓN) EN LA NORMATIVA PRECONCURSAL

El mandato de la DRI⁸, que incorpora a nuestro derecho concursal el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo⁹ (TRLC), supone en sede de comunicación de negociaciones la prohibición del ejercicio de cualesquiera de las facultades de suspensión¹⁰, modificación, resolución¹¹ o terminación anticipada de los contratos por el mero hecho de la presentación de la comunicación de inicio de negociaciones, o su admisión a trámite, o la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos¹². La norma sanciona con la nulidad la inclusión de este tipo cláusulas en los contratos al mencionar que «se tendrán por no puestas»¹³.

res dejar en suspenso el cumplimiento de contratos vigentes, resolverlos, acelerarlos o modificarlos de cualquier otra manera en detrimento del deudor, en virtud de una cláusula contractual que prevea tales medidas por el mero motivo de: a) una solicitud de apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva; b) una solicitud de suspensión de las ejecuciones singulares; c) la apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva, o d) la propia concesión de una suspensión de las ejecuciones singulares».

⁸ Véase artículo 7 apartado 5 de la DRI que menciona incluso la protección frente a intentos de «acelerar» los contratos en detrimento del deudor, lo que sin duda muestra su voluntad de prohibir todo intento de modificación del contrato aprovechando el hecho mismo del inicio de negociaciones.

⁹ El nombre completo es 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 07/05/2020.

¹⁰ En cuanto a la suspensión, O'CALLAGHAN considera que no es aplicable al contrato a no ser que las partes lo hayan pactado, en aras del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código civil). *Vid.* al respecto O'CALLAGHAN, 2020, pp. 1-716.

¹¹ Las consecuencias respecto de la facultad resolutoria en nuestro derecho de obligaciones y contratos se recogen en el artículo 1124 CC, sobre el cual la reiterada doctrina jurisprudencial exige para su éxito la prueba de los siguientes requisitos: i) la existencia de un vínculo contractual entre quienes lo concertaron; ii) la reciprocidad de las pretensiones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; iii) que la parte incumpla de forma grave las obligaciones que le incumbían; iv) que semejante resultado se haya producido como consecuencia de la una conducta de este que de un modo indubitable, absoluto, definitorio e irreparable lo origine, y v) que quién ejerzte la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriese como consecuencia de incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de este sería lo que motivaría el derecho de resolución de la contraparte y lo liberaría de su compromiso. Para el análisis de esta cuestión, *vid.* las reflexiones de SANJUÁN Y MUÑOZ, 2008, pp. 1-496, donde podremos encontrar un estudio detallado de la cuestión.

¹² *Vid.* artículo 598 TRLC.

¹³ *Vid.* artículo 597 TRLC.

En similares términos se regula en sede de reestructuración y, por tanto, se tendrán por no puestas aquellas cláusulas contractuales que establezcan la facultad de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por el mero motivo de la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, la homologación judicial del plan o cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores¹⁴. En cambio, sí le estará permitido a la contraparte del deudor (*a sensu contrario*) ejercitar las facultades de suspensión, modificación, resolución o extinción contractual, siempre y cuando no tengan que ver con las circunstancias mencionadas en los artículos 597 y 618, por lo que serán aceptadas aquellas facultades que puedan ejercitarse por motivos legales o contractuales¹⁵ distintos de los prohibidos.

Los preceptos mencionados introducen en el ámbito preconcursal la desactivación de las denominadas cláusulas *ipso facto*, tanto en sede de comunicación de inicio de negociaciones como en sede de la reestructuración¹⁶. Es por ello que la parte *in bonis* que pretenda ejercitar cualesquiera de las facultades de suspensión, modificación, resolución o extinción deberá ser extremadamente cuidadosa en la comunicación o comunicaciones que se intercambien a estos efectos con vistas a no referirse a las circunstancias prohibidas. De hecho, en la práctica, será determinante lo que las partes hayan pactado en el contrato y, dado que nos encontramos ante un escenario preconcursal, en ocasiones

¹⁴ *Vid.* artículo 618 TRLC. En palabras de GONZÁLEZ NAVARRO, «[...] Se reitera por tanto la ineeficacia de las cláusulas *ipso facto*, esta vez haya existido o no el paraguas protector de la comunicación de negociaciones. Sin esta cobertura, acreedores *in bonis* que no hayan querido sumarse a la reestructuración, sin perjuicio del arrastre y de sus posibilidades de impugnación del plan, contarían con derechos contractuales preestablecidos para resolver, suspender o terminar sus relaciones contractuales con el deudor, dinamitando *ex ante* su actividad». *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, p. 24.

¹⁵ *Vid.* al respecto GALLEGOS SÁNCHEZ, 2021, p. 595, quien afirma que, «[...] este régimen general solo protege las negociaciones ante decisiones de resolución o modificaciones de los contratos vigentes basadas en el mero hecho de la solicitud o adopción de medidas de reestructuración, pero no en otras fundadas en la normativa de aplicación a la concreta relación jurídica».

¹⁶ CIFREDO ORTIZ, 2022A, p. 276, para quien la facultad de «dejar en suspenso» irá referida al ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* o de la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Se trata de dos remedios defensivos, creados por la jurisprudencia, a los que puede acudir el deudor de una obligación recíproca en el marco de un contrato sinalagmático que se encuentra con que el acreedor no ha cumplido con su parte de la prestación o lo ha hecho de forma defectuosa; la distinción de ambas estriba en la distinta gravedad del incumplimiento. Para un estudio más profundo de la *exceptio non adimpleti contractus* *vid.* CRUZ MORENO, (2004), pp. 68 y ss. También *vid.* Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.^a) sentencias de 22 octubre 1997 (ECLI:ES:TS: 1997:6290) y de 20 diciembre 2006 (ECLI:ES:TS: 2006:7973). En esta última resolución, el Alto Tribunal señala que la distinción de ambas estriba en la distinta gravedad del incumplimiento.

podría ser complejo discernir si el ejercicio de cualesquiera de las facultades antes apuntadas no tiene nada o poco que ver, al menos, con la comunicación del inicio de negociaciones o la reestructuración¹⁷.

Es aquí donde las partes deberán extremar su análisis acerca de la mora de los obligados en el contrato de que se trate. Como es sabido, en nuestro derecho de obligaciones, «incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación» (art. 1100 del CC¹⁸). Además, en el caso de obligaciones recíprocas, el último inciso del artículo 1100 CC recoge de forma expresa que «ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro». Esta disposición ha suscitado controversia en la doctrina al plantear si, una vez cumplida la obligación por una de las partes, la otra se constituye automáticamente en mora o, por el contrario, como ocurre con el resto de las obligaciones, es necesaria la intimación o requerimiento de la otra parte¹⁹.

No obstante, la cuestión determinante aquí será el análisis de la constitución en mora por alguna de las partes partiendo de que ninguna se constituye en mora mientras la otra parte no haya cumplido con su obligación y, por ello, la consecuencia del cumplimiento simultáneo de las obligaciones en los contratos con obligaciones recíprocas conlleva que, si existe una alteración consentida por los contratantes (*v. gr.* un aplazamiento en las obligaciones de pago) y una de las partes incumple con su obligación, aunque la otra parte deje transcurrir el plazo estipulado para el cumplimiento no podrá requerir el cumplimiento con los efectos de constitución en mora²⁰.

La razón última de la nueva regulación supone mantener durante el periodo transitorio del plan de reestructuración la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, lo que debe impedir, por tanto, el ejercicio de las facultades que supongan la suspensión o aceleración del contrato.

¹⁷ Así lo consideramos en nuestro trabajo DE VIVERO DE PORRAS, 2022, p. 141.

¹⁸ Conforme al citado precepto habrá casos en los que no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: i) cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente y ii) cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación.

¹⁹ ANTÓN SANCHO, 2017, p. 35 y ss.

²⁰ ANTÓN SANCHO, 2017, p. 36 y ss.

II. PRINCIPIO GENERAL DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS EN LA FASE PRECONCURSAL

1. LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS EN LA COMUNICACIÓN DE APERTURA DE NEGOCIACIONES Y EN EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL

Nuestra normativa concursal recoge en el artículo 597 TRLC —y como principio general— la vigencia (en la comunicación de inicio de negociaciones) de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

En este sentido, la sola notificación de apertura de negociaciones con los acreedores o cualquier situación semejante o directamente vinculada a esta no supondrá un impacto sobre los contratos con obligaciones recíprocas aún por cumplir²¹. De forma específica, el artículo señala que se considerarán nulas las cláusulas contractuales que estipulen la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato únicamente por razones tales como: i) la presentación de la comunicación o su aceptación a trámite, ii) la petición de suspensión general o particular de acciones y procedimientos ejecutivos o iii) cualquier otra circunstancia similar o directamente relacionada con las mencionadas. Estas disposiciones buscan evitar interrupciones que puedan afectar la normal continuidad operativa del deudor.

Una alusión similar se halla en el contexto concursal dentro del artículo 156 TRLC, el cual reafirma el principio general de vigencia de los contratos²². De acuerdo con este artículo, la declaración de concurso no constituye, por sí misma, motivo para la resolución anticipada de contratos vigentes en el momento de tal declaración, lo cual lleva a la inaplicabilidad de las cláusulas *ipso facto*. Por tanto, la declaración de concurso no implica una causa de resolución anticipada de los contratos sin más consideraciones.

²¹ Solo se establece una excepción a este principio para los acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo (*vid. artículo 599*). Por el contrario, los incumplimientos de obligaciones posteriores a la comunicación no impiden el ejercicio del derecho de resolución contractual (*vid. artículo 598.2 a contrario*). En este sentido *vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, ADCon, 2022, pp. 9-49*.

²² El artículo 156 TRLC dispone que «La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes». A diferencia de este precepto, el artículo 597 TRLC (en sede preconcursal), además de la exigencia de reciprocidad en las obligaciones, persigue el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor y, en consecuencia, que la vigencia de los contratos pueda permitir una futura reestructuración.

El origen normativo del artículo 156 TRLC se halla en la anterior Ley Concursal (LC) de 2003, en concreto en el primer párrafo del artículo 61.2. Este estipulaba que la declaración de concurso no incidía de forma directa sobre la validez de los contratos con obligaciones recíprocas aún pendientes de cumplimiento, tanto por parte del concursado como por la contraparte²³.

La LC optó por preservar la continuidad de la actividad empresarial del concursado evitando que la declaración de concurso afectase a los contratos en vigor con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tal como se reflejaba también en el ya derogado artículo 44.1 LC²⁴, que asignaba las prestaciones a cargo del concursado, derivadas de estos contratos, como crédito contra la masa²⁵. La legislación concursal vigente continúa reconociendo como crédito contra la masa²⁶ aquellos créditos que i) provengan de prestaciones pendientes de cumplimiento por parte del concursado en el marco de contratos con obligaciones recíprocas que se mantengan vigentes tras la declaración de concurso y que ii) correspondan a obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución del contrato en interés del concurso o por incumplimientos cometidos tras la declaración de concurso por parte del concursado²⁷. Por tanto, la vigencia del contrato en sede concursal conlleva salvaguardas de cara a impedir que la desactivación de este tipo de cláusulas pueda ocasionar un perjuicio injusto a los acreedores-contrapartes del contrato en línea con lo contemplado en la DRI²⁸.

²³ En cambio, sí se recogía como excepción en el párrafo segundo del artículo 61.2 LC que, o bien la administración concursal (en caso de suspensión) o bien el concursado (en caso de intervención) podrían solicitar la resolución del contrato si lo estimaban conveniente al interés del concurso. *Vid. AZNAR GINER, 2021, p. 11.*

²⁴ En este mismo sentido, *vid. SANJUÁN Y MUÑOZ, Abogacía, 2019, pp. 223-239.*

²⁵ Para ANTÓN SANCHO «[...] la declaración de la vigencia del contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes, que podría suponer una carga desproporcionada para la contraparte del concursado frente a otros acreedores, al tener que seguir cumpliendo sus obligaciones con la incertidumbre de si recibirán o no la contraprestación debida y en qué momento, se compensa con la calificación del crédito que ostentan como crédito contra la masa, (artículo 61.2 LC), ventaja que se justifica porque el sacrificio que realiza tienen un contravalor actual para el concurso. Es lo que algunos autores denominan “principio de compensación de sacrificios”: la imposición de la vigencia del contrato (seguir cumpliendo frente a un insolvente) a cambio de la calificación de los créditos que nazcan de ese sacrificio contra la masa». *Vid. al respecto ANTÓN SANCHO, 2017, p. 85.* Distintas son las conclusiones a las que llega SALINAS ADELANTADO, *ADCon, 2011, pp. 102-102.*

²⁶ *Vid. artículo 242, párrafo 9.º TRLC.* Un interesante trabajo sobre la cuestión puede encontrarse en MOLINA HERNÁNDEZ, *ADCon, 2019, pp. 559-570.*

²⁷ Como se ha señalado, solo podrían calificarse como créditos contra la masa aquellos que enumera de forma taxativa la normativa concursal, sin que pueda hacerse una interpretación extensiva o analógica de dicho precepto. De interés, HERNÁNDEZ SÁINZ, 2017, pp. 327-328.

²⁸ Así se recoge en el artículo 7.4 de la DRI.

Al profundizar en el análisis del artículo 597 TRLC destaca la relevancia de la locución «por sí sola»²⁹. Esta expresión hace referencia a la notificación (tanto la presentación como la admisión a trámite) y a cualquier otra situación comparable o vinculada. Como resultado, se deduce que las cláusulas contractuales que aludan a las circunstancias mencionadas no influirán en la continuidad del contrato, pudiendo incluso ser consideradas nulas, ya que el precepto indica que se considerarán como no puestas.

Sin embargo, se interpreta que, bajo la condición «por sí sola», podrían presentarse otras situaciones estipuladas en el contrato o contempladas en la legislación diferentes a las situaciones excluidas (comunicación, suspensión o análogas) que sí podrían impactar en la continuidad del contrato y, por ende, podrían llevar a su resolución, modificación, suspensión o terminación. Un ejemplo ilustrativo sería el de un incumplimiento contractual por parte del deudor (una empresa de mantenimiento) en un acuerdo de servicio con una comunidad de propietarios, donde el deudor ha incumplido reiteradamente las obligaciones contractuales antes de la notificación. Si el contrato vincula tales incumplimientos reiterados a una posible resolución contractual, la activación del mecanismo de protección para la parte *in bonis*, acordado en el contrato, no debería representar un obstáculo en sede preconcursal³⁰.

Como hemos visto, el principio de la continuidad de los contratos constituye un eje fundamental tanto en el procedimiento concursal³¹ como ahora en el preconcurso, cuyo objetivo esencial es garantizar la preservación de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que estén en vigor en el momento de la declaración del concurso³². Este principio busca, en

²⁹ El artículo 597 TRLC recoge que «[...] La comunicación, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento». Como señala SANJUÁN Y MUÑOZ, 2023A, pp. 315 y 316, la norma utiliza «las expresiones “por si sola”, “mero motivo” y “mero hecho”, para determinar la afectación o no afectación de los contratos [...] se trata de expresiones análogas en donde lo que se quiere resaltar es que la posibilidad de afectar el contrato, en la forma que veremos, no se puede dar por la circunstancia (mero hecho, mero motivo, por sí sola) de que nos encontremos ante un periodo de negociación de un plan de reestructuración o la aprobación del mismo. Esto no significa que pueda considerarse junto con otras para configurar un sistema propio de resolución, suspensión, terminación, etc. [...].».

³⁰ Según YANES, esas circunstancias distintas tendrán que ver con el incumplimiento del deudor de las prestaciones a su cargo, y así lo da a entender la propia rúbrica del precepto. Como afirma el autor, la solución que incorpora la norma es razonable porque impedir la resolución no sería tanto favorecer la negociación, sino premiar el comportamiento del deudor como parte incumplidora. *Vid.* YANES YANES, 2023, p. 113.

³¹ OTERO COBOS, 2020, pp. 1013 y ss.

³² De interés, ANTÓN SÁNCHEZ, 2017, p. 84, quien advierte, respecto de la redacción en sede concursal, que la mera declaración del concurso no afecta a la vigencia, pero que sí pueden darse otras circunstancias que la impidan, como por ejemplo la apertura de la fase de liquidación con el cese de la actividad del concursado. También *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, 2006, pp. 957-984 respecto de la normativa concursal anterior.

esencia, prevenir cualquier alteración involuntaria del contrato derivada de la situación preconcursal mencionada.

En aras de reforzar o esclarecer este principio general de la continuidad de los contratos con obligaciones recíprocas aún por cumplir, el artículo 598 TRLC complementa dicho principio en su primer párrafo, pero no se refiere a la pervivencia de las cláusulas *ipso facto*³³, sino a la posibilidad de resolver el contrato por causas distintas a las expuestas en el artículo precedente. Por lo tanto, el incumplimiento contractual justificaría la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato en los términos descritos antes³⁴.

Esta norma no solo se limita al ámbito de protección proporcionado por la notificación de inicio de negociaciones, sino que también se extiende al marco del plan de reestructuración³⁵. De acuerdo con esto, el artículo 618 TRLC establece que la homologación judicial de un plan de reestructuración, por sí misma, no incidirá en los contratos que contengan obligaciones recíprocas aún pendientes de ser cumplidas.

Por consiguiente, en consonancia con lo establecido en el artículo 597 TRLC, los contratos con obligaciones recíprocas aún por cumplir no se verán comprometidos por el proceso de homologación. El mencionado artículo estipula la prohibición de incluir en los contratos cualquier cláusula que otorgue a la parte *in bonis* el derecho de suspender o alterar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la terminación o extinción del mismo solo por razones tales como: i) la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, ii) la homologación judicial o iii) cualquier otra situación semejante o directamente vinculada a las anteriores.

De este modo, tanto la DRI como el TRLC (artículos 597 y 618) impiden la aplicación de cláusulas *ipso facto*. Sin embargo, no excluyen la posibilidad de terminación del contrato por incumplimientos. Esta restricción se aplicaría en el caso de contratos

³³ El precepto indica que «la comunicación no afectará a la facultad de suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por circunstancias distintas de las mencionadas en el artículo anterior».

³⁴ De interés, GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, pp. 1-58.

³⁵ La DRI define los planes de reestructuración en el artículo 2.1.1: «se considerarán planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos». El artículo 614 TRLC recoge qué debemos entender por plan de reestructuración.

esenciales siempre y cuando los incumplimientos hayan ocurrido antes y se sostengan los efectos de la comunicación.

2. LOS CONTRATOS NECESARIOS EN EL PRECONCURSO

Los contratos, en sede preconcursal, quedan sujetos al régimen general que hemos recogido y que parte del principio general de no resolución o modificación, suspensión u otros, en tanto en cuanto se refieran solo a la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por los motivos antes apuntados.

Sin embargo, tanto en el contexto de la comunicación de inicio de negociaciones (artículo 598.2 TRLC) como en el ámbito del plan de reestructuración (artículo 618.2 TRLC) se aborda la terminación de contratos con obligaciones recíprocas pendientes en casos de contratos considerados «necesarios». En estas situaciones, se restringe el ejercicio de facultades resolutivas, suspensivas o modificativas de los contratos sujeto al cumplimiento de determinados criterios. No obstante, hay diferencias específicas entre ambos artículos que se analizarán más adelante.

Como premisa inicial, resulta fundamental definir qué se entiende por contratos necesarios conforme a la DRI y la reciente legislación concursal derivada de la transposición de esta directiva.

En el marco del Derecho concursal español, se reconoce el concepto de bien o derecho necesario para la actividad empresarial, aunque no se define de manera explícita el término «contrato necesario» para dicha actividad³⁶. La distinción entre bien o derecho «afecto» a la empresa y bien o derecho «necesario» para la continuidad de la actividad empresarial o profesional se precisó tras la reforma legislativa de 2014. Según esta última concepción, que algunos autores consideran más restrictiva, un bien necesario es siempre un bien afecto, pero no todos los bienes afectos son necesarios³⁷.

Respecto a la categorización de un contrato como necesario, el artículo 7.4 de la DRI especifica que se trata de «aquellos contratos vigentes que sean necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya

³⁶ Vid. artículos 145, 146, 206, 214, 329, 583, 585, 588, 591, 593, 636 y 669 TRLC.

³⁷ YAÑEZ EVANGELISTA, 2020, pp. 990 y ss.

interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor»³⁸.

Basándonos en esta premisa, y como tuvimos ocasión de analizar en anteriores trabajos, si a los activos nos referimos, solo deben clasificarse como necesarios aquellos que resulten cruciales para asegurar la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor³⁹. Esta consideración prevalece con independencia de que el objeto social de la empresa permita la realización de otras actividades o funciones o de que el deudor tuviera planes de emprender o desarrollar nuevas actividades antes del concurso⁴⁰.

Cuando nos referimos a los contratos, para determinar si estos son o no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, serán necesarios o esenciales todos aquellos contratos incluidos como tales por el deudor en la comunicación prevista en el artículo 586.7 TRLC (salvo que judicialmente se determine lo contrario). Somos conscientes de la amplia gama de contratos que abarca tal consideración, cuya clasificación como necesarios se fundamenta en un principio en la percepción del deudor y no se circunscribe solo a los contratos de suministro fundamentales, sino a cualquier contrato que se considere esencial para la continuidad de la actividad.

Estamos ante una categoría amplia cuyo fundamento inicial es la propia percepción del deudor. Ahora bien, dicha calificación inicial queda condicionada al posible recurso de revisión (ex artículo 590 TRLC) que pueda interponer la contraparte afectada contra la resolución que tenga por efectuada la comunicación de apertura de negociaciones si considera que su contrato no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Como hemos señalado, los artículos 598.2 y 618.2 TRLC albergan ciertas diferencias en lo que a los contratos necesarios y su

³⁸ Conviene aquí recordar que, en la traducción española de la DRI, el Considerando 41 se refiere a estos contratos como suministros «básicos». En cambio, en la versión inglesa, el Considerando 41, que también se refiere a los suministros, lo hace añadiendo el término esencial *contracts for essential supplies*, y el artículo 7.4 se refiere a ellos como *essential executory contracts*, término que emplean otras versiones de la directiva, como la francesa o la italiana. Para GONZÁLEZ NAVARRO, «[...] La idea que traslada el legislador español está clara, pero estas diferencias pueden entrañar distinciones conceptuales que restan precisión a la norma». *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, pp. 38.

³⁹ DE VIVERO DE PORRAS, 2022, pp. 121-164.

⁴⁰ Para AZOFRA no podrán entenderse incluidos en el concepto de contratos necesarios aquellos que pueda ser sustituidos sin penalidad y sin consecuencias jurídicas o económicas relevantes para el deudor, por ejemplo, los contratos negociados en mercados regulados a los que el deudor tenga acceso, aún en la tesitura en la que se encuentra. *Vid.* AZOFRA VÉGAS, ADCOn, 2022, pp. 151-172.

suspensión se refiere. Mientras que el primero hace referencia a incumplimientos anteriores a la comunicación, así como a la imposibilidad de ejercitar las cláusulas *ipso facto* mientras se mantengan los efectos de la comunicación, el segundo de los preceptos recoge cómo los contratos necesarios no podrán verse afectados (su vigencia) por el hecho de que el plan de reestructuración conlleve un mero cambio de control del deudor.

Nótese, además, que al mencionar el precepto los incumplimientos anteriores se estaría produciendo una suerte de contraposición entre los créditos anteriores y posteriores a la comunicación, de forma muy parecida a como se recoge en el artículo 158 TRLC. Por tanto, los créditos anteriores a la comunicación quedarán sometidos a la solución de la reestructuración y se satisfarán con arreglo al plan, quedando fuera de este los créditos posteriores. Estos últimos tendrán un tratamiento parecido al de los créditos contra la masa y deberán satisfacerse a su vencimiento⁴¹, obligación implícita en el artículo 597 TRLC. También la DRI se refiere a ello cuando en el artículo 7 apartado 4 hace mención a las salvaguardas adecuadas a favor de la parte *in bonis* con el objeto de impedir que se le ocasione un perjuicio injusto⁴². La distinción es importante porque el contrato se seguirá cumpliendo respecto de lo posterior, pero quedará pendiente en lo anterior en tanto en cuanto puede ser un crédito afectado y, por lo tanto, sujeto a las vicisitudes de la negociación y del plan.

La desactivación de las cláusulas *ipso facto* en el caso de contratos necesarios en sede del plan de reestructuración se anuda, además, al hecho de que dicho plan conlleve un mero cambio de control del deudor. De lo anterior se colige que un mero cambio en el accionariado del deudor⁴³ no puede afectar a la vigencia de los contratos necesarios y que serán ineficaces aquellas cláusulas que impongan la resolución, por ejemplo, como consecuencia del cambio de control que una capitalización de créditos pueda causar en el deudor⁴⁴.

⁴¹ Vid. artículo 245.2 TRLC. Un interesante trabajo sobre la cuestión puede encontrarse en DÍAZ LA CHICA, ADCor, 2018, p. 130.

⁴² En igual sentido, el Considerando 41 de la DRI determina la obligatoriedad para el deudor de cumplir las prestaciones de los contratos esenciales que lleguen a su vencimiento durante las negociaciones.

⁴³ Se da incluso en el supuesto de acuerdos tipo *lock-up agreement* en donde se limita por un tiempo la posibilidad de estos cambios de control de dirección o administración. Llegaríamos a afirmar que incluso más si hablamos de planes de reestructuración que puedan ser modificados posteriormente a través de otro tipo de planes y que contuvieran el régimen de protección que decimos.

⁴⁴ Sobre si el nombramiento del experto en reestructuración ha de entenderse como un cambio en la gestión cotidiana de la actividad empresarial del deudor que pudiera entenderse, además, como un cambio de control en el deudor, habría que acudir al Considerando n.º 30 de la DRI. La norma europea recoge como principio la conservación del

Es por ello que la desactivación no deberá afectar a aquel clausulado que además de establecer un cambio de control del deudor conlleve un plus adicional como sería, por ejemplo, la adquisición de la sociedad deudora por una sociedad competidora⁴⁵, donde podrían darse conflictos de interés precisamente por las relaciones contractuales ya establecidas. El precepto hace alusión a una práctica bastante extendida y que concurre en la gran mayoría de este tipo de cláusulas resolutorias, donde se establece la posibilidad de suspensión, resolución o terminación anticipada si se presenta un plan con un mero cambio de control del deudor.

En contraposición con lo que ocurre en sede de comunicación de inicio de negociaciones, la disposición normativa contenida en el artículo 620.1 TRLC (negociación de un plan de reestructuración) autoriza la alteración o terminación de los contratos necesarios si tal medida se considera esencial para el éxito de la reestructuración y para evitar el riesgo de un procedimiento concursal. Dada la importancia de este precepto, se profundizará más adelante sobre esta cuestión.

Para los acuerdos de compensación contractual⁴⁶, tanto el artículo 599.3 como el 619.3 establecen determinadas especialidades. Los contratos de suministro de bienes, servicios o energía necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor⁴⁷ topan con la prohibición y, en consecuencia, no podrán vencerse de manera anticipada. Sí cabe su alteración contractual en el caso de que tales contratos se hubieran negociado en mercados organizados de modo que puedan verse sustituidos en cualquier momento por su valor de mercado⁴⁸. Por tanto, los negociados en un mercado organizado (sustituibles en cualquier

control por parte del deudor sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial en aras a evitar costes innecesarios y reflejar de esta forma el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva. Además, se anima a los deudores a solicitar la reestructuración preventiva en un momento temprano de sus dificultades financieras. El nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no será siempre obligatorio. Que un cambio de gestión pudiera suponer un cambio de control del deudor podría ser algo forzado a los efectos de lo dispuesto en el artículo 618.2 TRLC.

⁴⁵ *Vid.* en este mismo sentido GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *ADCCon*, 2022, pp. 9-49

⁴⁶ Este tipo de acuerdos se encuentran sujetos al Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. Ahora bien, el saldo resultante neto favorable a la contraparte sí puede quedar afectado por el plan de reestructuración.

⁴⁷ Tanto el Texto Refundido de la Ley Concursal (arts. 599 y 619) como la normativa europea tratan con normalidad el contrato de «suministro» de bienes, servicios o energía necesarios. La DRI presta atención especial a los «suministros básicos tales como gas, electricidad, agua, telecomunicaciones y servicios de pago con tarjetas». *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, p. 45.

⁴⁸ De interés, MORALES PLAZA, y FLORES SEGURA, *RDM*, 2023, p. 6.

momento) quedarán a salvo de la prohibición. Como se ha señalado, con este tipo de blindajes será obligada una negociación caso a caso de la medida exacta en que la homologación pretendida afecta a cada contrato necesario, lo que luego deberá trasladarse a la propuesta de homologación⁴⁹.

III. CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO EN EL PRECONCURSO

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS

Como ya hemos señalado, en el marco de la legislación concursal especificada en los artículos 597 y 598 TRLC relativos a la comunicación, así como en los artículos 618 y 620 TRLC referentes al plan de reestructuración, se aborda la temática de la resolución de contratos que presentan obligaciones recíprocas aún pendientes de cumplir. Es imperativo determinar a qué categoría de contratos alude la normativa concursal. Antes de profundizar en la materia de las obligaciones pendientes, es pertinente realizar un análisis preliminar sobre la naturaleza de los contratos con obligaciones recíprocas.

Las obligaciones unilaterales o simples se definen como aquellas que se ajustan al concepto tradicional de obligación y configuran una relación jurídica estándar entre acreedor y deudor, sin particularidades adicionales. En contraste, las obligaciones recíprocas, también conocidas como bilaterales o sinalagmáticas, caracterizan aquellas situaciones en las que, dentro de una misma relación jurídica, cada parte actúa de forma simultánea como acreedor y como deudor respecto de obligaciones correspondientes, estableciendo un vínculo de interdependencia entre las partes involucradas.

En este contexto, cada sujeto desempeña simultáneamente los roles de acreedor y deudor dentro de una obligación bilateral, lo que implica que la prestación a la que una parte está obligada constituye, a su vez, el objeto de la obligación por la cual la otra parte es responsable⁵⁰. Esta dualidad establece que, en el marco de las

⁴⁹ *Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, Revista Lex Mercatoria, 2022, p. 45 y ss.*

⁵⁰ O'CALLAGHAN, X., 2009, pp. 1-747. Como advierte el autor: «El Código civil no trata esta distinción en forma orgánica y sistemática, sino que se refiere a la obligación recíproca en alguna ocasión, como en el artículo 1120, y la trata al prever sus efectos en los

obligaciones bilaterales, cada parte tiene compromisos que son recíprocos y se consideran contraprestaciones mutuas, de manera que una obligación actúa como fundamento para la otra.

Las obligaciones recíprocas crean una interdependencia entre las partes, lo cual no necesariamente implica que los compromisos deban ejecutarse de manera simultánea. La secuencia de cumplimiento dependerá de los términos acordados en el contrato.

Para definir la reciprocidad, se suele recurrir a notas definitivas como la bilateralidad⁵¹ y la onerosidad⁵². Respecto a la bilateralidad, se identifica en contratos que generan obligaciones para ambas partes⁵³. En lo referente a la onerosidad, esta emerge en acuerdos donde la causa de obligación para cada parte es la prestación de un bien o servicio por la otra. Es importante reconocer que la onerosidad también puede presentarse en contratos unilaterales, lo que indica que, aunque la onerosidad y la bilateralidad suelen coincidir, existen excepciones, tal como ocurre en el caso de los contratos de préstamo con interés⁵⁴.

Es pertinente realizar una distinción entre el ámbito patrimonial y el ámbito obligacional de un contrato⁵⁵. El primero se refiere a la correspondencia, ya sea objetiva o subjetiva, entre las prestaciones de las partes, mientras que el segundo abarca la exigibilidad, donde una obligación implica un derecho respecto al cual el acreedor demanda su cumplimiento. A partir de esta distinción, se entiende que la onerosidad pertenece al ámbito patrimonial y la bilateralidad

artículos 1100, último párrafo, y 1124 a lo que añade que [...] La jurisprudencia ha dictado innumerables sentencias no tanto sobre esta distinción ni sobre las obligaciones recíprocas, como sobre el efecto esencial de estas últimas, que es la resolución que regula el artículo 1124». Por tanto, y siguiendo al autor, para el análisis de la reciprocidad también habremos de acudir a los artículos del CC en los que aparece como nota distintiva de algunas obligaciones contractuales (*vid.* artículos 1100, 1120 y 1124 CC). Como ejemplo más típico, O'CALLAGHAN recoge el de las obligaciones nacidas de la compraventa: en la obligación de pago del precio, el deudor es el comprador y el acreedor el vendedor; como contrapartida y causa de la anterior, se da la obligación de entrega de la cosa, en la que el deudor es el vendedor y el acreedor el comprador.

⁵¹ Dentro de la bilateralidad se pueden encontrar los contratos bilaterales perfectos, en los que nacen siempre obligaciones para ambas partes contratantes (ej. compraventa, permuta, arrendamiento, etc.,) y los bilaterales imperfectos, en que las obligaciones de una de las partes tienen solo carácter eventual, pues responden a una necesidad de resarcir los posibles perjuicios patrimoniales causados a la otra parte (ej. mandato y depósito no retribuido o el comodato). De interés es RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 93, quien hace esta distinción con ocasión del estudio de las excepciones de incumplimiento.

⁵² DIEZ PICAZO, 2007, pp. 167-168.

⁵³ Para un estudio más completo sobre la cuestión, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2020, pp. 267 y ss. Como señala ANTÓN SANCHO, existen ciertos contratos que en un principio se configuran como unilaterales, pero respecto de los cuales posteriormente pueden nacer obligaciones para la otra parte. Es el caso del abono de los gastos en el contrato de depósito, a los que la doctrina denomina bilaterales imperfectos, *ex post facto* o no rigurosamente unilaterales. *Vid.* en este sentido ANTÓN SANCHO, 2014, p. 3.

⁵⁴ DIEZ PICAZO, 2007, pp. 167-168.

⁵⁵ ANTÓN SANCHO, 2017, p. 31.

dad al obligacional. Es crucial reconocer que, si bien todos los contratos recíprocos son bilaterales y onerosos, no todos los contratos bilaterales y onerosos son sinalagmáticos o recíprocos. En el contexto obligacional es necesario diferenciar entre el sinalagma genético, que se establece en el momento de la formalización del contrato y donde cada obligación se origina como causa de la obligación correspondiente de la otra parte⁵⁶, y el sinalagma funcional, que se refiere a la reciprocidad durante el cumplimiento del contrato, generalmente de forma simultánea, e implica que la ejecución de la prestación de cada parte está condicionada por el cumplimiento recíproco de la otra⁵⁷. Por consiguiente, la no afectación de la comunicación a la vigencia de los contratos, conforme al artículo 597, requiere que se trate de contratos con obligaciones recíprocas y, por tanto, la presencia tanto del sinalagma genético como del funcional.

Además, se pueden identificar otras categorías contractuales que se diferencian en función del tiempo como elemento definitivo del contrato o en el modo en que las obligaciones se cumplen a lo largo del tiempo. Estas categorías incluyen los contratos de trato único y los de trato sucesivo, cuya normativa no se especifica en el Código Civil⁵⁸. La doctrina ha establecido esta bifurcación e identifica, por un lado, los contratos de trato único con aquellas relaciones que se consuman en un único acto o momento jurídico específico y, por otro, los contratos de trato sucesivo, que se refieren a relaciones de duración prolongada o periódica y donde las prestaciones se dividen de manera periódica (como el pago de renta), no periódica pero extendida en el tiempo (como el suministro de energía eléctrica) o aquellas que requieren de un comportamiento duradero o continuado (como el mantenimiento del disfrute pacífico del bien arrendado)⁵⁹.

La jurisprudencia ha proporcionado una definición de los contratos de trato sucesivo particularmente en la Sentencia de

⁵⁶ Como señala RODRÍGUEZ-ROSADO, el sinalagma genético se refiere al hecho de que, en los contratos consensuales, el nacimiento de la obligación de cada parte depende del recíproco nacimiento de la otra. *Vid. RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p.11.*

⁵⁷ Para RODRÍGUEZ-ROSADO «[...] Manifestaciones de ese sinalagma funcional serían, típicamente, la excepción concedida a cada contratante en caso de falta de cumplimiento de la contraprestación (*exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*), el hecho de que la imposibilidad sobrevenida fortuita de cumplir para una parte determine el percimiento de la obligación de la otra y la institución de la resolución de los contratos por incumplimiento», *vid. RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 11 y ss.*

⁵⁸ ANTÓN SANCHO, 2014, p. 5.

⁵⁹ DIEZ PICAZO, 2007, pp. 167-168. Como ALBALADEJO ya señaló en su momento, un mismo contrato podía generar unas obligaciones de una clase y otras de otras. Por ejemplo, el arrendamiento: de trato continuo, el mantenimiento en el goce pacífico, y de trato periódico, el pago de la renta. *Vid. ALBALADEJO GARCÍA, 2008, p. 430.*

21 de marzo de 2012⁶⁰. Para el Alto Tribunal, puede definirse el contrato de trato sucesivo como aquel contrato por el que una persona se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o una pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente de forma más o menos permanente en el tiempo a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato.

De esta definición se deduce que los contratos sinalagmáticos engloban tanto a los contratos de trato único como a los de trato sucesivo. En los contratos de trato único, la prestación se presenta como un elemento unitario de una obligación única (o se divide en varias prestaciones parciales) en contraposición a los contratos de trato sucesivo, donde las relaciones jurídicas establecidas generan obligaciones que pueden ser aprovechadas de manera independiente⁶¹.

2. OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMENTO: ¿POR UNA O AMBAS PARTES?

La norma concursal (tanto en sede de comunicación como en reestructuración), aborda de forma específica los contratos que contemplan obligaciones recíprocas aún por cumplir. Los artículos mencionados no proporcionan detalles adicionales sobre el estado de cumplimiento de dichas obligaciones, es decir, no especifican si deben encontrarse pendientes por parte de una o ambas partes. A partir de una interpretación literal de dichos preceptos, se podría inferir que la normativa apunta en exclusiva a los contratos sinalagmáticos donde persisten obligaciones por cumplir por ambas par-

⁶⁰ *Vid.* Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a sentencias núm. 145/2012 (ECLI:ES:TS:2012:4011) y núm. 161/2012 (ECLI:ES:TS:2012:4176), de 21 de marzo ambas. Para un estudio más profundo de la cuestión *vid.* GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, (2013), pp. 13-27.

⁶¹ Para YANES, «ha de tratarse de contratos bilaterales que produzcan obligaciones recíprocas, i) con causa en la misma relación contractual, ii) a cargo de las dos partes, en la doble posición de acreedora y deudora de la otra, y iii) con interdependencia o mutua condicionalidad entre las prestaciones conectadas por un nexo causal determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contraprestación de la otra». Además, para el autor, estaríamos ante una reciprocidad funcional, y no genética, donde la comprobación de la reciprocidad a los efectos de la aplicación del principio de vigencia o no afectación debe hacerse de presente no en el momento de la perfección del contrato, sino en el de presentación o admisión a trámite de la comunicación de inicio de las negociaciones. En suma, si la reciprocidad hubiera decaído en ese momento, el principio no sería aplicable como tal. *Vid.* YANES YANES, 2023, p. 108.

tes, excluyendo así aquellos contratos de trato único en los cuales la parte *in bonis* ya ha satisfecho sus obligaciones y solo quedan pendientes por cumplir las que incumben al deudor que hizo la comunicación.

La derogada LC sí hacía referencia explícita a este aspecto. El artículo 61.2 de la LC estipulaba, dentro del principio general de vigencia sobre los contratos que: «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Además, el artículo 191 ter de la misma normativa mencionaba la situación de las obligaciones pendientes por ambas partes en contratos cuya resolución podría acordarse judicialmente en el auto que aprobaba el plan de liquidación; nos referimos aquí al procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación.

En aquel momento parecía claro que la normativa concursal se refería a la pendencia en el cumplimiento de las obligaciones por ambas partes y no a una sola de ellas, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia⁶² venían sosteniendo que para que los cré-

⁶² HERNÁNDEZ SÁINZ, 2017, pp. 358-370; también VALPUESTA GASTAMINZA, 2010, pp. 966-967. En este sentido, igualmente se ha manifestado el Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.^a) en la sentencia núm. 494/ 2015 de 12 de septiembre (ECLI:ES:TS: 2015:3830), que reza como sigue: «para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como un crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que esté pendiente de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. La reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia del cumplimiento de obligaciones por ambas partes constituyen los criterios determinantes de la calificación de los créditos contractuales contra el concursado, conforme a dichos preceptos legales». La SAP de Vizcaya de 12 de noviembre de 2014 (ECLI:ES:APBI:2014:2607) interpreta, en un supuesto similar al analizado, que el crédito surgido de una cláusula penal insertada en el contrato no puede tener carácter de crédito contra la masa ya que, al tiempo de la declaración del concurso, la concursada no había cumplido con la obligación que le incumbía, de manera que considera aplicable el artículo 61.1 LC y, por ende, califica el crédito como concursal. Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.^a) en la sentencia núm. 760/2012 de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8997), vino a distinguir entre los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos en función de si es una o ambas partes las que están pendientes de cumplimiento, incidiendo en la posibilidad de resolver el contrato si ninguna de las partes hubiese cumplido con su deber de prestación: «Si está pendiente de cumplimiento solo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte *in bonis*) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte *in bonis*, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC. Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, ‘las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa’. Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursal o, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC. Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LC distingue según se trate de un contrato de trato único o de trato sucesivo. Si es de trato único, solo cabe la resolución

ditos surgidos de contratos con obligaciones recíprocas fueran calificados como créditos contra la masa debían estar pendientes de cumplimiento por ambas partes y no por una sola de ellas⁶³.

No obstante, el Tribunal Supremo matizó ligeramente su criterio permitiendo resolver los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una de las partes al tiempo de la declaración concursal. La consecuencia en calificación fue la consideración de crédito contra la masa respecto del crédito que surge de la obligación de restituir las prestaciones como consecuencia de la resolución.

La Sentencia de 19 de julio de 2016⁶⁴ fue trascendental en este asunto, donde analizando un contrato de compraventa incumplido por el concursado antes de la declaración de concurso. Declaró que, si bien los efectos de la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas se regulan por el artículo 62.4 LC, lo cierto es que

«Esta norma, en realidad, regula los efectos de la resolución de los contratos de trato sucesivo, en los que es posible distinguir entre las obligaciones pendientes de vencimiento y las vencidas, y dentro de estas últimas según el incumplimiento por parte del concursado fuera anterior o posterior a la declaración del concurso».

Añadía además que «la norma prevé los efectos liberatorios, liquidatorio de la relación jurídica contractual e indemnizatorio propios de la resolución de un contrato de trato sucesivo». Así, como finalmente determinó el Alto Tribunal,

«Los efectos de la resolución de un contrato de trato único son diferentes [...]. De ahí que, además del efecto liberatorio, la resolución de estos contratos traiga consigo, cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada, un efecto *ex tunc*, restitutorio, debiendo ambas partes restituir lo percibido».

del contrato fundada en el incumplimiento del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de trato continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si este es anterior o posterior a la declaración de concurso».

⁶³ *Vid.* OTERO COBOS, 2020, pp. 1013 y ss., para quien en sede concursal, «el diverso tratamiento que dispensa la norma concursal en el caso de que existan obligaciones pendientes de cumplimiento para una o ambas partes, suscita importantes controversias. El acreedor in bonis diseña su estrategia para actuar en el concurso buscando el mayor beneficio para su crédito, por esta razón, suele tener especial interés en defender que el contrato litigioso contiene obligaciones recíprocas y que estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes, lo que le puede permitir desligarse de su situación como acreedor concursal y ver satisfecho su crédito con cargo a la masa».

⁶⁴ Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.^a), sentencia núm. 500/2016 de 19 julio (ECLI:ES:TS:2016:3630).

Según el Tribunal Supremo, estos efectos, pese a no venir recogidos en la normativa concursal, resultaban aplicables ya que se trataba de efectos inherentes al carácter recíproco de las prestaciones acordes con el contenido del artículo 62.1 LC. De esta manera, «si se resuelve [el contrato], el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* es contra la masa».

De esta forma, la novedad consistió en sostener el criterio de calificar como créditos contra la masa a los créditos surgidos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una sola de las partes —el concursado— en el momento de la declaración del concurso⁶⁵, cuestión que hasta el momento no se admitía⁶⁶.

A la hora de determinar las obligaciones pendientes de cumplimiento, no será lo mismo que estemos ante obligaciones principales a que nos encontremos ante obligaciones accesoriales⁶⁷. Parece claro, como así lo ha entendido un sector de la doctrina⁶⁸, que, para justificar la aplicación de este precepto, no bastaría con que las obligaciones principales fueran recíprocas si se encuentran cumplidas y en cambio las que están pendientes de

⁶⁵ Como señala COLLADO-RODRÍGUEZ, el cambio de criterio se basó principalmente, a la vista de las SSTS núm. 500/2016 de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3630) y núm. 284/2017 de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1860), así como de los Autos del TS de 21 de febrero de 2018 y 6 de febrero de 2019, en distinguir los efectos del concurso sobre el deber de prestación de los efectos sobre el deber de restitución y, en concreto, en qué debe consistir el deber de restitución en función de si la obligación es de trato único o de trato sucesivo. Esta distinción entre los efectos restitutorios que deben resultar procedentes en el caso de una obligación de trato único y los efectos restitutorios previstos para las obligaciones de trato sucesivo (artículo 62.4 LC), si bien puede resultar acertada y de utilidad para liquidar las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en momento de la declaración del concurso, omite cualquier referencia a si estos efectos deben predicarse respecto de los contratos pendientes de cumplimiento por una o por ambas partes al declararse concurso establecidos en el artículo 61 LC. No obstante, el cambio doctrinal apuntado en los dos autos del TS referenciados *ut supra* da a entender que la resolución de contratos recíprocos procede tanto si estos están pendientes de cumplimiento por ambas partes como por una de ellas en tanto se den los requisitos necesarios para ello (en este caso, el incumplimiento del concursado). Esta interpretación sería, además, congruente con el artículo 1124 CC. *Vid.* COLLADO-RODRÍGUEZ, CCJC, 2020, pp. 27-42.

⁶⁶ Junto con este debate se venía defendido que en las prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento no deben hacerse distinciones entre si son anteriores o posteriores a la declaración del concurso, pues la parte *in bonis* sufriría un doble daño: i) no cobrar lo devengado con anterioridad al concurso y ii) la incertidumbre de si habrá suficiente masa para que pueda cobrar el resto de las cantidades debidas. Además, y como otros autores han considerado, las obligaciones pendientes en los contratos de trato sucesivo nacidas por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso deben ser consideradas como créditos concursales al ser asimilable al crédito de cualquier acreedor concursal, y más acorde con la dicción del artículo 163 TRLC. *Vid.* SALINAS ADELANTADO, 2011, pp. 99-135; ANTÓN SANCHO, 2017, p. 156.

⁶⁷ En relación con la obligación en sí misma, esta podrá ser principal y, por tanto, existe por sí sola, y accesoria, la cual depende de otra principal cuya suerte sigue. Al respecto, O'CALLAGHAN pone como ejemplo la obligación accesoria del pago de intereses respecto a una obligación principal dineraria, *vid.* O'CALLAGHAN, 2020, pp. 1-716.

⁶⁸ ANTÓN SANCHO, 2017, p. 87

cumplimiento son las obligaciones accesorias, que carecen de la nota de reciprocidad. En línea con lo apuntado y siguiendo la teoría general de Derecho de obligaciones y contratos, habrá que comprobar que el carácter recíproco de las obligaciones se mantiene durante todo el periodo de tiempo en el que el contrato despliega sus efectos⁶⁹.

Al abordar la identificación de aquellos acuerdos que caen dentro de la definición de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en situación preconcursal, surge la necesidad de evaluar las distintas interpretaciones. En este sentido, si se adopta una interpretación restrictiva solo entrarían dentro de esta fórmula los contratos de trato sucesivo que estuviesen en vigor a la fecha de presentación de la comunicación (homologación también). Por otro lado, una interpretación amplia permitiría incluir también aquellos contratos de trato único vigentes en el mismo lapso temporal⁷⁰.

Acerca de lo que debemos entender por contrato vigente⁷¹ a la luz de la DRI y, en concreto, en atención a lo dispuesto en su artículo 2.5, será aquel «contrato entre un deudor y uno o varios acreedores en virtud del cual las partes tienen todavía obligaciones que cumplir en el momento en que se acuerda o aplica la suspensión de las ejecuciones singulares». Si esto lo conectamos con la regulación del artículo 7.4 DRI, debemos cuestionarnos si la derogación de los instrumentos de protección que se atribuyen al contratante *in bonis* en supuestos de incumplimiento contractual afecta exclusivamente a los contratos de trato sucesivo o si

⁶⁹ Para ANTÓN SANCHO debe concurrir el sinalagma en su dimensión estática —sinalagma genético— y en la dinámica —sinalagma funcional—, de modo que si un contrato que nació siendo recíproco carece de reciprocidad en su cumplimiento, no será objeto de aplicación lo previsto en la normativa concursal en cuanto al mantenimiento de la vigencia de los contratos. *Vid.* ANTÓN SANCHO, 2017, p. 88

⁷⁰ Esta misma visión restrictiva o amplia se prodiga para el caso en el que estemos ante el plan de reestructuración (artículos 618 y 620 TRLC). Para VÁZQUEZ CUETO, «habría que realizar un esfuerzo por proponer una interpretación amplia o de alcance más comprensivo de la expresión “contrato de trato sucesivo”, acorde con estas reflexiones, que permitiera acoger bajo su seno todas las relaciones cuya ejecución, bien por la configuración natural del contrato, bien por voluntad de las partes, no se agota de manera instantánea, “uno acto”, sino que requieren de una “ejecución continuada” o “ejecución duradera” a lo largo del tiempo por una o ambas partes, pendiente aún tras el concurso». VÁZQUEZ CUETO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, pp. 3 y ss.

⁷¹ Véase el trabajo de FACHAL NOGUER, *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2022, (versión electrónica). También, DÍAZ LA CHICA, *ADCon*, 2018, pp. 99 y ss., quien sostiene que solo los contratos de trato sucesivo pueden estar pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de la suspensión —anudada a la comunicación—, pese a la existencia de un incumplimiento previo, ya que este no afectaría a las obligaciones integrantes de las restantes parejas de prestaciones; por el contrario, en los contratos de trato único, si el incumplimiento precedió en el tiempo a la suspensión, el contrato no estará pendiente de cumplimiento por ambas partes, pues no existirán obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

puede hacerse extensiva a los de trato único, siempre que sean esenciales para el mantenimiento de la actividad. Al determinarse en la DRI cuáles son los efectos del preconcurso sobre los contratos vigentes esenciales, parecería que solo se refiere a los contratos de trato sucesivo necesarios para proseguir con la gestión diaria de la empresa.

Sin embargo, como la DRI es una norma de mínimos, cabría que los Estados miembros incluyan otros contratos dentro del ámbito de aplicación de la norma según decidan aprobar para transponer la norma europea. Como hemos apuntado en líneas precedentes, aunque pudiera parecer que el plural utilizado en la expresión «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» limitase el ámbito de aplicación de la norma concursal solo a los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, tanto la redacción de la DRI como la del TRLC no impide que puedan entenderse incluidos los contratos pendientes de cumplimiento solo por una de las partes⁷². Además, nótese que en sede preconcursal, a diferencia de lo que ocurre en sede concursal, la expresión «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» estaría aludiendo a contratos recíprocos en fase de desarrollo y cumplimiento⁷³ y, por tanto, la resolución, modificación, terminación, etc. son circunstancias que pueden concurrir en algunos contratos de trato único en los que todavía resten pagos o cumplimientos parciales que deben atenderse con posterioridad a la presentación de la comunicación. Piénsese, a modo de ejemplo, en las compraventas con precio aplazado o en las permutas en las que se hubiesen pactado pagos en efectivo y entregas de bienes. No parece lógico que este tipo de contratos queden fuera del ámbito de aplicación de los artículos 597 y 598 TRLC (arts. 618 y 620 en sede de plan de reestructuración).

⁷² Como señala GONZÁLEZ NAVARRO en relación con el artículo 597 TRLC, «[...] El plural que se emplea para referirse a “las partes” que todavía tienen que cumplir parece apuntar, desde luego, a un escenario de obligaciones recíprocas en el que ambas partes aún no han cumplido íntegramente sus prestaciones. Pero debe entenderse que la Directiva ampara igualmente la implementación que ha hecho el legislador español, pudiendo la regla europea, con ese plural, hacer referencia a la existencia de un contrato sinaligmático, pero no a que la pendencia sea necesariamente de ambos contratantes, que es cosa distinta». *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, *RLM*, 2022, p. 28 y ss. Además, como el propio autor señala, «Téngase en cuenta la explícita distinción que hacían los artículos 61 y 62 de la LC de 2003 entre obligaciones recíprocas pendientes solamente a cargo de una de las partes o a cargo de ambas: la desaparición de esta distinción en el TRLC de 2022 evidencia la voluntad del legislador de incluir ambos casos en la norma actual».

⁷³ La DRI en el artículo 2.1.5 recoge la definición de contrato vigente como «aquel contrato entre un deudor y uno o varios acreedores en virtud del cual las partes tienen todavía obligaciones que cumplir en el momento en que se acuerda o aplica la suspensión de las ejecuciones singulares».

No debe confundirse, como hemos tratado en anteriores trabajos⁷⁴, con el caso del contrato de arrendamiento financiero, ya que podríamos no estar ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Para el Tribunal Supremo, se trata de un contrato que en origen posee obligaciones recíprocas, no obstante lo cual dicha reciprocidad podría dejar de existir en la fase funcional y después de declarado el concurso⁷⁵. No ocurre lo mismo con el contrato de arrendamiento de vivienda y con el de uso distinto del de vivienda, a los que se ha atribuido su carácter bilateral, de trato sucesivo y con obligaciones recíprocas por ambas partes⁷⁶.

Para reforzar nuestra tesis (amplia), añadiremos otro argumento a lo ya expuesto. Si restringimos la noción de «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» que maneja el artículo 598 TRLC (por tanto, solo aquellos contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes), deberemos mantener la misma interpretación para el precepto anterior, que determina la

⁷⁴ DE VIVERO DE PORRAS y PASTOR VEGA, 2009, pp. 22 y ss. Afirmábamos en nuestras conclusiones que «los créditos derivados de contratos de arrendamientos financieros o los de *leasing* deberán ser considerados créditos concursales para no entrar en contradicción con la consideración de crédito concursal que le da la inclusión del nuevo art. 92. 7.^º LC. Se considerarán créditos contra la masa las cuotas posteriores al concurso, siempre que la Administración Concursal opte por la opción prevista en el art. 155 LC». *Vid.* también CAMPUZANO LAGUILLO, y SÁNCHEZ PAREDES, 2013, pp. 135-199.

⁷⁵ El Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.^a), en la sentencia núm. 439/2016 de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2016:3143), consideró que, respecto de la interpretación que debía darse a la nueva redacción del artículo 61.2 de la Ley Concursal y, en concreto, del último inciso en el que hace mención a los contratos de arrendamiento financiero, «[...] si del análisis del concreto contrato de *leasing* concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración de concurso, será aplicable el régimen previsto en dicho precepto para la resolución en interés del concurso del contrato de *leasing* pendiente de cumplimiento por ambas partes. Pero no puede entenderse que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de *leasing* la naturaleza de contrato de trato sucesivo en el que las obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes. El Alto Tribunal concluyó que: «[...] el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero objeto del litigio no establece obligaciones a cargo de la arrendadora financiera que se encuentren pendientes de cumplimiento en el momento de declaración del concurso, sino que se trata de un contrato que, al tiempo de la declaración de concurso, solo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada, arrendataria financiera». En estos casos, la arrendadora financiera tiene un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso, no puede justificar la resolución del contrato, sino la reclamación del crédito dentro del concurso sin perjuicio de que pueda promover la realización de la garantía mediante la acción de recuperación del bien si reúne los requisitos exigidos para su ejercicio. Asimismo, y conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, desde un punto de vista puramente obligacional, la arrendadora financiera es un acreedor más de la concursada cuyo crédito, si se cumplen los requisitos exigidos con carácter general a los acreedores concursales, se integra en la masa pasiva para ser satisfecho en los términos previstos en el convenio o en la liquidación.

⁷⁶ En sede concursal, para OTERO COBOS en este tipo de contratos las rentas posteriores a la declaración de concurso han de calificarse como créditos contra la masa y las anteriores como créditos concursales. *Vid.* OTERO COBOS, 2020, pp. 1013 y ss.

desactivación de las cláusulas *ipso facto*; es aquí donde parece estar más justificada una lectura amplia de la norma en la que tengan cabida otras variantes de contratos bilaterales (de trato único también)⁷⁷.

Lo que sí podría estar más claro es que no deberán incluirse en su ámbito de aplicación aquellos contratos de trato único en los que la contraparte del deudor sea quien ha incumplido su prestación. Pensemos en un contrato ya cumplido por el deudor que realiza la comunicación y pendiente de cumplimiento por la parte *in bonis*. De la intención del legislador (precisamente por mandato de la DRI) puede deducirse que las disposiciones analizadas no estarían concebidas para este tipo de supuestos, ya que lo que se persigue en la fase preconcursal no es otra cosa que el favorecimiento de la reestructuración, con lo que se impide que la actividad del deudor que acude a los institutos preconcursales pueda sufrir una incidencia negativa a causa de los instrumentos de protección que el ordenamiento dispensa a la parte *in bonis*. De hecho, si quien incumplió fue la contraparte del deudor, este podrá instar la resolución del contrato ex artículo 1124 CC (con independencia de la comunicación de negociaciones) siempre que convenga a su derecho poner fin a la relación contractual. Partiendo de que la finalidad no es otra que la de proteger al deudor evitando el ejercicio de determinados derechos de la parte *in bonis*, esta es precisamente la utilidad práctica del artículo 597 TRLC, con el que se impide que la contratante *in bonis* pueda resolver por incumplimiento del deudor en los casos enumerados en el citado precepto, así como en todos los supuestos si estamos ante contratos necesarios mientras duren los efectos de la comunicación⁷⁸.

De mantenerse la tesis estricta (solo se aplica a los contratos con prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes), si el contrato ya hubiese sido total o parcialmente incumplido antes de la presentación de la comunicación y la parte *in bonis* hubiese cumplido las obligaciones que corren de su cargo, la desactivación de las cláusulas contractuales *ipso facto* que recoge el artículo 597 TRLC no reportaría beneficio alguno al deudor en tanto que el contratante cumplidor siempre podría acudir a la facultad resolutoria del artículo 1124 CC en los contratos a los que no aplicase la protección de desactivación. Esta alternativa la retiene en sus manos la parte *in bonis*, ya que el supuesto

⁷⁷ Esta teoría amplia es seguida también por YANES YANES, 2023, p. 215 cuando afirma que «nos encontramos ante la disciplina de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, por ambas partes o por una sola».

⁷⁸ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, 2022, pp. 236 y ss.

paradigmático de las «circunstancias distintas de las mencionadas en el artículo anterior» a las que hace referencia el artículo 598.1 TRLC es el de incumplimiento del deudor. Hay que recordar que el incumplimiento parcial puede darse en algunos contratos de trato único, en concreto en aquellos en los que todavía resten pagos o cumplimientos parciales que deben atenderse con posterioridad a la presentación de la comunicación, tal y como hemos mencionado.

Es por ello por lo que, siguiendo una interpretación sistemática y coherente de la expresión «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» utilizada tanto en sede de comunicación (arts. 597 y 598) como en sede del plan de reestructuración (arts. 618 y 620), cabe concluir que los mismos proyectan su aplicación sobre todos los contratos bilaterales que estén en vigor y pendientes de cumplimiento —ya a cargo de ambas partes, ya a cargo del deudor—; en este supuesto, incluso si la prestación está pendiente de cumplimiento parcial y han tenido lugar incumplimientos previos en el caso de la comunicación

IV. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN INTERÉS DE LA REESTRUCTURACIÓN

1. EL INTERÉS DE LA REESTRUCTURACIÓN Y LA PREVENCIÓN DEL CONCURSO COMO CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Uno de los artículos que ha despertado un especial interés en la norma concursal es el artículo 620 TRLC al introducir el supuesto resolutorio (también novatorio) de mutuo acuerdo en el plan de reestructuración.

En virtud de dicho precepto, mientras se sustancie la negociación de un plan de reestructuración, el deudor podrá solicitar a la otra parte contratante tanto la modificación como la resolución del contrato (con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento) siempre y cuando dicha modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso⁷⁹.

⁷⁹ El artículo 620 TRLC señala que «durante la negociación de un plan de reestructuración, el deudor podrá solicitar a la otra parte contratante la modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuando esa modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso».

En virtud de este precepto, se permite que el deudor, durante la negociación del plan, solicite a la otra parte la resolución (o la modificación). La sistemática utilizada respecto de dicho precepto en la normativa concursal (ámbito de los planes de reestructuración) no parece muy acertada. De la literalidad del mismo parece aludirse a la negociación del plan al utilizar la expresión «durante la negociación», lo que en un sentido amplio (así lo parece) nos llevaría a entender todos los supuestos (exista o no comunicación)⁸⁰. Además, parece tratarse no tanto de un efecto de la propia negociación, sino del contenido del plan y su aprobación.

Este supuesto nos recuerda a la solicitud de resolución del contrato en interés del concurso (artículo 165.2 TRLC), que permite resolver el contrato sin necesidad de que exista incumplimiento alguno⁸¹.

El artículo 620 TRLC no distingue (como ya apuntamos) si deben estar pendientes de cumplimiento por una o ambas partes, de modo que lo esencial aquí será qué deba entenderse, en cada caso, por «interés de la reestructuración», así como «prevenir el concurso». *A priori*, estaremos ante conceptos jurídicos indeterminados que, a buen seguro, irán perfilándose en la práctica⁸².

No obstante, y a los efectos de contextualizar el «buen fin de la reestructuración y la prevención del concurso», creemos que habrán de vincularse ambos con la viabilidad de la compañía. Por tanto, en la interpretación de los mismos no solo deberá atenderse al interés del deudor, sino también al de los acreedores, lo que nos lleva a una proyección de viabilidad del deudor.

⁸⁰ En este mismo sentido SANJUÁN Y MUÑOZ, 2023B, p. 328 y ss.

⁸¹ El artículo 165 TRLC, titulado Resolución judicial del contrato en interés del concurso, recoge en su apartado 1 que, «aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y, la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso». Recientemente y sobre este asunto, hemos conocido la Sentencia núm. 105/2023 del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona, de 18 de julio (ECLI:ES: JMB:2023:1518), que resuelve la solicitud de la resolución contractual en interés del concurso. En este caso se trata de un contrato de gestión hotelera, aunque también se firmaron contratos complementarios (asesoramiento, gestión de licencias, financiación, etc.) atendiendo a la evaluación de la situación desde un criterio de necesidad (concepto nuevo) o conveniencia. El Tribunal Supremo había vinculado el interés del concurso a que el mantenimiento del contrato fuera lo bastante provechoso para la masa. De este modo, en la STS 660/2016, de 10 de noviembre, «el interés del concurso se refiere a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado. Este interés legitima que el juez autorice al concursado a que se deslique de la relación contractual».

⁸² CIFREDO ORTIZ acude para ello al Considerando 2 de la DRI y, por tanto, a que la reestructuración permita a los deudores en dificultades financieras evitar el concurso, la liquidación de la empresa y la pérdida de empleo continuando su actividad empresarial en su totalidad o en parte. *Vid.* CIFREDO ORTIZ, 2022A, p. 289.

El objetivo de la norma es de corte más finalista que de otra índole, pues lo que se persigue con esta facultad novatoria o resolutoria es el buen fin de la reestructuración y que, con ello, se evite el concurso. Además, la necesidad de acudir a esta facultad podría darse durante la negociación donde, de no alcanzarse acuerdo sobre las vicisitudes del contrato (modificación o términos de la resolución), se imponga en el plan la resolución del aquél. Así las cosas, lo que podría parecer circunstancial se traduce en estructural.

Otra de las finalidades que parecen postularse de la norma es el hecho de que no tiene por qué ser cumplida de forma exclusiva con la acción contenida en el precepto que analizamos, habida cuenta que junto con estas medidas (modificación o resolución) se recogen otras contenidas en el artículo 633 TRLC (contenido del plan)⁸³.

Como hemos anticipado, se trata de un supuesto de resolución en el que no será precisa la existencia de incumplimiento alguno, como tampoco se habla de contratos de trato sucesivo (por su continuidad en el plan) o único (si las prestaciones no se hubieran cumplido con anterioridad). En tal sentido, las interpretaciones que del precepto se hagan deberán tomar como referencia que la resolución (o modificación) permita al deudor continuar con su actividad empresarial o profesional (de manera parcial o total), con lo que se evitaría la insolvencia. Más allá de ello, la resolución (o modificación) deberá buscar una maximización del valor total para los acreedores —en comparación con lo que habría recibido en el supuesto de liquidación—, así como para el deudor⁸⁴.

En un sentido similar a lo previsto en sede concursal, en supuestos de reestructuración se establece la posibilidad de resolver aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento si lo es en interés de la reestructuración, incluidos los contratos de derivados (respetando, como es natural, el régimen de los acuerdos marco⁸⁵) y, con alguna especialidad adicional, los contratos de alta dirección (*vid.* artículo 621). En sede de microempresas, la remisión lo es al régimen concursal y no al de planes de

⁸³ SANJUÁN Y MUÑOZ, 2023B, p. 328 y ss.

⁸⁴ Para CIFREDO «[...] resultará necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso la modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas que dificulten ese objetivo perseguido con la reestructuración: contratos antieconómicos, que incluyan condiciones desventajosas que disminuyen el activo de la empresa, o contratos que ya no se consideran útiles para la ejecución de la actividad empresarial». *Vid.* CIFREDO ORTIZ, *RdPat*, 2022B, p. 2.

⁸⁵ Por ejemplo, cuando integren varias operaciones o contratos no cabe resolver unos sí y otros no. Aquí el saldo deberá calcularse en términos netos.

reestructuración (solo de forma indirecta lo sería tomando en consideración el artículo 689.1 de aplicación supletoria).

La voluntariedad es otro de los rasgos distintivos, pues el deudor acudirá al supuesto novatorio o resolutorio cuando el cumplimiento del contrato le resulte particularmente gravoso, precisamente por el hecho de poner en peligro el buen fin de la reestructuración y acabar abocando al concurso. Todo ello con independencia de que se encuentre pendiente de cumplimiento por ambas partes o por una sola de ellas⁸⁶.

El precepto recoge un supuesto indemnizatorio en favor de la parte *in bonis* para el supuesto resolutorio que se impone por virtud del plan en caso de desacuerdo al aclarar que tendrá derecho a una indemnización por los daños que la resolución pueda causarle, de modo que dicho crédito indemnizatorio quede afecto al plan (*vid.* artículo 620.1-4). En todo caso, la parte afectada puede impugnar la decisión de resolver el contrato o la cuantía indemnizatoria, pero debe hacerlo en el contexto de la impugnación u oposición al plan. Esta es una de las pocas reglas especiales que se establecen en relación con la reestructuración operativa o del activo del deudor.

Nos encontramos, sin duda, ante una suerte de imposición de resolución contractual sin intervención judicial; la única opción que le queda a la parte *in bonis* será su impugnación u oposición.

Algunas han sido las voces críticas que se han alzado al respecto y, por ejemplo, el propio Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) así lo argumentó en el informe elaborado para el anteproyecto⁸⁷. Consideró que, al imponerse la resolución del contrato en beneficio del buen fin de la reestructuración, la parte del contrato dejaba de ser tal para convertirse en parte afectada por el plan de reestructuración en la medida en que el crédito indemniza-

⁸⁶ Así lo defendimos en DE VIVERO DE PORRAS, 2022, p. 154 y ss.

⁸⁷ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Fue adoptado mediante acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-de-reforma-del-texto-refundido-de-la-Ley-Concursal-aprobado-por-el-Real-Decreto-Legislativo-1-2020-de-5-de-mayo-para-la-transposicion-de-la-Directiva--UE--2019-1023-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo--de-20-de-junio-de-2019-sobre-marcos-de-reestructuracion-preventiva--exoneracion-de-deudas-e-inhabilitaciones--y-sobre-medidas-para-aumentar-la-eficiencia-de-los-procedimientos-de-reestructuracion--insolvencia-y-exoneracion-de-deudas--y-por-la-que-se-modifica-la-Directiva--UE--2017-1132--Directiva-sobre-reestructuracion-e-insolvencia->

torio derivaba de la resolución que se incluye en el plan. También se criticaba su falta de concreción.

Para el CGPJ, el ejercicio de esta facultad impuesta por el plan supone una alteración del principio de obligatoriedad de los contratos que autoriza la resolución contractual a instancia de una de las partes y convierte a la parte del contrato en parte afectada por la reestructuración, todo ello sin que esté prevista la intervención judicial. Recuerda, además, que, en sede concursal, la resolución de los contratos en interés del concurso requiere la intervención del juez del concurso, que articula un trámite específico para acordarla (*vid. artículo 165 TRLC*). De ahí que el CGPJ en su informe sugería que debería preverse en el plan de reestructuración respecto de esta resolución contractual la intervención judicial y regularse la forma en que habrá de tener lugar en términos análogos a la resolución recogida en sede concursal.

En cualquier caso, la resolución de los contratos en interés de la reestructuración conllevará la homologación judicial del plan, según establece el artículo 635 TRLC. Esto habrá de ponerse en relación con el artículo 657 TRLC, que permite impugnar el auto de homologación que resuelva contratos con obligaciones recíprocas ya sea porque esa resolución del contrato no resulte necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso (apartado 1.º), ya sea porque no sea adecuada la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato (apartado 2.º)⁸⁸.

2. LA MODIFICACIÓN O RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN: ¿UNA NUEVA *REBUS*?

Partiendo de que no solo la resolución (o modificación) del contrato pueda darse por acuerdo de las partes, sino que además puede imponerse en el plan de reestructuración (no cabe la modificación), podría considerarse (quizá de forma errónea) que estamos ante un supuesto extraño de la conocida cláusula *rebus sic stantibus*⁸⁹.

⁸⁸ Igual posibilidad cabe en el caso de optarse por la contradicción previa del plan (artículos 662 y 663.2.ª).

⁸⁹ De interés, CAÑIZARES LASO, 2020, Conferencia impartida el 25 de marzo de 2023, en el XVIII Congreso de Derecho Concursal y Mercantil de Andalucía, Antequera (Málaga), quien reflexionó sobre esta cuestión y sobre la posibilidad de que nos encontrásemos ante una nueva *rebus*. Asimismo y de interés, el estudio sobre la *rebus* en CAÑIZARES LASO, 2020, pp. 63-94.

Como es de sobra conocido, a través de la cláusula *rebus* sería posible una modificación del contrato cuando una circunstancia externa, sobrevenida y, en todo caso, extraordinaria, alterase significativamente el equilibrio inicial entre las prestaciones a las que vienen obligadas las partes contratantes⁹⁰. Como es sabido, se trata de una cláusula que se ha configurado como un instrumento excepcional y extraordinario, condicionado a la concurrencia de excepcionales requisitos singularizados en el caso concreto⁹¹.

El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración y, por tanto, de trato sucesivo.

El artículo 620 en su párrafo primero, permite al deudor (durante la negociación de un plan de reestructuración), que pueda solicitar a la parte *in bonis* la modificación o resolución del contrato cuando esa modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso. Si seguimos la literalidad del precepto, parece claro que la alteración de las circunstancias y, por tanto, de la situación de la insolvencia del deudor, provocarían la modificación o, en último término, la resolución del contrato. La magnitud de esta situación incrementa de modo muy significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato siempre que lo sea en interés de la reestructuración y para evitar un eventual futuro concurso.

Además, las circunstancias (sobrevenidas) deben ser totalmente imprevisibles para ambos contratantes, los cuales, de forma expre-

⁹⁰ La regulación normativa de la *rebus sic stantibus* en España se planteó en el año 2009 en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación, pero finalmente no vio la luz. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obiigaciones_y_contratos,_Año_2009.PDF. *Vid.* artículo 1213 propuesto en el Capítulo VIII. De la alteración de las circunstancias básicas del contrato.

⁹¹ *Vid.* STS núm. 156/2020, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:791), que venía a señalar lo siguiente: «[...] según la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*, la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla *rebus* la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)». *Vid.* también Sentencia (Sala Civil) Tribunal Supremo núm. 455/2019, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2831).

sa (o implícita), no han debido asumirlas con anterioridad. Aunque el deudor haya podido prever su situación de insolvencia y, por tanto, acudir a la reestructuración, esto no supone que se haya previsto por los contratantes a los efectos de la modificación o resolución del contrato. De hecho, cuando los contratantes hacen concordar sus voluntades para la formalización del contrato, lo hacen sobre la base de unas concretas condiciones y previsiones, pero durante la negociación de un plan de reestructuración con esta modificación (y en su caso resolución) se estaría buscando un remedio en interés de la reestructuración y, por tanto, la aprobación de un plan que lleve al deudor a evitar el concurso.

Podríamos pensar que quizás el legislador ha pretendido, con esta posibilidad de modificación (incluso resolución), recalibrar el equilibrio en las prestaciones de las partes ante la variación sustancial y sobrevenida de las condiciones dadas durante la vigencia del contrato, cuestión que, por otro lado, habría llevado al deudor (y también a los acreedores) a su reestructuración.

De hecho, tal es la magnitud en el cambio de las circunstancias sobrevenidas que si las partes no llegasen a un acuerdo sobre los términos de la modificación (o las consecuencias de la resolución), el plan de reestructuración podrá prever la resolución sin incumplimiento de esos contratos (*vid. apartado 2 del artículo 620*). Aquí son esenciales las consideraciones de aquellos que afirman que no se puede practicar un ajuste *rebus* en favor de un deudor que ya se encuentra en mora o incumplimiento debido a que en esta situación es imposible que se conserve el nivel de riesgo de los acreedores⁹².

La práctica nos dirá si, en efecto, se está dando esta situación en los planes de reestructuración con afectación al vencimiento de los contratos que los modifica y los impone en el plan. El propósito de este apartado de nuestro estudio (como reflexión) es proporcionar ciertas consideraciones preliminares en torno al precepto analizado y la conocida cláusula *rebus* teniendo presente que se trata de una materia alejada de nuestro ramo (el mercantil) y, por lo tanto, sin estar autorizados para formular postulados definitivos al respecto. Así, la evaluación detallada de esta cuestión queda reservada para aquellos cuya autoridad y reconocimiento en el campo específico (el civil) les confiere la capacidad y conocimientos adecuados para tal análisis, al que estaremos muy atentos.

⁹² CARRASCO PERERA, 2022, apostilla además «como señala el artículo 1129 del Código Civil: si quieres conservar el *status quo* del acuerdo alcanzado y te encuentras en mora, presta más garantías».

V. REFLEXIONES FINALES

La DRI parte de la necesaria desactivación de las denominadas cláusulas *ipso facto* en el preconcurso a la vista de las eventuales repercusiones negativas que pudieran tener en la empresa del deudor y en el rescate satisfactorio de la misma.

De igual forma, exhorta a los Estados miembros a disponer que los acreedores a los que se aplique la suspensión de ejecuciones singulares no puedan suspender el cumplimiento de sus prestaciones, resolver anticipadamente o modificar los términos contractuales de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en base a incumplimientos del deudor en reestructuraciones anteriores a la suspensión de ejecuciones frente al patrimonio del deudor que acompañan estos procesos de reestructuración preventiva, con la exigencia de que el deudor cumpla puntualmente con los vencimientos durante la suspensión.

En línea con ello, nuestro legislador concursal parte, en sede preconcursal, del principio general de vigencia de los contratos y, por tanto, ni la comunicación de inicio de negociaciones ni tampoco la homologación de un plan de restructuración, o circunstancias análogas a estas, deberán afectar a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

En consecuencia, quedan proscritas las denominadas cláusulas *ipso facto* que puedan prever la facultad suspensiva, modificativa, resolutoria o extintiva de la parte *in bonis* por las circunstancias antes mencionadas, así como análogas (*vid. artículos 597 y 618*). A *sensu contrario*, serán plenamente eficaces aquellas cláusulas incluidas en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que prevean la suspensión, modificación, resolución o extinción anticipada obligaciones por cualesquiera otras razones no prohibidas.

No obstante, a nuestro entender, la regla general (en el preconcurso) no sería la mencionada en el párrafo anterior, sino que vendría impuesta respecto de los contratos necesarios, donde las facultades antes aludidas no podrán ejercitarse por incumplimientos anteriores a la comunicación y mientras se mantengan los efectos de la misma⁹³. Tampoco por el mero hecho de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor.

⁹³ En este mismo sentido, SACRISTÁN BERGIA, 2023, p. 151. Para SANJUÁN Y MUÑOZ, 2023A, pp. 316-317, «[...] la regla general que teníamos en la vieja norma sobre contratos con obligaciones recíprocas debe considerarse ahora en una doble dimensión: 1.^º Regla de vigencia para las cláusulas *ipso facto* en supuestos de contratos con obligaciones recíprocas. 2.^º Regla en general de principio de vigencia cuando nos encontremos ante contratos necesarios para la actividad».

El legislador español, siguiendo el antecedente que ya teníamos en sede concursal, ha previsto la resolución (y también la modificación) de los contratos en sede preconcursal (no se precisa el incumplimiento previo y tampoco se habla de contratos de trato único o sucesivo), siempre y cuando lo sea en interés de la reestructuración y para evitar el concurso.

Estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que serán objeto de interpretación por los tribunales y que, en la búsqueda de esta interpretación, deberán atender no solo al interés del deudor, sino también al de los acreedores y, además, a que la resolución o modificación permitan al deudor continuar con su actividad empresarial o profesional y evitar así la insolvencia. En definitiva, se trata de buscar la maximización del valor para los acreedores, así como para el deudor.

El supuesto modificativo nos podría llevar a pensar en una suerte de *rebus sic stantibus* puesto que dichas situaciones podrían no solo venir por el acuerdo entre las partes, sino que además podría imponerse en el plan de reestructuración, aunque en principio solo para la resolución⁹⁴.

La situación de preconcurso del deudor y la magnitud de la situación incrementarían el riesgo de frustración de los contratos suscritos, y si interesa a la reestructuración y además evita la situación concursal del deudor, son circunstancias sobrevenidas a la esfera contractual que autorizarían dicha situación extraordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2008.
- ANTÓN SANCHO, María: «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores. La reciprocidad como presupuesto para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, 2014, pp. 285-325
- *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos artículos 61 y 62 de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- AZNAR GINER, Eduardo: *La resolución judicial del contrato en interés del concurso*, Valencia, 2021.
- AZOFRA VEGAS, Fernando: «Las cláusulas *ipso facto* y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 55, 2022, pp. 151-172

⁹⁴ Es importante referirnos a ello porque la línea que divide el contrato en este momento es la del incumplimiento parcial. Así el hecho de no pagar generará un crédito que puede ser sujeto a reestructuración, sin que por ello se afecte el contrato, una vez iniciada la negociación y con los efectos de la misma, que continuará.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Los efectos de la declaración de concurso sobre el concursado», en *Curso de derecho mercantil*, 2006, pp. 957-984.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Consideración crítica sobre la posición del deudor persona jurídica en los planes de reestructuración preconcursales», *Revista de derecho mercantil*, n.º 328, 2023, p. 2.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Los contratos financieros y el concurso de acreedores: *leasing* y seguro», en *Los mercados financieros*, 2013, pp. 135-199.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «La aplicación de la *Rebus Sic Stantibus* en la normativa de estado de alarma», en *Contratos y negocios afectados por la normativa del estado de alarma*, 2020, pp. 63-94.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Inaplicación de *rebus sic stantibus* en favor de deudor sometido a acuerdo de restructuración ya incumplido», *GAP*, 2022, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/inaplicacion-de-rebus-sic-stantibus-en-favor-de-deudor-sometido-a-acuerdo-de-restructuracion-ya-incumplido/>
- CIFREDO ORTIZ, Patricia: «Los contratos en la reestructuración preventiva», en *La reestructuración como solución de las empresas viables*, 2022A, pp. 271-294.
- «La novedosa regulación sobre los contratos en el preconcurso. A propósito del proyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 58, 2022B, p. 2.
- COLLADO-RODRÍGUEZ, Noelia: «La calificación de créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concursado. Comentario a la STS 431/2019, de 17 de julio (RJ 2019, 2837)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114, 2020 (Bib 2020(36781)), pp. 27-42.
- CRUZ MORENO, María: *La exceptio non adimpleti contractus*, Valencia, 2004.
- DE VIVERO DE PORRAS, Carmen: «La resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración (arts. 598 y 620)», *Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto*, Valencia, 2022, pp. 121-164.
- DE VIVERO DE PORRAS, Carmen y PASTOR VEGA, Daniel: «La calificación del crédito derivado de los supuestos de arrendamientos financieros (*leasing*) en el concurso de acreedores tras la declaración de concurso y por las cantidades que se generen desde el auto de declaración», *Mercantil: cuaderno jurídico*, núm. 3, 2009, pp. 22-28.
- DÍAZ DE LA CHICA, Salvador: «Los contratos pendientes de ejecución por ambas partes durante las negociaciones de reestructuración en la Propuesta de Directiva Europea sobre marcos de reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 44, 2018, pp. 99-158.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 49, 2020, pp. 7-64.
- DIEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 2007.
- FACHAL NOGUER, Nuria: «¿Qué debemos entender por «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» en el ámbito de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores?», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 13, 2022.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «La Directiva (UE) 2019/2013 para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas», en *Litigación internacional en la Unión Europea V*, Pamplona, 2021, pp. 569-648.

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «El derecho preconcursal una visión general», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 57, 2022.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «Comentario a la Sentencia de 21 de marzo de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 92, 2013, pp. 13-27.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «El contrato de suministro ante la insolvencia: reestructuración empresarial y concurso de acreedores», *Revista Lex Mercatoria*, Vol. 22, 2022, pp. 1-59.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther: «Los créditos contra la masa», en *Jurisprudencia y concurso*, Valencia, 2017.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «El préstamo y los contratos de financiación» en *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 2, 2020, pp. 249-272.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio: «Los créditos contra la masa: XI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia», *Anuario de derecho concursal*, n.º 48, 2019, pp. 559-570.
- MORALES PLAZA, Antonio y FLORES SEGURA, Marta: «Los acuerdos de compra de energía en los procesos de reestructuración empresarial», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 329, p. 6.
- O'CALLAGHAN, Xavier: «Las obligaciones unilaterales y recíprocas: examen del artículo 1124 del Código Civil», en *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II (Obligaciones y Contratos). Revisado y puesto al día por Mª Begoña Fernández González, 2020, pp. 1-716.
- «Suspensión, resolución y extinción del contrato de arrendamiento de vivienda», *Compendio de Derecho Civil*, T. II (Obligaciones y Contratos). Revisado y puesto al día por Mª Begoña Fernández González, 2020, pp. 1-716.
- OTERO COBOS, María Teresa: «Artículo 156», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2020, pp. 1013-1017.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La extensión temporal de los efectos de la comunicación», en *Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto*, Valencia, 2022, pp. 236-324.
- ROJO FERNÁNDEZ, Ángel: «La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, 2017, pp. 99-111.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando: «Artículo 598», en *Comentarios al articulado del Libro Segundo del Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, 2023, pp. 147-152.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos: «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 24, 2011, pp. 99-135.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Los efectos para los contratos pendientes de ejecución en el Derecho concursal español y en la Propuesta de Directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva», *Anuario de derecho concursal*, n.º 45, 2018, pp. 133-160.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: *Concurso de acreedores en el sector de la construcción: promotoras y constructuras: afectaciones y peculiaridades*, Valencia, 2008, pp. 1-496.
- «Los efectos del concurso sobre los contratos mercantiles y civiles: apuntes prácticos», *Abogacía*, 2019, pp. 223-239.
- «Artículo 618», en *Comentarios al articulado del Libro Segundo del Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, 2023A, pp. 313-318.

- «Artículo 620», en *Comentarios al articulado del Libro Segundo del Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, 2023B, pp. 327-332.
- TOLLENAAR, Nicolaes: «The European Commission's Proposal for a Directive on preventing restructuring proceedings», *Insolvency Intelligence*, vol. 30, 2017, pp. 65-81.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: «Comentario al artículo 84», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I., Navarra, 2010, pp. 966-967.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «El concepto de reestructuración en la Directiva 2019/1023 y su traslación al derecho español de sociedades de capital», *Revista Lex Mercatoria* Vol. 18, 2021, pp. 1-44.
- «La disciplina de la resolución de los contratos por incumplimiento tras la reforma del Texto refundido de la Ley concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 326, 2022, p. 3.
- YANES YANES, Pedro: *El preconcurso de acreedores. Estudio sistemático y práctico de los Libros II y III de la Ley Concursal tras su adaptación a la Directiva (UE) 2019/1023*, Madrid, 2023.
- YAÑEZ EVANGELISTA, Javier: «Art. 147», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2020, pp. 990 y ss.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 octubre 1997 (ECLI:ES:TS: 1997:6290)
- STS de 20 diciembre 2006 (ECLI:ES:TS: 2006:7973)
- STS de 21 de marzo 2012 (ECLI:ES:TS: 2012:4011)
- STS de 21 de marzo 2012 (ECLI:ES:TS: 2012:4176)
- STS de 18 de diciembre 2012 (ECLI:ES:TS: 2012:8997)
- STS de 17 de enero 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1013)
- STS de 30 de junio 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2823)
- STS de 24 de febrero 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1698)
- STS de 12 de septiembre 2015 (ECLI:ES:TS: 2015:3830)
- STS de 19 de julio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3630).
- STS de 10 de noviembre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4841)
- STS de 12 de mayo 2017(ECLI:ES:TS:2017:1860),
- STS de 20 de julio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3027)
- STS de 18 de julio 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2831)
- STS de 6 de marzo 2020 (ECLI:ES:TS:2020:791)

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Vizcaya 12 de noviembre 2014 (ECLI:ES:APBI:2014:2607)

JUZGADO DE LO MERCANTIL

- SJM Barcelona 18 de julio 2023 (ECLI:ES: JMB:2023:1518)

La tensión consensual y real en las relaciones contractuales (siglos XIV-XIX)*

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA
Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Murcia

RESUMEN

El trabajo estudia las interpretaciones de los juristas modernos y contemporáneos para resolver los desajustes técnicos del derecho castellano que se derivan de la persistencia de la categoría del contrato real desde que el Ordenamiento de Alcalá de 1348 establece el principio de la eficacia obligacional del pacto nudo y aun del consentimiento nudo, que será también esencialmente recogido en el Código Civil.

PALABRAS CLAVE

Pactum nudum; Pactum vestitum; Consentimiento; Promesa; Contrato; Obligación; Perfección; Cumplimiento.

The consensual and real tension in contractual relations (14th-19th centuries)

ABSTRACT

The work studies the interpretations of the modern and the contemporary jurists in order to figure out the technical possible mismatches of the Castilian Law that lead to the persistence of the real contract's category since the Alcalá's Ordenamiento of 1348 establishes the value of the obligatory efficiency of the pactum nudum and even of pure consent, that will be also essentially included in the Civil Code.

KEY WORDS

Pactum nudum; Pactum vestitum; Consent; Promise; Contract; Obligation; Perfection; Execution.

Sumario: I. Introducción.—II. Entre la ley de Alcalá y el Código Civil.—III. La inspiración canónica de la ley de Alcalá.—IV. El comedimiento de la doctrina jurídica castellana entre los siglos XVI y XVIII.—V. El *impasse* de la doctrina jurídica española del siglo XIX.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el empeño de la investigación histórico-jurídica, cuando se trata de estudiar la continuidad de ciertos conceptos y principios de instituciones jurídicas civiles caracterizadas por un color de persistencia, conviene tomar ciertas precauciones metodológicas que eviten, sobre todo, una interpretación estática, a modo de comparación de fórmulas decantadas en distintos momentos históricos, para integrar una dinámica de transformación en la comprensión del lenguaje jurídico.

Algunas de estas precauciones son de importancia pero de interés relativo en estas páginas, porque afectan a cuestiones estructurales generales o sistémicas. Por ejemplo, en materia de derecho contractual, la construcción contemporánea de una teoría general de las obligaciones y los contratos no permite su retrotraslación automática para el examen de un derecho bajomedieval y moderno que careció de una construcción similar y optó, empero, por una arquitectura de tipos contractuales (una parte especial, podría decirse, carente en buena medida, aunque no completamente, de parte general), lo que a su vez tampoco excluye la investigación histórica de cuestiones determinadas o elementos de esa estructura. Tratándose sin embargo de principios o esencias institucionales, como el que viene a tratarse en estas páginas, las precauciones son más complejas.

Es sabido que el Código Civil de 1888-1889¹ recibe en herencia de la tradición jurídica de Castilla un principio técnico basilar del derecho contractual, fijado por la ley del ordenamiento de Alcalá de

* Este trabajo de investigación pertenece al proyecto titulado *Conflictos y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea*, referencia PID2020-113346GB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento.

Henares de 1348², según el cual todo pacto o convenio genera obligación en virtud de la voluntad (la voluntad de obligarse) con independencia de que aquel cuente formalmente con vestidura o, por el contrario, se manifieste nudo. A despecho de esta persistencia, la plasmación de la continuidad institucional³ traza sinuosos meandros a la hora de concretar los conceptos en juego y de precisar el alcance de los preceptos. Parecería fácil entender que la voluntad de obligarse ha de verterse en la noción de consentimiento, en calidad del intercambio de voluntades propio de la naturaleza bilateral de los pactos⁴, para deducir entonces que dicho consentimiento funge de clave nuclear y esencia que rige su perfección. Sin embargo, lo cierto es que esta primacía nuclear y esencial del consentimiento no excluyó durante la época moderna, ni tampoco en el cauteloso pensamiento jurídico decimonónico, la simultánea resistencia de la categoría de los contratos reales, cuya perfección no derivaba del sin más consentimiento estricto de las partes, sino antes bien de la *traditio rei*, un requisito que imantó así el modo y el momento en el que el contrato, debidamente constituido, se perfeccionaba, nacía o comenzaba a ser, sin desvelar en absoluto, en su antinomia con la eficacia obligacional de la voluntad pura, si la entrega de la cosa funcionaba ora ciertamente a título de una perfección bien o malentendida, ora como un mecanismo o exigencia formal del contrato, ora en el trance de una consumación obligacional.

Lo que pretende esta investigación histórica (primera precaución) no consiste, como es evidente, en una resolución *a posteriori* del problema (que correspondería, en todo caso, a los civilistas) ni en un reconocimiento de excelencia a cualquiera de las interpretaciones doctrinales que entre los tiempos modernos y contemporáneos se ocuparon, de una u otra manera, de la cuestión, sino en la presentación y el análisis de dichas interpretaciones (restrictivas o extensivas⁵) al compás de los cambios normativos, por lo que tiene de interés el esfuerzo de articulación de unos elementos del derecho contractual cuya tensión era evidente porque necesitaban

to Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

¹ Los artículos citados coinciden en *Código Civil. Edición oficial*, 1888, y *Código Civil. Edición oficial reformada*, 1889.

² En la ley única del título 16 conforme a la edición de Asso y MANUEL, 1847.

³ La ley de Alcalá fue recogida en las *Ordenanzas Reales de Castilla* (3.8.3), en la *Nueva Recopilación de las leyes de Castilla* (5.16.2) y en la *Novísima Recopilación de las leyes de España* (10.1.1).

⁴ Acerca del pacto, el consentimiento y la bilateralidad en la doctrina de los glosadores, VOLANTE, 2001, pp. 33-36, 51-55.

⁵ Pero no tanto en el sentido especulativo de su contraste con el *ius commune*, sino de su aceptación pacífica o controvertida, mayoritaria o minoritaria, en el ámbito del *ius proprium*.

combinarse en la preservación simultánea de la flexibilidad negocial y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, por un lado, y los criterios de seguridad patrimonial y de control del tráfico jurídico-económico, por otro. La distinta sensibilidad de los juristas modernos y contemporáneos refleja por sí sola este esfuerzo por un equilibrio jurídico, en distintos contextos, que repercute en la concepción de la esencia, la perfección y la validez de los tipos contractuales.

Por otra parte (segunda precaución), cuando se avanza desde el derecho bajomedieval y moderno hacia el derecho contemporáneo, el rigor histórico exige sin duda respetar la terminología propia de cada época, pero esta evidencia debe adoptarse con una profundidad que supere su literalidad. Como será fácil aceptar, el lenguaje jurídico no evoluciona en una transformación constante de significantes ni de significados: la terminología muta, pero también permanece, y la semántica que se deduce de la misma o de distinta terminología histórica puede coincidir o disentir desde el punto de vista de la problemática a la que se enfrentan las fuentes. Por eso, en estas páginas, no obstante cierta prolíjidad, la interpretación de los textos normativos y doctrinales intenta acomodarse estrictamente a los términos utilizados por cada norma o comentario jurídico (y podrá comprobarse que no se utiliza, para cada texto, sino la terminología que el texto arroja), pero a este cuidado se añade otro, que no cabe obviar, sin el cual la interpretación sería estática, y no dinámica como la metodología histórica requiere: hay que reconocer la semántica y la problemática común a la que los juristas responden a veces con términos próximos pero también a veces con términos diversos, empleados no siempre con el mismo rigor técnico o con la misma intención, de tal manera que resulte forzoso contrastar la terminología dispar sobre el sentido y el problema común. Además, cuando los sistemas jurídicos se suceden y los cambios terminológicos ora se frustran ora se precipitan, debe mantenerse la atención sobre la obsolescencia o la innovación conceptual, pero tampoco debe olvidarse que hay materias afectadas que, al cabo, vienen a permanecer tratadas de la misma o análoga forma aun con distintos aparatos conceptuales. Términos como obligación, pacto, contrato, existencia, validez o perfección cabe que figuren en la historia jurídica bajomedieval, moderna y contemporánea con perfiles atinadamente distinguidos, pero también con anfibologías y sustituciones evidentes. El rigor histórico exige un esfuerzo por percibir estas mutaciones, y no debe contentarse con un estatismo terminológico predicado de

cada época que parezca suficiente por su mera apariencia preservadora del anacronismo.

A este criterio sobre el lenguaje jurídico debe añadirse (tercera precaución) el peso del contexto. Esto que parece fácil no lo es tanto, precisamente por la gravedad con la que cuenta la terminología histórica en la formación de las fuentes del derecho, normativas y doctrinales. Pondré un ejemplo para explicarme mejor. Cuando se interpreta la ley de Alcalá que constituye el eje de este trabajo, suele hacerse hincapié en el abandono de la estipulación romana. Como veremos, esta es una lectura cierta, literal y evidente de la ley. Sin embargo, si se empecina en que la finalidad de la ley, en su tiempo histórico, consistió en la eliminación de la estipulación, se comete un error grave o, quizás mejor, un prejuicio de perspectiva, en la medida en la que esa desaparición constatada de la estipulación puede resultar relevante, pero tan solo desde el punto de vista de la evolución del derecho romano⁶. Por el contrario, desde el punto de vista de la comprensión del derecho bajomedieval y moderno, y de su proyección al derecho contemporáneo, de ninguna manera la relevancia puede estribar en la desaparición de la estipulación, por la sencilla razón de que la estipulación, en tiempos bajomedievales y modernos, carecía de relevancia⁷. Así pues, la referencia a la estipulación en la ley de Alcalá debe ser comprendida de otro modo, amén de que tenga que ver con la conservación, por los juristas letrados formados en el *ius commune*, del lenguaje jurídico romano. De esta suerte, el hecho de que la ley de Alcalá decida prescindir de la estipulación, en su momento histórico, es una forma de expresar el planteamiento de una libertad de obligarse que se contrasta con criterios de seguridad jurídica coetánea (como la escritura y la intervención de escribano

⁶ Este es, en realidad, el planteamiento del estudio de GUZMÁN BRITO, 2000, pp. 45-60, cuya lectura del *ius commune* obedece a una comprensión de la evolución de la influencia del derecho romano, pero no a una determinación de los contenidos y principios del *ius commune* y el *usus modernus* en sus concretos contextos culturales y socioeconómicos (se aprecia perfectamente en su metodología *per saltum*, espacial y temporal). Al margen de que el planteamiento del autor no coincide (ni tiene, como es lógico, por qué coincidir: se centra en cuestiones sistemáticas) con el desarrollado aquí, su atención a la doctrina del *ius proprium* castellano es muy relativa; hay que advertir, en particular, que la relevancia que concede a Luis de Molina (sin que neguemos aquí su utilidad para el derecho castellano y lusitano), no podría sustituir a los autores citados en estas páginas, sobre todo porque Molina es un autor posterior a Antonio Gómez, a quien sigue con no poca frecuencia casi al pie de la letra, y además se encuentra precedido por un gran elenco de jurisprudencias renacentistas. GUZMÁN BRITO, 2007, pp. 399-400, deja clara su lectura como romanista cuando afirma que la forma estipulatoria quedó en «pura y mera teoría, al menos desde el *Ordenamiento de Alcalá*».

⁷ Tan solo puede plantearse, como hizo ARIAS BONET, 1966, pp. 285-334, la influencia de la estipulación romana en las *promisiones* de las *Partidas*, una obra legal medieval en la que la influencia romana está fuera de toda duda, pero también su construcción de un derecho de elaboración intelectual sobre práctica, científica sobre realista. En el mismo sentido debe leerse a GUZMÁN BRITO, 2007, pp. 395-404.

público), de la misma manera que las aportaciones *espirituales* de la Escuela de Salamanca (muy presentes en estas páginas, como se comprobará en los juristas, civilistas y canonistas, citados) deben ponerse en sintonía con las prácticas mercantilistas del derecho moderno⁸. Por lo tanto, una lectura romanista de la ley de Alcalá es perfectamente viable, y no merece ninguna crítica, pero no puede ocultar lo relevante para un jurista moderno o contemporáneo ni para quien pretenda estudiar la evolución del consensualismo contractual entre la modernidad y la contemporaneidad, pues se equivocará con ese estatismo romano-estipulatorio que ignora la dinámica de un lenguaje integrador (para negarla) de aquella estipulación ya desaparecida en tiempos de Alcalá. A la sazón, lo relevante para un jurista moderno no es confirmar la coexistencia del vigor de los contratos consensuales y el mantenimiento de la categoría de los contratos reales, que en derecho romano no planteaba dificultad justamente en cuanto corrían por dos caminos (*ius civile* e *ius gentium*) que no se excluían⁹, sino la rareza implícita en el mantenimiento de la categoría de los contratos reales bajo los nuevos principios jurídicos de propulsión del consensualismo, como se adivina en los cambios de su legitimación (su concepción como contratos de gracia, por los juristas y teólogos modernos, tras su amplia difusión práctica medieval, en vez de como contratos de derecho de gentes), tal y como resulta asimismo interesante la aceptación pacífica contemporánea de esta tensión probablemente por la decantación de los criterios de seguridad jurídica contractual y patrimonial que, con distintas razones y escenarios políticos y económicos, el derecho medieval y el derecho moderno sostuvieron, sobre todo este último, en una situación de mayor complejidad del poder público, la sociedad y la economía (sin ir más lejos, por razón de la dinámica jurídica del desarrollo mercantil).

II. ENTRE LA LEY DE ALCALÁ Y EL CÓDIGO CIVIL

Antes de leer la influyente ley de Alcalá, quizá sea conveniente aproximarse a los conectados artículos del Código Civil, porque la

⁸ Parece una opinión pacífica, recogida por ejemplo por Bustros, pp. 76-77, 79-86, que, sin embargo, debe recordarse frente a lecturas historiográficas que conceden una excesiva función a la moral y la teología en el ámbito jurídico-económico moderno.

⁹ La irrelevancia de la estipulación ya en el derecho medieval (en el que por lo demás se constatan problemas relativos a la perfección real, a la *traditio* o a la escritura que siguen influyendo en la ley de Alcalá y su interpretación moderna) puede comprobarse en FERNÁNDEZ ESPINAR, 1955, pp. 373-528.

sedimentación histórica de sus conceptos tal vez aclare sus sentidos y posibilidades:

Artículo 1254: «El contrato existe desde que una ó varias personas consienten en obligarse, respecto de otra ú otras, á dar alguna cosa ó prestar algún servicio».

Artículo 1258: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes á la buena fe, al uso y á la ley».¹⁰

La «existencia» que incluye el artículo 1254 se refiere a la perfección del contrato porque se trata de una existencia «desde» que, por lo tanto, no tiene que ver de forma estricta con los requisitos o condiciones de validez, sino con el modo temporalmente acotado¹¹ que genera, tal es su efecto, las obligaciones de las partes, como dice el precepto con toda claridad. El artículo 1258 confirma esta interpretación; reza —en general, sin distinguir tipos de contratos— que el contrato se perfecciona «por el mero consentimiento», que fija el modo y tiempo «desde el cual» se produce la obligación. Así las cosas, la obligación es un efecto de la perfección, que se proyecta a la consumación del contrato, la cual, a su vez, consiste en el «cumplimiento de lo expresamente pactado», en el cumplimiento del contenido de las obligaciones¹².

La corroboración de que los artículos 1254 y 1258 se refieren a la esencia y a la perfección del contrato como dos conceptos sustancialmente interconectados, de tal suerte que el consentimiento esencial y la perfección consensual formarían imágenes de un solo espejo, se alcanza en la lectura del artículo 1261, que recoge «los requisitos esenciales para la validez de los contratos»:

¹⁰ El artículo 1258 coincide con el artículo 978 del Proyecto de Código civil de 1851, en LASSO GAITÉ, 1970. Pero GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871, p. 6, relaciona con la ley de Alcalá el artículo 974: «Todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado». Implica una lectura de la ley de Alcalá centrada en la tipicidad o atipicidad, nominación o innominación, de los convenios a la luz del *ius commune*.

¹¹ Según MANRESA Y NAVARRO, 1907, p. 600, en el primer artículo citado, como en el segundo, «más bien que definir, lo que hace el Código es indicar, para evitar dudas, el momento en que el contrato existe, en que aparece formado, suponiendo un vínculo de derecho nuevo, no una serie de actos preparatorios; determinar el momento y los requisitos en que estos concluyen y el contrato surge, ese es el propósito de este artículo».

¹² MANRESA Y NAVARRO, 1907, pp. 617-618, explica la diferencia entre el «proceso preparatorio», la perfección y la consumación del contrato; esta última «significa su extinción, debida al cumplimiento de las obligaciones que engendró».

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:
 / 1.^º Consentimiento de los contratantes. / 2.^º Objeto cierto que sea materia del contrato. / 3.^º Causa de la obligación que se establezca.

Los «requisitos esenciales para la validez» han de existir como presupuestos de la perfección del contrato, y en su preexistencia no indican todavía que el contrato se haya perfeccionado¹³. La presencia del consentimiento (con el que se identificará el modo de perfección) es consecuencia evidente de su naturaleza esencial como cúmulo de voluntades con eficacia obligacional. La validez, empero, exige además objeto cierto y causa¹⁴.

En esta tesitura, se antoja un tanto complicado localizar la función de la *traditio rei*. Conforme a la literalidad de los artículos del Código Civil, no puede considerarse que la *traditio rei* forme parte de la esencia del contrato, ni tampoco aparece reconocida como un requisito esencial de su validez. Parecería lógico considerarla un factor propio de la consumación del contrato, del cumplimiento de las obligaciones (la obligación que existe respecto de la cosa que constituye requisito de validez). Lo que resulta sorprendente y artificioso es que la entrega de la cosa pueda ser considerada modo y tiempo perfectivo del contrato, y no tanto porque no lo pueda ser potencialmente por tradición, como de hecho lo fue en la categorización del *ius commune* y el *usus modernus*, sino porque relativiza

¹³ MANRESA Y NAVARRO, 1907, p. 618, explica la diferencia entre los presupuestos o requisitos de validez y la perfección del contrato: «la perfección viene á significar el nacimiento, la aparición del contrato como tal vínculo obligatorio, resultado de la conformidad á que se llega. La perfección de un acto jurídico supone la concurrencia de aquellos requisitos que su esencia exige, y que determinan la producción de las consecuencias obligatorias que le son propias. Ese instante se produce en los contratos por el mero consentimiento».

¹⁴ En el Proyecto de Código Civil de 1836, en LASSO GAITÉ, 1970, pp. 130-317, el artículo 948 rezaba: «Contrato es una obligación expresa entre dos o más personas para dar, hacer o no hacer alguna cosa»; este planteamiento contractual no enfoca la perfección del contrato y el consentimiento es mencionado como requisito de validez en el artículo 964 junto con la capacidad legal, el objeto cierto y determinado, y la causa lícita y honesta de la obligación. Si la definición obligacional del contrato en el artículo 948 remite a la naturaleza de la obligación, la perfección de la obligación natural conduce, en círculo vicioso, a los elementos del contrato y así, indirectamente, al consentimiento como uno de ellos (artículo 867: «La obligación natural [...] Nace de convenio cuando contrae una persona que, o no lo ejecuta conforme a los requisitos de la ley, o no puede hacerlo civilmente según la misma»), mientras que respecto de la obligación civil se prescinde del problema perfectivo para centrarse en su eficacia consuntiva y procesal (artículo 869: «Obligación civil es la que con arreglo a las leyes de este Código produce acción civil para reclamar el cumplimiento de ella, y dimana: 1.^º, de contrato; 2.^º, de cuasi contrato; 3.^º, de delito, y 4.^º, de cuasi delito»). En el Proyecto de Código Civil de 1851, *ibidem*, pp. 321-494, parece sugerirse el problema de la perfección del contrato, aunque lo que podría interpretarse como referencia al consentimiento se expresa, con criterio tautológico y típico, como convenio en el artículo 973: «El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, respecto de otra o más, a dar alguna cosa o prestar algún servicio»; esto se cohonesta con la enumeración del consentimiento, como en el proyecto de 1836, entre los elementos del contrato, en el artículo 985, junto con la capacidad, el objeto cierto, la causa lícita y la forma o solemnidad legal.

la virtud nuclear esencial del consentimiento y porque enerva la voluntad de obligarse una vez que su primordial suficiencia contractual fue propulsada de forma general por la ley de Alcalá. Es este respaldo legal a la eficacia obligacional suficiente del consentimiento el que debería haber expelido la categoría de contrato real contra su persistencia.

Aunque el contrato real sigue en boca de los juristas del siglo XIX, con eventual sinsabor o desasosiego, su configuración técnica tuvo origen y explicación en el derecho romano, y su continuidad en el espacio del derecho común, esto es, en el tiempo histórico al que pertenece y con el cual se contrasta el derecho propio de la ley de Alcalá. La lectura de esta ley permite ratificar el influjo castellano en el derecho contractual español codificado, pero también presenciar la manera en la que las categorías de validez o perfección se manifestaron y entreveraron en un peculiar cruce de *ius romanum, canonicum, commune y proprium*. La ley de Alcalá rezaba:

«Como vale la obligacion entre absentes, aunque non aya y estipulacion. / Paresciendo que se quiso un Ome obligar a otro por promision, o por algund contrato, o en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos a quienes se obligó, e non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; o que fue fecha la obligacion del contrato entre absentes; o que fue fecha a Escribano publico, o a otra persona privada en nombre de otro entre absentes; o que se obligó uno de dar, o de façer alguna cosa a otro: mas que sea valedera la obligacion o el contrato que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro, e façer contrato con el».

Si la ley de Alcalá es interpretada literalmente, su lema clava una situación jurídica que pone en duda la existencia de consentimiento, cual es la obligación «entre ausentes», aprovechando la hipótesis para reforzar la «validez de la obligación». Aún no sabemos qué tipo de acto puede generar esta obligación, pero se hará explícito en seguida. De momento, la duda sobre la existencia de consentimiento se agudiza porque el instrumento que podría probar formalmente su constancia queda excluido: la estipulación. La prueba de que la ley sigue esta cadencia se encuentra en que, de inmediato, al continuar la redacción, se desarrolla el mismo razonamiento planteado a la inversa: consta que existe una obligación que ha nacido de una promesa, de un contrato o «en alguna otra manera» para apuntalar su validez a pesar de la falta de estipulación.

En la ley de Alcalá se determinan las fuentes de las obligaciones: la obligación («sea tenudo») deriva de la promesa o del contrato por los que un hombre «se quiso» obligar con otro. La promesa,

el contrato u «otra manera» son un *numerus apertus* en los que cabe incluir, de acuerdo con el modelo romano¹⁵, la promesa (aceptada), la policitación, el pacto vestido¹⁶ (en puridad, contrato nombrado y consensual)¹⁷ y el pacto nudo¹⁸; el mensaje es claro: toda vía jurídica promisoria o convencional genera obligación, lo que a la postre afecta a contratos consensuales, reales e innominados. Si cualquier pacto genera la obligación es porque existe en él un «querer» cuyo objeto es la obligación, una querencia por la obligación o una querencia de la que la obligación es su efecto. Es una idea que se repite al final de la ley: «que sea valedera la obligacion o el contrato que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro, e façer contrato con el». Aunque en esta oración hay una cierta confusión de conceptos, antes evitada, pues han cambiado «promesas y contratos» por «obligaciones y contratos», la querencia de la obligación permanece incólume. Lo importante es la querencia, la voluntad o el consentimiento, pues queriendo un hombre, se obliga¹⁹.

¿A qué se refiere la ley de Alcalá cuando utiliza el término de «validez»? La «validez» figura dos veces predicada «de la obligación» y una «del contrato», y todas ellas relacionadas con la querencia de obligarse, con la voluntad de obligarse. En el caso del contrato, o en general del pacto o convenio, no hay nada que no se corresponda con la naturaleza esencial del consentimiento: la esencia del consentimiento lo convierte en un evidente y presupuesto requisito de validez, entendida esta en su sentido genuino perfectivo. Ahora bien, la «validez de la obligación», que es la expresión repetida, nos sitúa en el momento del efecto producido por la perfección del contrato. Hay que entender, en consecuencia, que la validez de la obligación puede significar el efecto del presupuesto de la perfección del contrato (la perfección como un requisito de validez de la obligación), del mismo modo que la perfección del

¹⁵ «*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*», según Ulpiano: *Dig.* 50.12.3, en *Corpus Iuris Civilis*, 1928.

¹⁶ BIROCCHI, 1997, pp. 76-80, estudia la función de vestidura de la estipulación.

¹⁷ Incluso una institución cuya naturaleza jurídica resultaría doctrinalmente discutible, como la donación, entre el contrato y el acto de liberalidad (conforme a la exigencia de su aceptación en orden a la formación del consentimiento y con independencia de su discutida consideración perfectiva como contrato consensual o real: cf. ÁLVAREZ CORA, 2005, pp. 117-119, 121-122), quedaría incluida sin repulsa en ese aluvión de fuentes obligacionales.

¹⁸ VOLANTE, *Il sistema*, cit., pp. 36-40, 119-135, 145-149, analiza las nociones de pacto, promesa y policitación, así como los de *vestimenta pactorum* y *pactum nudum*, en la doctrina de los glosadores. Como dice BIROCCHI, 1997, p. 51, «nella teoria dei vestimenta il patto nudo era considerato la sostanza, mentre il quid che ad essa poteva congiungersi conferendole la forza obbligatoria era appunto un accidente».

¹⁹ DECOCK, 2013, pp. 178-192, analiza el *animus obligandi*, la *promissio externa* y la *promissio acceptata* en la doctrina jurídica moderna.

contrato tenía como presupuesto el conjunto de los requisitos de validez del contrato mismo (la validez como requisito de la perfección del contrato). Esta interpretación conduce a una conclusión: la ley de Alcalá utiliza el término de «validez» con el significado de «perfección» del contrato o de la promesa, condición de la eficacia obligacional que activa la consumación o cumplimiento de las obligaciones. Por lo tanto, la ley de Alcalá estaría explicando que la voluntad, la querencia, el consentimiento constituye la esencia del contrato y, en rigor, la esencia perfectiva, y que el contrato se perfeciona y la obligación nace por causa directamente del consentimiento como manifestación de la voluntad o querencia de obligarse.

Esta interpretación de la «validez» como perfección del contrato en la ley de Alcalá se confirma probablemente a propósito de la estipulación. La estipulación es «prometimiento con ciertas solemnidades de derecho», si bien, una vez que resulta evidente cómo la voluntad o el consentimiento pervive en cuanto querencia esencial con eficacia obligacional que no necesita ceremonia, y que la promesa es literalmente fuente de las obligaciones junto al contrato, la definición anterior tiene que reducirse a las «solemnidades» jurídicas. Se diría entonces que la ley de Alcalá, al prescindir de la estipulación, ha impedido que la obligación se considere no generada, lo que significaría que el pacto no habría sido perfeccionado antes: al situarse en el plano procesal, se rechaza una excepción que abogue por impedir la consumación del contrato que deriva de su perfección. Por eso, tampoco es necesario para el nacimiento de la obligación, en el mismo plano de la perfección, la intervención de un escribano público o los mecanismos de representación entre ausentes. Como es obvio, esto no significa que quede prohibida la representación ni que se ignoren los supuestos contractuales en los que la ley o la costumbre aconsejen o exijan la intervención de un notario público por razón de la naturaleza del contrato o de la cuantía de su objeto, pero estas condiciones, para no afectar a la perfección, deberían comprenderse como factores o requisitos de validez, presupuestos de la perfección junto al propio consentimiento, sin perjuicio de que el consentimiento quede liberado y solo en su carácter perfectivo.

La estipulación podría entenderse rechazada, en la ley de Alcalá, por cuanto resultaba comprendida en la razón perfectiva formal o solemne del antiguo contrato verbal, frente a la cual se procedía ahora a un reforzamiento de la eficacia obligacional del pacto nudo²⁰. Así lo reiteró secularmente la doctrina jurídica. No obstan-

²⁰ Es interesante que la doctrina de los glosadores, como explica VOLANTE, 2001, p. 122, defina el pacto nudo por la ausencia de dos factores: la *solemnitas* (así el rito verbal

te, da la impresión de que la propia fuerza reconocida a la voluntad de obligarse en la ley empujó a interpretar la estipulación en términos de perfección para rechazar en este campo cualquier elemento formal añadido extraño a la voluntad²¹. La inclusión coordinada de los términos de obligación y contrato en la última proposición de la ley de Alcalá deja un perfume incómodo, un aliento de ambigüedad, puesto que la libertad de forma («que fueren fechos en qualquier manera») que se vincula a la extirpación de la estipulación, en la manifestación o exteriorización del consentimiento, si se predica del contrato retrotrae a los requisitos de validez, pero si se predica de la obligación retrotrae a la perfección del contrato. Por lo demás, la yuxtaposición de estipulación, contrato entre ausentes, contrato ante escribano público, contrato mediante representación y, para terminar, obligación de dar o hacer a favor de otro sujeto, justo cuando la ley pretende relatar todas las formas que no resultan exigibles para que se active la querencia de obligación, demuestra que la voluntad no tiene como límite ni siquiera la previa existencia de la promesa o el contrato. Si la obligación que se deriva no ha de preexistir a la querencia de la voluntad, es que la obligación solo puede ser aquello que deriva de la querencia de la voluntad. En definitiva, ni el pacto mismo es fuente de la obligación. Solo la querencia volitiva, en un consentimiento nudo o puro, casi prejurídico, es fuente de la juridicidad obligacional, que acaso es lo que quiere decirse, con la pátina terminológica romana y del *ius commune*, cuando se insiste en la eficacia de la desnudez del pacto²².

de la estipulación) que «arriva a trascolorarsi nella causa, nella prestazione anticipata che rende obbligatori e vincolanti i contratti innominati», y la *forma negotii*, «il contenuto strutturale proprio di quelle fattispecie riunite [...] nelle tautologia del nomen».

²¹ BIROCCHE, 1997, pp. 47-48, en relación con la tradición romana: «Col che non si vuol dire che dalla compilazione giustinianea emergesse un sistema contrattuale chiuso alle esigenze dell'autonomia privata od orientato verso la tipicità, che sono altra cosa rispetto al dar rilievo alla situazione obiettiva per la nascita dell'obligazione: senza considerare che la "tipicità" del sistema contrattuale romano non comportava costrizioni alle scelte dei contraenti, le parti potevano porre in essere contratti a schema libero (contratti innominati) e inoltre avevano a disposizione lo strumento della stipulatio [...]. Anzi, venutisi ad attenuare ulteriormente i requisiti di forma —ridotti ormai, in età giustinianea, alla mancanza della prova che una delle parti fosse stata assente nella città nella giornata di conclusione del negozio— sulla stipulatio sembrano scaricarsi le aporie di tutto il sistema: perché, mentre essa rimaneva un contratto formale verbale (non era dunque il contratto-paradigma del nostro ordinamento), da un lato i requisiti di forma erano appena un velo e semmai la prassi volgeva a tramutare i verba in scripta; e dall'altro la libertà di forma era compensata dall'emergere del requisito di la causa, la cui mancanza poteva essere eccepita per paralizzare l'azione».

²² BIROCCHE, 1997, pp. 80-81, no ve en la ley de Alcalá nada «revolucionario», sino una convencional excepción a la regla *ex nudo pacto actio non oritur*. Quizá no percibe el consentimiento nudo más allá del pacto nudo porque su lectura es solo doctrinal (la ley, tan solo en cita), cuando la doctrina castellana, como veremos, tira de las riendas contra el desbocarse de la voluntad. Por su parte, DECOCK, 2013, p. 161, advierte acertadamente de que «The *Ordenamiento de Alcalá* was mostly interpreted in a restrictive way».

Sería radicalmente el desnudo del propio cuerpo desvestido, dejando al aire el consentimiento obligacional como esencia perfectiva. Tenía razón Diego Pérez de Salamanca:

«*Nam in hac lege Regia, & ejus decisione non requiritur pac-tum nudum, ex quo oriatur obligatio naturalis, sed sat est sola voluntas, & animus obligandi, ut efficaciter maneat obligatus, quod constat, cum ex sola promissione oriatur actio, & obligatio, ut praemissum est, & in hoc excedit jus canonicum: ergo a fortio-ri ex pacto nudo, & reciproca pollicitatione, & promissione facta in contractu innominato hodie orietur actio ex nostrae legis littera».²³*

En esta semántica torturada entre validez y perfección, en la que las formas obligacionales oscilan como llamas extinguiébiles o propagables, la *traditio rei* continúa adoleciendo de un acomodo espinoso en cuanto razón de un modo de perfección contractual. Excluida su función como requisito de validez, que se reduciría a la cosa, la categoría de contrato real permanece como pacto extraño, la entrega de la cosa como vestidura insólita, máxime cuando la ley ha catapultado esa querencia de obligación extrema que se ha des-encapotado del haz de formas. Mas el contrato real resiste, y no solo en la doctrina jurídica del *ius commune* y del *usus modernus* ajena a la singularidad jurídica castellana, sino también en la que forma parte de este último *ius proprium*.

En este sentido hay algo que añadir. Como es sabido, en la ley primera de Toro se incorporó y actualizó el orden de prelación de fuentes de la ley primera del título veintiocho del ordenamiento de Alcalá, que anteponía la ley del rey a cualquier otra ley. Desde luego, la ley de Alcalá que nos ocupa formaría parte, como ley del rey, de aquellas leyes aplicables con preferencia. Supletorias, las leyes de las *Partidas* vieron reconocida su vigencia en Alcalá y en Toro, incorporado a su través, por lo que aquí más importa, el régimen jurídico romano de promesas y contratos consensuales, reales e innombrados. Respetado en consecuencia este orden de leyes, persistente por lo demás mediante la sucesiva recopilación oficial de las leyes citadas, teóricamente en Castilla la interpretación de todos los contratos debería estar presidida, con pulso firme y sin solución de continuidad, por el principio de perfección consensual recogido en nuestra ley de Alcalá.

²³ PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, pp. 603-604, considera el criterio de la ley de Alcalá como contrario no solo al *ius commune*, sino también al *ius canonicum*.

III. LA INSPIRACIÓN CANÓNICA DE LA LEY DE ALCALÁ

Si en la ley de Alcalá se contempla una esencia y perfección consensual del pacto y una forma bien excluida de la perfección, bien desplazada (positiva y negativamente) hacia los requisitos legales de validez, la imperfecta comprensión de la *traditio rei* en esta marea conceptual tal vez pueda ajustarse por otro camino. La lectura de la ley de Alcalá como un reconocimiento de la eficacia obligacional del pacto nudo obedece a una interpretación que toma en cuenta el influjo del *ius canonicum*²⁴ y, en concreto, de las *Decretales* del papa Gregorio IX, donde se encuentra un precepto afirmativo que, a diferencia de la norma castellana, nada dice a propósito de la estipulación:

«*Pacta quantumcunque nuda servanda sunt. / Ex concilio Africano. [...] Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut convenitus, si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi: Pax seruetur, pacta custodiantur».*²⁵

Un canonista renacentista como Henricus Boich leerá tranquilamente el precepto con una perspectiva procesal, caracterizando el pacto nudo como fuente de la acción bajo la contundencia de un criterio espiritual (a favor del solo consentimiento) que se mantendrá a todo trance exclusivamente en el ámbito del derecho canónico²⁶. En el ámbito secular, sin embargo, seguirá muy presente la tradición histórico-jurídica romana a la que obedecía la categoría de los contratos reales y donde la eficacia del pacto nudo se admitía mediante la conversión en un contrato especialmente nominando²⁷, noción en la que había que incluir tan solo a los contratos consensuales y la estipulación²⁸. Esto quiere decir que el pacto nudo alcanzaba eficacia civil cuando se vestía, lo que implicaba que el pacto nudo pertinaz carecía de ella. Se entendería, por lo tanto, que el contrato no consensual o el contrato no verbal o formal (no estipulatorio) es aquel que «*non transit in speciale nomen*

²⁴ Influjo específicamente en lo que se refiere a la eficacia obligacional del pacto nudo sin necesidad de estipulación según la interpretación pacífica verbigracia de MOLINA, 1659, col. 22.

²⁵ *Decretalium D. Gregorii Papae IX compilatio*, 1.35.1, en *Corpus Iuris Canonici*, 1955.

²⁶ Para la persistencia vale como ejemplo el canonista barroco GONZÁLEZ TÉLLEZ, 1673, p. 861: «*Ex hoc textu, praecipue ex illis verbis: Pax seruetur, pacta custodiantur; deducunt communiter Interpretes, Ex pacto nudo iure canonico actionem dari, & ipsam nudam conuentione non solum exceptionem, verum & efficacem actionem producere».*

²⁷ Como dice MOLINA, 1659, col. 15, el hecho de que el contrato tenga una específica nominación es suficiente vestidura.

²⁸ Sobre el posible origen estipulatorio («conexión de estipulaciones interdependientes») del contrato consensual, d'ORS, 1991, pp. 516 y 540 n. 5.

contractus»²⁹ y no obliga. El contrato real resultaba así un contrato sin adjetivo, innominado, perfilado en la órbita del *ius gentium*³⁰, cuya eficacia obligacional dependía —además de exigencias de razón y honestidad— de que vistiera su pacto si es que pretendía habilitarse para generar la acción. De modo que la vestidura cubría *interventu rei o traditione rei* al contrato no consensual ni formal, lo que incluía tanto la permuta (y el resto de los contratos innombrados) como los contratos reales³¹.

Por lo tanto, es evidente que la ley de Alcalá prefirió el criterio canónico favorable al pacto nudo, lejos de las restricciones civiles, si bien, como ya sabemos, la idea del pacto nudo solo fue en la ley de Alcalá un punto de partida³² para proceder, acto seguido, a desnudarlo³³.

A raíz de este origen explicado por Boich, la vestidura de la *traditio rei* podría considerarse ligada al modo de perfección, habida cuenta de la consolidación de la categoría de contrato real y de su contraste (vestiduras de la perfección) con el contrato consensual (consentimiento perfeccionador) e incluso con el formal (forma perfeccionadora). Por otra parte, no se detecta un concepto claro de perfección que impida plantear los mismos elementos (consentimiento, forma, entrega de la cosa) como requisitos esenciales de validez. Hay que tener en cuenta que Boich se refiere siempre al efecto procesal, a la acción, y que con este punto de vista los requisitos de validez son, en negativo, las causas eventuales de nulidad del contrato en el momento previo constitutivo, como dice Martín Bonacina de los requisitos solemnes sustanciales *a iure*, previos a la generación de las obligaciones por el contrato³⁴ y, como es obvio, al cumplimiento de estas mismas obligaciones.

Para Emmanuel González Téllez, un canonista del Seiscientos, el pacto (el contrato, la convención³⁵) es tal en virtud del consentimiento, y un contrato aprobado *a iure* pero que carezca del consentimiento de las partes ha de juzgarse nulo. Esto quiere decir que el

²⁹ D'ORS, 1991, p. 452: «Se construyó así la categoría general de los contratos ‘innominados’, es decir, aquellos convenios de obligarse recíprocamente que, al no coincidir con los negocios contractuales tipificados por el derecho clásico como tales contratos (de buena fe), no podían obligar por sí mismos, pero sí obligaban desde el momento en que una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido; en este sentido los contratos innombrados son contratos “reales” y no “consensuales”».

³⁰ En relación con la contratación en el *ius civile* y el *ius gentium*, VOLANTE, 2001, pp. 167-171, 179-194.

³¹ BOICH, 1576, p. 145.

³² Un punto de partida que debe situarse en el planeta de la crítica de la doctrina moderna al *vestimentum*, examinada por BIROCCHI, 1997, pp. 82-94.

³³ Recuérdense las últimas palabras transcritas de Diego Pérez de Salamanca.

³⁴ BONACINA, 1629, p. 699.

³⁵ Sobre la noción de *conventio* en la doctrina de los glosadores, VOLANTE, 2001, pp. 47-50.

consentimiento es una esencia (aun perfectiva) en general de todo contrato y un requisito esencial de su validez, binomio de nociones que se aproxima a los planteamientos de la ley de Alcalá. Distingue entonces González Téllez entre el pacto legítimo y el pacto nudo (o la promesa nuda³⁶, otro detalle común con la ley de Alcalá): el primero es aprobado por el *ius civile*, tiene como causa la producción de una obligación y se encuentra nominado³⁷, en tanto que el segundo, según la definición de Ulpiano, «*tantum stant in puris terminis conuentionis, nec habent in se negotium aliquod*». Esta última clasificación responde a una distinción formal que preserva la fuerza del consentimiento en pactos legítimos y nudos, aunque, contradictoria y simultáneamente, parezca arrinconar en el pacto nudo, como posibilidad aformal y acausal («*quia causam nullam habet praeter conuentionem*»), el concepto que atesora la fuerza jurídica nuclear y por sí sola del consentimiento, o sea el «*nudus consensus*»³⁸. No obstante, este «*nudus consensus*» no llega a separarse o a romper el vínculo con el pacto nudo, contra lo que parece suceder en la ley de Alcalá.

Ahora bien, si el nudo consentimiento no se alza sobre el pacto nudo, quizá pueda expresarse la misma operación mediante la devaluación del consentimiento que subyace en el pacto nudo. González Téllez, tras el recordatorio de que el pacto nudo no produce acción en el *ius civile*, con la clásica propensión tuitiva canónica de la eficacia obligacional del pacto nudo, apunta una idea peculiar: el pacto nudo opera «*ex animo non deliberato, & magis ioci & iactantiae causa, quam voluntate se obligandi promittere*», de manera que el consentimiento que parecería propio del pacto nudo se transfigura, en su seno, en un consentimiento demacrado, sin eclosión autónoma. Si el consentimiento se retrae al pacto nudo, el consentimiento nudo al margen del pacto nudo tiene abierta su propia eficacia³⁹. A la par, por otra ruta, el canonista recoge casos excepcionales en los que el pacto nudo produciría acción civil, como la convalidación mediante ley especial o los pactos realizados en juicio. Por último, para resolver tajante cualquier tipo de

³⁶ GONZÁLEZ TÉLLEZ, 1673, p. 861.

³⁷ Para el problema de la causa de la estipulación, BIROCHI, 1997, pp. 67-76.

³⁸ GONZÁLEZ TÉLLEZ, 1673, pp. 862-863.

³⁹ La posición de la ley de Alcalá es contraria al *ius commune* pues, teniendo en cuenta lo que dice VOLANTE, 2001, pp. 347-357, acerca de la interpretación de los glosadores, en el pacto nudo se refugia un consentimiento que, cualificado por su declaración, tenía en el pacto vestido la exigencia de la *solemnitas*, y así «Una cosa è dunque riuscire a tenere distinti il consenso dalla iuris sollemitas, con un'operazione condotta ex post, di prezzo carattere ricostruttivo; altra cosa è riconnettere al puro fatto dell'accordo un'efficacia giuridica che possa sfuggire all'imperio della trama dei vestimenta», de modo que «L'unico effetto impossibile a concepirse è la nascita di un accordo privo di qualificazione, cifra interpretativa che anima anche la riflessione degli Ultramontani».

contradicción, realza el concepto que mejor puede fundamentar la especialidad de la solución canónica pero también su generalización: la *aequitas*⁴⁰. En este sentido, la operatividad del pacto nudo admite un cauce de legitimidad generalizadora que evita las dificultosas articulaciones regulares o irregulares de vestiduras pacticias. Esta equidad canónica ha podido ser fuente de inspiración, mejor que la propia teoría del pacto nudo, en la configuración del establecimiento de la ley de Alcalá.

IV. EL COMEDIMIENTO DE LA DOCTRINA JURÍDICA CASTELLANA ENTRE LOS SIGLOS XVI Y XVIII

Los canonistas de los siglos XVI y XVII perfilaron el criterio canónico que inspiró la ley de Alcalá, pero ni generalizaron la virtud del pacto nudo hacia el ámbito civil, propio de aquella ley, ni extremaron radicalmente su eficacia hacia un consentimiento nudo, característico de cualquier negocio jurídico. Por lo tanto, el *ius proprium* de Castilla asumió en su ordenamiento una dirección drástica y excesiva para el *ius civile romanorum*, el *ius canonicum* y también para el *ius commune*. Los doctores bajomedievales y modernos glosaron y comentaron *iura propria* que carecían de la originalidad normativa castellana y solían reconocer al derecho común, con su aparato de vestiduras contractuales, una virtud supletoria. A la hora de interpretar la relación entre la ley de Alcalá y la figura del contrato real, conviene no alejarse, por lo tanto, de la doctrina jurídica castellana para verificar si su interpretación inflama el espíritu de la ley de Alcalá o lo edulcora.

La interpretación más respetuosa hacia la contundencia voluntaria de la ley de Alcalá quizás sea la de Bartolomé de Albornoz, un jurista con tendencia a la elaboración de dogmas y sistemas peculiares, con una agudizada simpatía por la geometría jurídica conceptual⁴¹. Su *Arte* nada tiene que ver con los habituales enjambres de citas de autoridades y referencias bibliográficas del *usus modernus*. Muy selectivo respecto del material consultado para sus disquisiciones, prefiere mostrarse al servicio de su propia composición de ideas. Tal vez por esta razón no sorprende su interpretación directa y literal de la ley de Alcalá: la rápida toma

⁴⁰ GONZÁLEZ TÉLLEZ, 1673, pp. 863-864, 866. La equidad y la razón natural, y la fe a su través, fundamentan la ley de Alcalá, según PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, p. 598. Sobre la relación entre pacto y equidad en la doctrina de los glosadores, VOLANTE, 2001, pp. 25-30; en la doctrina de los comentaristas, DECOCK, 2013, pp. 331-333.

⁴¹ Léanse las páginas que le dedica BIROCCHI, 1997, pp. 228-233.

de conciencia de su voluntarismo enérgico. Dice Albornoz, practicando una cirugía del consentimiento en la vorágine del contrato, la obligación y la acción:

«Contracto es Obligacion de vna parte a otra, llamase assi, porque dos voluntades diuersas se vienen a traher a vn consentimiento, y el contrario deste, se llama Distracto, que es quando dos partes o voluntades que han consentido en vna cosa, por voluntad de entrambas se apartan de ella. [...] De este Contracto que he dicho, que es el consentimiento de las partes que en alguna cosa se conuieren, nasce la Obligacion, que es el derecho passiuo por donde el que se obliga esta atado a cumplir lo que prometio. Esto quiere dezir Obligacion [...] Digo resolutamente, que la Action no nasce de la obligacion, ni tiene que ver con ella, sino entrambas del Contracto de quien ygualmente proceden. Y para esto repito el primer presupuesto, que el Contracto es consentimiento de los contrayentes. Este Contracto que es la causa original produze de si dos efectos correlatiuos, que el vno no se puede dar ni aun considerar sin el otro, que son en el obligado la Obligacion, y en aquel a quien se obliga la Action, entrambos ygualmente, que por el mismo caso que el Obligado tiene obligacion de cumplir la promessa, aquel a quien se obliga (que es el otro extremo) tiene derecho de se la pedir, y por el mismo caso que el Actor tiene derecho de pedir, se ha de dar el otro extremo, que es a quien ha de pedir, y aquel a quien ha de pedir, forçosamente ha de estar obligado. Assi que la action y la obligacion, son correlatiuos, que no se puede dar el vno sin el otro [...] Esto presupuesto digo que la Action y Obligacion no se dan la vna a la otra el nombre, sino que entrambas le toman del Contracto ques su causa, y si el Contracto es entre personas, que no obligan mas de sus personas, la obligacion y la Action seran Personales, porque no puede la vna tener nombre contrario de la otra, y si el Contracto es Real, donde las personas no se obligan, sino que obligan sus cosas, se llamaran la Obligacion y la Action Reales. Mas si el Contracto es Mixto o compuesto, quiero dezir que hay Obligacion de Persona y Obligacion de Cosas, entonces la Obligacion y la Action se llaman Mixtas que quiere dezir mezcladas de lo vno y de lo otro, y siempre tomaran nombre la vna y la otra del Contracto donde tienen origen».⁴²

Así pues, en principio el contrato se define como una obligación. Pero la esencia del contrato es en realidad el consentimiento en el que convienen las partes, resultado de la confluencia de las voluntades. En consecuencia, hay que rectificar la definición, de modo que el contrato beba de la esencia del consentimiento. Cuando se afirma después que la obligación nace del consentimiento, la definición del contrato en virtud del consentimiento tiene que haber querido decir, a redropelo, que en rigor el contrato se ha perfeccionado por el consentimiento, de suerte que ulteriormente ha produ-

⁴² ALBORNOZ, 1573, pp. 3r-v.

cido el efecto de la obligación. Obligación y acción son efectos del nacimiento del contrato, luego de la formación del consentimiento que lo ha perfeccionado. Para zanjar la cuestión, si el contrato es la «causa original» de acción y obligación, y a su vez el contrato es el consentimiento, el consentimiento ha de ser la mismísima «causa original» (perfectiva). Por lo tanto, Albornoz tiene muy fácil, desde este momento, localizar el problema de la naturaleza real o personal en la obligación, o sea, en un efecto y no en la esencia, del contrato⁴³. Al hacerlo así, logrando la armonía entre la perfección consensual y la clasificación obligacional real (típica del contrato real) y personal (típica del contrato consensual), puede permitirse extender también al origen contractual de la obligación, como un fleco de la tradición, los calificativos de real o personal. Se trata de una construcción doctrinal que combina el vigor consensual del pacto nudo con la clasificación obligacional (no perfectiva, sino consuntiva) de los distintos tipos de contratos. La prueba de su vigor reside en que, advertido el campo de la consumación obligacional como distingible de la perfección, todavía permite subrayar alguna otra diferencia entre los contratos sin relativizar el ánimo negocial, como el hecho de que, perfeccionado todo contrato mediante el consentimiento, la transmisión del objeto se singularice en régimen de derecho de propiedad (contrato consensual) o bien de posesión (contrato real)⁴⁴.

Es cierto que la explicación de Albornoz, tan iluminada por la ley de Alcalá, no puede proponerse a título de opinión común. En Albornoz hay vacilaciones casi inconscientes, resultado de cómo se deja sentir el peso del *ius commune*. A propósito de la *exceptio non numeratae pecuniae* en el contrato (real) de préstamo, el jurista resbala al decir que «el entrego de la cosa prestada haze el contrato, no la confession de el recibo», una oración en la que la *traditio rei* no tiene solo un alcance obligacional como efecto del contrato, sino que determina antes el acto en el que estriba la perfección del contrato. Si la atribución al contrato de los calificativos (personal, real) de la obligación puede explicar este desliz, quizás pese también la idea según la cual un cumplimiento del contrato «desde luego», *in continenti*, excluye la obligación («no hauria obligacion, ni fiança, mas poresso la hai: porque no se haze luego lo que se ha de hazer»)⁴⁵, excentricidad que reduciría por naturaleza la obligación, con mayor motivo si la *traditio rei* fuese inmediata a la perfección (o se considera la perfección misma), a la

⁴³ Para la distinción romana del contrato y la obligación (e incluso de la acción), así como del contrato real y la *obligatio re*, HERRERA BRAVO, 1988, III, pp. 569-574, 577-588.

⁴⁴ ALBORNOZ, 1573, pp. 34r, 37r, 49r.

⁴⁵ ALBORNOZ, 1573, pp. 37r, 50r.

obligación personal. Paradójicamente, las complicaciones de Albornoz se suscitan por el hecho de no continuar en su línea de pensamiento, por la vía leal al *ius proprium*, y hacerse eco del funcionamiento de las categorías tradicionales de contrato consensual y real en el *ius commune*.

Este comedimiento que deriva en la vocación por cohonestar conceptos, clasificaciones y equívocos del *ius commune* con el ímpetu de la ley de Alcalá será la tónica recurrente en la doctrina. Además, se comprende enseguida que el desajuste entre perfección consensual y contrato real ha de mantenerse en un escenario de indistinción de conceptos relativos a la vida del contrato, pues su caldo de cultivo característico es precisamente la anfibología escolástica.

En un civilista castellano del Quinientos tan respetado y citado como Antonio Gómez⁴⁶ se confunden la perfección, la celebración y la validez del contrato, aunque parece claro que el factor performativo está concretado, conforme a la vigencia de la ley de Alcalá, en el consentimiento de las partes. En vez de separar en abstracto estadios de la vida contractual (validez, perfección, consumación), Gómez pretende explicar con elegancia la fuerza del consentimiento desde la atención a la función de la estipulación de la que la ley de Alcalá ha prescindido:

«*Contractus, qui perficitur & celebratur consensu, est ille, ad cuius validitatem non requiritur stipulatio, neque alia formalis solemnitas, nisi solus consensus ultimatus partium [...] Quos omnes per ordinem magistraliter prosequendo, in primis se offert contractus emptionis & venditionis, qui frequens & quotidianus est, & a quolibet fieri potest, dum tamen habeat sensum & intellec-*

⁴⁶ Otro jurista castellano al que dedica atención BIROCCHI, 1997, pp. 246-254. Adelantemos dos relevantes claves de su interpretación del pensamiento de Antonio Gómez, en p. 251: «Gli elementi del suo ragionamento erano i medesimi su cui la giurisprudenza medievale aveva costruito la teoria dell’azionabilità del patto tramite la veste della stipulatio o la dottrina della sovrapposizione della stipulatio ad un contratto innominato [...] Ma prendendosi ora atto in modo decisivo della legislazione castigliana, crollava tutta l’impalcatura nella quale ogni elemento si appoggiava sull’altro e la teoria si semplificava sia per l’equiparazione tra pacta, contratto innominato e stipulatio, sia per l’unificazione del significato della causa richiesto per l’azionabilità dell’accordo»; y en pp. 253-254: «Il giurista spagnolo era piuttosto un autore in cui il profilo teorico si fondeva perfettamente con quello pratico nella costruzione del diritto nazionale: un diritto che, nella sua interpretazione, non era costituito semplicemente dal diritto regio in espansione, ma che si enucleava anche dall’esperienza del diritto comune romano-canonic e che presentava soluzioni talvolta originali». En nuestras páginas se considerará antes bien (a tenor de la mayor relevancia que se concede a la interpretación de la ley de Alcalá) cómo la originalidad de Gómez no es un mérito especulativo, sino que deriva de la artificiosidad de su acomodación forzada de la ley al *ius commune*, tal vez como senda para disimular la reticencia hacia sus adivinados y desmesurados efectos en la práctica jurídica. Esta reticencia de Gómez no es admitida por DECOCK, 2013, pp. 161-162, cuando explica que la interpretación restrictiva de la ley de Alcalá (para nosotros doctrinalmente generalizable) «was definitely refuted by Antonio Gómez» con una «extensive interpretation».

tum, nisi lege prohibeatur. In quo requiruntur pro forma res ex parte venditoris, & pretium ex parte emptoris, & simul consensus partium».⁴⁷

La exclusión de la obsoleta estipulación, conforme a la ley de Alcalá, implica la eliminación de una forma solemne como modo perfectivo (supresión del contrato formal), puesto que la perfección ahora se reduce al consentimiento, e implica asimismo la eliminación de un requisito de forma solemne de validez, pues la forma («*pro forma*») se ciñe a los requisitos esenciales de validez y queda así reducida a una relación en la que solo figuran el objeto, el precio y el consentimiento. La estipulación de la que se prescinde es comprendida como una vestidura para la perfección y como un requisito para la validez del contrato; si se descarta la estipulación porque basta únicamente el consentimiento, el consentimiento se convierte «*pro forma*» en la vestidura suficiente del contrato y sigue siendo una condición esencial de validez. Forma y perfección son conceptos bajo sinonimia en el reino del consentimiento; al unísono, la estipulación, que constituía un negocio formal, ha visto desaparecer este modo propio de perfección, desairada además su presencia como forma, en la relación de los requisitos de validez que acompañan al consentimiento. Gómez mantiene el pulso de la ley de Alcalá en el sentido de la absorción, por parte del consentimiento, de la esencia, la validez y la perfección del contrato. Visto desde la forma de la estipulación, ya no queda más forma que el consentimiento.

Ahora bien, si no hay una forma de validez o de consumación contractual conceptualmente separada de la forma perfectiva⁴⁸, la contradicción del contrato real con la eficacia del pacto nudo no queda superada, porque la *traditio rei* disputará al consentimiento la clave que conecta directamente con la esencia contractual, que es el modo perfectivo (pues no cabe que se plantee de forma alternativa, en su naturaleza de prestación, en cuanto requisito de vali-

⁴⁷ GÓMEZ, 1780, p. 433.

⁴⁸ Dice VOLANTE, 2001, p. 149, en su estudio de la interpretación de los glosadores: «Individuare nel patto nudo l'accordo cui non segue la tradizione della cosa significa, se inteso nei termini della glossa appena citata, ammettere un concetto che smentisce il fondamento stesso dell'architettura complessiva. La stessa glosa è costretta ad ammettere, difatti, che anche taluni patti vestiti non sono caratterizzati dalla traditio, e finisce così per proporre una nozione di nudo patto fatta non per integrare, bensì per giustapporsi alla diaarchia che anima il sistema. In questi termini, questa seconda nozione di patto nudo dovrebbe indicare la realtà del contratto perfetto quanto alla sua qualificazione, ma ancora privo dell'inizio dell'esecuzione che nei contratti traslativi è unico titolo alla costituzione del diritto di proprietà nella sfera patrimoniale del ricevente. Un significato più specifico, dunque, che non è in grado di comprendere tutte quelle fattispecie contrattuali che non hanno tipicamente effetti traslativi e che non vedono, conseguentemente, la traditio fra gli elementi della fattispecie esecutiva».

dez formal, como demuestra la mera presencia del objeto, y no de su entrega, junto con el precio y el consentimiento). Gómez lo reconoce cuando, en el contrato real, en orden a la forma de perfección, no considera necesarios ni una solemnidad determinada (como la estipulación), ni un consentimiento formal:

«*Principaliter, & secundo dixi, quod contractus celebratur Re: Et breviter & resolutive dico, quod contractus qui celebratur Re, est ille, ad cuius validitatem & perfectionem non requiritur solemnitas verborum, nec consensus formalis determinatus, sed principaliter traditio rei, ut mutuum, commodatum, depositum, & similis contratus: quia ipsa res principaliter designat in quo vel quando contrahatur obligatorio».*⁴⁹

El contrato real, como el contrato consensual, no requiere forma de estipulación ni cualquier otra solemnidad verbal para su perfección. Pero el contrato real tampoco requiere, para su perfección, «*consensus formalis*», lo cual o bien cae en la tautología (la forma de perfección del contrato real no consiste en el consentimiento, luego el consentimiento como forma de la perfección queda excluido conforme a la naturaleza presumida en el contrato real) o bien no se termina de comprender, porque en último término el consentimiento formal no es otra cosa (contra el artificio de su desdoblamiento) que el consentimiento nuclear y expansivo que ha sustituido a la estipulación en cualquier tipo de contrato, de manera general. Si la perfección del consentimiento se produce en virtud del consentimiento, y la del contrato real se produce en virtud de la *traditio rei*, la obligación no nace, en el segundo, del consentimiento en exclusiva, frente a lo que defendía la ley de Alcalá.

En realidad, Gómez no habla del contrato en general para referirse después al contrato consensual y sucesivamente al real, sino que se ha ocupado de un contrato general que considera consensual conforme a la tradición romana y, después, se ha dedicado a un contrato singular cuya naturaleza real es, perfectivamente, distinta. Por eso su concepción del pacto nudo tiene que ser estricta en el sentido de opuesta al contrato verbal que resultaba propio de la estipulación como forma solemne: tras definir la estipulación y la policitación tiene lugar la definición del pacto nudo como «*duorum, pluriumve idem placitum & consensus sine aliqua forma & solemnitate verborum*». Gómez, en este discurso cada vez más forzado por el respeto hacia el *ius commune* y su ascendencia romana, parece comprender que, si se deja llevar, acabará a la deriva contra ley, y entonces añade dos precisiones significativas. Por una parte,

⁴⁹ GÓMEZ, 1780, p. 598.

la opinión de que todo contrato necesita el consentimiento, de manera que la solemnidad formal de un contrato verbal alude a una ceremonia añadida, por mucho que pueda considerarse «*principaliter*». Por otra parte, la opinión de que, mientras la policitación puede ser promesa sin aceptación⁵⁰ o consentimiento expreso entre presentes o ausentes, el pacto nudo se refiere a la relación jurídica entre presentes con una aceptación expresa. Se quiere dar ahora a entender que el consentimiento que se reclama para el pacto nudo, figura de por sí evocadora de la fuerza del consentimiento, es un «*consensus formalis*», un consentimiento que se formaliza para cumplir con su función de esencia y validez y con la función formal perfectiva de la desaparecida estipulación⁵¹: vuelta al principio.

En la interpretación que hace Gómez de la ley de Alcalá reconoce, a tenor de la referencia incluida en la ley a la obligación del ausente, que en ella cabe tanto la policitación como el pacto nudo⁵², de suerte que, sin el requisito de la estipulación, la acción y la obligación han de nacer de la promesa o del contrato. En este instante, dedicado a comentar expresamente la ley de Alcalá, Gómez se pone al servicio del *ius proprium* para admitir que la fuerza de la voluntad y de la intención de las partes va más allá del ámbito formal que ha excluido la estipulación, aceptando que es la exclusiva voluntad e intención de las partes la que origina la obligación. Por lo tanto, hay una eficacia obligacional de un consentimiento esencial que supera al consentimiento formal:

«*Hodie tamen de jure Regio nulla requiritur stipulatio in aliquo actu, vel contractu, sed indistincte oritur actio & obligatio ex pollicitatione, vel quolibet nudo & simplici pacto, vel ex qualibet promissione; ita disponit illa lex valde generalis, & comprehensiva 3. tit. 8. lib. 3. Ordinam. Imo non requiritur expressa & formalis promissio; sed sufficit sola voluntas & intentio partis volentis se obligare, ita expresse probat, in quantum dicit: Pareciendo que un se quiso obligar a otro, quede obligado, &c. Ex qua generaliter collige, quod ex omni actu, vel promissione, ex qua jure communi nulla oriebatur actio nec obligatio civilis nec naturalis, hodie ori-*

⁵⁰ PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, p. 600, considera que en la no necesidad de aceptación, la ley de Alcalá excede la concepción del pacto nudo propia del *ius canonicum*.

⁵¹ GÓMEZ, 1780, pp. 628-629.

⁵² PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, pp. 599-603, analiza la inclusión, contra el *ius commune* y conforme a su literalidad, de la policitación junto al pacto nudo en la ley de Alcalá, por lo que se refiere a su eficacia obligacional distinguiendo la calificación (promesa o pacto) que corresponde a distintas situaciones jurídicas (por ejemplo, la aceptación o el silencio). En realidad, como apunta PICHARDO VINUESA, 1657, pp. 143-144, la diferencia entre pacto y policitación es sutil: «*Cum autem pactum sit vbi duorum adest consensus [...] inter pactum, & pollicitationem intersit definire difficile est, siquidem promissione praesenti facta duorum adesse voluntatem videtur, licet enim expresse non consentiat, tacitus tamen, & praesens consentire videtur*».

tur utraque, & addit & excedit jus gentium, Canonicum, & civile, quia ex eis nulla oriebatur actio & obligatio ex pollicitatione, ut supra dictum est».⁵³

Nótese que Gómez, en un principio, dice que la obligación se origina en la promesa o en el pacto y, más adelante, que la obligación se origina en la voluntad o la intención. La conclusión es que, esencialmente, la promesa y el pacto tienen como núcleo la voluntad o la intención, pero también que hay un consentimiento con eficacia no sujeto a la promesa o el pacto. De esta voluntad o de este consentimiento nace, contra el *ius commune*, la obligación, tanto civil como natural. Así, *hodie*, el resultado ha mutado: el consentimiento no es un elemento formal, sino la esencia o espíritu que desciende al acto promisorio o contractual y aquello cuya plasmación, entre presentes o ausentes, perfecciona el acto. Llegado a este punto, Gómez decide desprenderse de la cuestión formal: «*tollitur forma & solemnitas a jure in eo requisita*».

Este desprendimiento del consentimiento formal se ejecuta mediante un giro argumentativo: la estipulación, que la ley de Alcalá ha suprimido, se antoja un elemento formal evaporado por mor de la sumisión de la forma a la causa del contrato⁵⁴. En efecto, Gómez explica que la estipulación o el contrato verbal habían dejado de ser requeridos, con anterioridad a la ley de Alcalá, cuando el contrato contaba con una causa verdadera y real, suficiente, obligatoria y eficaz. Es la causa la que originaría, por sí sola, la obligación y la acción; por lo tanto, su ausencia fundamentaría la excepción, y todo conforme a un criterio que resulta generalizable a cualquier contrato, porque la *traditio rei* hecha «*sine causa*» no produce la transmisión del dominio ni ningún otro efecto⁵⁵. Sigue empero que, como la causa es un apósito, impropio de los términos de la ley de Alcalá, el jurista tiene que hacer valer nuevas sinonimias. Se considera así la causa como la «*propria forma contractus*». Al darle contenido a esta forma que es la causa se concreta en su nominación (innatamente consensual, incluida la donación⁵⁶) y

⁵³ GÓMEZ, 1780, p. 630.

⁵⁴ A propósito del concepto y clases de causa en la doctrina de los glosadores, VOLANTE, 2001, pp. 82-85, 294-312; en el *usus modernus* doctrinal, BIROCCHI, 1997, pp. 137-145, 165-169, 195-201, y DECOCK, 2013, pp. 130-142. Sobre la problemática de la ausencia de causa, BIROCCHI, 1997, pp. 31-44.

⁵⁵ Acerca de la causa de la *traditio*, MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, IV, pp. 5758-5765.

⁵⁶ MOLINA, 1659, col. 3, recoge la idea según la cual existiría incompatibilidad entre la categoría de contrato y la donación iniciada mediante la *traditio rei*: «*In hac contractus acceptione donatio, quando incipit a traditione rei, quae donatur, non est contractus: quoniam eo ipso, quod res traditur, neque ex parte donatarij, qui illam accepit, & acceptat, neque ex parte donantis, qui ad nihil aliud deinceps tenetur, villa re manet iustitiae obligatio; la naturaleza contractual, en otra opinión, dependería de la aceptación del donatario (intercambio de voluntades), «sive a promissione, sive a traditione incipiatur».*

queda en la duda (no se evita el desajuste) si ha de ser exigible en un contrato real en tanto que contrato especial y particular⁵⁷. De este modo, la «*propria forma*», en la que la causa funciona sustituyendo a la estipulación como la había sustituido antes el consentimiento, ya no puede ser, ley de Alcalá mediante, en realidad, el propio consentimiento, salvo si la causa se funde con el consentimiento en la expresión de la forma.

Esta conclusión de retorno al «*consensus formalis*», pero de una solemnidad formal adjetiva y devaluada (causal, si se prefiere⁵⁸) que deja con mayor vigor esencialista al consentimiento, aunque en una especie de esfuerzo por matizarlo, salva la coherencia de la afirmación de Gómez sobre la necesidad en la ley de Alcalá, anclada en el cotejo con el *ius commune*, de una causa para la promesa o el contrato:

«Et breviter teneo, quod sic: Primo, quia illa lex tantum voluit tollere solemnitatem verborum, & praesentiam contrahentium requisitam de jure communi, non vero fomentum & substantiam obligationis. Secundo, quia tantum operatur hodie simplex promissio quo ad formam & validitatem contractus, sicut stipulatio de jure communi». ⁵⁹

Para Gómez, la ley de Alcalá, al prescindir de la estipulación, solo se refiere a la forma solemne y no a la ultraeficacia de la querencia de obligarse. Ya Gregorio López había expuesto el criterio de que la ley de Alcalá aludía estrictamente al problema de la forma y excluía la forma estipulatoria⁶⁰. Sin embargo, si la forma solemne reside en el consentimiento, a falta de estipulación⁶¹, y la causa

⁵⁷ GÓMEZ, 1780, pp. 630-631, 680.

⁵⁸ Esta naturaleza ya causalizada o aun consensualizada de la forma la explica muy bien PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, pp. 605-606, cuando defiende la imposibilidad del arrepentimiento, ya perfecto el contrato de compraventa, si se pactó la escrituración y esta aún no se ha producido, pues la perfección vigente, y la consiguiente obligación de escriturar, no obedece a ninguna exigencia sustancial de la forma, sino al hecho de que estuviera contemplada en el intercambio de voluntades, esto es, en la formación del consentimiento que perfecciona la compraventa.

⁵⁹ GÓMEZ, 1780, p. 681.

⁶⁰ LÓPEZ, gl. *No lo puede fazer a Las Siete Partidas*, 1555, 5.4.4: «Praeterea intentio illius l. ordi. non est tollere formam datam a iure in contractibus, qui consensu contrahuntur [...] alias sequeretur absurdum: quod si quis venderet absenti & ignorant, dicatur quod per illam l. tenuit venditio. Solum voluit ista l. tollere formam antiquam stipulationis, & dare vinculum obligationi, qualitercumque aliquis se vellet alteri obligare: non tamen voluit totam formam iuris in contractibus, qui consensu contrahuntur, subuertere».

⁶¹ El consentimiento formal que se abre paso al compás de la depauperación de la forma estipulatoria tiene que derivar, por pura inercia, en una separación de la voluntad de las partes, devenida consentimiento nudo esencial, respecto de las solemnidades jurídicas, como concluye PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, p. 609, su comentario de la ley de Alcalá: «Quando enim quis promisit factum suum, constat se voluisse obligare, & manet obligatus naturaliter per hanc legem, quae considerat voluntatem promittentis, & non solemnitates inducitas a jure, nam semel valide promissum, adimplendum est».

es la forma nominada y consensual del contrato, el pacto nudo tiene su manantial, por una u otra vía, siempre en un depurado ánimo y voluntad de obligarse. Esta confluencia del discurso convierte la exigencia de la causa (que se recuerda aplicable también al planteamiento canónico que concede eficacia al ánimo y la voluntad en virtud de la equidad) en un artificio técnico, porque no solo el consentimiento colma la causa, sino que incluso el conocimiento («*scienter*») en el pacto o la promesa resulta suficiente como para que la causa, al amparo de la ley de Alcalá, pueda no exigirse⁶².

Aunque la solemnidad formal, cualquiera que sea su vestidura y función, quedará, en el fondo, desvanecida, el consentimiento esencial puro no dejará de coexistir con viejos instrumentos jurídicos repelentes. Cuando, en el siglo XVII, Luis de Molina catalogue los contratos según su modo de perfección, retendrá la diferencia, de acuerdo con la tradición y como tantos otros, del contrato *solo consensu*, el contrato verbal (estipulación), el contrato que se perfecciona mediante la escritura y el contrato que se perfecciona mediante la *traditio rei*⁶³. Si el consentimiento había llegado a plantearse como consentimiento formal al suprimir la ley de Alcalá la estipulación o contrato verbal, la escritura y la entrega de la cosa podrían haber seguido el mismo camino. La escritura se comprendió como forma subsumible y contenido de un consentimiento, así como medio y prueba de su manifestación, o bien, al igual que el consentimiento, como un requisito legal de validez⁶⁴. Sin embargo, la resistencia perfectiva de la *traditio rei*, contra su disolución en forma de cumplimiento de la obligación, mantuvo abierto el problema de su raro consensualismo (impuro), cuando la persistencia de la ley de Alcalá empujaba en sentido opuesto, a favor del recordatorio constante, en interpretaciones radicales o moderadas, del vicio de nulidad subyacente en todo contrato que careciera de consentimiento⁶⁵.

⁶² GÓMEZ, 1780, pp. 682-683. PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, pp. 604-605, piensa también que la causa es necesaria para la promesa en función de la equidad natural (más del *ius gentium* y el *ius canonicum*), y encuentra asimismo una excepción en la manifestación «*scienter*» de la promesa.

⁶³ MOLINA, 1659, cols. 8-12.

⁶⁴ Como sucede en las leyes de *Partidas* dedicadas a la compraventa de inmuebles o al censo enfitéutico. En puridad, es la propia ley la que reconoce la posibilidad de que el consentimiento de las partes se extienda a la observancia de una forma como condición o requisito de validez. Esta confluencia en la escritura de la ley, el consentimiento y la forma puede verse en ÁLVAREZ CORA, 2005, pp. 329-331, 420-426.

⁶⁵ En efecto, como explica PICHARDO VINUESA, 1657, p. 67, los distintos modos de nacimiento (valga por perfección) de los contratos (*solo consensu, re, verbis o litteris*) no significan que el consentimiento no sea necesario en todos ellos, pues «*nullum contractum esse, nullamve obligationem deficiente consensu nasci*».

En el siglo XVIII, Juan de Lugo ofrecerá un estado de la cuestión lo bastante sintético como para juzgar si ha escampado en la tormenta conceptual del asunto. Lo que dice Lugo cuando distingue entre pollicitación, pacto nudo y pacto vestido es una demostración de que la forma (la vestidura) sigue siendo contemplada, por sedimentación tradicional de conceptos, en un raro equilibrio con el consentimiento:

«*Pactum igitur vestitum est, quod praeter conventionem partium, aliquod aliud adminiculum habet, ratione cuius oriatur actio civilis. Vestitur autem pactum multis modis. Primo. Si sit contractus nominatus in suo genere perfectus. Secundo. Si accedat stipulatio [...] Secundo vestitur, si ex altera parte sequuta sit traditio, vel impletio promissi; tunc enim jam obligatio non consurgit ex sola conventione, sed ex re ipsa, atque ideo qui ex parte sua implevit, jus habet petendi, vel impletionem promissi, vel etiam si actor maluerit, petere, potest restituiri sibi, quod dedit [...] Tertio. Vestitur pactum, seu contractus innominatus, si per scripturam fiat coram notario, seu tabellione [...] quare hodie raro invenitur contractus innominatus coram tabellione factus [...] Quarto. Vestitur pactum nudum per cohaerentiam alterius contractus nominati, aut vestiti».⁶⁶*

Nominación del contrato y convención (fundidos, «*quia hoc nomine solum significat conventionem mutuam partium*»), estipulación, *traditio rei* en cuanto cumplimiento de la obligación y escritura son nociones que se mueven en la galaxia de la vestidura y que, por lo tanto, no tendrían por qué prejuzgar el modo de perfección del acto generador de obligaciones. No obstante, Lugo se somete a la inercia del pensamiento del *ius commune* y cuando se refiere a la perfección del contrato no se limita a concentrarla, a tenor de la vigencia de la ley de Alcalá, en la voluntad de las partes, sino que procede a una clasificación según los contratos se perfeccionen, una vez más, solo por el consentimiento, por la *traditio rei*, mediante la estipulación o mediante la escritura. Respecto del concepto de perfección y de la clasificación expuesta, Lugo aclara:

«*sermo autem est de perfectione, non quoad effectum, sed quoad essentiam ipsius contractus: Nam quoad effectum, contractus tunc est perfectus, quando impletur id, ad quod obligabat: hoc tamen non est aliquid pertinens intrinsece ad ipsum contractum, sed est effectus illius*».⁶⁷

La primera oración es una mala noticia para la coordinación entre pacto nudo y contrato real, porque la perfección mediante la *traditio rei* no se postula como una descripción de los efectos obli-

⁶⁶ LUGO, 1718, pp. 2-3.

⁶⁷ LUGO, 1718, p. 3.

gacionales del contrato, sino como una clave que afecta a la esencia misma (a la perfección esencial) del contrato. La segunda oración explica la vía que se ha rechazado, lo que confirma que no se ignora: la vía que entiende la perfección como consumación del contrato, como cumplimiento de las obligaciones que el contrato, al nacer en virtud de la voluntad de obligarse, genera. Quizá la razón por la que la *traditio rei* no se razona desde la consumación es el hecho de que los otros factores yuxtapuestos en el mismo orden de ideas (la estipulación y la escritura) no pueden incorporarse del mismo modo a la noción; arrastran entonces a la *traditio rei* a su propio mundo, que es el de la forma o el consentimiento formal del contrato⁶⁸. Una forma del contrato que, como hemos visto en la ley de Alcalá, tiende a inmiscuirse (con la eliminación de la estipulación) en la cuestión esencial y perfectiva del contrato, de la que dice Lugo ocuparse cuando clasifica los contratos por su modo de perfección. Al mismo tiempo, se mantiene la necesidad de la voluntad para la generación de la obligación en todo contrato, conforme a la declaración de la ley de Alcalá, aunque en una lectura que puede calificarse como moderada precisamente de resultas de la aceptación del contrato real⁶⁹. Por lo demás, Lugo también exige al pacto nudo, para su eficacia obligacional y conforme al *ius canonicum*, el requisito de la causa⁷⁰, lo que reaviva la discusión sobre su contenido y relación con la querencia o ánimo de obligarse, que es a la que la ley de Alcalá, que no se refiere a la causa, otorgaba la intensidad más poderosa.

V. EL IMPASSE DE LA DOCTRINA JURÍDICA ESPAÑOLA DEL SIGLO XIX

A estas alturas, quizá sea aceptable comprender la persistencia del contrato real, a partir de la vigencia de la ley de Alcalá, como una reminiscencia del *ius commune*, una pieza tozuda del adorado museo romanoide. Aunque la doctrina jurídica castellana percibió la fuerza del consentimiento, solo dio el paso que lo preservaba

⁶⁸ El vínculo entre el consentimiento y la forma se produce desde el momento en que el consentimiento requerido como esencia ha de manifestarse externo (no puede ser meramente interno); LUGO, 1718, p. 8: «*quia cum hoc requirat humanus modus contrahendi, & naturalis aequitas, ut contrahentes habeant animus contrahendi, quando externus contractus libere celebratur, & hic animus non possit aliter hominibus manifestari, nisi externis signis, consequens est, ut quando haec adsunt, fiat verus contractus ratione debiti consensus, qui licet interius non exhibeatur, debebat tamen exhiberi ex debito justitiae*».

⁶⁹ LUGO, 1718, p. 7: «*quare ubi non est consensus voluntatis, non potest esse verum pactum, sed simulatum, & fictum*».

⁷⁰ LUGO, 1718, pp. 10, 12.

como consentimiento esencial y no como consentimiento formal, esto es, solo en ocasiones interpretó la ley de Alcalá con toda su potencia. La ley otorgó al consentimiento una eficacia obligacional (incluso superior a la que obedecía al influjo canónico) respecto de la cual la doctrina jurídica castellana se mostró mucho más cauta. Aunque la doctrina aceptó abrir los ojos ante la ley regia, y no pudo dejar de hacerse eco de su índole radical (de ahí el consentimiento nudo desgajado del pacto nudo), no construyó los puentes necesarios para preservar la esencia y perfección del consentimiento contra toda exigencia ceremonial o formal. No diferenció la forma válida del contrato y el modo (o momento) perfectivo, lo que permitió la intromisión de la forma en la perfección, y en definitiva la persistencia del contrato real. Pues bien, esto es lo mismo que repite la doctrina jurídica decimonónica⁷¹.

Como la ley de Alcalá prescindía de la forma estipulatoria, se continúa discutiendo hasta qué punto es suficiente entonces el consentimiento, o su propia formalización, o bien el requisito de la causa⁷². Nada nuevo. El caso es que el modo perfectivo no queda prejuzgado, de suerte que se mantuvo la viabilidad de los modos de perfección, con la exclusión del modo verbal suprimida la estipulación, y de la escritura, comprendida en su validez sustancial como contenido del consentimiento e incluso como requisito formal distinto⁷³. En función de los modos de perfección persistió la clasificación de contrato consensual, armónico con la esencia consensual de la ley de Alcalá, y contrato real, categoría que se interpreta y discute incluso para aceptarla, lo que la presume problemática, si no una excrecencia. Quizá la *traditio rei* podía haber sido teóricamente absorbida por la forma (en aquella línea de aproximación del consentimiento formal y la causa al socaire del vacío estipulatorio), en particular por la forma del cumplimiento de las obligaciones, más cerca entonces del problema de la consumación que de la perfección del negocio. Pero esta posibilidad no cuajó.

Cirilo Álvarez Martínez lleva a cabo una lectura de la ley de Alcalá (ya incluida en la *Novísima Recopilación de las Leyes de*

⁷¹ El momento perfectivo, en el sentido del momento en el que se manifiesta «el modo, ó lo que es lo mismo, la circunstancia determinada con que se perfeccionan [...]» los contratos, en palabras de ARRAZOLA, 1872, XIII, p. 245. Sin embargo, el jurista, *ibidem*, mantiene en cualquier caso la pluralidad tradicional de circunstancias de perfección consensual, real, literal y escritural.

⁷² ARRAZOLA, XIII, p. 245, entenderá en disyuntiva asimiladora, que no alternativa, el «nombre» y la «causa civil de obligar» del contrato, lo que parece una nueva reminiscencia de la tradición romana en referencia a los contratos nominados consensuales. Asimismo, GARCÍA GOYENA, 1852, p. 3.

⁷³ GARCÍA GOYENA, 1852, cit., p. 4, separaba escritura de consentimiento al decir que «el solo consentimiento de las partes no basta en algunos casos para producir obligación», lo que resulta típico de los «contratos escritos».

España de 1805) que carece de la sensibilidad castellana para acusar al menos la innovación potencial de la ley. Explica:

«Los Romanos distinguian el contrato del pacto, los simples pactos, los pactos de las estipulaciones y señalaban á ciertos contratos la forma en que precisamente habian de redactarse. Todas estas divisiones y subdivisiones eran otras tantas sutilezas que embrollaban aquella legislacion y hacian su estudio dificil y embrionario. Ya entre nosotros no existe ninguna de estas diferencias. "Pareciendo [...] con cierta solemnidad de derecho" dice la ley 1.^a, tít. 10, lib. 10, de la Nov. Recop. Por manera que en el sentido de las leyes Romanas ya no hay entre nosotros contrato verbal, y sin embargo todas las obligaciones pueden celebrarse *verbalmente*. Los Romanos entendian por contrato verbal aquel en que los contrayentes esplicaban su voluntad usando ciertas palabras designadas en la ley y no otras aunque lo mismo significáran. Tales eran la *promesa* y la *estipulacion*. La firmeza de estos pactos pendia de la solemnidad de las palabras que los contrayentes usaban para convenirse. Si no eran las de forma aunque por ellas constase su voluntad, no habia contrato. La ley que hemos transcritto hizo en la legislacion española una novedad importante. Los términos en que los contrayentes espliquen su voluntad no importan hoy para que tengan mas ni menos fuerza las obligaciones que contraigan. Formular los contratos con tales ó cuales palabras y declarar sin fuerza de obligar los que en otra forma se redactaran aunque fuera igualmente perceptible y clara era en el derecho Romano un rigorismo ridículo que nuestras leyes no debian adoptar. Asi pues *contrato*, *pacto*, *estipulacion*, son voces que en nuestro derecho se confunden y tienen una misma significacion».

La ley de Alcalá se considera relativa a la forma contractual. Sencillamente, con la desaparición del contrato formal, la forma se esfuma de la clasificación perfectiva dejándola tal cual, pero con su hueco, y sin reinterpretarla en función de la nueva fuerza del consentimiento. De este modo, justo después se presenta el nuevo escenario, tras la oquedad de la forma, con unos contratos consensuales (los nominados, conforme a la tradición romana) que se perfeccionan por el consentimiento y otros que son reales porque se perfeccionan mediante la entrega de la cosa⁷⁴.

También José María Álvarez recordó la distinción entre el contrato consensual, el contrato real y el contrato formal (o «por letras solemnes») en virtud del modo de perfección, afirmó la preterición de las «palabras solemnes» (conforme a la ley de Alcalá) y defendió la necesidad, con el eco del uso moderno doctrinal, de la causa para el nacimiento de la obligación. Lo llamativo es que esta causa, en su opinión, puede estar constituida por la *traditio rei*, las «letras»

⁷⁴ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 1840, pp. 237-239.

y el consentimiento⁷⁵. Por lo tanto, Álvarez parece comprender que la entrega de la cosa podría seguir el mismo camino sustitutivo de la forma (estipulatoria) que subyacía en conceptos como el «consentimiento formal», al que cabría equiparar el contrato necesitado de escritura. El problema es que, a pesar de esta intuición, el jurista sigue reconociendo, a propósito de los modos de perfección, requisitos que no son estrictamente la sola y única voluntad de obligarse. De hecho, por lo que se refiere a la convención, dividida en contrato (convención nominada y con causa) y pacto (nudo, sin nombre ni causa)⁷⁶, Álvarez acepta que su ser, su esencia, es el consentimiento, sin el cual «no hay hecho obligatorio lícito», aunque sin perjuicio de aseverar que en el contrato real no solo la producción de la obligación sino incluso «su perfección esencial» (lo que viene a ser una reiteración si no se interpreta como suma de perfección y consumación) depende de la entrega de la cosa⁷⁷. Bien se aprecia entonces que la esencia ya no está solo en el consentimiento, o que la esencia consensual no sería necesariamente perfectiva, puesto que en determinadas categorías de contratos la obligación no nacería (al menos de forma exclusiva) de dicho consentimiento. Esto sigue sin compadecerse por completo con el espíritu obligacional volitivo radical y extremo del consentimiento nudo de Alcalá.

En la reflexión de Lorenzo Arrazola la causa no se confunde con la forma, con el modo perfectivo ni con el cumplimiento de la obligación, sino que cubre el campo —en el que había quedado recluido el consentimiento esencial y *sine qua non* de todo contrato (consensual o real)— de los requisitos esenciales y legales de validez para después, desde esta posición, emprender una mejor defensa de la absorción de otros factores contractuales de validez:

«La causa *mediata*, pues ó remota de la obligacion, es la ley que ha atribuido fuerza civilmente obligatoria á un convenio que sin eso no la tendria, aunque la produjera de conciencia, de honor, ó de otro modo no rigorosamente *civil*: causa próxima, ó *inmediata* de la obligacion será la observancia de las prescripciones de la ley para que el simple convenio pase á *creacion civil*. / Este lenguaje es claro, sencillo, identificado con la naturaleza de las cosas, conforme al rigor filosófico, segun el que *causa total* y eficiente de un efecto es la que lo produce totalmente y por sí, como aquí la ley en primer término; en segundo, inmediatamente el conjunto de requisitos *esenciales*, la práctica, si se observan las prescripciones de la ley para qu eel contrato lo sea, para que produzca *obligacion civil*, que es de lo que se trata. Pero la tecnología romana, y despues la de

⁷⁵ ÁLVAREZ, 1829, pp. 23-24.

⁷⁶ De la misma manera que ASO Y MANUEL, 1806, p. 38.

⁷⁷ ÁLVAREZ, 1829, pp. 22, 28.

todos los pueblos que adoptaron aquella legislación, no tomó este camino. Propensa siempre al lenguaje figurado [...] y mientras la ley declaraba requisitos esenciales de un contrato, esto es, sin los cuales no habría contrato, ni por tanto obligación eficaz, el *consentimiento, la capacidad de las personas, la condición permutable* de las cosas, ó el que estén en el comercio humano, lo lícito y moral del fin, las solemnidades establecidas *pro forma*, etc.; la tecnología, como por autonomas, llamará *causa civil de obligar*, al uno solo de ellos, al último por ejemplo, porque él completa, digámoslo así, la *creación civil, el contrato*.⁷⁸

En efecto, tras la eliminación de la estipulación por la ley de Alcalá, la técnica romana de referencia había sufrido una extirpación formal que la causa pretendía cubrir de manera unilateral cuando, antes bien, los requisitos legales de validez precondicionaban, por una parte, y la esencia y el modo de perfección deberían coincidir, por otra. Este desajuste ha persistido frente a una solución filosófica y jurídicamente coherente que evitaría «vacilación e incoherencia»:

«Así ya no se extrañará ver sobre este punto oscuridad en el derecho, y en sus expositores: vacilación e incoherencia entre estos, y aun cada uno consigo mismo: á jurisconsultos eminentes, padres unos, digámoslo así, del derecho y jurisprudencia romana, dotados otros de tal superioridad de razon que honraria aun el errar con ellos, recurrir en una cuestión práctica, cotidiana, *civil civilísima*, á términos abstractos, vagos por tanto, para conciliar sin conseguirlo, ó sin contradecirse, el rigor formulario con el rigor filosófico, e incidir así bien en errores insostenibles, al explicar la intervención de la causa en los convenios para que nazca la obligación; resultando ademas que según los mismos la obligación nace ó parece nacer, unas veces de la llamada causa civil de obligar; otras de otros principios distintos de ella, como la *ley, el consentimiento, la equidad natural, el hecho propio, la forma*, aun lo lícito del convenio, etc.». ⁷⁹

Así las cosas, la causa es el conjunto de los requisitos legales de validez (y en este sentido esenciales)⁸⁰, en vez del factor sustitutivo de la forma estipulatoria. Este planteamiento permitiría absorber en la causa el objeto del contrato, pero no la *traditio rei* con el fin de sustraerla a los modos de perfección. Arrazola ha dado un paso importante hacia la claridad, pero la diferencia entre perfección y consumación del contrato es otro paso necesario

⁷⁸ ARRAZOLA, 1855, VIII, p. 123.

⁷⁹ ARRAZOLA, 1855, VIII, p. 124.

⁸⁰ No es la causa como nombre del contrato; ARRAZOLA, 1855, VIII, p. 126: «La causa es siempre esencial al contrato; el nombre puede faltar». HERNÁNDEZ DE LA RÚA, 1838, p. 134, coincide en la comprensión de la causa: «En efecto, causa es aquel requisito ó hecho, que la ley quiere acompañe á la convención, para que queden obligados los que la celebran»; aunque (no sorprenderá el vaivén) a renglón seguido precisa la causa en el consentimiento.

(para la asunción estricta y extrema de la ley de Alcalá) que todavía aparece indeciso.

«1.^a Siendo la *obligacion civil* creacion de la ley [...] la ley es la *causa cardinal* de la obligacion. *Fundamentum obligationis omnis est lex.* / 2.^a La ley, como causa inteligente y próbida, debe adoptar todas las disposiciones que aseguren su fin: determina los *requisitos*: establece la *forma*. La concurrencia de aquellos, y la observancia ó verificación de esta, completan, *perfeccionan* su creacion. La observancia, pues, de *cuento* la ley prescribe, como *esencial* en este punto, y no solo la de alguna parte, es la *causa inmediata* del efecto que se buscaba, de la *obligacion*. / 3.^a Por autonomasía, ó valor entendido, puede, sin embargo, llamarse causa civil de obligar á alguno de los requisitos, y solemnidades prescritos como esenciales, señaladamente al que en último término completa el número de estos, ó al establecido *pro forma*, ó como *pro forma*, por la ley [...] 5.^a Por esta libertad y omnipotencia de la ley en su esfera, se sigue asi bien, que no puede fijarse, como inflexible, ó inalterable, la causa civil de obligar en convenios, ó actos humanos determinados, como, por ejemplo, en los contratos verbales *la solemnidad de palabras*, en los reales *la entrega de la cosa*, en los consensuales el *consentimiento*, etc.».⁸¹

Todavía Arrazola tiende, por un lado, a difuminar validez y perfección. La concurrencia de los requisitos de validez (capacidad, consentimiento, forma) perfecciona el contrato, asegura el jurista. Sin embargo, en tal caso, ¿qué quiere decir que se perfeccione el contrato *solo consensu*? Desde luego, no quiere decir que no sea necesario el resto de los requisitos de validez. Parece claro entonces que la validez rige un ámbito propio, dada esta deriva hacia una menor exigencia de requisitos en la perfección respecto de la «concurrencia» de todos los requisitos en la validez. De este modo, algo incomoda conceptualmente que el consentimiento dé validez (si se confunde con la perfección) por sí solo al contrato, cuando no pueden darle validez solo la capacidad ni la forma. No puede la capacidad, lo que plantea la cuestión de si esta no debería ser dogmáticamente no tanto un requisito de validez cuanto un presupuesto o condición de la voluntad que integra el consentimiento; no puede la forma, excluido el contrato formal en la faceta de perfección. Así que, una vez más, si validez y perfección fueran la misma cosa, la concurrencia de factores en la primera se extendería a una igual concurrencia en la segunda, como quiere Arrazola, pero si se admite que la perfección depende solo del consentimiento, se está aceptando que la validez es más exigente en requisitos que la perfección. Y es que la perfección asume la validez (existencia o detección

⁸¹ ARRAZOLA, 1855, VIII, p. 127.

de varios factores, insuficiente el consentimiento) mientras que la eficacia perfectiva obligacional depende del consentimiento no en cuanto a su existencia, sino en cuanto a su manifestación, razón por la que puede interpretarse, como hemos visto, que la voluntad obligacional perfecciona cuando al manifestarse se constituye (el «consentimiento formal» moderno) en una especie de forma⁸². Se trata de una coherencia inestable porque responde a ficciones y sinonimias.

El problema, al fin, que no parece tener alternativa, se ciñe a la forma perfectiva determinada en la *traditio rei*, de la que Arrazola se ve obligado a desembarazarse como una mera exigencia legal (la idea de la causa como conjunto de requisitos legales), es decir, como un requisito que la ley puede añadir. Sin embargo, ¿por qué solo a efectos perfectivos y no de validez? Respuesta: porque es evidente que rechinaría mantener el criterio de paralelismo entre validez y perfección y considerar requisito de validez (no el objeto mismo⁸³ sino) la entrega de la cosa. En particular, la entrega de la cosa evidencia la característica de la perfección como un campo que se refiere a un modo y un tiempo de activación de la eficacia obligacional. No obstante, la *traditio rei* del contrato real no encaja en la validez y tampoco se ha planteado la alternativa de la reducción de la entrega de la cosa a ese otro ámbito que es la consumación (no la perfección) obligacional del contrato⁸⁴. El problema no reside en

⁸² Y aun podría defendarse que la ley de Alcalá solo se ocupa de la forma e incluso que solo excluye un tipo concreto de forma como es la estipulatoria, pero lo cierto es que la ley de Alcalá también es clara al reconocer la exclusiva eficacia obligacional de la voluntad de obligarse. Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, V, pp. 25-26, interpreta: «Así es que para obligarse entre nosotros ya no es necesaria la estipulación, ni la presencia material de los contrayentes, ni la escritura pública, ni puede objetarse para invalidar la obligación el pretesto de que fue hecha en nombre de otro. Pero todos los demás requisitos que no son de forma sino de la esencia misma de las obligaciones quedaron subsistentes. [...] Lo que hizo [el ordenamiento de Alcalá] fué quitar como innecesaria toda fórmula exterior cuando constara suficientemente declarada la voluntad de los contrayentes, pero no alteró ninguna de las partes esenciales de todo contrato, mayormente las que se refieren al consentimiento». La ley de Alcalá habría afectado a la forma en cuanto solemnidad perfectiva pero no en cuanto requisito esencial de validez del contrato.

⁸³ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871, IV, pp. 12-13, sostiene que las «circunstancias esenciales á toda obligacion» son tres: «causa de donde nazca la obligacion, personas que la contraigan, cosa que le sirva de objeto». Un conjunto distinto del que formaban, como requisitos esenciales, la capacidad, el consentimiento y la forma, y una muestra así de lo variable de las opiniones doctrinales y de la trémula categorización de los conceptos. Acaso capacidad y consentimiento podrían incorporarse a las «personas», y la causa podría encauzar la forma, de modo semejante a como la causa y la nominación mantuvieron un vínculo tradicional. ¿Son estas «circunstancias esenciales» perfectivas o bien condiciones de validez, o lo uno y lo otro? Porque si la cosa es requisito esencial y perfectivo, su *traditio* (no explicitada) tiene que pertenecer a un momento posterior, de obligación ya generada.

⁸⁴ HERNÁNDEZ DE LA RÚA, 1838, p. 136, utiliza los calificativos de real, consensual y literal para dividir las obligaciones, y parece que relaciona esta tríada con la causa, esto es, con la exigencia de la ley, pues la división se realiza «según que las leyes exigen ó la entrega de la cosa, ó las letras, á mas del consentimiento». Sorprende así que los calificativos no afecten al modo de perfección. Pero líneas después se refiere a los contratos reales,

que los requisitos de validez puedan aumentar o disminuir ni en considerar que los modos de perfección deban convertirse en una réplica de los requisitos de validez, sino en el hecho de que la vigente ley de Alcalá atribuyó la perfección, por sí sola, a la pura y encendida voluntad de obligarse⁸⁵.

Lo que sigue saltando a la vista es el seísmo que provocó el impulso al consentimiento nudo en la ley de Alcalá cuando se contrasta con el requerimiento de la efectividad perfectiva de una prestación en el contrato real. Tan chocante resulta este desencuentro conceptual como el esfuerzo de la doctrina jurídica por relativizar las consecuencias que la ley de Alcalá había propiciado sobre las estructuras jurídicas del *ius commune* y a favor de la libertad negocial⁸⁶.

en relación con los cuales reconoce «no puede haberse variado el modo de perfeccionarse, ni se podrá variar jamás; á menos de que se pudiera mudar la esencia de las cosas». Acepta no obstante, *ibidem*, p. 137, que «Lo que si hay de nuevo entre nosotros es, que todo el que promete dar una cosa de aquellas, que entregadas hacen contrato real, queda obligado á cumplirlo». Este reconocimiento de un contrato sin nombre cuasirreal que coexiste con el contrato real viene a ser un reconocimiento de que la conservación del contrato real es artificiosa cuando se atiende a la literalidad de la ley de Alcalá.

⁸⁵ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871, IV, pp. 18-19, separa perfección de validez para mantener la viabilidad del contrato real: «No hay obligación donde falte consentimiento, pero la causa de llamarse así este contrato [contrato consensual] no consiste en la concurrencia de este requisito que es común á todos, sino en que basta para su perfección el consentimiento expresa y terminantemente declarado. / Como la ley del Ordenamiento está concebida en términos tan vagos, algunos intérpretes, dándole una latitud jurídicamente imposible, consideran reducidos todos los contratos á los consensuales, y no admiten la existencia de los reales, de los verbales y aun del literal. [...] Los contratos reales no pueden refundirse en los consensuales sin autorizar una confusión que sería causa de los mas graves errores. La obligación que nace, por ejemplo, en el mutoyo y que consiste en devolver el deudor otro tanto de lo que recibió, no empieza sino después de la entrega. El contrato existirá desde que uno pida y otro convenga en entregarle cierta cosa; ¿pero este contrato será el mutoyo?». Sin embargo, el propio jurista ha desplazado la cuestión hacia la órbita del cumplimiento de la obligación por el mutuatario, cuando lo que se aborda es cuándo nace la obligación (y si puede nacer por el solo consentimiento) del mutuante; el ámbito obligacional no excluye que una obligación, en su cumplimiento, dependa del cumplimiento de otra anterior (como no excluye obligaciones condicionales o a término, obligaciones alternativas, etc.). Más difícil resulta entender la separación *ibidem*, p. 19, entre el contrato consensual y el verbal, si se trata de la perfección del consentimiento que es intercambio de voluntades, cuando aquel «recibe su fuerza, su perfección de la congruencia ó conformidad entre la pregunta y la respuesta, es la estipulación de los romanos, la promesa de los tiempos modernos: forma, mas bien que causa determinante de nuestra voluntad, puede preceder á todos los contratos y producirlos todos». De esta manera, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, V, pp. 28, 144-145, ampara la existencia del contrato real. Es significativo que esta protección de la categoría de contrato real, que arranca de una reducción de la ley de Alcalá a la exclusión de una forma estipulatoria manteniendo al margen los requisitos de validez y los modos de perfección, haya partido de una blanda lectura de la pura eficacia de la voluntad de obligarse que en último término reconoce, con toda claridad, aquella ley, un consentimiento nudo que constituye en definitiva el fundamento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el propio jurista, *ibidem*, pp. 28-30, recoge, calificándola como resultado de una interpretación abusiva de la ley.

⁸⁶ Sin embargo, MANRESA Y NAVARRO, 1907, p. 618, radicaliza la esencia perfectiva en el consentimiento al enfrentarse en su mismo campo a la relatividad de la forma sin desplazarla al campo legal de la validez o de la causa: afirmada la perfección de todo contrato por el consentimiento, añade que «poco importa que se exija por la

Así el argumento de la doctrina jurídica decimonónica en orden a la moderación de la ley de Alcalá, desde el punto de vista de su contraste con el *ius commune*, podrá llegar a parecernos tan preterlegal como preterlegal fue la tradición doctrinal del *usus modernus* interpretando el orden de prelación de fuentes de la ley de Alcalá actualizado en la ley primera de Toro. En efecto, si los juristas castellanos no tuvieron empacho en interpretar esta ley introduciendo referencias indirectas (*Partidas* o mediante la revocación de la pragmática o *ley de citas* de 1499) o fantasmas al *ius commune* contra el orden prelativo, ahora la ley de Alcalá, incluida en la *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla* y en la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* junto con el propio orden de prelación de Alcalá retocado en Toro, será objeto de una interpretación por parte de los juristas teóricamente liberales que considerará el ordenamiento alcalaino como una fuente supletoria del *ius commune* contra su evidente preferencia como ley de mayor rango. Sometida la ley de Alcalá al sobrevalor de las categorías técnicas del *ius commune* y, por lo tanto, al blindaje del contrato real, el consentimiento nudo pasará a transformarse en una voluntad que tan solo es un eventual elemento perfectivo, o un miembro del conjunto de los requisitos de validez, si no se entiende que la ley agrupa en su afición dos condiciones, aun intelectualmente separables, como la forma, para relajarla (prescindiendo de la estipulación y de la intervención notarial⁸⁷), y el consentimiento, para recomponerlo, lejos de su omnipotencia pura y nuda, en comunión con otras exigencias de validez (incluida una forma no estipulatoria)⁸⁸. Por

ley el otorgamiento de escritura ú otra forma especial, porque, aparte de ser válido el cumplimiento de las demás obligaciones aun sin ese requisito, su exigencia solo supone que es una obligación más; pero obligación que, por serlo y hacerse exigible, patentiza que se verificó la perfección del contrato por el consentimiento en el que tiene origen». Sin embargo, la inseguridad vuelve al escenario cuando el jurista reconoce a pesar de todo la existencia del contrato real; no obstante, apréciese el sentido obligacional, más que perfectivo, que incluye su reflexión, y la tuición del sobrevalor del consentimiento, *ibidem*, pp. 619-620: «Respecto de los contratos reales, la exigencia de un requisito sobre el consentimiento no es arbitraria ni formalista, sino que está en la naturaleza misma de aquellos y de sus objetos, y por lo mismo, la necesidad de la entrega, como base inmediata para las obligaciones, se halla reconocida por el Código en sus lugares propios, v. gr., al tratar de préstamo en el artículo 1740. No desconoce, pues, el Código la especialidad de los contratos reales, pero sí afirma en el artículo que estamos comentando, que el consentimiento predomina como requisito el más importante en todo contrato en general, produciendo siempre algún efecto, como lo revela la consideración de que convenido, por ejemplo, un contrato de mutuo, surgen ya obligaciones: precisamente la de entregar las cosas, que arranca del simple consentimiento, el cual, por tanto, aun en aquellos contratos, produce por sí efectos obligatorios».

⁸⁷ Tal fue el enfoque de la ley de Alcalá, que tan solo se desprendía de «solemnidades exteriores» para la producción de obligación, por parte de Asso y MANUEL, 1806, pp. 42-43.

⁸⁸ Recuérdese que la determinación por ley de los requisitos de validez pertenece a la misma naturaleza legal (regia) que tienen los establecimientos del ordenamiento de Alcalá, luego no existiría en ello vulneración de la prelación de la ley primera de

eso Arrazola dice contra la ley primera de Toro, trastornando su orden, que la ley de Alcalá no es preferente, sino supletoria⁸⁹, en trance de disolución (salvo en el punto concreto de la rectificación expresa que excluye la estipulación u otra solemnidad) en el régimen contractual completo de las leyes «de los romanos», que no son sino las leyes de las *Partidas* y, por extensión, las *leyes del ius commune*.

Estas últimas consideraciones doctrinales, vinculadas al orden de prelación de fuentes, no fueron extravagantes porque también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mantuvo en la línea de una interpretación legalista y constató la tensión que caracterizaba la aplicación de dos conjuntos de normas tradicionalmente vigorosas en materia civil: las del *ius regium*, con su innovadora ley de Alcalá, y las de las *Partidas*, con su alta dosis de *ius Romanum y commune*. Pero la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1863 recogió en sus resultados la referencia a una sentencia anterior, de 28 de marzo de 1859, en la que se revelaba la preocupación institucional (constante a través de la Modernidad más allá de los conflictos de leyes) por la armonía entre el consensualismo y los requisitos especiales de validez exigidos para la estabilidad de las obligaciones. La clave del asunto seguía así pegada a la tensión de flexibilidad y seguridad jurídicas que subyacía en el trance de la determinación de los márgenes de la regulación y la libertad del tráfico jurídico de los contratos, antes en la monarquía absoluta y ahora en el estado constitucional⁹⁰.

Toro. Una forma determinada (la escritura, por ejemplo) sería añadida por la ley a los requisitos de validez, pero la perfección del contrato seguiría determinada por el consentimiento. Cf. GUTIÉRREZ FERNANDEZ, 1871, IV, pp. 51-52, aunque el jurista continúa pensando, con cierta vacilación, que sin la solemnidad especial «no vale toda obligación, ó por lo menos, no es perfecta», lo que puede aceptarse como la señalización de dos momentos temporales previo y propio del nacimiento de las obligaciones.

⁸⁹ ARRAZOLA, 1872, XIII, p. 246. Por su parte, con la misma intención, GUTIÉRREZ FERNANDEZ, 1871, IV, p. 53, dice que la ley de Alcalá «no debe considerarse derogatoria de las leyes que antes y después de ella señalan expresamente una condición».

⁹⁰ Colección, 1863, sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1863, n.º 47, pp. 131-132: «Resultando que el marido de esta dedujo recurso de casación por haber sido infringidas: [...] Y segundo, la doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, de que la ley 1.^a, tít. 1.^º, libro 10 de la Novísima Recopilación solo derogó la forma y solemnidades que, tomadas del Derecho romano, había adoptado la 1.^a, tít. 11, Partida 5.^a, para que fueran obligatorios los contratos verbales á que se daba el nombre de estipulación: asimismo que dicha ley recopilada no debe entenderse ni puede aplicarse de modo que sean válidas y subsistentes obligaciones para cuya estabilidad otras leyes exijan circunstancias y requisitos especiales, como lo declaró este Supremo Tribunal en sentencia de 28 de marzo de 1859: [...] Considerando que la opinión doctrinal que se alega sobre la interpretación de la ley 1.^a, tít. 1.^º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, no es doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales que pueda ser fundamento del recurso de casación; y que no tratándose por otra parte de la interpretación de dicha ley, no puede haberse infringido la jurisprudencia que también se invoca de este Tribunal Supremo».

BIBLIOGRAFÍA

A) FUENTES PRIMARIAS NORMATIVAS

ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán y MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho. Publicano con notas, y un discurso sobre el estado y condición de los Judíos en España*, Madrid, 1847.

CÓDIGO CIVIL. Edición oficial, Madrid, 1888.

CÓDIGO CIVIL. Edición oficial reformada, Madrid, 1889.

COLECCION COMPLETA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, EN RECURSOS DE NULIDAD, CASACION É INJUSTICIA NOTORIA, Y EN MATERIA DE COMPETENCIAS, DESDE LA ORGANIZACION DE AQUELLOS EN 1838 HASTA EL DIA, PUBLICADA POR LOS DIRECTORES DE LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Tomo VIII, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación á cargo de Julian Morales, 1863.

CORPUS IURIS CIVILIS. EDITIO STEREOPTYPQ QUINTA DECIMA. VOLUMEN PRIMUM. INSTITUTIONES RECOGNOVIT PAULUS KRUEGER. DIGESTA RECOGNOVIT THEODORUS MOMMSEN RETRACTAVIT PAULUS KRUEGER, Berolini, 1928.

DECRETALIUM D. GREGORII PAPAE IX COMPILATIO, 1.35.1, en *Corpus Iuris Canonici. Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludouici Richteri curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognovit et adnotacione critica instruxit Aemilius Friedberg. Pars Secunda. Decretalium Collectioenes*, Graz, 1955.

LAS Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono, nueuamente glosadas por el licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad, Salamanca, 1555.

LASSO GAITÉ, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Volumen II, Madrid, 1970.

B) FUENTES PRIMARIAS DOCTRINALES

ALBORNOZ, Bartolomé: *Arte de los contractos*, Valencia, 1573.

ÁLVAREZ, José María: *Instituciones de Derecho real de España. Tomo segundo*, Madrid, 1829.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo: *Instituciones de Derecho civil*, Valladolid, 1840.

ARRAZOLA, Lorenzo: *Enciclopedia española de Derecho y Administración, ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España y de las Indias*. Tomo VIII, Madrid, 1855.

— *Enciclopedia española de Derecho y Administración, ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España y de las Indias*. Tomo XIII, Madrid, 1872.

ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán, y MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *Instituciones del Derecho civil de Castilla. Tomo segundo*, 7.^a ed., Madrid, 1806.

BOICH, Henricus: *In quinque Decretalium libros commentaria*, Venetiis, 1576.

BONACINA, Martín: *Opervm de morali theologia, & omnibus conscientiae nodis, nunc primum in tres Tomos distributorum, Tomvs secundvs, Lvgdvni*, 1629.

GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Tomo III, Madrid, 1852.

- GÓMEZ, Antonio: *Variae resolutiones juris civilis, communis, et regii. Tomus secundus*, Matriti, 1780.
- GONZÁLEZ TÉLLEZ, Emanuel: *Commentaria perpetva. In singulos Textus quinque Librorum Decretalium Gregorii IX. Tomus primus*, Lvgdvni, 1673.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Codigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones. Tomo cuarto*, 2.^a ed., Madrid, 1871.
- *Codigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones. Tomo quinto*, 1.^a ed., Madrid, 1869.
- HERNÁNDEZ DE LA RÚA, Vicente: *Lecciones de Derecho español. Tomo segundo*, Madrid, 1838.
- LUGO, Juan: *Disputationum de justitia et jure. Tomus secundus*, Venetiis, 1718.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español. Tomo VIII*, Madrid, 1907.
- MOLINA, Luis: *De justitia et jure. Tomus secundus, De contractibus*, Moguntiae, 1659.
- PÉREZ DE SALAMANCA, Diego: *Ordenanzas Reales de Castilla... Glosadas. Tomo I*, Madrid, 1779.
- PICHARDO VINUESA, Antonio: *In quatvor Institvitionvm Imperatoris Iustiniani*, Genevae, 1657.

C) FUENTES SECUNDARIAS

- ÁLVAREZ CORA, Enrique: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, 2005.
- ARIAS BONET, Juan Antonio: «Recepción de formas estipulatorias en la Baja Edad Media. Un estudio sobre las *promisiones* de las Siete Partidas», *Boletim da Faculdade de Direito*, 42, 1966, pp. 285-334.
- BIROCCHI, Italo: *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento*, Torino, 1997.
- BUSTOS, Jorge: «El mercantilismo. Teoría, política e historia», en *Economía*, 59-60, 2007, pp. 75-96.
- DECOCK, Wim: *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the 'Ius Commune'* (ca. 1500-1650), Leiden-Boston, 2013.
- D'ORS, Álvaro: *Derecho privado romano*, 8.^a ed., Pamplona, 1991.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón: «La compraventa en el derecho medieval español», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 25, 1955, pp. 293-528.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: «Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato. III. Los orígenes históricos de la teoría general del contrato», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 22, 2000, pp. 45-60.
- «La promesa obligacional en las *Partidas* como sede de la doctrina general de las obligaciones», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 34-3, 2007, pp. 395-404.
- HERRERA BRAVO, Ramón: «“Obligatio re” y contrato real en el sistema contractual romano», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1988, III, pp. 569-600.
- MIGUEL GONZÁLEZ, Juan: «Savigny y el nacimiento del contrato real abstracto», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, 2002, IV, pp. 5756-5773.
- VOLANTE, Raffaele: *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano, 2001.

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

BECH SERRAT, Josep María: *La cláusula resolutoria expresa en la compraventa de inmuebles*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, 539 pp.

La obra que tenemos ante nosotros lleva por título *La cláusula resolutoria expresa en la compraventa de inmuebles*, y viene firmada por Josep María Bech Serrat, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Girona, en lo que supone la última de las varias monografías publicadas por el autor hasta la fecha.

En este caso, se trata de una obra que, en atención a los estándares más recientes, podría considerarse extensa (539 páginas en total, incluyendo páginas iniciales y bibliografía), pero cuya lectura es de gran provecho para el lector interesado en la resolución en el ámbito de la compraventa de inmuebles, las especialidades en el caso de la compraventa de consumo o, todavía más, los aspectos registrales de estas instituciones. El autor se adentra en distintas cuestiones que no por haber sido claro objeto de atención por parte de doctrina y jurisprudencia tienen, a día de hoy, sus perfiles lo bastante delimitados, más bien al contrario: la propia obra demuestra que siguen teniendo mucho de controvertido y precisan de mayor reflexión. El minucioso tratamiento que se efectúa de los aspectos registrales relativos a la resolución de bienes inmuebles, por otro lado, abunda todavía más en el valor de este trabajo, lo destaca respecto de otros y justifica su extensión.

Por lo demás, la obra presta la atención debida a doctrina y jurisprudencia, así como a otros textos y documentos relevantes (por ejemplo, las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado o la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) cuando procede. Además de

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

ello, realiza referencias, en numerosos puntos, a la regulación de otros países de nuestro entorno jurídico. Lo hace, en particular, respecto del *Code Civil* francés, muy valioso a los efectos de este estudio tanto por su consabida influencia sobre nuestra regulación como, en gran medida, por su relativamente reciente reforma del año 2016, que introduce algunos de los mecanismos más en boga en materia de incumplimiento y resolución, sin sacrificar, por ello, instituciones de gran tradición en el sistema francés. De igual modo, dentro de nuestras fronteras, se incluye la cita de cuerpos legales ajenos al Derecho común —es constante la referencia a la regulación del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña, muy influenciado por las nuevas tendencias en materia de incumplimiento—. Aunque nos parece que no en todos los casos aportados por el autor quepa realizar un paralelismo absolutamente decisivo (como podría ocurrir, en ocasiones, con las referencias a las cláusulas de vencimiento anticipado típicas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria), estas referencias resultan de gran utilidad.

En cuanto a su estructura, el libro se divide en siete capítulos distintos distribuidos, a su vez, en tres partes diferenciadas, amén de una introducción y unas conclusiones (en particular, estas últimas) muy nutridas. La primera parte, dedicada al «Alcance exigible al incumplimiento resolutorio», contiene los capítulos 1 («Un impago resolutorio basado en lo acordado por los contratantes») y 2 («Compraventa inmobiliaria de consumo: un impago objetivamente grave»). La parte segunda («Ejercicio de la facultad resolutoria»), a su vez, reúne los capítulos 3 («El alcance del requerimiento resolutorio»), 4 («Una resolución extrajudicial: la irrelevancia del consentimiento del comprador») y 5 («Ejercicio de la facultad resolutoria y readquisición del inmueble»). Por último, la tercera parte de la monografía («La protección de terceros: exigencias registrales») se compone de los capítulos 6 («La protección de terceros») y 7 («La consignación del art. 175.6 RH»).

En la introducción, el autor avanza, no sin cierto detalle (ya se van introduciendo aquí referencias a jurisprudencia y a doctrina, o al Derecho comparado, por ejemplo), los temas cardinales del trabajo y el punto de partida de la investigación: la complicada relación entre los artículos 1124 y 1504 CC. A este respecto, nos transmite su desacuerdo con la interpretación jurisprudencial dominante, que lo llevará a propugnar una reinterpretación de esta relación que impregnará el resto de la obra (sobre todo los primeros capítulos). Además de esto, el autor parte de la necesidad de establecer distingos entre el régimen general y el aplicable cuando la contratación deba sujetarse a las normas del Derecho de consumo. Por último, reivindica el mantenimiento de un régimen específico —apartado de los requisitos propios de la resolución *ex art. 1124 CC*— para los supuestos de pacto resolutorio, lo que supondría observar especialidades o, si se quiere, desviaciones respecto del régimen y la noción unitaria de incumplimiento que se maneja en el ámbito de los textos europeos de modernización, actualización y unificación del Derecho europeo de contratos, de máxima influencia en los últimos años. A este respecto, el profesor Bech Serrat se aparta un tanto de la doctrina mayoritaria al entender que esta noción unitaria de incumplimiento, celebrada por la generalidad de nuestros autores, puede llegar a limitar la autonomía de las partes del contrato sin contemplar especialidad alguna en el sentido del 1504 o de la cláusula resolutoria expresa. El autor es muy crítico (dice que estamos ante un «proceso de construcción del Derecho privado europeo de contratos que todo lo arrasa, en algunos asuntos sin una suficiente reflexión») al entender que no se ha concedido suficiente aten-

ción a una construcción —el pacto resolutorio— que, a pesar de precisar de una revisión crítica, capaz de aclarar sus contornos, no deja de ser una figura de gran «raigambre y utilidad práctica» en nuestro Derecho (entre otras cuestiones, como instrumento de financiación).

De lo dicho hasta ahora extraerá el lector avezado que, para el profesor Bech Serrat, la cláusula resolutoria expresa, el pacto resolutorio y la realidad regulada por el artículo 1504 son una misma cosa. Esto mismo se explica en el primer capítulo de la obra, donde el autor explicita su concepción de la cuestión, en virtud de la cual el artículo 1504 —a pesar de su literalidad, que ofrece lugar a la duda— habría de aplicarse solo en los supuestos en los que se haya pactado una cláusula resolutoria, siendo de aplicación al resto de casos el artículo 1124. Este planteamiento debe ser tenido en cuenta, como es natural, a la hora de encarar la lectura de la obra. Partiendo de esta idea, y de la ya anunciada relectura de la relación entre los artículos 1124 y 1504, una de las conclusiones principales que pueden extraerse del primer capítulo de la monografía es que, para el autor, la resolución operada *ex artículo 1504* no debe verse sujeta a los requisitos que se predicen del artículo 1124 y, en particular, no procede condicionarla a la verificación de un incumplimiento grave o esencial, por lo que no cabe dar a los tribunales la función de comprobación de este extremo. Para el autor, el incumplimiento será resolutorio porque así lo pactaron las partes, sin que se deba entrar a valorar su gravedad, y entender lo contrario supone una censura indebida de la autonomía de la voluntad. A salvo quedarían la necesaria observancia del resto de requisitos de la resolución y las exigencias de buena fe que resultan aplicables de manera general, que sí podrían ser examinadas por el juez.

Ciertamente, no cabe prescindir sin más de aquello pactado por las partes, al tiempo que tampoco parecería razonable que, como se indica en la obra, las partes pudieran pactar un determinado incumplimiento como resolutorio fuera del ámbito del artículo 1504 y no pudieran hacerlo en este ámbito. A su vez, por otro lado, cabe apuntar que las nuevas tendencias en materia de incumplimiento tienden, también, a la eliminación de la valoración judicial de la gravedad, por lo que el enfoque parece muy adecuado. Ahora bien, dejando al margen la consideración de los supuestos en los que se aplicaría el requisito de incumplimiento esencial asociado al artículo 1124, fuera del ámbito del precepto (y cobraría aquí relevancia si el precepto se aplica o no a los supuestos de compraventa de inmueble donde no exista cláusula expresa resolutoria), y aunque pudiera excluirse la valoración en torno a la gravedad del incumplimiento de existir dicha cláusula, de lo que no podría prescindirse, en caso de oposición a la resolución extrajudicial por parte del comprador, es de la necesaria interpretación de la voluntad de las partes por los tribunales, que podrá arrojar resultados diversos en torno a si el incumplimiento producido es el previsto como resolutorio (y a lo que habrá que sumar, en su caso, el resto de requisitos previstos por la norma —en particular, el requerimiento—).

El planteamiento cambia casi radicalmente cuando el autor se enfrenta, en el capítulo 2, a la compraventa inmobiliaria de consumo, donde se posiciona a favor de la exigencia del requisito de la gravedad del incumplimiento previsto por la cláusula sumado a la posibilidad de su revisión en sede judicial. Argumenta el autor, con tino, que no cabe entender que la cláusula sea el fruto de la autonomía de la voluntad de las partes en este caso (sin ninguna duda, será así en el caso de cláusulas predispuestas, lo que, para el autor, se dará en una amplia mayoría de los casos), por lo que cabe sustituir el sistema

aplicable a las cláusulas negociadas individualmente en aras a la protección del consumidor, tanto desde la óptica de la exigencia de un incumplimiento esencial como desde la del control de contenido y la abusividad de la mencionada cláusula —asunto al que el autor dedica unas cuantas páginas demostrando su solvencia en el tema—. El autor, que aboga por extender esta protección a cualquier adherente, tenga o no el carácter de consumidor, conecta ambos conceptos al considerar que el control de abusividad solo se superará si el incumplimiento contemplado reviste el carácter de esencial.

En búsqueda de criterios para una mayor seguridad jurídica, el autor reseña el artículo 621-54 CCCat, que prevé un criterio legal —numérico, proporcional al precio— para determinar la gravedad del incumplimiento. De gran interés resulta la mención que realiza al mecanismo de plazo adicional, inspirado en el alemán *Nachfrist*, respecto del que el autor indica que no implica protección suficiente para el consumidor al entender que la posibilidad de cumplir en un plazo suplementario no es suficiente para enervar la necesidad de constatar un incumplimiento de gravedad. Cabe reflexionar que, aunque este mecanismo tiene como virtud principal su independencia respecto del citado requisito, puede estructurarse de manera tal que impida resolver cuando el incumplimiento sea nimio (esta es la configuración, de hecho, en el ordenamiento alemán o, en el ámbito de los textos de modernización, en los Principios Unidroit). Siendo así, sería capaz de ofrecer protección suficiente al consumidor y, a la vez, la seguridad jurídica requerida, lo que evitaría el recurso al siempre evanescente concepto del incumplimiento esencial.

El capítulo 3 aborda la muy peligrosa cuestión relativa al alcance y naturaleza del requerimiento que el artículo 1504 dispone, que, como se sabe, ha sido entendido bien como resolutorio, bien como de pago. En atención a esta última opción, estamos de acuerdo con el autor en que cabe excluir que se trate de un requerimiento vinculado a una necesidad de puesta en mora previa a la resolución, requisito que habría que descartar como tal. Más interesante puede ser vincularlo con la notificación propia del plazo adicional, aunque hay dudas de que el artículo 1504 realmente esté pensando en esta clase de requerimiento o que dicho mecanismo pueda encontrar cobertura en los términos de este precepto. Su posición se identifica, más bien, con la corriente que entiende el requerimiento como resolutorio y, yendo más allá, plantea —nos parece que con acierto— una visión de enorme interés al defender que este requerimiento puede ser visto como un acto complejo, capaz de incorporar un requerimiento en ambos sentidos (con distintas consecuencias según el caso), por lo que es capital atender a la voluntad expresada por las partes.

Ahora bien, en una visión que puede ser más disruptiva, el profesor Bech Serrat estima que, dejando al margen las compraventas de consumo, el requerimiento dispuesto por el artículo 1504 no tiene carácter imperativo. Esta visión de principio trae algunos problemas de corte registral de los que se encarga en el capítulo 4 y que demuestran las dificultades existentes para aceptar la inscripción de una cláusula que prevea una resolución automática, sin requerimiento o, incluso, su carácter de extrajudicial, pues el autor detalla los problemas en torno a la reinscripción del bien como titularidad del vendedor una vez efectuada la resolución al quedar condicionada por la oposición del comprador o, lo que es más, la falta de intervención judicial. Como se sigue exponiendo en el capítulo 5, el problema de fondo pivota en torno a cuándo se entiende producida la readquisición de la propiedad por parte del vendedor y cómo debe ajustarse la labor de calificación registral a este respecto. En este punto, el autor analiza las distintas tesis en torno al valor del

pacto resolutorio y apuesta por una eficacia personal con efectos para terceros derivada de su acceso al registro que no permitiría admitir una readquisición automática del bien, lo que podría dar lugar a situaciones tan peregrinas como la imposibilidad de levantar un embargo sobre el bien trabado por un acreedor del comprador a través del ejercicio de una tercería de dominio. Como bien señala el autor, una aclaración legislativa al respecto sería más que bienvenida.

No acaban aquí los problemas de índole registral, pues los dos últimos capítulos patentizan otros tantos de idéntica gravedad. De este modo, el capítulo 6 se centra en el reflejo registral de la readquisición y, en concreto, en la problemática en torno a la cancelación de los asientos efectuados por mor de la titularidad del comprador que ahora se resuelve, a los cual se anuda una serie de requisitos que vuelven a poner en entredicho la eficacia de la resolución extrajudicial. A este respecto, el autor explica las distintas vías que permitirían solventar la situación en el plano registral, que todavía se enfrenta a un último escollo más: la consignación del precio a restituir por parte del vendedor como consecuencia de la resolución, que se configura como requisito para la reinscripción de la titularidad. A los problemas que se derivan del mismo se dedica el capítulo 7, el más extenso del trabajo, que resulta muy crítico con la normativa y práctica registrales en este punto, en particular en supuestos en los que, como ocurre cuando se ha pactado una cláusula penal, ni siquiera está muy claro que deban restituirse las cantidades cuya consignación se requiere. Se trata, por lo demás, de cuestiones obligacionales que podían haber quedado al margen del control registral. El capítulo (y, con él, el trabajo, a salvo de las conclusiones) termina centrándose en un supuesto de la práctica que, aunque sirve al autor para disponerlo como ejemplo de cuándo no procede la consignación, tal vez podría haberse subsumido en alguno de los apartados anteriores, pues queda, quizás, un tanto descontextualizado.

Como avanzábamos al inicio de esta reseña, las conclusiones son muy nutridas: más de veinte páginas en las que el autor recapitula, de nuevo y con detalle, los principales problemas planteados en cada uno de los mismos y los resultados alcanzados a través de siete puntos correspondientes a cada uno de los capítulos en que se estructura la obra. Son unas conclusiones, como decimos, detalladas, quizás demasiado en algunos puntos, aunque tienen la virtud de servir como recapitulación sencilla y ordenada de una obra que, como se ha dicho, es extensa y, en algunos puntos, prolífica. Atendido esto, quizás podría haberse añadido una última conclusión general del trabajo en la que se destacaran, de manera muy sintética, las aportaciones más relevantes del autor en aquellos puntos donde se precisa de respuestas más urgentes o donde más se separa de la jurisprudencia o doctrina dominantes (pues hay muchas y valiosas aportaciones de este tipo en este trabajo).

A modo de conclusión de esta reseña, no cabe sino considerar el trabajo del profesor Bech Serrat como una obra tremadamente sugerente, de gran interés, en la que el autor no evita ninguno de los temas relevantes con independencia de su dificultad, demostrando un sobrado manejo de las instituciones analizadas, lo que le permite aportar conclusiones de marcada relevancia doctrinal y de gran solvencia técnica que, sin duda, serán aportes valiosos para la interpretación de instituciones examinadas. Asimismo, pese a la complejidad de las materias que trata, la lectura es ágil y sencilla, si bien tal vez la obra podría haberse beneficiado de una estructura dividida en epígrafes más cortos (en especial en algunos donde, a lo largo de numerosas páginas, se tratan numerosas cuestiones relacionadas y entremezcladas entre sí), con

títulos algo más ajustados a su contenido, en algún caso, y que evitara algunas reiteraciones que se producen, sobre todo, en la primera mitad de la obra. En la segunda mitad del libro —como sabemos, dedicada a los aspectos registrales— encontramos una virtud en el hecho de que cada apartado incluya recapitulaciones de los aspectos sustantivos y de las premisas de las que el autor parte y que han sido expuestas en capítulos anteriores, pues el tratamiento de temas específicos de ámbito registral puede atraer a un tipo de lector especialmente interesado en el tema y ello le permitirá situarse en la visión y las propuestas del autor.

En suma, procede recomendar encarecidamente la lectura de esta obra, que, sin duda, resultará de cita obligada en la materia, y dar la enhorabuena al autor por el gran logro que supone la publicación de un trabajo de este calado.

Andrea Salud CASANOVA ASENCO
Profesora ayudante doctora de Derecho civil
Universidad de Murcia

CRESPO MORA, M.^a Carmen: *Responsabilidad civil por negligencia profesional*, Aranzadi, Madrid, 2024, 207 pp.

La responsabilidad civil de los profesionales liberales es un tema de una alta incidencia práctica en nuestro panorama jurídico actual. Abiertas las compuertas que durante muchos años contuvieron las reclamaciones de indemnización por los daños causados por estos profesionales, en la actualidad es una fuente clara de litigiosidad, especialmente en algunos ámbitos. Una obra como la presente, que muestra los principales problemas a los que se enfrentan este tipo de reclamaciones es, sin duda, un trabajo de gran interés y de actualidad, y lo es más todavía cuando ese análisis se enfoca desde una perspectiva práctica, de estudio de cuestiones concretas y de propuestas de solución. Si a todo ello se suma una recopilación y tratamiento de la jurisprudencia más relevante en cada una de las temáticas seleccionadas, analizada de manera crítica, y un prolífico y detallado estudio de la doctrina que ha trabajado sobre las diversas cuestiones, el resultado es esta excelente monografía escrita por M^a Carmen Crespo Mora, que, sin duda, animo a leer.

Cuando la autora me comentó, hace ya un tiempo, el trabajo que estaba realizando en materia de responsabilidad civil de los profesionales liberales, más allá del interés ya mencionado me llamó la atención lo extenso de la tarea propuesta, así como su dificultad de definición y, sobre todo, de acotación. A la complejidad de identificar el concepto mismo del «profesional liberal» se suma el hecho de que el universo potencial de sujetos en él englobados es muy extenso, así como que muchos ellos —por su especialización— están sometidos a problemáticas particulares que obligan a tratamientos individualizados difíciles de coordinar en un estudio monográfico general. La obra que resultara de dicha tarea sería, pues, sin duda faraónica y —quizá por ello mismo— compleja de manejar y de llevar al día a día de la realidad práctica de estos profesionales. La monografía aquí reseñada no tiene estas pretensiones, lo que sin duda es uno de sus grandes aciertos, puesto que, como dice la profesora Crespo Mora, pretende solo exponer algunos problemas particulares que se suscitan en el campo de la responsabilidad profesio-

nal que es difícil localizar en el resto de los ámbitos o supuestos de la responsabilidad civil y para cuya solución se muestran insuficientes los mecanismos tradicionales.

No existen, por tanto, unos principios generales específicos y exclusivos de la responsabilidad civil profesional —ni se pretende elaborarlos—, pero sí hay unos problemas o desafíos propios de los profesionales liberales y comunes a este sector del tráfico jurídico. A ellos es a los que se dedican las páginas de la monografía aquí reseñada, en una selección que cubre, si no todos, sí desde luego algunos de los más relevantes. La claridad expositiva, el rigor científico y la fluida prosa de M^a Carmen Crespo Mora nos hacen desechar que la obra se hubiera extendido más en algunas de las cuestiones que apenas se esbozan (*v.gr.*, el daño moral, el seguro de responsabilidad civil profesional, el baremo para la indemnización de daños corporales...), pero las escogidas para su exposición son, sin duda, una muestra más que completa de las particularidades a las que se enfrentan las normas de la responsabilidad civil en su aplicación a la actividad de los profesionales liberales.

Para adentrarse en este estudio, la monografía se divide en cuatro capítulos organizados en una secuencia lógica que lleva al lector de la mano de una cuestión a la siguiente. En concreto, los dos primeros capítulos centran el ámbito de estudio y sientan los presupuestos básicos sobre los que determinar las normas aplicables a estos casos, pasando en los otros dos a fijar la atención en problemas concretos presentes en dos de los elementos de la responsabilidad civil: la relación de causalidad y el daño. En todos ellos, el estilo de la obra no se limita a ser expositivo, sino que el juicio de la autora está presente en todo el trabajo, con propuestas concretas, razonadas y fundadas que obligan a un esfuerzo intelectual para contraargumentar las soluciones con las que pueda no coincidirse. La obra, por tanto, ofrece una buena ocasión para reflexionar sobre los problemas en ella planteados.

Comenzando por el primer capítulo, destaca el esfuerzo que realiza la autora para dar unas notas claras que identifiquen el concepto de profesional liberal en el mundo actual. En ese sentido, subraya con acierto que hoy puede ponerse en cuestión el carácter *intuitu personae* de esta actividad como regla general ante la existencia de realidades de agrupación de profesionales en las que lo esencial para el cliente es la nota de la capacitación profesional de sus miembros (lo que denomina como «infungibilidad»); por tanto, en cada caso habrá de analizarse si la cualidad concreta del profesional actuante ha sido tenida o no en cuenta por el acreedor de la prestación de los servicios pactados. Coincido por ello con la autora en que lo esencial para caracterizar a estos profesionales se encuentra más bien en la primacía del elemento intelectual en estos casos, la consiguiente independencia técnica (que no necesariamente laboral) y la habitualidad en el desempeño de ese tipo de tareas. Con tales notas se identifican así en la obra como profesionales liberales, como no puede ser de otra forma, a médicos y abogados (a los que la autora dedica la mayor atención, por su gran litigiosidad en la práctica), pero también a arquitectos o auditores de cuentas.

Identificados así los protagonistas del análisis, se dedican también unas interesantes páginas de este primer capítulo a exponer el desarrollo histórico de la responsabilidad civil en relación con los daños causados por la actividad de los profesionales liberales. Ello resulta relevante, por un lado, para conocer y explicar algunos de los fenómenos que nos encontramos en la actualidad (como el claro predominio de la litigiosidad en materia de profesionales sanitarios frente a otros profesionales), pero también, por otro, para

entender y asumir el papel crucial que en este ámbito ha tenido la jurisprudencia a la hora de adaptar las normas de la responsabilidad civil a estas realidades. De hecho, la autora incide aquí —al igual que en el resto del trabajo— sobre el papel de los tribunales en los cambios que ha experimentado este sector a lo largo del tiempo, y proyecta también las líneas de desarrollo futuro que permiten atisbar tendencias cuya consolidación está aún hoy pendiente (*v. gr.*, la aplicación de la normativa de consumidores a las relaciones entre cliente y profesional liberal).

El segundo capítulo de la obra, dedicado a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil profesional, indaga en dos controvertidas cuestiones sobre las que se pronuncia: la calificación de esta responsabilidad como contractual o extracontractual, por un lado, y, por otro, la clasificación de las obligaciones asumidas por los profesionales liberales como obligaciones de medios o de resultado como criterio para identificar los elementos cuya prueba corresponde a la víctima (más en concreto, la necesidad o no de acreditar la culpa del profesional).

Por lo que respecta a lo primero, coincido con M^a Carmen Crespo Mora en que, aunque tradicionalmente se ha tratado esta responsabilidad de los profesionales liberales dentro de la responsabilidad extracontractual, la relación que vincula a la víctima y al profesional suele ser contractual, lo que debería sentar la regla contraria. En otras palabras, en presencia de contrato, la exigencia de responsabilidad debería encauzarse a través de los artículos 1101 y ss. CC, salvo que se entable por sujetos ajenos a la relación contractual. Sobre tal planteamiento, la obra se centra en identificar cuáles son las excepciones a esa regla, señalando y analizando principalmente tres: la responsabilidad civil derivada de delito (a la que denomina «consecuencias civiles del delito»), la responsabilidad de los profesionales que actúan en el contexto de la prestación de servicios públicos y las relaciones triangulares. Sin embargo, respecto de este último caso, la autora señala su divergencia en la calificación de la responsabilidad como extracontractual cuando se trata de la reclamación de daños de la víctima al profesional cuyos servicios se prestan por razón del contrato suscrito por la primera con la entidad deudora. Como argumenta con sólidos razonamientos, la relación entre la víctima y profesional se aproxima más a la responsabilidad contractual que a la genérica infracción del *neminem laedere*, lo que justifica, a su juicio, una aplicación analógica de las normas de la responsabilidad contractual (lo que denomina «responsabilidad obligacional» o «por incumplimiento de obligaciones»). Pese a lo fundado de su razonamiento, no puedo mostrarme de acuerdo con el mismo sobre la idea que ella misma aporta de que lo que justifica la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual reside en el reparto de riesgos que se ha realizado entre víctima y causante en el contexto del contrato, reparto ausente en el campo extracontractual e, igualmente, entre el profesional y la víctima en estas relaciones triangulares.

Por lo que respecta a lo segundo, la obra se suma a la corriente de revitalización de la trascendencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, aunque no lo hace con un simple interés dogmático, sino con el sentido práctico ya apuntado; este se traduce aquí en la exigencia o no de la prueba de la culpa en estos casos y en otras consecuencias o efectos jurídicos en lo que respecta a la distribución del riesgo entre las partes y al concepto del incumplimiento. Consciente la autora de las dificultades de esta distinción —sobre todo, como calificación única en el contexto de un conjunto de prestaciones asumidas por el deudor en el seno de una relación contractual—,

aporta una definición de lo que es el resultado (la satisfacción del interés primario o subjetivo del acreedor; en las obligaciones de resultado ese interés se encuentra jurídicamente protegido por la relación obligatoria) y, lo que es más interesante aún, cuatro criterios para interpretar cuándo la obligación asumida por el deudor responde a ese modelo. Entre estos, junto al caso claro del acuerdo expreso, deben ponerse de relieve los otros tres que apunta la profesora Crespo Mora por su novedad y convincente argumentación, en concreto, la referencia a la integración del contrato por la vía del artículo 61 TRLGDCU (en los casos de relaciones de consumo), los indicios asociados a prestaciones ajenas al ámbito de control del deudor (obligación de medios tácita) y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los deberes de información en forma de falsas expectativas generadas para el acreedor (obligación de resultado por no haber trasladado los riesgos al acreedor).

Entrando a los elementos de la responsabilidad civil en los que hay peculiaridades propias en sede de negligencia profesional, el tercer capítulo se dedica a la relación de causalidad y se centra en analizar tres cuestiones concretas: la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad al error en el diagnóstico, la solidaridad impropia —ante la concurrencia del comportamiento de diversos profesionales— y la aplicación del principio de confianza a los supuestos de trabajo en equipo. Voy a detenerme en el primero de los problemas señalados, con el que —como ella sabe— muestro cierto desacuerdo respecto de la solución propuesta por M^a Carmen Crespo Mora.

Aunque la autora se adscribe a la tesis ontológica de la teoría de la pérdida de oportunidad (lo que ubica el juego de este mecanismo en sede de identificación del daño), argumenta de forma razonada que, en ese contexto concreto de la responsabilidad por error en el diagnóstico, lo que existe es un problema de causalidad basado en la incertidumbre de cuál de los eventos concurrentes ha provocado el resultado de muerte o agravamiento de la enfermedad o dolencia, que se presenta —a su juicio— como daño cierto (en palabras de la autora, «lo que suscita dudas es la determinación de si tal daño se debe a la negligencia médica o al curso natural de la enfermedad padecida por el paciente»). Sostiene, por tanto, que, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los casos —en especial en el de la pérdida de la oportunidad procesal—, en este ámbito concreto de la responsabilidad sanitaria la teoría de la pérdida de la oportunidad se puede emplear para vencer dicha incertidumbre causal, que —en aplicación del criterio jurisprudencial del «todo o nada»— llevaría a la total desestimación de la pretensión de la víctima ante la dificultad de acreditar la relación de causalidad.

A mi juicio, sin embargo, queda pendiente ahondar en la crítica respecto de esta jurisprudencia que abre la puerta a un uso inadecuado de la teoría de la pérdida de la oportunidad. De hecho, hay que llamar la atención acerca de que la fundada argumentación que esgrime la autora respecto de que el daño por error en el diagnóstico es un daño cierto —la muerte, la peor condición enferma— por comparación con el supuesto de la pérdida de la oportunidad procesal (en sede de responsabilidad del abogado), que es un daño incierto —pues no se sabe cuál habría sido el resultado del pleito—, parece albergar en su seno un cierto problema lógico. Y es que en el primer caso se contempla la situación *ex post*, cuando ese daño ya se ha consolidado, no *ex ante* (en el momento de valoración del comportamiento médico), cuando el resultado de muerte o agravación de la enfermedad es también un resultado beneficioso pero incierto, ya que el comportamiento del profesional sanitario no necesariamente lo puede impedir (pues depende de procesos biológicos no controlables). Esa perspectiva

ex ante, en cambio, es la que se adopta para el razonamiento relativo a los profesionales de la abogacía. Ahora bien, si se adoptara también en este segundo caso —como en el caso del médico— la perspectiva *ex post* respecto de la pérdida de oportunidad procesal, se llegaría al mismo resultado. En concreto, también podría afirmarse que existe en esos casos un daño cierto: la pretensión ya ha decaído y se ha perdido (en otras palabras: ya se ha perdido la ganancia o se ha experimentado la pérdida que se trataba de evitar con el pleito que no se llevó a cabo por la negligencia del abogado). Por tanto, considero que se deberían comparar ambos supuestos desde el mismo momento temporal y que ese momento, en sede de responsabilidad, es —necesariamente— *ex ante*, lo que lleva a ubicar la teoría de la pérdida de la oportunidad en un problema de daño, no de relación de causalidad.

Pese a la discrepancia, me parece muy sugerente la interpretación que realiza M^a Carmen Crespo Mora para salvar la incoherencia de los autores que —en defensa de la tesis etiológica de la pérdida de la oportunidad— reducen posteriormente la indemnización concedida a la víctima: la idea apuntada de la contribución causal de la enfermedad como criterio para justificar en estos casos la reducción de la indemnización. Ello demuestra en todo caso que la divergencia dogmática en este punto no tiene trascendencia práctica, pues una u otra interpretación de la teoría de la pérdida de la oportunidad conduce a resultados muy similares.

El cuarto capítulo de la monografía se dedica al análisis de una serie de daños específicos derivados de la negligencia profesional. Ello lleva a la autora a centrarse en tres: la pérdida de la oportunidad procesal (analizada aquí, como corresponde, en el contexto ontológico de este mecanismo), el negligente diagnóstico prenatal —que la autora enlaza de forma brillante con otros casos en los que la prestación comprometida por el profesional sea el suministro de una información, asesoramiento o consejo que constituye la base para la posterior adopción por parte del cliente de decisiones racionales y fundadas— y el daño desproporcionado. No obstante, la profesora Crespo Mora reubica correctamente este último por dentro de los mecanismos de facilitación de la prueba de la culpa y subraya que, además, su aplicación debería limitarse a los supuestos de materialización de riesgos atípicos.

De todo ello, destaca en este capítulo el tratamiento que se realiza del daño por pérdida de la oportunidad procesal, en el que la autora muestra especialmente su condición de experta. En sucesivos apartados, procede a definir este daño y a establecer sus requisitos, naturaleza y distinción con respecto de otros daños cercanos. Merece la pena destacar, a mi juicio, dos cuestiones respecto de este estudio, sobresaliente en todos sus extremos. Por un lado, la argumentación prolífica y fundamentada a favor de la exigencia de un margen de certidumbre de la probabilidad razonable, que se fija por la autora en un mínimo del 50 %. Por otro lado, la identificación de un daño autónomo adicional a la pérdida de la oportunidad procesal que puede estar también presente en estos casos: el daño moral derivado del sentimiento de desamparo y frustración derivados del desconocimiento sobre lo que habría acontecido si la acción o recurso hubieran sido interpuestos a tiempo por el abogado negligente. Como argumenta M^a Carmen Crespo Mora, tal daño no se producirá de forma automática, pero se podrá acreditar en el caso de manera adicional para reclamar su indemnización.

Este es el conjunto de materias tratadas en la monografía, que, como se indicaba al comienzo de estas páginas y se ha podido comprobar, aglutina un compendio de cuestiones prácticas de la responsabilidad civil de los

profesionales propuestas para una mejor interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento en estas materias y —como indica el profesor Cabanillas Sánchez en su prólogo a la obra— una serie de herramientas jurídicas para solucionar los problemas existentes. Su lectura ofrece no solo un panorama actual del estado de la cuestión en la materia, sino una buena guía para reflexionar sobre los problemas expuestos y plantear cuál debe ser su rumbo futuro. Dada la importancia de los profesionales liberales en nuestro tráfico jurídico, no cabe duda de que en el futuro esta materia va a seguir siendo de enorme relevancia, por lo que planteamientos como los de la profesora Crespo Mora son, sin duda, necesarios.

Andrea MACÍA MORILLO

Profesora titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

VEGA GARCÍA, Paula: *La protección de los derechos morales de autor en Internet*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 469 pp.

La expansión de Internet como medio de comunicación de masas y su popularización han contribuido no solo a acercarnos al resto del mundo en el plano físico, sino también a abrir nuestro mundo interior a través de los servicios que operan en él. Al principio a través de blogs, hoy en redes sociales, a millones cada día en vídeos que se publican en YouTube o TikTok y muchas veces inconscientemente a través de mensajes de texto en conversaciones banales, la red ofrece numerosas oportunidades para que el ser humano exprese algo, y ese algo en muchas ocasiones merece algo más que ser solo un archivo más en un servidor lejano. Una vez se le da al «acto creador» la importancia que merece, entran en juego los derechos sobre esa parte de la personalidad exteriorizada y plasmada en un soporte inmaterial. Sin restar importancia a las cuestiones puramente económicas, lo cierto es que muchas de las personas que cada día interactúan a través de los servicios que operan en Internet y cuelgan en ellos sus contenidos lo hacen de forma gratuita y sin esperar ningún tipo de retribución, al menos no de manera directa. A tales autores, en cambio, lo que más les preocupa es que se les dé el reconocimiento que merecen, que su obra se relacione con su nombre, que esta no se altere, así como que puedan mantener sobre ella un cierto control que les permita, en cualquier momento, cambiarla o eliminarla de las plataformas donde las han almacenado. En definitiva, les preocupa proteger sus «derechos morales de autor». De ahí que resulte relevante la exposición de la situación en que se encuentran tales derechos en el contexto actual, en el que Internet se ha convertido en un elemento clave en cuanto a la distribución de las obras y, en cierta medida, también para su creación.

En la monografía titulada *La protección de los derechos morales de autor*, escrita por Paula Vega García y publicada en el año 2023 por la editorial Aranzadi, se realiza un profundo análisis de los medios jurídicos y extra-jurídicos que están a disposición de los creadores para garantizar que se respetan los derechos personales que tienen sobre las obras de su espíritu. Tales derechos morales de autor han sido objeto de numerosos y extensos análisis en el pasado, pero resulta totalmente novedoso su estudio en un contexto tan particular como es Internet. Esta novedad se revela en especial en el plantea-

miento de la obra que ahora se recensiona, donde, por una parte, se estudia el régimen de los derechos morales de autor según el tipo de creación y las infracciones a que pueden dar lugar en el contexto digital y, por otra, se exponen las diferentes vías que tienen los autores para defendérse.

En términos generales, si algo cabe destacar de la monografía a que se alude, es que no hay apartados superfluos. Cuando la autora aborda algún tema, lo hace con el objetivo de exponer una situación o problema real que se produce en el ámbito de Internet en relación con las creaciones del espíritu. Sirva como ejemplo la explicación que ofrece sobre los criterios de originalidad de la obra. Tal epígrafe, que inicialmente podría parecer innecesario, tiene una finalidad evidente: explicar cómo muchas plataformas tratan todo su contenido como si fuera original y, por tanto, *prima facie* sitúan en el mismo plano a la mera creación y a la obra. De igual modo, a lo largo de toda la monografía se efectúan continuas referencias a la doctrina y jurisprudencia más reciente, pero también a fenómenos actuales relacionados con los derechos morales que en otro contexto no tendrían cabida y que aquí se analizan con seriedad desde una perspectiva legal, como son los memes o los *fanfics*. No obstante, sí es cierto que quizás habrían podido reducirse algunas explicaciones relativas a aspectos más «clásicos» en la materia —cuestiones como el régimen jurídico de las obras de autoría múltiple o de creaciones típicas como son las fotografías o las obras audiovisuales— para dejar solo aquellas reflexiones relativas al contexto particular de Internet.

El libro reseñado tiene dos partes diferenciadas. La primera, que comprende el capítulo primero, se dedica a las obras y las vulneraciones que afectan a los derechos morales sobre ellas. En la segunda parte, compuesta por los capítulos segundo y tercero, se exponen los medios de defensa extrajudicial y judicial de los derechos morales.

El capítulo primero se inicia con una explicación breve del contenido general de los derechos morales de autor, la originalidad y las obras de autoría múltiple —incluidas las *wikis*— para entrar pronto en la primera cuestión fundamental de esta monografía: el régimen jurídico particular que tienen determinadas obras que se pueden encontrar como contenidos digitales en Internet. Se realiza aquí una distinción entre obras «digitales» y «digitalizadas» para examinar con relación a estas últimas cómo afecta la digitalización de una obra a los diferentes derechos morales de autor. En particular, su efecto descontextualizador o la pérdida de control que supone la entrada de una creación en la red.

A mi juicio, el verdadero interés de este apartado reside en que se entra en el análisis concreto de cuestiones que afectan específicamente a obras en soporte digital desde la perspectiva de la tutela de los derechos morales sobre ellas. Si en algo destaca esta sección de la obra es en el minucioso estudio que se hace de la aplicación del régimen de los derechos morales de autor sobre específicas creaciones típicas de Internet, analizando las particularidades y adaptaciones que sufren tales derechos en cada caso. Así, además de estudiar el régimen de las fotografías, las obras audiovisuales, los programas de ordenador y las bases de datos dentro del contexto digital, también se analizan creaciones más actuales; por ejemplo, los derechos morales que tienen los autores tanto de obras multimedia como de páginas web. Como se explica, en este tipo de creaciones la integración de elementos diversos dificulta la determinación del régimen legal aplicable, por lo que la doctrina opta por acudir al régimen general y, de manera eventual, a las especificidades de algunas obras especiales cuando las circunstancias así lo recomiendan. En el

caso de páginas web, además, habrá que tener en cuenta el tipo de plataforma en que se realicen, pues en ocasiones pueden tratarse de obras derivadas o, directamente, no tener originalidad suficiente para ser protegidas.

La autora no concluye el análisis de las páginas web con el examen de su régimen general, sino que se adentra en las especialidades que afectan al nombre de dominio y a los diferentes tipos de enlaces. En concreto, se hace un estudio del nombre de dominio desde una óptica de lo más singular al considerarlo tanto elemento identificador que permite acceder a una página web como creación original en sí mismo. Como expone, los conflictos con los nombres de dominio relacionados con los derechos morales de autor vendrán de la falsa atribución de obras a un autor o al uso del nombre de un creador sin su consentimiento. De ahí que, en vez de acudir a las vías de defensa típicas de la propiedad intelectual, se sugiera el recurso a los mecanismos de amparo de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen o, en el caso de páginas web con dominio de nivel superior .es, el procedimiento especial establecido por Red.es para la retirada de dominios ilícitos. Se aborda también la problemática que se plantea en la utilización de los diferentes tipos de enlaces —de superficie, profundos o embebidos— cuando, con ellos, no se respeta el derecho al reconocimiento de la autoría o la integridad de la página web como obra.

El apartado más amplio dentro de este primer capítulo es el dedicado a los «contenidos generados por usuarios», y no es para menos. A fin de cuentas, no se puede entender Internet sin los servicios que operan dentro de él: las plataformas de puesta a disposición de contenidos que determinan en gran medida el ejercicio de los derechos de los creadores. Como es sabido, toda obra almacenada y puesta a disposición a través de Internet se verá sometida a las restricciones y limitaciones que puedan establecer las plataformas donde se distribuyen. De ahí que la autora examine de manera detallada cómo los términos y condiciones de las principales plataformas de puesta a disposición de contenidos respetan —o no— los derechos morales de sus usuarios. Se analizan cuatro categorías: servicios de red social, plataformas especializadas en texto, en audiovisual y servicios de mensajería. Resulta de gran interés la comparación que implícitamente se efectúa entre los términos y condiciones de plataformas que ofrecen servicios similares, como pueden ser Facebook y Twitter —ahora X— o YouTube y Twitch, y también el descubrimiento de herramientas particulares que permiten el ejercicio de los derechos morales de autor de formas inesperadas, como la «orfanación» de *Archive of our own*.

A pesar de lo innovador de este apartado por abordar en particular los derechos morales en el contexto de las plataformas, es también el que más rápido ha quedado desfasado debido a la evolución de tales servicios y, sobre todo, a la continua actualización de sus términos y condiciones, en especial en el caso de TikTok. Además, no se puede evitar mencionar que en este trabajo se estudian algunas plataformas con menor interés, como pueden ser Wattpad o Tumblr, en detrimento de otras que quizás sí habrían merecido más atención, como son las grandes empresas de distribución de contenidos digitales audiovisuales —Netflix, Amazon Prime o Max, entre otras—.

El capítulo primero concluye con un apartado dedicado a las principales vulneraciones de los derechos morales de autor. En un particular ejercicio de «encage de bolillos», la autora recoge los hilos sueltos que había dejado en el apartado anterior para entrelazarlos con la exposición de las lesiones concretas sobre los derechos morales de los autores de las obras ya analizadas. Así,

la «infracción del inédito» se vincula, por ejemplo, con la sustracción de información almacenada en servicios de mensajería y las alteraciones en el contenido esencial de la obra que afectan al derecho de integridad con las traducciones automáticas que se realizan en algunas páginas web. Sin embargo, quizá habría sido pertinente que se hubiera abordado de manera más profunda la cuestión de la eliminación permanente de contenidos de la red, no por sus autores, sino por los servicios que los almacenan, con la consecuente pérdida de patrimonio cultural inmaterial que supone, así como lesión a los derechos de sus creadores. También podría haberse introducido aquí un análisis más extenso sobre la minería de datos y textos y cómo ello puede llegar a afectar a los derechos morales, en especial en el ámbito de su uso para el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial. No obstante, es comprensible su ausencia, en tanto un análisis detallado de ambas cuestiones se apartaría demasiado del objetivo esencial de la monografía y merecería un estudio propio.

Como se ha indicado, la obra tiene dos partes claras. Si la primera se dedicaba a las obras, los derechos morales y sus vulneraciones, la segunda se centra en los medios de defensa. La autora explora aquí todas las vías posibles para garantizar que los derechos morales del autor de una creación que se encuentra en Internet sean respetados. Ello incluye la utilización de mecanismos que no se suelen tener en cuenta por no estar directamente relacionados con la propiedad intelectual, como el ya mencionado respecto a los nombres de dominio o el del derecho al honor en el llamado «plagio inverso». Es esta visión original una de las que hace de esta obra un texto innovador en el análisis de la materia.

Así, junto con mecanismos que disponen de regulación propia en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), como son las medidas tecnológicas de protección, la información para la gestión de derecho y el Registro de la Propiedad Intelectual, en el capítulo dedicado a los medios de defensa extrajudicial se incluyen también vías de protección que se encuentran dentro de Internet.

Como se expone en la monografía, aun siendo cierto que en Internet los derechos morales pueden verse lesionados o su ejercicio limitado, también lo es que algunas plataformas han ido introduciendo medios específicos para la protección de los derechos de los autores. Así, Wattpad vigila la comisión de plagios tanto dentro como fuera de su plataforma respecto a contenidos que alberga y *Archive of our own* tiene un procedimiento específico para su persecución. Algunas establecen herramientas especializadas para la localización de contenidos ilícitos —como *ContentID* y *Copyright Match Tool* de YouTube, o *Rights Manager* y *Audible Magic* de Facebook— o para la denuncia de infracciones relacionadas con aspectos concretos no relativos a la propiedad intelectual, como los formularios frente a suplantación de identidad de Instagram o Twitter. En el marco de los servicios que operan en Internet quizá el mecanismo de protección más estudiado es el de los procedimientos internos de denuncia de infracciones sobre derechos de autor, incluidos los morales. Su importancia es clave, ya que la responsabilidad de tales servicios puede verse excluida si actúan de manera apropiada una vez recibida la denuncia de una infracción. De ahí que sea de gran interés ver cómo se puede utilizar tal denuncia para la persecución de infracciones en materia de propiedad intelectual.

Otra cuestión de gran interés que se aborda en este capítulo es el examen del tratamiento de los derechos morales por parte de las licencias de uso libre, como *Creative Commons* o GNU. Una vez más, desde el prisma de los derechos morales, se determina si esas licencias, normalmente pensadas para los derechos de explotación, pueden servir también para controlar que no se vulneren los intereses personales de los creadores. Es el mismo prisma utilizado para estudiar el funcionamiento de *blockchain* y poner así sobre la mesa cómo dicha tecnología, que tanto ha dado que hablar en los últimos años, puede ser también una herramienta para la garantía de la autoría y la integridad de la obra, en especial vinculada a depósitos digitales de obras como *SafeCreative*.

El tercer capítulo completa la monografía realizando una exposición ordenada y acabada de la defensa que se puede hacer de los derechos morales de autor desde los tribunales. En él destaca la utilización de la jurisprudencia nacional para exemplificar las diferentes etapas del procedimiento judicial y de las acciones empleadas en supuestos de infracción de derechos morales de autor, mostrando cómo los tribunales responden en este ámbito.

Para ello, se comienza con una explicación breve pero imprescindible sobre el procedimiento de las acciones, las reglas de Derecho internacional privado y las diferentes diligencias preliminares y medidas cautelares a disposición de los autores. La autora no se limita a realizar una exposición general de la materia, sino que la estudia teniendo en cuenta el interés de quien se acerca a esta monografía, esto es, cómo se vincula con los derechos morales de autor. Ello permite, entre otras cosas, saber que el derecho moral de autor se considera parte del orden público español y, por tanto, siempre se protegerá en la resolución de un conflicto sobre propiedad intelectual con independencia de su específico reconocimiento o no en la ley aplicable, o, en el caso de las diligencias preliminares, que se prohíbe la solicitud de información sobre el infractor cuando este pueda ser considerado «consumidor final de buena fe», algo que contrasta con la posibilidad de requerir a los servicios de la sociedad de la información (SSI) que aporten datos sobre usuarios sospechosos de vulneraciones en materia de propiedad intelectual. En el ámbito de las medidas cautelares —mucho más flexibles— se exemplifica cómo se pueden utilizar para evitar la apertura de múltiples cuentas en redes sociales o la inclusión de notas informativas sobre contenidos sobre los que existan procedimientos judiciales abiertos, evitando así que se magnifiquen infracciones de derechos morales ya cometidas.

En lo referente a las acciones de defensa, a diferencia de lo que ocurre con trabajos previos que han abordado el tema, la autora no se limita a exponer las acciones típicas —cesación, indemnización—, sino que analiza también en qué medida es posible utilizar las acciones generales de defensa de la propiedad —reivindicatoria, declarativa y negatoria— en reclamaciones relativas a derechos morales de autor. Aunque se puede debatir si realmente merece la pena recurrir a la acción reivindicatoria del artículo 464 del Código Civil en este ámbito, cuando se podría obtener un resultado similar a través de otras acciones, no deja de resultar necesario recordar que existen más vías de reclamación de la «propiedad» sobre la obra que aquellas designadas por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Por ejemplo, la acción declarativa puede ser utilizada para reafirmar la titularidad sobre una obra junto con otras acciones destinadas a garantizar el reconocimiento de derechos o su ejercicio.

Sin embargo, mayor atención se presta al ejercicio de las acciones recogidas en la norma sobre propiedad intelectual, con una amplia introducción relativa a la legitimación activa y pasiva, así como a la responsabilidad de los servicios de la sociedad de la información. En dicho marco se hace un estudio conciso sobre la intervención de los servicios en la comisión de infracciones sobre propiedad intelectual, tanto en base a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información como al Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que traspone la Directiva de Derechos de autor en el Mercado único digital. No se puede negar que esta obra se hubiera beneficiado de un epígrafe dedicado al Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales, en especial por el régimen que establece para el tratamiento de los contenidos digitales ilícitos y la actualización que hace del régimen de responsabilidad de los SSI, pero este texto legal fue aprobado con posterioridad a la publicación de la monografía. No obstante, el análisis que se realiza del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea es muy completo, crítico también, y está estructurado de una manera que hace que sea sencillo entender el contenido de la norma y, sobre todo, determinar si es posible considerar a estos servicios como infractores de derechos morales de autor.

A continuación, se desglosan las tres principales acciones de defensa de la propiedad intelectual, enunciadas en el artículo 138 TRLPI. Sobre la acción de cesación se pone el acento en aquellas medidas que pueden ser útiles para detener infracciones que se cometan en contextos digitales, por ejemplo, la eliminación de ejemplares ilícitos —que puede incluir las copias digitales— o la remoción o precinto de aparatos donde se encuentren obras con la información para su gestión alterada, que permitiría evitar ciertas lesiones a los derechos morales de autor como el no reconocimiento de autoría o la realización de modificaciones no consentidas. En cuanto a la acción de indemnización, se reconoce que el carácter más personal de los derechos morales hace que sea habitual que se utilicen los criterios de valoración de los daños morales establecidos en el artículo 140 TRLPI. En este contexto, la autora defiende de manera convincente que se usen también los otros dos criterios recogidos en la norma —consecuencias económicas negativas y regalía hipotética— cuando existan daños patrimoniales que sean consecuencia de actos ilícitos sobre derechos morales de autor, al igual que también apoya que se utilice el criterio de los daños morales respecto a perjuicios personales sufridos por los titulares de derechos diferentes a los propios autores, haciendo una clara distinción entre «daños morales» y «daños sobre derechos morales de autor».

El texto refundido a que se alude también regula la publicación o difusión de la resolución que declare la existencia de infracción sobre un derecho de propiedad intelectual, que busca la reparación del autor y el reconocimiento de una situación ilícita que ha sufrido. En la obra se remarca cómo la utilización de dicho mecanismo sirve para dar una adecuada reparación en el caso de infracciones de derechos morales de autor. Ante la falta de pormenorización en el modo de realizar esa difusión, la autora toma como punto de partida lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, para indicar los modos en que se puede realizar la publicación.

En la línea antes apuntada de ofrecer a los autores todas las vías posibles para defender sus intereses, también propone que, cuando la infracción

provenga directamente de un medio de comunicación, se ejercite la acción de rectificación de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo. Ello se aplicaría cuando la vulneración tenga su origen en información falsa o incorrecta, por ejemplo, respecto a quien es el autor de una obra o a la disponibilidad para la venta de una creación que ha sido retirada del comercio, retirada que afectaría también a publicaciones digitales y redes sociales.

El broche final al apartado lo pone una breve referencia a la prescripción de las acciones, cuestión fundamental para quien pretenda utilizar esta obra como guía para ejercitar medidas judiciales contra infracciones de derechos morales de autor.

Por último, y como vía coadyuvante de protección, la autora valora la utilización del cauce administrativo establecido por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. En su función de persecución de infracciones cometidas por los servicios de la sociedad de la información, directamente o como cooperador, el procedimiento de la Sección Segunda tiene como objetivo instar la cesación de tales actividades, intentando una retirada o cesación voluntaria de la vulneración, también de aquellas que afectan a los derechos morales de autor.

Como se traslucen de la exposición del contenido de la monografía de la doctora Vega García, la obra que se recensiona explora de manera profunda los entresijos relacionados con el tratamiento de los derechos morales de obras en Internet, exponiendo de manera amplia diferentes vías para evitar o perseguir infracciones que los afecten. En cuanto a su redacción, es evidente su claridad expositiva y profundidad analítica, clara influencia de quienes la acompañaron en el proceso de investigación que culminó en la tesis que fue el germen de esta obra, los profesores Durán Rivacoba y Legerén Molina, como lo es también la utilización de una bibliografía abundante, nutrita tanto por títulos de referencia como por obras actuales que ilustran los temas más novedosos de este trabajo. Asimismo, cabe mencionar que se ha utilizado una cantidad nada desdeniable de textos franceses y se hace referencia o se analizan más de doscientas resoluciones judiciales, españolas, francesas y europeas que enriquecen el texto y, en ocasiones, sirven de puente entre la norma y la realidad.

Por tanto, se puede considerar que la obra que se reseña es un texto que permite al lector comprender no solo la naturaleza de los derechos que, quizás, posea como autor, sino también cómo conseguir que las creaciones de su espíritu, tanto las que elabora de manera consciente como inconsciente, gocen del respeto que merecen incluso en un entorno a veces tan hostil como puede ser Internet.

Carmen PÉREZ DIOS
Profesora sustituta interina de Derecho civil
Universidade da Coruña

Revistas Españolas

Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (catedrático de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (profesor titular de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Davinia CADENAS OSUNA (profesora titular de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla)

SUMARIO: I. *Derecho civil.* 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. 4. Responsabilidad civil. 5. Posesión. 6. Derechos reales. 7. Propiedad horizontal. 8. Propiedad intelectual. 9. Propiedad industrial. Patentes y marcas. 10. Derecho inmobiliario registral. 11. Derecho de familia. Matrimonio, régimen económico-matrimonial y crisis matrimoniales. Parejas de hecho. 12. Patria potestad y filiación. 13. Derecho de sucesiones.-II. *Derecho mercantil.* 1. Derecho de sociedades. 2. Contratación mercantil y títulos valores. 3. Derecho concursal. 4. Derecho bancario y bursátil. 5. Derecho de la competencia. 6. Derecho de seguros.-III. *Derecho y nuevas tecnologías.* 1. Derecho digital. 2. Derecho sanitario.-IV. *Derecho de los consumidores.*-V. *Derecho urbanístico.*-VI. *Derecho del medio ambiente.*-VII. *Resolución extrajudicial de conflictos.*-VIII. *Derecho procesal.*-IX. *Derecho de la Unión Europea.*-X. *Derecho comparado.*-XI. *Varia.*-XII. *Abreviaturas.*-XIII. *Revistas que se citan sin abreviar.*

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ARCOS VIEIRA, María Luisa: «La subjetivación del Derecho de la prescripción en Navarra: En particular, la suspensión de los plazos», en *RDC*, vol. 11, núm. 3, 2024, pp. 53-91.

LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier: «Derecho y tiempo», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 73-100.

LORENTE SARIÑENA, Marta María: «Historia de la retroactividad, retroactividad de la historia. Una reflexión sobre cómo abordar el pasado de la temporalidad de las leyes», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 101-128.

TAJADURA TEJADA, Javier: «Evolución histórica de la problemática de la retroactividad de la ley», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 129-144.

DERECHO DE LA PERSONA

ALBA FERRER, Esther: «El apoyo a las mujeres con discapacidad», en *AC*, núm. 6, 2024.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Elena: «“El dilema del prisionero”: controlar o no el uso de internet por los hijos y su conjugación con su derecho a la privacidad», en *RDF*, núm. 103, 2024, pp. 29-40.

BALEA ROUCO, Alejandro: «La colocación de un localizador GPS sobre un tercero sin su consentimiento: aspectos civiles, laborales y penales», en *AC*, núm. 6, 2024.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La renta vitalicia como instrumento económico de protección para las personas mayores y discapacitadas», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1713-1816.

— «Un necesario análisis de la operatividad de las medidas de apoyo tras tres años de vigencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio (1.^a parte)», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2163-2229.

— «Un necesario análisis de la operatividad de las medidas de apoyo tras tres años de vigencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio (2.^a parte)», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2741-2808.

COSTAS RODAL, Lucía: «Grabaciones de imagen, videovigilancia y límites derivados de los derechos a la intimidad y protección de datos de carácter personal», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2303-2338.

COURTIS, Christian: «Dos pasos adelante y algún mareo. La reforma constitucional española en materia de derechos de las personas con discapacidad a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos», en *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 1-31.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «Vulneraciones automatizadas del derecho a la protección de datos personales y mecanismos de tutela», en *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 147-194.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Indebida custodia de la grabación de un hecho ilícito, cuya difusión por los medios de comunicación, 7 años después, provoca una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de un conocido personaje de la política: comentario a la STS 1652/2023 de 27 de noviembre (JUR 2023, 437109)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 237-244.

FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: «La necesidad y conveniencia de vacunación de un menor contra la covid-19: consentimiento informado por representación», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1693-1712.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «El cuestionable carácter prevalente de las medidas informales de apoyo: a propósito de las SSTS de 20 de octubre de 2023: comentario a las STS 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre (RJ 2023, 5929 y RJ 2023, 5967)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 95-112.

HERRERO OVIEDO, Margarita: «La Ley Trans y la modificación de la mención del sexo: menores y mayores ¿transexuales?», en *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 117-147.

JANER TORRENS, Joan David: «Acceso a la vivienda, gentrificación e imposición de restricciones a la adquisición de inmuebles por parte de residen-

tes no españoles: Su posible justificación por razones legítimas de interés público y la compatibilidad con el derecho de la Unión», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 103-138.

JARILLO GÓMEZ, Juan Luis: «La vecindad civil y su aplicación en la coexistencia de legislaciones civiles en España», en *RDP*, núm. 5, 2024, pp. 3-25.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Formalización y otorgamiento del documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 225-284.

MARTÍN FERNÁNDEZ, Jesús: «La determinación de los daños indemnizables por intromisión ilegítima en el derecho al honor como consecuencia del incumplimiento de la normativa de protección de datos por la inclusión indebida en registros de morosos. Comentario a la STS núm. 1267/2023, de 20 de septiembre (RJ 2023, 5642)», en *RdPat*, núm. 64, 2024.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «La vida del feto como límite del derecho de la mujer a decidir el lugar del parto», en *RDC*, vol. 11, núm. 3, 2024, pp. 1-51.

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: «Estrategias de afectación de bienes para la protección de personas vulnerables», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 99-133.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «El sistema legal sobre la capacidad de toma de decisiones del menor de edad: configuración, desconfiguración y reconfiguración», en *RDP*, núm. 3, 2024, pp. 21-49.

PINO PÉREZ, María Ángeles: «El derecho a la intimidad desde la perspectiva de la reciente jurisprudencia europea y española y su proyección en la sociedad del siglo XXI», en *AC*, núm. 10, 2024.

PRADO LÓPEZ, Pamela: «La elección de la parte contratante y el principio de no discriminación: la contribución de la experiencia española al derecho latinoamericano», en *AC*, núm. 7-8, 2024.

ROVIRA-SUEIRO, María E.: «Conflicto de intereses de los progenitores en el ejercicio de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de su hijo menor de edad: comentario a la STS 249/2023, de 14 de febrero», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 11-30.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: «Protección de los derechos fundamentales: la garantía de indemnidad», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 15-43.

UBALDO NIETO, Carol: «Las aportaciones no dinerarias en las fundaciones», en *RDM*, núm. 332, 2024.

VALLE TEJADA, Ana María: «La inscripción en el Registro Civil de documentos públicos sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad y la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos de dichas personas», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 287-290.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ANDERSON, Miriam: «La ejecución de créditos hipotecarios y la "tolerancia razonable" del acreedor: las reformas del artículo 28 de la Directiva (UE) 2014/17, sobre créditos inmobiliarios», en *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 75-116.

ARGELICH COMELLES, Cristina: «Contratación con inteligencia artificial y contratos algorítmicos: repensando el derecho civil ante el informe español de la legislación de consumo y mercantil para la Comisión Europea», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2033-2071.

ESPLUGUES GARCÍA, Julio: «Las fronteras de la tutela indemnizatoria entre el incumplimiento contractual y el dolo como vicio del consentimiento», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 113-163.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Aplicación extensiva de la prórroga arrendaticia extraordinaria implantada por la normativa COVID: comentario a la STS 1820/2023, de 21 diciembre /JU 2024, 2147)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 345-354.

FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, Ainhoa: «Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración: ¿cómo afecta a las obligaciones vigentes?», en *RDCD*, núm. 34, 2024.

FERRER VANRELL, María Pilar: «La donación universal de bienes presentes y futuros en Mallorca y Menorca: su estructura y tipo negocial, en la Ley Balear 8/2022», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 413-456.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «¿Tiene el arrendatario derecho al realojo en caso de obras?», en *AC*, núm. 10, 2024.

— «Problemática sobre la causa de denegación de la prórroga forzosa del art. 62.5º del TRLAU 64», en *AC*, núm. 11, 2024.

GARCÍA PÉREZ, Rosa María: «Datos como contraprestación: ¿el principio del fin del modelo "consiente o paga" en el acceso a los servicios digitales?», en *AC*, núm. 6, 2024.

GARCÍA RUBIO, María Paz: «Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 1-33.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La lenta pero imparable transmutación del arrendamiento de vivienda urbana. Hacia un contrato aleatorio y regulado», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 165-203.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Encaje de los sistemas de IA en la definición de producto en la legislación de productos defectuosos: Análisis de la legislación vigente con la vista puesta en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 52-98.

HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther: «Conversión del tipo de interés variable en un tipo fijo en los préstamos hipotecarios como remedio ante la subida de

los tipos de interés tras el RD-Ley 19/2022», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1429-1488.

HERRERO URTUETA, Eduardo: «Los *smart contracts* y la inteligencia artificial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías», en *CDC*, núm. 81, 2024, pp. 51-78.

JUAN GÓMEZ, Mateo: «Algunas reflexiones sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley 1/2022 de Cataluña, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda», en *AC*, núm. 10, 2024.

MAS BADÍA, María Dolores: «Cofianza solidaria, pago inconsentido de la deuda por el ex marido con numerario obtenido de la venta de vivienda familiar y liquidación de sociedades de gananciales. art. 1944 III CC: comentario a la STS 1711/2023, de 11 de diciembre (JUR 2023, 447471)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 287-306.

MENDOZA LOSANA, Ana Isabel: «Abusividad de la modificación unilateral de precios en contratos de servicios esenciales: comentario a la STS 1694/2023, de 4 diciembre (RJ 2023, 6117)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 257-270.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Análisis crítico de diversas cuestiones jurídico-civiles de la Ley por el derecho a la vivienda», en *RUE*, núm. 51, 2023.

NAVARRO CASTRO, Miguel: «Consecuencias de la ejecución hipotecaria de finca urbana arrendada en el contrato de arrendamiento», en *RDC*, vol. 11, núm. 3, 2024, pp. 159-193.

NAVARRO VALIENTE, Antonio Jesús: «Actos de disposición realizados por un único cotitular o copartícipe en la comunidad hereditaria sobre el íntegro bien o derecho o atribuyéndose la representación del resto: breve análisis doctrinal y jurisprudencial», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2507-2575.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, María Carmen: «Revocación de donación por ingratitud del donatario: comentario a la STS (pleno) 1713/2023, de 12 de diciembre (JUR 2023, 445939)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 307-320.

PLANAS BALLVÉ, María: «Ponderación entre la inscripción en el registro de morosos y la protección del derecho al honor del deudor», en *AC*, núm. 10, 2024.

— «Ponderación entre la inscripción en el registro de morosos y la protección del derecho al honor del deudor», en *AC*, núm. 10, 2024.

PRADO LÓPEZ, Pamela: «La elección de la parte contratante y el principio de no discriminación: la contribución de la experiencia española al derecho latinoamericano», en *AC*, núm. 7-8, 2024.

REINHART SCHULLER, Robert: «Arrendamiento inmobiliario: impago de la renta y desahucio, ¿cambio de doctrina jurisprudencial?», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2879-2908.

ROBERT, Paula: «¿Puede construirse un sistema de responsabilidad precontractual? Análisis de los deberes precontractuales y las consecuencias jurídicas derivadas de su infracción», en *RJUAM*, núm. 49, 2023.

TRUJILLO CABRERA, Carlos: «Los nuevos *cookie walls*: "consent or pay". A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 75-112.

TUR FAÚNDEZ, María Nelida: «Los remedios ante el incumplimiento en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023», en *RDP*, núm. 4, 2024, pp. 3-26.

RESPONSABILIDAD CIVIL

AGUADO PEÑAS, Lucía: «La responsabilidad civil ex delicto del arquitecto y del arquitecto técnico por daños causados a terceros en edificios colindantes», en *PDD*, núm. 160, 2024.

ALGABA Ros, Silvia: «La responsabilidad civil de los centros docentes de enseñanza no superior por los daños causados por sus alumnos menores de edad», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 65-114.

BALBÁS GARCÍA, Andrés: «La responsabilidad civil de los registradores y su alcance para los terceros beneficiados», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1303-1348.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «De nuevo sobre la responsabilidad civil en el ámbito de derecho de familia, en especial, la ocultación o falta de atribución de la paternidad no biológica del hijo», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2909-3007.

CALZADILLA MEDINA, Aránzazu: «El *quantum* de un daño incierto: la oportunidad perdida en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Comentario de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) 204/2024, de 19 de febrero (JUR 2024,62960)», en *RdPat*, núm. 64, 2024.

ESPLUGUES GARCÍA, Julio: «Las fronteras de la tutela indemnizatoria entre el incumplimiento contractual y el dolo como vicio del consentimiento», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 113-163.

FUENTE-LOJO RIUS, Alejandro (coord.): «La responsabilidad del presidente de la comunidad de propietarios en la contratación con terceros», en *AC*, núm. 6, 2024.

LLAMAS POMBO, Eugenio: «La acción colectiva resarcitoria y su proyectada regulación», en *PDD*, núm. 159, 2024.

MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad por daños en los inmuebles en comunidades de propietarios: ¿quién responde, el comunero o la comunidad?», en *PDD*, núm. 159, 2024.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Lesiones sufridas por el titular de un bar como consecuencia de la explosión de una botella de cerveza: comentario a la STS 1516/2023, de 2 de noviembre (RJ 2023, 5731)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 121-142.

MATE SATUÉ, Loreto Carmen: «El instituto de la prescripción, la acción de restitución de cantidades y la protección de los consumidores», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 1967-1999.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: «La prueba en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial: Análisis del Derecho vigente y de las propuestas normativas de la UE», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 395-445.

SOLÉ FELIU, Josep: «Responsabilidad civil por administración no deseada de un tratamiento de soporte vital: Wrongful living ¿un nuevo supuesto de responsabilidad civil?», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 1-51.

ZABALLOS ZURILLA, María: «Un caso especial de responsabilidad contra la aseguradora de la Administración Sanitaria: comentario a la STS 1519/2023, de 6 de noviembre (JUR 2023, 418602)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 143-156.

POSESIÓN

GÓMEZ LINACERO, Adrián: «Tutela sumaria del *ius possidendi*: la facultad de entrega inmediata de la posesión en perspectiva crítica», en *AC*, núm. 9, 2024.

DERECHOS REALES

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Propiedad horizontal; servidumbre; comunidad de propietarios; instalación privativa; elemento común; uso privativo; título constitutivo; interés general; aire acondicionado; ascensor; indemnización; terraza; habitabilidad; consentimiento», en *AC*, núm. 9, 2024.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Problemática sobre servidumbres en materia de propiedad horizontal», en *AC*, núm. 9, 2024.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, Goñi: «La distribución de la responsabilidad hipotecaria y su relación con la indivisibilidad de la hipoteca», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1817-1839.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Decreto-ley y derecho de propiedad: comentario se las SSTC 9/2023, de 22 de febrero y 15/2023, de 7 de marzo», en *RUE*, núm. 51, 2023.

NAVARRO CASTRO, Miguel: «Consecuencias de la ejecución hipotecaria de finca urbana arrendada en el contrato de arrendamiento», en *RDC*, vol. 11, núm. 3, 2024, pp. 159-193.

REINHART SCHULLER, Robert: «Gastos hipotecarios: sobre el *dies a quo* tras las sentencias del TJUE», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1841-1863.

SÁNCHEZ BALLESTEROS, Vanesa: «El derecho a la vivienda o a la propiedad en España», en *RUE*, núm. 51, 2023.

VIGIL DE QUIÑONES FERNÁNDEZ, Carlos Enrique: «La servidumbre de paso de redes públicas de comunicaciones electrónicas», en *AC*, núm. 9, 2024.

PROPIEDAD HORIZONTAL

ALONSO PÉREZ, María Teresa: «La financiación de la rehabilitación para mejorar la sostenibilidad de los edificios en régimen de propiedad horizontal», en *AC*, núm. 7-8, 2024.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos al amparo del art. 17.12 LPH: crónica (jurisprudencial) de una interpretación anunciada. (Comentario a las dos SSTS de 3 de octubre de 2024)», en *AC*, núm. 11, 2024.

DE LARA VENCES, Carlos: «Medidas disuasorias de carácter convencional frente al impago en la propiedad horizontal», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2439-2477.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Propiedad horizontal; servidumbre; comunidad de propietarios; instalación privativa; elemento común; uso privativo; título constitutivo; interés general; aire acondicionado; ascensor; indemnización; terraza; habitabilidad; consentimiento», en *AC*, núm. 9, 2024.

FUENTE-LOJO RIUS, Alejandro (coord.): «La responsabilidad del presidente de la comunidad de propietarios en la contratación con terceros», en *AC*, núm. 6, 2024.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Problemática sobre servidumbres en materia de propiedad horizontal», en *AC*, núm. 9, 2024.

MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad por daños en los inmuebles en comunidades de propietarios: ¿quién responde, el comunero o la comunidad?», en *PDD*, núm. 159, 2024.

PROPIEDAD INTELECTUAL

MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Alcance de la cesión de los derechos de reproducción y transformación de dibujos. Cesión del dibujo *versus* cesión del personaje: comentario a la STS 1755/2023, 19 de diciembre (JUR 2024, 1947)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 321-344.

PROPIEDAD INDUSTRIAL. PATENTES Y MARCAS

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «Legitimación para la solicitud de títulos de propiedad industrial y actuación mediante representante ante las oficinas competentes», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 161-192.

MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «La delimitación del uso de la marca en el comercio electrónico en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la sentencia [Gran Sala] en los asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21, Christian Louboutin v. Amazon.com Inc. y otros, de 22 de diciembre de 2022 [caso “Louboutin II”]», en *RGLJ*, núm. 3, 2024, pp. 371-402.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

LASO BAEZA, Vicente: «La modificación del uso urbanístico de las edificaciones y su constancia registral», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2387-2399.

MATAS BENDITO, Manuel: «Los nuevos instrumentos de transformación urbanística de la ciudad y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1365-1426.

PASCUA MORENO, Miguel Ángel: «El nuevo Registro de la Propiedad electrónico», en *RGLJ*, núm. 2, 2024, pp. 223-257.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO, RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y CRISIS MATRIMONIALES. PAREJAS DE HECHO

CARRERAS, Joan: «El ordenamiento narrativo del Derecho de familia», en *RDC*, vol. 11, núm. 3, 2024, pp. 293-319.

CORRAL RASERO, Jesús: «Patologías en la eficacia temporal de la pensión de alimentos: reseña de una década de criterios jurisprudenciales en torno a la retroactividad del artículo 148 CC (2015-2024)», en *AC*, núm. 9, 2024.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Animales de compañía y crisis familiares: criterios interpretativos de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 1-48.

DELGADO SÁEZ, Jésica: «La presunción de ganancialidad desde la perspectiva del Tribunal Supremo», en *AC*, núm. 7-8, 2024.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: «Un discurso a favor de la ganancialidad y contra la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 9 de octubre de 2023», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 329-354.

FERNÁNDEZ DE LA IGLESIAS, Elena: «La nulidad matrimonial civil por la incapacidad de prestar consentimiento», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2143-2161.

JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «La atribución del carácter ganancial y privativo de inmuebles *causa matrimonii* a la luz del sistema (causalista) español: análisis crítico de la doctrina de la DGRN/DGSJyFP», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2231-2250.

LAMARCA MARQUÈS, Albert: «Trabajo para la casa y compensación económica en el régimen de separación de bienes: comentario a la STS 1423/2023, de 17 de octubre (RJ 2023, 5702)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 71-94.

— «La compatibilidad entre la compensación por el trabajo para la casa y la pensión compensatoria: comentario a la STS 229/2024, de 21 febrero (JUR 2024, 625778)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 365-378.

LANCHAS SÁNCHEZ, José Javier: «¿Cuándo pedir la subasta del bien indivisible en la liquidación de gananciales?», en *AC*, núm. 6, 2024.

MARAÑÓN ASTOLFI, María: «La reclamación de créditos entre excónyuges: una reflexión sobre la naturaleza de la comunidad postganancial. Comentario a la Sentencia del TS núm. 564/2024, de 25 de abril de 2024 (JUR 2024, 124015)», en *RdPat*, núm. 64, 2024.

MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: «Bienes gananciales y donaciones», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 329-354.

MAS BADÍA, María Dolores: «Cofianza solidaria, pago inconsentido de la deuda por el ex marido con numerario obtenido de la venta de vivienda familiar y liquidación de sociedades de gananciales. art. 1944 III CC: comentario a la STS 1711/2023, de 11 de diciembre (JUR 2023, 447471)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 287-306.

PÉREZ MARTELL, Rosa: «Conflictos familiares y soluciones. Los procesos especiales de familia y la mediación familiar», en *AC*, núm. 7-8, 2024.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «El “nuevo” procedimiento de división de cosa común», en *RDF*, núm. 103, 2024, pp. 41-46.

— «El procedimiento para la liquidación del régimen de separación de bienes», en *RDF*, núm. 103, 2024, pp. 41-46.

RODRÍGUEZ VACELAR, Miguel Ángel: «El artículo 80 del Código Civil tras la derogación del art. 954 de la LEC 1881. Aplicación actual a la eficacia civil de las resoluciones canónicas de nulidad matrimonial», en *RDP*, núm. 3, 2024, pp. 3-20.

SANTANA NAVARRO, Francisco L.: «Reembolsos por el pago de cargas de la sociedad de gananciales», en *AC*, núm. 7-8, 2024.

VICEIRA ORTEGA, Patricia: «Examen de la atribución del derecho de uso del domicilio familiar en procedimientos de nulidad, divorcio o separación con motivo de la Resolución de 30 de agosto de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2075-2105.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío: «La corresponsabilidad parental en momentos de crisis familiar», en *AC*, núm. 11, 2024.

PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Elena: «“El dilema del prisionero”: controlar o no el uso de internet por los hijos y su conjugación con su derecho a la privacidad», en *RDF*, núm. 103, 2024, pp. 29-40.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «De nuevo sobre la responsabilidad civil en el ámbito de derecho de familia, en especial, la occultación o falta de atribución de la paternidad no biológica del hijo», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2909-3007.

FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: «La ausencia de contacto del progenitor con el menor como causa de privación total de la patria potestad», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2725-2740.

GUZMÁN ZAPATER, Mónica: «La aplicación temporal de la norma de conflicto en materia de filiación», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 169-184.

LÓPEZ AZCONA, María Aurora: «La incidencia de la falta de relación familiar en los alimentos debidos a los hijos mayores», en *RDC*, vol. 11, núm. 3, 2024, pp. 93-157.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «El sistema legal sobre la capacidad de toma de decisiones del menor de edad: configuración, desconfiguración y reconfiguración», en *RDP*, núm. 3, 2024, pp. 21-49.

MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos: «La imposición de los apellidos en los hijos tiene relevancia en la igualdad de género», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2479-2506.

PAÑOS PÉREZ, Alba: «El Impago de la pensión de alimentos de hijos menores como principal manifestación de la violencia económica y la necesaria reparación integral del daño», en *Indret*, núm. 3, 2024, pp. 482-519.

PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La filiación y sus reformas legales: aplicación jurisprudencial del nuevo derecho y sus principios a situaciones inter temporales», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 185-203.

ROVIRA-SUEIRO, María E.: «Conflicto de intereses de los progenitores en el ejercicio de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de su hijo menor de edad: comentario a la STS 249/2023, de 14 de febrero», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 11-30.

TENA PIAZUELO, Isaac: «Violencia económica por deudas de alimentos y su incidencia en las relaciones parentales», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 35-73.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío: «La corresponsabilidad parental en momentos de crisis familiar», en *AC*, núm. 11, 2024.

ZOUAE LARA, Paola: «La filiación de menores nacidos por gestación por sustitución: situación actual en España y perspectivas de futuro», en *RDC*, vol. 11, núm. 3, 2024, pp. 243-291.

DERECHO DE SUCESIONES

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «El menor emancipado puede aceptar la herencia por sí mismo, también pura y simplemente: comentario a la RDGSJyFP 27413/2023, de 5 de diciembre (JUR 2024, 4191)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 355-364.

BERNAD MAINAR, Rafael: «Incidencia de la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad, en algunos aspectos del Derecho de sucesiones: porción legítima, aceptación y repudiación de herencia, colación y partición», en *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 241-279.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Capacidad del menor emancipado para aceptar o repudiar la herencia: un caso singular», en *RDP*, núm. 4, 2024, pp. 79-117.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Disposiciones a título gratuito a favor de personas que precisan apoyo: especial análisis del artículo 252 del Código Civil», en *RDP*, núm. 3, 2024, pp. 81-141.

DE SALAS MURILLO, Sofía: «Inscripción de escritura de protocolización de cuaderno particional: régimen aplicable a un legado de cosa específica y determinada hecho a legitimario persona con discapacidad: comentario a la RDGSJyFP 22469/2023, de 9 de octubre (JUR 2023, 396223)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 59-70.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Acción de reducción de donaciones y legados inoficiosos: plazo de ejercicio y “Dies a quo”: comentario a la STS 1548/ 2023, de 8 de noviembre (JUR 2023, 418435)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 167-180.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «El plazo para el ejercicio de la acción de reducción de las donaciones inoficiosas en nuestra jurisprudencia. Comentario de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 1548/2023, de 8 de noviembre de 2023 (JUR 2023, 418435)», en *RdPat*, núm. 64, 2024.

GAGO SIMARRO, Claro: «Revocación de la mejora e imputación de las donaciones», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 195-224.

GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio: «Naturaleza jurídica de la legítima vasca de descendientes: comentario a la RDGSJyFP 20143/2023, de 25 de julio (JUR 2023, 362562)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 31-42.

GINÉS TARAZAGA, Juan Ángel: «El concurso de la herencia», en *AC*, núm. 10, 2024.

GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, Lourdes: «Algunas particularidades de la legítima y la desheredación en los derechos forales», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2825-2878.

— «Privación de la legítima y desheredación en derecho comparado: una sanción civil ante conductas», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2251-2289.

LAMARCA MARQUÈS, Albert: «Legítima y conflicto familiar: No se puede abandonar a los hijos una segunda vez», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. i-vi.

LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «La posición del hijo desheredado en el reparto convencional de los bienes hereditarios», en *RDP*, núm. 4, 2024, pp. 49-77.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «“Ius transmissionis”: los transmisionarios suceden directamente al primer causante, pero en la forma y proporción determinadas por la sucesión del transmitente: comentario a la RDGSJyFP 26410/2023, de 4 diciembre (JUR 2024. 4199)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 271-286.

PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar: «Capacidad, incapacidad relativa e indignidad para suceder», en *RJUAM*, núm. 49, 2023.

REPRESA POLO, María Patricia: «El ejercicio del *ius delationis* por el menor de edad», en *RDP*, núm. 3, 2024, pp. 51-80.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Interpretación de la sustitución “Por si el heredero contractual fallece sin haber dispuesto de lo heredado”: comentario a la RDHSJyFP 25387/2023, de 23 de noviembre (JUR 2023, 438380)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 217-236.

VÁZQUEZ MUIÑA, Tania: «¿Qué ocurrirá con el animal de compañía tras mi muerte? La sucesión especial de los animales de compañía ex art. 914 bis CC», en *AC*, núm. 6, 2024.

DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE SOCIEDADES

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina: «La responsabilidad concursal de los administradores: principales aportaciones del operador jurídico», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 3009-3031.

BLANCO MORILLO, Carlos Y ARENAS OLIVENCIA, Javier: «La lícita, útil y eficiente escisión inversa como alternativa a la escisión parcial y posterior fusión inversa. A propósito de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 2019», en *CDC*, núm. 81, 2024, pp. 135-146.

CASTILLO IBORRA, Francisco: «Mecanismos antidilución y *startups*», en *CDC*, núm. 81, 2024, pp. 79-106.

CLEMENTE CRISTÓBAL, Víctor: «La prescripción de las acciones de responsabilidad contra administradores sociales», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1349-1364.

DELGADO GINER, Juan: «La prohibición de asistencia financiera. Una contribución crítica a su ratio y formulación», en *RDS*, núm. 71, 2024.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La responsabilidad de los administradores por incumplimiento de los deberes de prevención preconcursal», en *RDS*, núm. 71, 2024.

— «Prognosis del riesgo de insolvencia y formulación de cuentas anuales», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 153-180.

HERNÁEZ SORRIBES, Rafael: «La convocatoria de junta general por órgano de administración caducado: doctrina reciente del Tribunal Supremo y de la DGSJFP», en *CDC*, núm. 81, 2024, pp. 107-134.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «El diseño estatutario de las sociedades en protección del medioambiente: el gobierno corporativo ante el cambio climático», en *RDS*, núm. 71, 2024.

JACQUET YESTE, Teodora: «La elección del modo de organizar la administración (Una aproximación desde la teoría de los costes de agencia)», en *RDS*, núm. 71, 2024.

MARINA ROSADO, Pablo Rosado: «La prórroga de la sociedad constituida por tiempo determinado», en *RDS*, núm. 71, 2024.

MORERO BUENDÍA, Juana: «El ejercicio de acciones de naturaleza patrimonial por la sociedad cancelada y la reapertura del concurso (Comentario de la STS [1.ª], de 8 de noviembre de 2023)», en *RDM*, núm. 332, 2024.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «El indeseado efecto político en el Derecho de Sociedades», en *RDM*, núm. 332, 2024.

PÉREZ MILLÁN, David: «La inscripción en el Registro Mercantil de la identidad de los socios y sus cambios de en las sociedades civiles», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 11-74.

PULGAR EZQUERRA, Juana: «El nuevo marco de relaciones entre las modificaciones estructurales y el Derecho de la insolvencia», en *RDM*, núm. 332, 2024.

REDONDO TRIGO, Francisco: «La revocación de la “denuntiatio” en un caso de adquisición derivativa», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 3033-3048.

SÁNCHEZ, María José: «El Tribunal Supremo y la competencia exclusiva de la junta general en materia de operaciones de activos esenciales: comentario a la STS número 1045/2023, sala de lo civil, de 27 de junio», en *RDS*, núm. 71, 2024.

TORIBIOS FUENTES, Fernando: «El plazo prescriptivo de la acción del artículo 367 de la ley de sociedades de capital: comentario a la STS 1512/2023, de 31 de octubre (JUR 2023, 403535)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 113-120.

TRÍAS SAGNIER, Miguel: «Las *star-ups* y la regulación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *RDS*, núm. 71, 2024.

VALVERDE GONZÁLEZ, Carlos: «El objeto social de las sociedades de capital y su determinación en los estatutos», en *CDC*, núm. 81, 2024, pp. 147-178.

CONTRATACIÓN MERCANTIL Y TÍTULOS VALORES

HERRERO URTUETA, Eduardo: «La obligación de carga y descarga de las mercancías y la necesidad de coordinación entre el marco nacional e internacional del transporte terrestre», en *RGLJ*, núm. 2, 2024, pp. 199-222.

PILOÑETA ALONSO, Luis Manuel: «El contrato de transporte continuado», en *RDM*, núm. 332, 2024.

DERECHO CONCURSAL

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina: «La responsabilidad concursal de los administradores: principales aportaciones del operador jurídico», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 3009-3031.

- CIFREDO ORTIZ, Patricia: «La resolución judicial en interés del concurso de un contrato de gestión hotelera suspendido: (comentario de la sentencia 105/2023, de 18 de julio de 2023, del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Barcelona)», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 273-292.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis Francisco Javier y PÉREZ TROYA, Adoración: «Planes de reestructuración y modificaciones estructurales.: Los nuevos paradigmas y algunas paradojas», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 7-50.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María: «La posición de los socios en la aprobación y homologación del plan de reestructuración», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 83-118.
- FACHAL NOGUER, Nuria: «Problemática concursal de la cancelación de cargas», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 203-228.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Prognosis del riesgo de insolvencia y formulación de cuentas anuales», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 153-180.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, Gemma: «Aspectos fácticos controvertidos y prueba en el preconcurso», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 183-202.
- GINÉS TARAZAGA, Juan Ángel: «El concurso de la herencia», en *AC*, núm. 10, 2024.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «El embargo cautelar de bienes administradores o liquidadores y directores generales de la persona jurídica concursada», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 119-152.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La cesión de bienes para pago y el concurso de acreedores: ámbito de aplicación del artículo 1175 del Código Civil», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1865-1888.
- «La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores tras la Ley 16/2022: prohibición de inicio o suspensión de ejecuciones en el preconcurso», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2339-2369.
- LÓPEZ GARCÍA, Pablo: «El régimen de recursos contra el auto que deniega la exoneración del pasivo insatisfecho con liquidación de la masa activa o que la concede con menor alcance del solicitado por el deudor», en *AC*, núm. 11, 2024.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio: «La reforma del sistema de la exoneración del pasivo insatisfecho en el Derecho de la insolvencia de las personas físicas», en *AC*, núm. 6, 2024.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El régimen de insolvencia de las entidades deportivas en el marco de la Ley del Deporte», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 229-252.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Legitimación activa de la sociedad concursada, extinguida por insuficiencia de la masa activa, para ejecutar acciones contra terceros: comentario a la STS 1536/2023 de 8 de noviembre (JUR 2023, 418837)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 157-166.

REDONDO TRIGO, Francisco: «La enajenación en fase común concursal sin autorización judicial como negocio incompleto, legitimación e interés jurídico», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1889-1913.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Reflexiones sobre la armonización de las acciones de reintegración», en *ADCon*, núm. 62, 2024, pp. 51-82.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «El scoring de Schufa», en *Indret*, núm. 3, 2024, pp. 134-160.

COLLADO-RODRÍGUEZ, Noelia: «Los deberes de asesoramiento e información en la comercialización de instrumentos financieros y la acción de daños y perjuicios como remedio a su incumplimiento: comentario a la STS 1547/2023, de 8 de noviembre (JUR 2023, 418348)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 181-202.

CORRAL RASERO, Jesús: «La desigual recepción de la STJUE 16 de julio de 2020 sobre la cláusula de comisión de apertura por las audiencias provinciales tras la STS 816/2023, de 29 de mayo», en *REDE*, núm. 91, 2024, pp. 99-121.

EMBID IRUJO, José Miguel: «Aproximación metodológica al estudio del código de buen gobierno de las sociedades cotizadas», en *CDC*, núm. 81, 2024, pp. 17-50.

LEGERÉN-MOLINA, Antonio: «La interpretación normativo-subjetiva de los plazos en materia de contratos financieros complejos. Límites y fundamentos», en *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 33-73.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

AIDO VÁZQUEZ, Ana María: «La regulación de los honorarios por los Colegios de la Abogacía desde la óptica del Derecho antitrust: un análisis a la luz de la jurisprudencia nacional y comunitaria», en *RDCD*, núm. 34, 2024.

CASADO NAVARRO, Antonio: «Las facultades regulatorias de los órganos rectores del deporte ante el derecho de la competencia: en torno a la STJUE European Superleague Company de 21.12.2023», en *RDCD*, núm. 34, 2024.

CASTRO GONZÁLEZ, Sergio: «El Tribunal Supremo abre la puerta a sancionar en vía deontológica y concurrencial el ejercicio de la abogacía», en *RDCD*, núm. 34, 2024.

IRURZUN MONTORO, Fernando: «Derecho de la competencia y deporte profesional: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto Superliga», en *REDE*, núm. 90, 2024, pp. 117-150.

JIMÉNEZ CARDONA, Noemí: «Reflexiones en torno a los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2024 sobre el cártel de los camiones», en *RJC*, núm. 2, 2024, pp. 371-384.

MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «Retroactividad y aplicación privada del derecho de la competencia en acuerdos colusorios», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 227-249.

VERGARA PRIETO, Natasha: «Jurisprudencia comunitaria definitiva en relación a la interpretación del derecho de la competencia en el deporte», en *RDCD*, núm. 34, 2024.

DERECHO DE SEGUROS

GÓMEZ SANTOS, María: «Agritech y digitalización del seguro», en *RDNT*, núm. 65, 2024.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «El deber del asegurado de declarar el riesgo: comentario a la STS 1573/2023, de 14 de noviembre. ECLI:ES:TS: 2023:4655 (jur 2023, 418816)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 203-216.

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

DERECHO DIGITAL

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Elena: «“El dilema del prisionero”: controlar o no el uso de internet por los hijos y su conjugación con su derecho a la privacidad», en *RDF*, núm. 103, 2024, pp. 29-40.

ARGELICH COMELLES, Cristina: «Contratación con inteligencia artificial y contratos algorítmicos: repensando el derecho civil ante el informe español de la legislación de consumo y mercantil para la Comisión Europea», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2033-2071.

DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés: «Voluntad y motivación en actos administrativos automatizados con inteligencia artificial: ¿un nuevo entendimiento de conceptos humanos?», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 409-440.

GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «El protocolo electrónico: comentario crítico a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de febrero de 2024. Algunas reflexiones para el informe del notario», en *AC*, núm. 9, 2024.

GARCÍA PÉREZ, Rosa María: «Datos como contraprestación: ¿el principio del fin del modelo "consiente o paga" en el acceso a los servicios digitales?», en *AC*, núm. 6, 2024.

GARRIDO CHAMORRO, Pedro: «El documento público electrónico, su estructura y su otorgamiento por videoconferencia», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 245-262.

GÓMEZ SANTOS, María: «Agritech y digitalización del seguro», en *RDNT*, núm. 65, 2024.

GÓMEZ VALENZUELA, Esperanza: «El derecho de desistimiento en los contratos electrónicos internacionales», en *RDNT*, núm. 65, 2024.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Encaje de los sistemas de IA en la definición de producto en la legislación de productos defectuosos: Análisis de la legislación vigente con la vista puesta en la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 52-98.

HERRERO URTUETA, Eduardo: «Los *smart contracts* y la inteligencia artificial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías», en *CDC*, núm. 81, 2024, pp. 51-78.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz: «Riesgos de la Inteligencia Artificial: la manipulación cognitiva en el ámbito de la contratación», en *RDNT*, núm. 65, 2024.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: «La prueba en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial: Análisis del Derecho vigente y de las propuestas normativas de la UE», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 395-445.

PLAZA PENADÉS, Javier: «La primera definición europea de los contratos inteligentes o *smart contracts*», en *RDNT*, núm. 65, 2024.

QUESADA PÁEZ, Abigail: «Integración de Contratos Inteligentes y Resolución de Disputas en Línea. Revolucionando la Resolución de Conflictos Digitales», en *RDNT*, núm. 65, 2024.

RUBÍ PUIG, Antoni: «Una lectura del reglamento de inteligencia artificial desde el derecho privado», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. i-viii.

TRUJILLO CABRERA, Carlos: «Los nuevos *cookie walls*: "consent or pay". A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 75-112.

VARONA GÓMEZ, Daniel: «Algoritmos e inteligencia artificial en el sistema de justicia penal», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. xii-xv.

VEGA GARCÍA, Paula: «Aplicación de las normas para ejemplares únicos a obras plásticas digitales acuñadas con NFT», en *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 195-239.

DERECHO SANITARIO

FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: «La necesidad y conveniencia de vacunación de un menor contra la covid-19: consentimiento informado por representación», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1693-1712.

PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Integración de la prestación de servicios médicos: cuestiones relevantes al hilo de las nuevas normas deontológicas», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 2579-2605.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

ARGELICH COMELLES, Cristina: «Contratación con inteligencia artificial y contratos algorítmicos: repensando el derecho civil ante el informe español de la legislación de consumo y mercantil para la Comisión Europea», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2033-2071.

DIÉGUEZ AGUILERA, Laura: «Análisis jurisprudencial del derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles», en *RDCD*, núm. 34, 2024.

GÓMEZ VALENZUELA, Esperanza: «El derecho de desistimiento en los contratos electrónicos internacionales», en *RDNT*, núm. 65, 2024.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores: «La evolución del concepto de consumidor: la ficción del consumidor medio», en *RDP*, núm. 5, 2024, pp. 27-60.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «El derecho a reparar el bien regulado en la Directiva 2024/1799, de 13 de junio, ¿un nuevo derecho para el consumidor?», en *AC*, núm. 11, 2024.

MATE SATUÉ, Loreto Carmen: «El instituto de la prescripción, la acción de restitución de cantidades y la protección de los consumidores», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 1967-1999.

MORA ASTABURUAGA, Aitor: «El control de transparencia en las acciones colectivas ¿objetivo o subjetivo?», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2291-2302.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel: «Reflexiones acerca de la revisión de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos», en *RGLJ*, núm. 3, 2024, pp. 403-429.

REINHART SCHULLER, Robert: «Gastos hipotecarios: sobre el *dies a quo* tras las sentencias del TJUE», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1841-1863.

REYES LÓPEZ, María José: «Algunas cuestiones sobre Derecho de consumo al hilo de la STS 161/2024, de 7 de febrero», en *RdPat*, núm. 64, 2024.

— «El *dies a quo* de la prescripción por cantidades anticipadas en cláusulas abusivas», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 371-410.

DERECHO URBANÍSTICO

AGUADO PEÑAS, Lucía: «La responsabilidad civil ex delicto del arquitecto y del arquitecto técnico por daños causados a terceros en edificios colindantes», en *PDD*, núm. 160, 2024.

BACHMANN FUENTES, Ricardo Ignacio y NAVARRO CARO, Valentín: «Consideraciones en torno a la constitucionalidad de la Ley 19/2022 para el

reconocimiento de personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca», en *RDU*, núm. 372, 2024, pp. 117-163.

BOADO OLABARRIETA, Román: «La distribución equitativa de beneficios y cargas ante el nuevo paradigma de desarrollo urbano: especial referencia al suelo urbano consolidado en Castilla y León», en *RDU*, núm. 371, 2024, pp. 57-108.

BUENDÍA MÉNDEZ, Alicia: «Consecuencias de la omisión o manifiesta insuficiencia del informe de sostenibilidad económica en la elaboración de instrumentos de planificación urbanística a la luz del proyecto de ley por la que se modifica la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana», en *RUE*, núm. 52, 2024.

CANTERA CUARTANGO, José Manuel: «La incuestionable importancia del patrimonio urbano visible en la consecución de ciudades sostenibles», en *RDU*, núm. 370, 2024, pp. 119-184.

CARUZ ARCOS, Eduardo y **MORENO PRIETO**, Julio David: «¿Tienen derecho de realojamiento y de retorno los residentes afectados por una expropiación no urbanística para la ejecución de una infraestructura de discurre por el medio urbano?», en *RDU*, núm. 372, 2024, pp. 43-77.

CASADO CASADO, Lucía: «La no exigibilidad del trámite de consulta pública previa a los instrumentos de ordenación urbanística. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 133/2023, de 6 de febrero de 2023 (recurso 1337/2022)», en *RUE*, núm. 52, 2024.

FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther: «La incorporación del derecho al aprovechamiento urbanístico en el patrimonio de los agentes privados: una cuestión a resolver», en *RDU*, núm. 370, 2024, pp. 47-118.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger: «Necesidad de regular la indemnización por la pérdida de la facultad de participar», en *RDU*, núm. 372, 2024, pp. 27-42.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Más oferta de suelo y seguridad jurídica, claves para estimular el mercado de la vivienda», en *RUE*, núm. 52, 2024.

- «La reforma sustancial de la legislación urbanística cántabra a examen», en *RUE*, núm. 52, 2024.
- «El impulso de la actividad urbanística y económica en Madrid. A propósito de la modificación puntual de las normas urbanísticas del PGOU de 1997», en *RUE*, núm. 52, 2024.
- «La protección del paisaje en Andalucía y la implantación de plantas de producción de energías renovables», en *RUE*, núm. 52, 2024.
- «Un primer freno indispensable a la injustificable devaluación de la expropiación rogada (a propósito de la STC 168/2023, de 22 de noviembre)», en *RUE*, núm. 52, 2024.

GIMENO FERNÁNDEZ, Claudia: «La normativa sectorial autonómica limitativa de la potestad de planeamiento de los entes locales. Especial referencia al contexto valenciano», en *RUE*, núm. 52, 2024.

GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «A vueltas con la eficacia invalidante de las irregularidades formales en el planeamiento urbanístico y territorial: la matización jurisprudencial del Tribunal Supremo en el reciente caso PATIVEL», en *RUE*, núm. 51, 2023.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier: «El urbanismo portuario: el régimen de las obras y actividades a realizar en la zona de servicio de los puertos de interés general», en *RUE*, núm. 52, 2024.

LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Constitución de complejos inmobiliarios en procesos reparcelatorios», en *RCDI*, año 100, núm. 805, 2024, pp. 3049-3068.

— «Reflexiones sobre la regulación de la afección real urbanística reparcelatoria en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1915-1932.

LASO BAEZA, Vicente: «La modificación del uso urbanístico de las edificaciones y su constancia registral», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2387-2399.

LUEÑA HERNÁNDEZ, Jorge Agustín: «Apuntes sobre la configuración de las anotaciones registrales de los deberes vinculados a las actuaciones urbanísticas», en *RDU*, núm. 371, 2024, pp. 109-171.

LUQUE ÁLVAREZ, Rafael Ignacio: «El régimen de prescripción de las infracciones urbanísticas en suelos no urbanizables protegidos», en *RDU*, núm. 371, 2024, pp. 19-55.

MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «El régimen jurídico de obras y usos alegales amparados en la caducidad ganada. Normas urbanísticas vs. Tribunal Supremo (sentencia 1.470/2022, de 10 de noviembre)», en *RUE*, núm. 52, 2024.

MARTÍN VALDIVIA, Salvador María y MARTÍN ROS, Salvador: «¿Es viable recepción tácita de las obras de urbanización? El encaje de la sentencia del Tribunal Supremo 1.697/2022, de 20 de diciembre con la normativa urbanística actual (con especial referencia a la andaluza) », en *RUE*, núm. 51, 2023.

MATAS BENDITO, Manuel: «Los nuevos instrumentos de transformación urbanística de la ciudad y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1365-1426.

MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid: «Sobre el procedimiento de elaboración de los instrumentos de ordenación territorial: ¿es exigible de manera general el análisis de impacto económico», en *RUE*, núm. 52, 2024.

PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio: «¿Revisión de oficio de los actos administrativos firmes dictados en aplicación de un plan urbanístico anulado? Una reflexión sobre la nulidad en cadena», en *RUE*, núm. 52, 2024.

PONCE SOLÉ, Juli: «El derecho a la vivienda, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 79/2024, de 21 de mayo, y la Ley Estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda», en *RDU*, núm. 372, 2024, pp. 19-25.

PURGA PÉREZ, Yanet: «Responsabilidad contractual y responsabilidad aquiliana por defectos en la construcción de edificación. Su interrelación con la Ley 36/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 285-328.

OLMEDO PÉREZ, Sebastián: «La configuración de la propuesta de delimitación de actuación de transformación urbanística en la Ley andaluza 7/2021 y la pretensión de su reglamento de predeterminar los contenidos de ordenación», en *RDU*, núm. 369, 2024, pp. 19-74.

ORTIZ RAMÍREZ, Jorge: «Novedades contenidas en el Proyecto de Ley de Reforma del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana», en *RDU*, núm. 370, 2024, pp. 19-45.

— «Alcance de la potestad de planeamiento de los ayuntamientos en la regulación del uso del suelo y de las edificaciones, en los ámbitos de libertad de empresa y libre prestación de servicios: STS 1068/2024, de 17 de junio (rec. 8754/2022)», en *RDU*, núm. 372, 2024, pp. 79-116.

SERRANO LÓPEZ, Juan Enrique: «Ocupación racional del suelo: la fijación para el plan de umbrales vinculantes de crecimiento desuelo a ocupar para uso residencial y actividades económicas por la aplicación de un documento de ordenación del territorio, la estrategia territorial de la comunidad valenciana», en *RDU*, núm. 369, 2024, pp. 75-135.

DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

DURÁN SÁNCHEZ, José Luis: «La necesaria interpretación extensiva del concepto normativo de aprovechamiento forestal a la vista de los avances técnicos en las metodologías de cuantificación del carbono secuestrado por los montes», en *RDU*, núm. 369, 2024, pp. 137-176.

HERRANZ GALLARDO, Antonio: «Las aguas subterráneas. Análisis de la legislación y jurisprudencia Europea y su aplicación práctica en España. Insuficiencia de mecanismos para prevenir los incumplimientos», en *REDE*, núm. 91, 2024, pp. 67-95.

PLAZA MARTÍN, Carmen: «De los niños de los Andes a las ancianas de los Alpes: nuevos hitos en la protección del medio ambiente y frente al cambio climático a través de los Derechos Humanos», en *REDE*, núm. 91, 2024, pp. 25-66.

ROMERO ALOY, María Jesús: «El nuevo paradigma de las zonas verdes», en *RUE*, núm. 51, 2023.

TATO PLAZA, Anxo: «Sobre el uso de alegaciones medioambientales en la publicidad: estado actual y perspectivas de futuro», en *RDM*, núm. 332, 2024.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: «La especial congruencia del laudo arbitral», en *AC*, núm. 9, 2024.

FRAU GAIÀ, Sebastià: «Laudo arbitral; congruencia; exhaustividad; congruencia omisiva; extralimitación del laudo; flexibilidad de la congruencia; complemento del laudo; rectificación de la extralimitación del laudo; anulación parcial del laudo», en *AC*, núm. 9, 2024.

PÉREZ MARTELL, Rosa: «Conflictos familiares y soluciones. Los procesos especiales de familia y la mediación familiar», en *AC*, núm. 7-8, 2024.

PICÓ I JUNOY, Joan: «The judicial annulment of awards in Spain: a statistical study of 1.229 judgments», en *Indret*, núm. 4, 2024, pp. 49-64.

DERECHO PROCESAL

ALONSO GARCÍA, Ricardo: «Un jurista en Luxemburgo (ante la descentralización de la cuestión prejudicial)», en *REDE*, núm. 90, 2024, pp. 9-17.

AMÉRIGO, José Luis: «Los ciberataques como causa de fuerza mayor a los efectos de la interrupción de los plazos procesales conforme al artículo 134.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RDNT*, núm. 65, 2024.

CALAZA LÓPEZ, Sonia: «¿De cuánta eficiencia jurisdiccional estamos hablando?», en *RJC*, núm. 2, 2024, pp. 241-278.

CLEMENTE CRISTÓBAL, Víctor: «La prescripción de las acciones de responsabilidad contra administradores sociales», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1349-1364.

CORRAL RASERO, Jesús: «La desigual recepción de la STJUE 16 de julio de 2020 sobre la cláusula de comisión de apertura por las audiencias provinciales tras la STS 816/2023, de 29 de mayo», en *REDE*, núm. 91, 2024, pp. 99-121.

DAMIÁN MORENO, Juan: «Eficacia de la ley procesal en el tiempo: claves para una reconstrucción de la teoría de la irretroactividad de las normas procesales», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 147-167.

DE LA VILLA BRIONGOS, Isaac: «Alcance del reconocimiento de una resolución declinatoria extranjera. Cláusula de competencia judicial y cláusula de ley aplicable: comentario a la STS 1218/2023, de 8 de septiembre (RJ 2023, 5474)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 43-58.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Acción de reducción de donaciones y legados inoficiosos: plazo de ejercicio y “Dies a quo”: comentario a la STS 1548/ 2023, de 8 de noviembre (JUR 2023, 418435)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 167-180.

FUENTE-LOJO RIUS, Alejandro (coord.): «Legitimación activa y comunidades de bienes», en *AC*, núm. 7-8, 2024.

- Gozzuti, Chiara: «Cuestiones críticas y perspectivas futuras del *third-party litigation funding*», en *RJUAM*, núm. 49, 2023.
- Hinojosa Segovia, Rafael: «Eficacia probatoria e impugnación de los documentos electrónicos en el ordenamiento español», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 75-124.
- Juan Gómez, Mateo: «Reflexiones sobre la condena en costas en supuestos de estimación parcial de la demanda de nulidad de condiciones generales de la contratación», en *AC*, núm. 9, 2024.
- Llamas Pombo, Eugenio: «La acción colectiva resarcitoria y su proyectada regulación», en *PDD*, núm. 159, 2024.
- Mora Astaburuaga, Aitor: «El control de transparencia en las acciones colectivas ¿objetivo o subjetivo?», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2291-2302.
- Nieva Fenoll, Jordi: «La desorientación como regla de reforma del proceso civil», en *AC*, núm. 10, 2024.
- Ormaizábal Sánchez, Guillermo: «La prueba en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial: Análisis del Derecho vigente y de las propuestas normativas de la UE», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 395-445.
- Peña López, Fernando: «Legitimación activa de la sociedad concursada, extinguida por insuficiencia de la masa activa, para ejecutar acciones contra terceros: comentario a la STS 1536/2023 de 8 de noviembre (JUR 2023, 418837)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 157-166.
- Pérez-Caballero Abad, Pedro: «La aportación del dictamen pericial en litigios sobre construcción: Supuestos problemáticos», en *AC*, núm. 6, 2024.
- Picó i Junoy, Joan: «Els judicis telemàtics? Una proposta raonada de canvi normatiu», en *RJC*, núm. 2, 2024, pp. 279-296.
- «Peligros de la prueba judicial practicada telemáticamente: examen crítico de los nuevos arts. 129 bis y 137 bis LEC», en *AC*, núm. 7-8, 2024.
- Richard González, Manuel: «La escenografía procesal o cómo el entorno material determina el desarrollo y resultado del juicio», en *RJC*, núm. 2, 2024, pp. 297-338.
- Toribios Fuentes, Fernando: «La caducidad de la acción ejecutiva del crédito de costas: comentario a la STS 1683/2023, de 29 noviembre (JUR 2023, 439446)», en *CCJC*, núm. 125, 2024, pp. 245-256.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- Aido Vázquez, Ana María: «La regulación de los honorarios por los Colegios de la Abogacía desde la óptica del Derecho antitrust: un análisis a la luz de la jurisprudencia nacional y comunitaria», en *RDCD*, núm. 34, 2024.

- AGUILERA MORALES, Marien: «El nuevo marco europeo contra el abuso sexual de menores y su “incidencia” procesal», en *REDE*, núm. 90, 2024, pp. 65-87.
- ANDERSON, Miriam: «La ejecución de créditos hipotecarios y la "tolerancia razonable" del acreedor: las reformas del artículo 28 de la Directiva (UE) 2014/17, sobre créditos inmobiliarios», en *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 75-116.
- ARASTEY SAHÚN, María Lourdes: «Algunas notas sobre el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la reciente configuración del derecho del trabajo y de la seguridad social en España», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 11-30.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: «Contratación con inteligencia artificial y contratos algorítmicos: repensando el derecho civil ante el informe español de la legislación de consumo y mercantil para la Comisión Europea», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2033-2071.
- «De los ALI-ELI Principles for a data economy a la Data Governance Act y la Data Act: datos, derechos y activos», en *AC*, núm. 11, 2024.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «El scoring de Schufa», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 134-160.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago: «Algunas cuestiones pendientes en el derecho de la Unión Europea en relación con el factor religioso», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 33-64.
- CARRO PITARCH, María: «Revisitando el registro parcial de la iniciativa ciudadana europea (STJUE 22 febrero 2024, C-54-22 P, Rumanía contra Comisión Europea», en *REDE*, núm. 91, 2024, pp. 123-145.
- CASADO NAVARRO, Antonio: «Las facultades regulatorias de los órganos rectores del deporte ante el derecho de la competencia: en torno a la STJUE European Superleague Company de 21.12.2023», en *RDCD*, núm. 34, 2024.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: «El Tribunal Constitucional como valedor del Derecho de la Unión», en *REDE*, núm. 91, 2024, pp. 9-22.
- CORRAL SASTRE, Alejandro: «Las obligaciones de registro documental e información sobre hospedaje y alquiler de vehículos a motor en España a la luz de la normativa europea sobre protección de datos», en *REDE*, núm. 90, 2024, pp. 89-114.
- COURTIS, Christian: «Dos pasos adelante y algún mareo. La reforma constitucional española en materia de derechos de las personas con discapacidad a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos», en *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 1-31.
- CRISTINA BÜRGIN, Annina y RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo: «El veto a la pesca en aguas profundas del Atlántico Nororiental: ¿Un nuevo fracaso de la comitología?», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 139-180.
- GIRÓN ESQUERDO, Ana: «La respuesta de la Unión Europea a la desinformación: rastreo del origen de su carácter securitario», en *RJUAM*, núm. 49, 2023.

GÓMEZ VALENZUELA, Esperanza: «El derecho de desistimiento en los contratos electrónicos internacionales», en *RDNT*, núm. 65, 2024.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Encaje de los sistemas de IA en la definición de producto en la legislación de productos defectuosos: Análisis de la legislación vigente con la vista puesta en la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 52-98.

JANER TORRENS, Joan David: «Acceso a la vivienda, gentrificación e imposición de restricciones a la adquisición de inmuebles por parte de residentes no españoles: Su posible justificación por razones legítimas de interés público y la compatibilidad con el derecho de la Unión», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 103-138.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «La reforma del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 90, 2024, pp. 21-63.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: «La prueba en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial: Análisis del Derecho vigente y de las propuestas normativas de la UE», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 395-445.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel: «Reflexiones acerca de la revisión de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos», en *RGLJ*, núm. 3, 2024, pp. 403-429.

PINO PÉREZ, María Ángeles: «El derecho a la intimidad desde la perspectiva de la reciente jurisprudencia europea y española y su proyección en la sociedad del siglo XXI», en *AC*, núm. 10, 2024.

RACHUT, Sarah y WALTER MAURER, Julian: «Altruismo de datos en el marco del Reglamento Europeo de Gobernanza de Datos, ¿un acierto o mejorable?», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 183-213.

REINHART SCHULLER, Robert: «Gastos hipotecarios: sobre el *dies a quo* tras las sentencias del TJUE», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1841-1863.

ROMERO CANDAU, Santiago: «Deficiencias sistémicas y reconocimiento de sentencias privativas de libertad. A propósito de la sentencia de 9 de noviembre de 2023, “Staatsanwaltschaft Aachen”», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 217-235.

RUBÍ PUIG, Antoni: «Una lectura del reglamento de inteligencia artificial desde el derecho privado», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. I-VIII.

RUIZ OJEDA, Alberto: «El Eurosistema: dominancia monetaria o redistribución mediante regulación. En especial, los saldos TARGET2», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 348-408.

SALINAS ALCEGA, Sergio: «Aplicación extraterritorial de la Convención Europea de Derechos Humanos. De la jurisdicción, como objeción preliminar, a la responsabilidad», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 65-101.

SHIPLEY GOZALO, Trajan A.: «La aplicación judicial de los valores del artículo 2 TUE: ¿hacia una aplicación autónoma?», en *RJUAM*, núm. 49, 2023.

TRUJILLO CABRERA, Carlos: «Los nuevos *cookie walls*: "consent or pay". A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 75-112.

VERGARA PRIETO, Natasha: «Jurisprudencia comunitaria definitiva en relación a la interpretación del derecho de la competencia en el deporte», en *RDCD*, núm. 34, 2024.

DERECHO COMPARADO

ALICEA PIERANTONI, María Teresa: «La causa del contrato en el nuevo Código Civil puertorriqueño», en *RGLJ*, núm. 2, 2024, pp. 169-197.

ARISMENDY MENGUAL, Lorena: «La expansión de la responsabilidad civil y la contracción del enriquecimiento injustificado en Francia. Consideraciones críticas en torno al modelo francés actual», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 205-244.

BADENAS BOLDÓ, Javier: «La regulación de los contratos de distribución en el derecho italiano», en *RdPat*, núm. 64, 2024.

GABRIELLI, Enrico: «Sobreveniencia de onerosidad excesiva, renegociación y teoría del contrato en el derecho italiano», en *RDP*, núm. 4, 2024, pp. 27-47.

GASTÓN, Leandro: «Antecedentes penales y restricciones al acceso al trabajo en Argentina», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 322-347.

GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, Lourdes: «Privación de la legítima y desheredación en derecho comparado: una sanción civil ante conductas», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2251-2289.

MASSONS RIBAS, Anna: «*Voluntary care agreement* del Derecho irlandés como instrumento alternativo y prioritario frente al desamparo», en *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 263-286.

MEDA RUANO, Lester Manuel: «Registro de la Propiedad en la República de Guatemala y aplicación de criterios registrales por la Corte de Constitucionalidad», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1533-1553.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «El acogimiento familiar de personas adultas mayores e el Derecho cubano», en *RDP*, núm. 5, 2024, pp. 61-85.

PRADO LÓPEZ, Pamela: «La elección de la parte contratante y el principio de no discriminación: la contribución de la experiencia española al derecho latinoamericano», en *AC*, núm. 7-8, 2024.

VARIA

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Corporaciones, cárteles y abuso de posición dominante: La dogmática jurídica en la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023 Asunto C-333/21», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 547-566.

— «Personalidad jurídica y penas», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 446-481.

ÁLVAREZ QUEVEDO, Rodrigo: «Imprudencia o dolo eventual: el caso de un disparo injustificado entre policías. Comentario a la sentencia Rol N.º 250.819-2023 dictada 22 de febrero de 2024 por la Corte Suprema de Chile», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 631-641.

ARASTEY SAHÚN, María Lourdes: «Algunas notas sobre el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la reciente configuración del derecho del trabajo y de la seguridad social en España», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 11-30.

BALEA ROUCO, Alejandro: «La colocación de un localizador GPS sobre un tercero sin su consentimiento: aspectos civiles, laborales y penales», en *AC*, núm. 6, 2024.

BARRIOS FERNÁNDEZ, Plácido: «El 2 de mayo de 1808 visto por los escribanos coetáneos», en *RJNot*, núm. 118, 2024, pp. 125-140.

BONSHOMS GUZMÁN, Jordi: «Inspectores y fiscales: investigar y perseguir la defraudación tributaria en España», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 262-280.

BUCHHALTER MONTERO, Brian: «Tradición e influencias extranjeras en el Anteproyecto de Código Penal de FET y de las JONS (1938)», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 242-261.

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago: «Algunas cuestiones pendientes en el derecho de la Unión Europea en relación con el factor religioso», en *RDCE*, año 28, núm. 78, 2024, pp. 33-64.

CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos: «Engaño, consentimiento y acceso carnal», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 488-500.

CASTILLO IBORRA, Francisco: «El préstamo participativo: consecuencias prácticas de su contabilidad», en *RJUAM*, núm. 49, 2023.

COCÀ VILA, Ivó: «*Stealthing*: ¿violación o agresión sexual?», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 478-487.

DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés: «Voluntad y motivación en actos administrativos automatizados con inteligencia artificial: ¿un nuevo entendimiento de conceptos humanos?», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 409-440.

DÍEZ RIAZA, Sara: «La carpeta justicia y el desafío de la interoperabilidad», en *AC*, núm. 11, 2024.

DÍEZ SASTRE, Silvia: «La retroactividad (necesaria) de los actos administrativos», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 55-71.

- ESTÉVEZ HENRIQUEZ, Axel: «Sobre la necesidad y posibilidad de la violencia en la conceptualización de la desobediencia civil», en *RJUAM*, núm. 49, 2023.
- FIERRO RODRÍGUEZ, Diego: «Análisis de los daños derivados de infracciones administrativas del Reglamento General de Protección de Datos a la luz del asunto C-590/22», en *PDD*, núm. 160, 2024.
- FRISCH, Wolfgang: «Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del delito», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 115-132.
- GARRO CARRERA, Enara: «Calidad de vida en las prisiones vascas: visión y realidad: Un análisis de la situación actual y de los retos a futuro después del traspaso de la competencia en materia penitenciaria», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 281-321.
- GASTÓN, Leandro: «Antecedentes penales y restricciones al acceso al trabajo en Argentina», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 322-347.
- GILI PASCUAL, Antoni: «Stealthing y legalidad penal», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 463-477.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: «Atenuante de dilaciones indebidas y (cuasi-)prescripción del delito: ¿Una relación de vasos comunicantes? Comentario a la STC 48/2024, de 8 de abril», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 605-616.
- GÓMEZ RIVERO, María Carmen: «Tabú y eufemismo: Acerca del nuevo delito de desobediencia del art. 438 bis CP», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 193-233.
- GÜERRI FERRÁNDEZ, Cristina: «Más seguridad en las prisiones catalanas: pero ¿qué seguridad?», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. xi-xv.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Consecuencias jurídico-civiles de naturaleza personal de los homicidios y asesinatos», en *RDC*, vol. 11, núm. 3, 2024, pp. 195-241.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena: «Delitos de odio en España: estado de la cuestión», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 133-182.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Validez y eficacia del pacto de cuota litis», en *PDD*, núm. 160, 2024.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona: «Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 253-285.
- MARÍN BENÍTEZ, Gloria: «Seguridad jurídica y retroactividad en materia tributaria», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 207-226.
- MARTÍ BARRACHINA, Marta: «Un pie en la calle y otro en prisión: La experiencia de cumplir condena en semilibertad en una prisión abierta», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 338-366.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «La Ley de Vivienda 12/2023, una visión desde el Derecho Público. *Nihil novum sub sole*», en *RUE*, núm. 51, 2023.

- MARTÍNEZ SANROMÀ, Oriol: «¿Son típicas las manifestaciones ante los centros de interrupción voluntaria del embarazo? Comentario a la STC75/2024, de 8 de mayo», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 617-630.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, Marina: «Retroactividad favorable... *ma non troppo?*», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 287-309.
- MUYO BUSSAC, Pablo: «La presunción de inocencia como regla de tratamiento estético», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 261-303.
- OBREGÓN FERNÁNDEZ, Aritz: «Las Resoluciones 1368 y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad dos décadas después: entre el derecho a la legítima defensa contra el terrorismo internacional y la excepcionalidad», en *RJUAM*, núm. 49, 2023.
- OTERO PARGA, Milagros María: «El desapego actual de la sociedad frente al Derecho», en *RGLJ*, núm. 3, 2024, pp. 431-453.
- PALAO UCEDA, Juan: «Algunas aproximaciones a la importancia de la dogmática civil en la codificación mercantil desde la filosofía del derecho: especial mención a las instituciones contractuales», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2001-2030.
- PARDO MIRANDA, Marta: «Delitos contra los derechos de los trabajadores, trabajo forzoso y compliance laboral», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 234-260.
- PESQUEIRA ZAMORA, María Jesús: «La evolución del modelo de justicia. El derecho colaborativo como oportunidad para la abogacía», en *AC*, núm. 10, 2024.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: «Prescripción penal y prohibición de retroactividad», en *AFDUAM*, núm. 28, 2024, pp. 311-328.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La aplicación de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad comercial a las obligaciones civiles: un falso debate», en *RCDI*, año 100, núm. 804, 2024, pp. 2371-2385.
- ROCHA GARCÍA, Alberto: «La asistencia inefectiva del letrado en el proceso penal: ¿Puede provocar indefensión la actuación negligente del abogado?», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 520-546.
- ROVIRA FERRER, Irene: «El nuevo supuesto de no sujeción al IIVTNU relativo a los hijos y sujetos dependientes de mujeres fallecidas por violencia de género: análisis crítico y propuesta de reformulación», en *RCDI*, año 100, núm. 803, 2024, pp. 1491-1529.
- SAFRANOFF, Marta y RODRÍGUEZ MENÉS, Jorge: «Violencia machista en el entorno laboral del sistema penal: Factores de riesgo de las mujeres trabajadoras», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 367-394.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Para muestra... el caso Boeing», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. VII-X.
- «Juegos peligrosos», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. IX-XI.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J. y CABALLERO TRENADO, Laura: «Una inaplazable respuesta integral a la ocupación ilegal», en *AC*, núm. 6, 2024.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: «Justicia negociada ¿a cualquier precio?: Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 183-241.

TUÑÓN CORTI, María Lucila: «Estado de necesidad agresivo justificante y adecuación: Una interpretación a partir del Means Principle», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 304-337.

VALVERDE CANO, Ana Belén: «Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. 501-513.

VARONA GÓMEZ, Daniel: «Algoritmos e inteligencia artificial en el sistema de justicia penal», en *InDret*, núm. 4, 2024, pp. XII-XV.

VERGARA PRIETO, Natasha: «Caso Superleague. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, C-333/21, de 21 de diciembre de 2023», en *RDM*, núm. 332, 2024.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: «¿Reconoce el Tribunal Supremo el principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos? Comentario a la STS 960/2023, de 21 de diciembre», en *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 592-604.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
AAMN	Anales de la Academia Matriense 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

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid)**

Colaboran: **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 (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTA-NA NAVARRO (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), María ZABALLOS ZURILLA (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Castilla-La Mancha).**

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.-II. *Derecho Mercantil*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Responsabilidad civil extracontractual por graves daños producidos por ingestión de medicamento (talidomida). Prescripción de la acción: cómputo de su plazo.—Al constituir el objeto del proceso una acción por culpa extracontractual del artículo 1902 CC, es de aplicación el artículo 1968.2 del mismo texto legal que, inspirado en un criterio subjetivo, norma que prescriben al año las acciones indemnizatorias por daños de tal naturaleza cuyo cómputo comenzará *desde que lo supo el agraviado*.

En consonancia, para apreciar cuál es el día inicial del cómputo del plazo de prescripción, es necesario conocer la identidad del deudor. Rige, pues, un criterio de conocimiento potencial (*cognoscibilidad*), según el cual el cómputo de la prescripción comienza cuando el demandante debió adquirir el conocimiento de la identidad de la persona causante del daño, deudora de su reparación o resarcimiento (STS 350/2020, de 24 de junio, entre otras). La redacción del artículo 1969 CC no admite duda acerca de que el tiempo para la prescripción de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse y lógicamente no puede ejercitarse la acción cuando no se conoce la identidad de aquel o aquellos frente a los que ha de dirigirse, con independencia de que el perjudicado cuente desde antes con los datos objetivos referidos a la cuantía del daño o perjuicio causado (SSTS 725/2014, de 18 de diciembre; 25/2015, de 2 de febrero; y 94/2019, de 14 de febrero). (**STS 1200/2023, de 21 de julio;** no ha lugar.) [Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El presente proceso versa sobre la demanda interpuesta por la Asociación Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) contra dos compañías farmacéuticas, como consecuencia de los daños corporales sufridos por tres asociadas derivados de la invención y comercialización de la talidomida, cuya ingesta durante el embarazo de sus madres les produjo importantes secuelas cuyo resarcimiento económico postulan.

Era un hecho notorio y conocido por la parte actora cuál era la empresa responsable de la invención y comercialización de la talidomida, máxime dada la publicidad de las terribles consecuencias de la ingesta del fármaco objeto del proceso.

El juzgado consideró que *había cosa juzgada* en base a la STS del Pleno 544/2015, de 20 de octubre, que al examinar un caso idéntico declaró prescrita la acción ejercitada. La actora apeló y la audiencia consideró que no concurría la cosa juzgada positiva, que había sido apreciada en primera instancia, pero estimó que la acción había prescrito, argumentando, para ello, con base en la STS indicada, que ni la demanda ni en los documentos acompañados en ella hacen referencia a algún daño de reciente aparición que pueda considerarse secundario o de aparición tardía, sino que los aportados se refieren exclusivamente a las malformaciones congénitas patentadas en la fecha de nacimiento de las afectadas (años 1960 o 1961), daños que ocasionaron en su día la declaración de discapacidad de las titulares de las acciones y su condición de beneficiarias del Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por AVITE. (*I.D.-L. S.*)

2. Responsabilidad civil extracontractual y seguro. Prescripción de la acción: interrupción de la prescripción en virtud de las reclamaciones extrajudiciales practicadas.—Es necesario distinguir entre dos planos: El primero de ellos, deriva de la existencia de un contrato de seguro, conforme al cual la interrupción de la prescripción mediante reclamación extrajudicial contra el asegurado afecta directamente a la aseguradora, puesto que esta

debe hacer honor al compromiso adquirido con su cliente de garantizarle la indemnidad patrimonial por mor de los daños causados a terceros dentro de los límites del contrato suscrito (arts. 73 y 76 LCS).

El otro nace de las reclamaciones extrajudiciales practicadas, exclusivamente, contra la compañía de seguro. Con respecto a este segundo plano la jurisprudencia tiene establecido que no puede producir efectos interruptivos de la prescripción para el asegurado la reclamación extrajudicial dirigida exclusivamente frente a su aseguradora (STS del Pleno 503/2017, de 15 de septiembre; y STS 332/2022, de 27 de abril).

La acción directa y su interrupción por las reclamaciones extrajudiciales practicadas.—La acción directa es una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado que implica un derecho propio, sustutivo y procesal, del perjudicado frente al asegurador; y que este derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado causante del daño, lo que significa que el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del art. 76 LCS) (STS del Pleno 321/2019, de 5 de junio).

Solidaridad propia e impropia.—Tradicionalmente, la jurisprudencia consideraba que la reclamación hecha a un deudor solidario interrumpía la prescripción respecto a todos sin necesidad de que hubiera existido un requerimiento específico a cada deudor solidario, pues se entendía que la obligación es solidaria desde que existe, desde que se produce el daño, siendo la sentencia declarativa y no constitutiva de la obligación. No obstante, a partir del Acuerdo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003, se distinguió, a estos efectos, entre solidaridad propia e impropria, en los siguientes términos: El párrafo primero del artículo 1974 CC únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal, sin que pueda extenderse al ámbito a la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente. De este modo, como la solidaridad no nace de un vínculo preexistente, sino del acto ilícito productor del daño, en virtud de la sentencia que así lo declare, los actos interruptivos operan individualmente respecto a las personas frente a quienes se han ejercitado y no respecto a las demás, por lo que no es aplicable el artículo 1974.I CC.

Interpretación de la solidaridad en los vínculos existentes entre la compañía de seguros demandada y el asegurado causante del daño.—La jurisprudencia declarada en el apartado anterior no es aplicable respecto de las relaciones entre asegurado y asegurador (SSTS 161/2019, de 14 de marzo; y 171/2021, de 26 de marzo). La entidad aseguradora no concurre con su conducta a la producción del daño, sino que asegura su cobertura merced al contrato de seguro, hasta el punto de que el perjudicado, conforme al artículo 76 LCS, puede demandar solamente a la aseguradora y no al asegurado, causante y origen del daño. En tal sentido, la STS 129/2022, de 21 de febrero, dice que en los seguros de responsabilidad civil, si no existe responsabilidad civil en el asegurado, no puede haber responsabilidad de la compañía aseguradora, pues declararlo así implicaría que el daño discurriera por derroteros

distintos a los contemplados por las partes a la hora de contratar el seguro. En consecuencia, si la responsabilidad de la aseguradora, que se exige mediante la acción directa, tiene como presupuesto la responsabilidad del asegurado, la reclamación extrajudicial a este también interrumpe la prescripción respecto de la aseguradora, conforme a la previsión contenida en el artículo 1974.I CC. (SSTS 129/2022, de 11 de febrero; y 294/2022, de 6 de abril).

La prescripción extintiva: fundamento y aplicación.—La prescripción es una institución que, no fundada en principios de estricta justicia sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, determina que su aplicación por los tribunales deba ser cautelosa y restrictiva (SSTS 326/2019, de 6 de junio; 279/2020, de 10 de junio; y 751/2021, de 2 de noviembre, entre otras muchas).

La interrupción de la prescripción extintiva: requisitos.—Es necesario que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no solo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS 12 de noviembre de 2007; y 6 de mayo de 2010, entre otras), y su acreditación es carga de quien lo alega.

La reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción extintiva no requiere forma especial: validez del burofax, del intercambio de correspondencia por cartas, del correo electrónico.—El artículo 1973 CC no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin; con lo que se puede afirmar que esta cuestión puede plantear un problema de prueba de la existencia de la reclamación y de su fecha, pero no un problema de forma (SSTS 97/2015, de 24 de febrero; y 541/2021, de 15 de julio, entre otras). La validez del *burofax* como medio de interrupción de la prescripción fue reconocida por la STS 647/2023, de 3 de mayo, entre otras; como también el intercambio de correspondencia por cartas (SSTS 877/2005, de 2 de noviembre; y 142/2020, de 2 de marzo, entre otras muchas) y, por lo tanto, también mediante correo electrónico (STS 704/2016, de 25 de noviembre). (**STS 1219/2023, de 11 de septiembre;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Mapfre y Red Eléctrica de España, S.A., demandaron a Ferrovial S.A., Azvi, S.A., y a la aseguradora de esta última Caser Seguros, S.A., con el fin de que se les condense al abono del importe de la reparación de los daños ocasionados, el 3 de septiembre de 2010, en una de las fases de la línea trifásica soterrada, propiedad de Red Eléctrica, perforada por un diente de una pala excavadora, en el tramo que estaba llevando a cabo la UTE Chamartín T4, constituida por las mercantiles demandadas, de conexión del ferrocarril desde la estación de Chamartín a la T4.

Quedó probado que la acción directa entablada por la parte actora contra Caser, S.A., se hizo a través de burofaxes dirigidos a la UTE, en la que se encontraba integrada Azvi, S.A., asegurada en dicha compañía.

El juzgado desestimó la demanda al acoger la excepción de la prescripción opuesta. Las demandantes recurrieron en apelación y

la audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El TS estimó en parte el recurso de casación de la parte actora al no estar prescrita la acción contra la aseguradora Caser, aunque sí con respecto a las otras mercantiles demandadas. (*I. D.-L. S.*)

3. Plazo de prescripción para reclamar las cuotas derivadas de la propiedad horizontal.—Resulta aplicable el plazo quinquenal previsto en el artículo 1966.3.^a CC (SSTS 242/2020, de 3 junio; 182/2021, de 30 marzo; y 769/2021, de 4 noviembre).

Efecto interruptivo del requerimiento extrajudicial practicado en una de las fincas del edificio y validez de la posterior publicación de la deuda en el tablón de anuncios.—En los casos en que el comunero no notifique a la comunidad un domicilio para notificaciones, es válida la reclamación de la deuda en una de sus fincas pertenecientes al edificio y su publicación en el tablón de anuncios de la comunidad [art. 9.1 h) LPH]. (**STS 1197/2023, de 21 de julio;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.— En julio de 2017, una comunidad reclamó judicialmente una serie de cuotas comunitarias devengadas desde diciembre de 1998 hasta febrero de 2017. El 11 de mayo de 2017 se dejó aviso del burofax remitido liquidando la deuda y, además, esta se publicó en el tablón de anuncios de la comunidad. La demandada alegó prescripción de la acción de acuerdo con el artículo 1966.3.^a CC. Tanto en primera instancia como en apelación se estimó la demanda al entender que el plazo de prescripción era el quincenal (art. 1964 CC) y que se habría interrumpido desde el año 2006 cuando era propietaria otra entidad, que tenía una inescindible unión con la demandada conforme a la teoría del levantamiento del velo. El Tribunal Supremo casó la sentencia, asumió la instancia y estimó en parte el recurso de apelación condenando a la demandada únicamente al pago de las cuotas adeudadas desde el día 11 de mayo de 2012.

NOTA.— A estos créditos resulta aplicable el plazo de prescripción quinquenal previsto en el artículo 1966.3.^a CC, referido a las acciones ordenadas a exigir pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, sin que el hecho de tratarse de una obligación prevista en la propia ley deba determinar la aplicación de un plazo distinto (SSTS 182/2021, de 30 marzo, y 769/2021, de 4 noviembre) (Véase Santana Navarro, F., «La Propiedad Horizontal», *Manual de Derecho Civil*, IV, coord. I. Díaz de Lezcano y dir. E. Llamas Pombo, Madrid, 2024). (*F. S. N.*)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Interpretación del artículo 255 CC. Nombramiento de curador cuando ya existe un guardador de hecho eficaz.—El artículo 255 CC, al regular las medidas voluntarias de apoyo, establece que siempre que estas resulten suficientes para cubrir las necesidades de la persona con discapaci-

dad, no cabrá adoptar medidas judiciales. Sin embargo, esta previsión no debe interpretarse de forma que impida constituir una medida de apoyo judicial siempre que exista un guardador de hecho.

Según el Tribunal Supremo, interpretar la norma de forma tan rígida implicaría negar siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho «lo que se traduciría en que al revisar las tutelas anteriores, se transformaran de forma automática todas ellas en guardas de hecho». La Sala defiende que es necesario huir de una aplicación autómata de la norma que impida adecuar cada decisión a las concretas circunstancias de la persona que precisa de las medidas de apoyo, de acuerdo con las que podría estar justificada la constitución de una curatela en lugar de una guarda de hecho. Añade que resulta de gran importancia que quien ejerce la guarda ponga de manifiesto su insuficiencia y su conversión en curatela, pues es quien, de hecho, presta los apoyos. (**STS 1443/2023, de 20 de octubre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Leovigildo, hijo y guardador de hecho de Norberto, interpuso demanda (bajo la legislación previa a la entrada en vigor de 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) solicitando la incapacitación de su padre. En el curso del procedimiento quedó constancia de que Norberto padecía un deterioro cognitivo severo que le impedía gobernarse por sí mismo y que afectaba gravemente a la formación de su voluntad. El demandado carecía de aptitudes personales, domésticas y sociales, lo que implicaba la máxima pérdida de autonomía, precisando cuidados de terceras personas incluso para las tareas más básicas de cuidado personal.

El Juzgado de Primera Instancia, aplicando la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, nombró curador a su hijo Leovigildo, otorgándole facultades representativas tanto en el ámbito personal como patrimonial.

Esta resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal, que consideraba que las necesidades de asistencia de Norberto se encontraban cubiertas por el ejercicio de la guarda de hecho que llevaba a cabo el mismo Leovigildo, lo que hacía innecesaria la constitución de la curatela. La Audiencia Provincial desestimó el recurso al considerar que las medidas establecidas en primera instancia habían sido correctas y proporcionadas dada la situación de Norberto.

El Ministerio Fiscal recurrió en casación denunciando la infracción, entre otros, del artículo 255 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación (*M. S. G.*)

5. Derecho al honor. Inclusión en fichero de morosos. El requerimiento previo de pago al deudor sí es un requisito necesario para la introducción de sus datos personales en un fichero de incumplimiento de obligaciones dinerarias. El artículo 38 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (RLOPD) continúa vigente, ya que no ha sido derogado por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).—La STS del Pleno 945/2022, de 20 de diciembre, estableció sobre el requerimiento previo

de pago lo siguiente: 1.- El hecho de que el actual artículo 20.1.c) LO 3/2018 no establezca expresamente el requisito del requerimiento previo de pago no supone que la regulación del artículo 38.1.c) del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007 se oponga o sea incompatible con la nueva norma legal y deba considerarse, por tanto, derogado. Es más, la nueva norma legal contiene la mención a la existencia de dicho requerimiento previo al prever que la advertencia de comunicación de los datos al fichero debe hacerse bien en ese requerimiento previo, bien al celebrarse el contrato. Esa mención, que no existía en la anterior ley, implica que el nuevo precepto legal presupone la existencia necesaria de tal requerimiento previo, que es uno de los momentos, junto con el de celebración del contrato, en los que el acreedor puede hacer al deudor la advertencia de comunicación de sus datos al fichero de morosos en caso de impago de la deuda.

2.- Sigue siendo exigible el requerimiento previo de pago, previsto en el propio artículo 20.1.c) LO 3/2018. Lo que no es imprescindible con la nueva regulación es que en ese requerimiento de pago se advierta de la posibilidad de incluir sus datos en un fichero de morosos en caso de impago pues esa advertencia puede haber sido realizada al contratar.

3.- Se exige que el responsable del fichero notifique al afectado la inclusión de tales datos y le informe sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema.

4.- De ser solo exigible la notificación posterior a la inclusión por parte del responsable del fichero, ya se habría producido un primer tratamiento de esos datos personales por la comunicación de los datos por el acreedor al responsable del fichero, sin asegurarse de su pertinencia, al poder ser tratados los datos de los deudores que por inadvertencia hubieran dejado de pagar alguna deuda sin que esto fuera significativo de su insolvencia. (**STS 1477/2023, de 10 de octubre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El actor interpuso una demanda sobre tutela del derecho al honor contra una entidad bancaria por estar incluido en un fichero de morosos por una supuesta deuda impagada de 1150,37 euros. En su defensa argumentó que no había sido requerido de pago ni advertido de su inclusión en el registro de morosos para el caso de impago.

El juzgado estimó la demanda. La Audiencia la revocó y declaró que no se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante por no ser necesario que se requiriese de pago a la persona deudora con anterioridad a su inclusión en los ficheros de tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por la actora. (*C. O. M.*)

6. Ponderación entre la libertad de información y expresión y los derechos al honor y a la intimidad.—Es constante la doctrina jurisprudencial que declara que para que no se revierta en el caso concreto la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión sobre el derecho al honor, por su carácter trascendente para la formación de una opinión pública

plural en un Estado democrático, es preciso que concurran los siguientes presupuestos: i) interés general o relevancia pública de lo expresado, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas; ii) proporcionalidad en su difusión.

Sobre la identificación indirecta de la persona afectada, con carácter general, en los conflictos entre la libertad de expresión y de información y el derecho al honor y la intimidad, cabe apreciar la existencia de intromisión ilegítima siempre que la identificación del destinatario o el objeto de las expresiones resulte posible, siquiera para las personas de su círculo más próximo, por las referencias indirectas o las circunstancias concurrentes.

No cumple con el criterio de interés general una cuestión suscitada en el contexto de unas relaciones de vecindad en un edificio de viviendas. (**STS 1209/2023, de 21 de julio;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Un reportaje emitido en el programa *La Mañana* de RTVE informaba de que una joven de Salamanca había sido multada por el Ayuntamiento por ruido en su vivienda. En el reportaje se identificaba la calle, casa, el piso y se publicaba la imagen de la puerta de la vivienda en cuestión. El periodista que aparecía manifestaba que los ruidos provenían de la cama de la vecina de arriba, por su actividad nocturna, que provocaban que se cayeran las cosas de la estantería de la vecina. En el reportaje, aparecía una mujer quejándose de la imposibilidad de dormir a causa de la fogosidad de su vecina, mostraba las grietas de su casa y explicaba que incluso el radiador llegaba a vibrar, y daba detalles de las expresiones que escuchaba. En el reportaje se apuntaba la posibilidad de la práctica de prostitución.

Celestina, la inquilina de la vivienda a la que se hacía referencia en el reportaje, interpone demanda contra RTVE y contra Blanca (la vecina que intervino en el reportaje) por intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la intimidad. La demanda fue desestimada.

La sentencia es recurrida por Celestina. La Audiencia estima parcialmente el recurso. Condena solidariamente al pago de 10 000 €, a publicar el fallo de la sentencia y a leer el fallo en el programa en el que se efectuó la difusión.

Blanca interpone recurso de casación, fundamentado en interés casacional. El recurso es desestimado porque la sentencia impugnada no conculca la doctrina jurisprudencial, al realizar una correcta ponderación entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de expresión. (T. R. C.)

7. Conflicto entre los derechos constitucionales de libertad de información y propia imagen.—El derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos de su titular que puede tener difusión pública y, por lo tanto, abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental. Se trata de un derecho autónomo, distinto de los otros derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar, lo que constituye una peculiaridad de nuestro derecho en comparación con otros ordenamientos jurídicos, así como

con respecto al Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El derecho a la propia imagen comprende una doble faceta, positiva y negativa: la positiva, atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública; la negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta.

Caben pues legítimas limitaciones a la fuerza expansiva del derecho a la propia imagen. El derecho a la propia imagen no comprende el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o difundan pues, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales. En consecuencia, el derecho a la propia imagen puede decaer frente al legítimo ejercicio de las libertades de información o de expresión, cuando estas se ejercitan conforme a parámetros constitucionales.

Por su parte, el ejercicio del derecho a la información tampoco es, en modo alguno, un derecho absoluto, pues está sujeto a límites internos, relativos a su propio contenido: la veracidad y la relevancia pública; y a límites externos, que se refieren a su relación con otros derechos o valores constitucionales con los que puede entrar en conflicto: los derechos de los demás y, en especial, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

La regla primera para lograr la protección del derecho fundamental a la propia imagen consiste en que, para poder captar, reproducir y/o publicar la imagen de una persona, es indispensable su consentimiento inequívoco, siendo excepcionales los supuestos tasados en los que no se requiere dicho consentimiento.

Elementos a tener en consideración en el juicio de ponderación que resuelve el conflicto entre ambos derechos constitucionales.—Este juicio consiste en la operación racional y motivada de examinar el grado de intensidad y trascendencia con el que cada uno de los derechos fundamentales en colisión resulta afectado, con la finalidad de elaborar una regla resolutiva que permita solventar el conflicto objeto del proceso y, de esta manera, determinar cuál ha de prevalecer, en tanto en cuanto no existen derechos absolutos que deban gozar de una incondicionada prioridad en cualquier contexto de enfrentamiento entre sus respectivos núcleos de protección jurídica.

La protección del derecho a la imagen cede en aquellos casos en los que la publicación de la imagen, por sí misma o en relación con la información escrita a la que acompaña, posea interés público, es decir, contribuya a la formación de la opinión pública. El derecho a la imagen deberá sacrificarse en aquellos casos en los que, aun sin su consentimiento, se capta, reproduce o publica un documento gráfico en el que la persona aparezca —de manera no accesoria— en relación con un acontecimiento público que posea el rasgo de noticiable, especialmente si es en el ámbito por el que es conocida la persona. (**STS 1478/2023, de 23 de octubre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Paula, Antonio (esposos) y el Consejo de la Comunidad Marroquí en el Extranjero interponen demanda de juicio ordinario contra Unidad Editorial y Luis (director del diario *El Mundo*, editado por Unidad Editorial), en la que solicitan que se publique en este diario el reconocimiento de que se ha cometido una intromisión en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de Paula y Antonio, por haber publicado unas fotografías de ellos y hacer pública su condición de casados. Sostienen los demandantes que la información publicada y las fotografías inducen al lector a concluir que los demandantes forman parte de la trama u organización a la que se alude en un reportaje y que participaron en los hechos delictivos que se estaban investigando. La demanda es parcialmente estimada, de modo que se estima vulnerado el derecho a la imagen de Paula, pero no de Antonio.

Ambas partes recurren en apelación, recursos que son desestimados.

Luis y Unidad Editorial interponen recurso de casación por entender que la publicación de la imagen de Paula no supone vulneración de el derecho a la propia imagen. El recurso es desestimado, de modo que se ratifica la intromisión en el derecho a la propia imagen de Paula con base en los siguientes motivos: i) la información publicada tiene evidente interés público; ii) la foto se publicó sin consentimiento y contiene las características propias de una impresión gráfica correspondiente a un documento de identidad, lo que descarta que se hubiera obtenido de la participación de la demandante en un acto público o que tenga relación con una actividad de tal naturaleza. La circunstancia de su matrimonio no permite atribuirle la condición de personaje que gestiona intereses públicos como es el caso de su marido; iii) la foto permite anudar la presunta comisión de los hechos delictivos con la imagen de la demandante que, de esta forma, resulta perfectamente identificable en contra de su voluntad, de modo que se vulnera la necesaria vinculación entre las imágenes proyectadas y la información difundida por un medio de comunicación pública, sin que un reportaje de interés social pueda legitimar, por sí mismo, la difusión indiscriminada de la representación gráfica de las personas implicadas, a través de fotografías ajenas al propio hecho noticioso. (T. R. C.)

8. Ponderación entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la información. Juicio de ponderación en los casos de colisión de derechos fundamentales.—Este juicio de ponderación es la operación racional y motivada encaminada a examinar el grado de intensidad y trascendencia con el que cada uno de los derechos fundamentales en colisión resulta afectado, con la finalidad de elaborar una regla resolutiva que permita solventar el conflicto objeto del proceso y, de esta manera, determinar cuál ha de prevalecer, en tanto en cuanto no existen derechos absolutos que deban gozar de una incondicionada prioridad en cualquier contexto de enfrentamiento entre sus respectivos núcleos de protección jurídica. En dicho juicio de ponderación, debemos determinar cuál de los derechos en conflicto tiene mayor peso para reputarlo prevalente, en tanto en cuanto no puedan convivir, de forma armónica, en la balanza del derecho.

Para ello, si bien es cierto que, desde un punto de vista axiológico abstracto, la libertad de información ha de gozar de una protección reforzada,

dada la función constitucional que le corresponde para formar opinión pública en un Estado democrático, tal circunstancia tampoco implica que nos hallemos ante un derecho absoluto de protección ilimitada, ya que todas las libertades reconocidas en el artículo 20 CE tienen sus límites «en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrolle y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia», que cumplen una «función limitadora» en relación con dichas libertades.

La libertad de información puede llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1, no con carácter absoluto, sino caso por caso, en tanto la información se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública, sobre asuntos de interés general, y mientras su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere. Pero, de la misma manera, el derecho a la propia imagen tampoco es un derecho absoluto y, por consiguiente, caben legítimas limitaciones a su fuerza expansiva.

Núcleo tuitivo del derecho fundamental a la propia imagen.—El derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y, por lo tanto, abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental. Se trata de un derecho autónomo respecto de los otros derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar.

El derecho a la propia imagen comprende una doble faceta, positiva y negativa: la positiva atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública; su faceta negativa o excluyente otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta.

La regla primera para lograr la protección de este derecho fundamental consiste en que, para poder captar, reproducir y/o publicar la imagen de una persona, es indispensable su consentimiento inequívoco, siendo excepcionales y tasados los supuestos en los que no se requiere dicha autorización.

Sobre el derecho a comunicar información veraz.—La libertad de información contiene una dimensión activa, constituida por el derecho a informar libremente, y una dimensión pasiva o derecho a ser informado. Recae sobre la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos, tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo, y consiste en comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión.

La importancia que ostenta la libertad de información requiere que goce de un espacio blindado para que pueda cumplir su fundamental función de transmitir e investigar hechos de interés general, que son fundamentales en un Estado de Derecho para formar una opinión pública plural, para la consecución de la transparencia en la actuación de los poderes públicos y posibilitar, de esta forma, el ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos con conocimiento de causa. Esta función fundamental que desempeña la libertad de información comprende también la información gráfica relacionada con los hechos sobre los que versa.

Los derechos fundamentales y la sociedad digital.—El uso masivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, así como el papel que desempeñan las redes sociales en internet, suponen la aparición de nuevos escenarios en los que entran en colisión los derechos fundamentales, y en los que los usuarios, inicialmente simples receptores o consumidores de contenidos, se convierten ahora en sujetos que incorporan a las redes sociales información propia.

Con las redes sociales, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tienen, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios —usuarios igualmente— todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos.

Este escenario constituye un nuevo campo de colisión de los derechos fundamentales de las personas, que no cabe ignorar, toda vez que el artículo 2.1 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, señala que la protección civil de tales derechos quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservada para sí misma o su familia.

En lo relativo al uso de redes sociales en este contexto, la doctrina constitucional es la siguiente:

i) Los usuarios de las redes sociales continúan siendo titulares de derechos fundamentales y su contenido sigue siendo el mismo que en la era analógica.

ii) El hecho de que circulen datos privados por las redes sociales no significa que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público» del que habla la LO 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el artículo 18.

iii) El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el artículo 18 conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen.

iv) Salvo que concurra una autorización inequívoca para la captación, reproducción o publicación de la imagen por parte de su titular, la injerencia en el derecho fundamental a la propia imagen debe, necesariamente, estar justificada por el interés público preponderante en tener acceso a ella y en divulgarla.

v) El titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. El consentimiento prestado para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera, debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destinatarios.

Que en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya «subido» una fotografía suya que sea accesible al público en general no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. 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 e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación.

Sin embargo, en aquellos casos en que pueda razonablemente pensarse que la fotografía de una persona en un acto público ha sido publicada previamente en Internet con el consentimiento de la persona afectada, en un determinado sitio web de acceso general, su utilización en otra comunicación pública efectuada en Internet puede considerarse una «consecuencia natural», legitimada por los usos sociales. Pero si no es razonable concluir que la publicación previa de la fotografía fue hecha con el consentimiento de su titular, se produce una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

La incorporación de imágenes propias a una red social.—No se pierde el control sobre una imagen subida a una red social, con base en una supuesta presunción de autorización de uso indiscriminado, que derivase del simple y único dato de subir una foto a una plataforma. Esa imagen no queda a disposición de cualquier sujeto de derecho para utilizarla sin consentimiento, en el ámbito y de las formas que considere oportunas, dado que no se puede asumir que el titular del derecho a la propia imagen se haya desprendido libremente del mismo y quede a la indiscriminada disposición de cualquier miembro de la comunidad de usuarios, máxime cuando los derechos fundamentales, por ministerio de la ley y su propia esencia, son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

No obstante, ello no significa que tal circunstancia no deba ser valorada desde la perspectiva de los usos sociales y en el contexto que supone el acceso público a los contenidos voluntariamente subidos a una plataforma.

Casos en que prevalece el derecho a la información frente al derecho a la propia imagen.—El derecho fundamental a la libertad de información puede llegar a ser considerado prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 CE, entre el que se encuentra el derecho a la propia imagen, no con carácter absoluto, sino caso por caso, conforme a estas tres pautas valorativas:

A) que la información comunicada venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas; goza de relevancia pública la información sobre hechos de trascendencia penal, aunque la persona afectada sea un sujeto privado.

B) proporcionalidad; es decir, que no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y

C) veracidad, que es un requisito legitimador de la libertad de información. (**STS 1366/2023, de 4 de octubre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Eduardo interpone demanda de juicio ordinario contra *La Tele* en la que solicita se declare la intromisión en su derecho a la propia imagen por la emisión de imágenes suyas en varios reportajes de televisión sobre el tráfico de drogas en Mallorca. Las imágenes fueron tomadas de una plataforma y un portal web en los que el sobrino de Eduardo sube imágenes. La demanda es parcialmente estimada, por lo que se declara la existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen, se fija una indemnización y se ordena la retirada de la imagen de Eduardo de todas las plataformas en las que pudiera estar alojada.

La Tele recurre en apelación, recurso que es desestimado.

La Tele interpone recurso de casación. El recurso es estimado al considerar que, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, prevalece la libertad de información sobre la propia imagen por los siguientes motivos: i) la información difundida es veraz y se encuentra contrastada; ii) existe un interés público en tanto en cuanto se refiere a la investigación de un hecho delictivo, de indiscutible transcendencia e impacto social; iii) el demandante es una persona que goza de proyección pública como consecuencia de su presunta implicación en los delitos de narcotráfico, así como por su faceta artística; iv) las fotos difundidas no están dirigidas a satisfacer la curiosidad ajena de descubrir el aspecto físico del actor, ya que es públicamente conocido independientemente de las fotos litigiosas; v) el tratamiento de la información es respetuoso, sin insultos o descalificaciones injuriosas o despectivas; vi) las fotografías difundidas fueron subidas a una plataforma por un sobrino de Eduardo, sin su oposición, de manera tal que cualquier persona puede tener acceso a ellas; vii) las imágenes de Eduardo continúan alojadas en la plataforma, además de haber saludado a las cámaras que le tomaban fotografías a la entrada de las dependencias judiciales. (T. R. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Responsabilidad solidaria en relaciones contractuales. División interna de obligaciones. Presunción de división en partes iguales.—El Tribunal Supremo señala que en las relaciones externas con el acreedor los deudores responder de forma solidaria, mientras que las relaciones internas entre deudores deben presumirse su contribución en partes iguales salvo prueba en contrario. (**STS 1424/2023, de 17 de octubre;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 28 de abril de 2017, Leopoldo interpuso demanda contra Mónica por un exceso de pago en las cuotas del préstamo hipotecario derivado de una mayor aportación a la deuda en comparación con la proporción legal establecida. El préstamo hipotecario se suscribió en 2006, con un importe de 330 556 euros, compartido de forma solidaria entre ambos. Sin embargo, entre 2010 y 2016, el demandante abonó en exclusiva cuotas que ascendieron a un total de 124 251,33 euros, justificando su solicitud con base en la doctrina de los artículos 1138 y 1145 CC.

El juzgado de Primera Instancia condenó a Mónica a pagar la cantidad de 12 739,94 euros, cantidad calculada como exceso de pago. Sin embargo, Leopoldo recurrió la decisión en apelación y presentó también un recurso extraordinario por infracción procesal, argumentando que la interpretación de la responsabilidad no aplicó correctamente la presunción de igualdad interna que reconoce el artículo 1138 CC, como norma general aplicable en la distribución de obligaciones solidarias entre los deudores.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación, estableciendo que la deuda debe ajustarse a la presunción legal de igualdad establecida en el artículo 1138 CC, lo que determina una responsabilidad equitativa de 33 448,49 euros en vez de los 12 739,94 euros inicialmente fijados. También se desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal. (*N. M. S.*)

10. Reconocimiento de deuda: concepto, admisibilidad y carácter vinculante.-La jurisprudencia define el reconocimiento de deuda como el negocio jurídico unilateral por el que el sujeto declara la existencia de una deuda previamente contraída, donde la causa está plenamente expresada (SSTS de 1 de marzo de 2002 y de 14 de junio de 2004) y que vincula a quien lo realiza (SSTS de 8 de marzo de 2010; y 222/2013, de 21 de marzo, entre otras).

El reconocimiento de deuda como declaración en la que un sujeto de derecho admite adeudar a otro una prestación, sea o no dineraria, no está sujeto a la observancia de una concreta forma condicionante de su eficacia jurídica, si bien es lo normal que se refleje por escrito a efectos probatorios. Tampoco se encuentra expresamente regulado en el Código Civil, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos foráneos. Se hace referencia al reconocimiento de deuda en el artículo 1973 CC, como causa de interrupción de la prescripción; sin embargo, carecemos de una regulación sistemática del instituto. A pesar de ello ha sido admitida, sin discusión, por doctrina y jurisprudencia, como manifestación de la libre autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1255 CC (SSTS 412/2019, de 9 de julio; y 82/2020, de 5 de febrero). No ofrece duda que, con carácter general, el reconocimiento de deuda ha de vincular a quien lo lleva a efecto, siendo manifestación de lo expuesto la STS 257/2008, de 16 de abril, cuando se refiere al efecto vinculante que el reconocimiento tiene para el deudor, nacido directamente de este negocio jurídico.

Reconocimiento de deuda como negocio causal. Presunción de la existencia de causa y de su licitud, aunque no se exprese en el contrato.-Ahora bien, comoquiera que, con carácter general, en nuestro Derecho no están permitidos los negocios jurídicos abstractos, toda vez que el convenio causal constituye requisito autónomo y parte integrante del contenido de aquellos (art. 1261 CC), no cabe romper la relación entre reconocimiento de deuda y obligación, y, en consecuencia, es posible oponerse al cumplimiento de lo reconocido, alegando y justificando que la obligación carece de causa, o que es nula, anulable o ineficaz, lo que exige desvirtuar la presunción de su existencia y licitud a la que se refiere el artículo 1277 CC. La consideración de un reconocimiento de deuda sustancialmente abstracto podría dar lugar a unos resultados injustos e insoportables, impropios de nuestro sistema jurídico causalista (véanse SSTS 113/2016, de 1 de marzo, y 138/2010, de 8 de marzo). Según esta última STS, el reconocimiento de deuda vincula a quien lo realiza y, en atención a lo prevenido en el artículo 1277 CC ha de presumirse que su causa existe y es lícita, en tanto el deudor no demuestre lo contrario (SSTS de 28 de septiembre 2001 y de 21 de marzo de 2013).

Inexistencia de la causa: carga de la prueba.-El juego normativo del artículo 1277 CC determina la consideración del reconocimiento de deuda como sustancialmente causal y procesalmente abstracto, en el sentido de que, si bien no cabe prescindir de la causa de la obligación reconocida, que

se puede expresar o no en el reconocimiento efectuado, desde el punto de vista probatorio el deudor, que afirme la inexistencia de la causa, deberá pechar con la carga de la prueba, dada la presunción *iuris tantum* que contiene dicho precepto.

La licitud de la causa. La omisión de las declaraciones tributarias no impide la validez del negocio realizado, sin perjuicio de deducir testimonio a la Administración Tributaria.-Las infracciones de carácter fiscal que puedan producirse con ocasión de la conclusión de negocios jurídicos de carácter civil no tiñen de ilegalidad a tales negocios, en cuanto la ilicitud no alcanza a las prestaciones realizadas o comprometidas por las partes, sin perjuicio de que los órganos judiciales pongan de manifiesto los hechos a la Administración Tributaria a los efectos que procedan (STS 412/2019, de 9 de julio y 82/2020, de 5 de febrero).

Habría de ser considerado como contrato con causa ilícita aquel cuyas prestaciones estuvieran ordenadas a procurar la defraudación fiscal, pero no el convenio cuya finalidad es el reparto de beneficios, aunque en ellos se incluyan cantidades a las que no correspondería tal calificación (STS 83/2009, de 19 de febrero). (**STS 1230/2023, de 18 de septiembre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.-Los demandados firmaron un documento de reconocimiento de deuda por el que se obligaban, solidariamente, al pago de una cantidad de dinero a favor de Pascual. Ese mismo día, Valentina, nuera y esposa de los dos demandados, respectivamente, compró un piso a una sociedad mercantil.

La cantidad que constaba en el documento de reconocimiento de deuda es la diferencia entre el precio que se hizo constar en la escritura de venta celebrada por Valentina y la contraprestación dineraria real que habían pactado las partes.

El reconocimiento de deuda fue firmado por los demandados como condición para otorgar la venta.

Pascual había sido administrador de la sociedad vendedora.

El juzgado desestimó la demanda al apreciar las excepciones de falta legitimación activa y pasiva, al ser la deuda que se reclama parte del precio no declarado de la vivienda adquirida por la esposa de uno de los codemandados. En concreto, la diferencia entre la hipoteca y el precio real pactado de la vivienda. Por tanto, el titular del crédito reclamado es la sociedad vendedora y no el demandante, al no haberse acreditado la cesión del derecho de crédito de la sociedad vendedora a Pascual. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación al considerar que el contrato de reconocimiento de deuda es válido en cuanto que los demandados asumieron voluntariamente el pago del precio aplazado, correspondiente al contrato de compraventa sobre el inmueble vendido a la esposa y nuera, respectivamente, de los demandados. Por ello, el negocio celebrado cuenta con causa, que además se presume, al tiempo que existe una relación de proximidad y familiaridad que explica la asunción de deuda por parte de los firmantes. Aunque es cierto que el documento de reconocimiento de deuda no está suscrito por la entidad vendedora, ni por la compradora del inmueble, ello no le priva de eficacia jurídica, ni libera a los

demandados de cumplir con el compromiso asumido cuando tenían perfecta constancia de a quién debían efectuar el pago y a qué concepto respondía la deuda por ellos asumida. (*C. O. M.*)

11. Condición de consumidor en contratos B2B: independencia del contrato de fianza.—La Sala Primera reafirma su jurisprudencia sobre la condición de consumidor de quien actúa como persona física en un ámbito distinto de su actividad empresarial, pese a que su intervención se enmarque en un contrato entre profesionales. La fianza, aunque se inserte en otro contrato, debe reputarse un negocio diferenciado con sus propias partes y objeto y, por ende, si los fiadores actúan en un ámbito ajeno a su profesión o industria será de aplicación la normativa de consumo. No obstante, matiza, la finalidad de esta normativa es restablecer el equilibrio entre las partes, no la nulidad generalizada de todos los contratos.

Abusividad y oscuridad en contratos de fianza.—El Tribunal Supremo recuerda que las fianzas generales u ómnibus no son *per se* ilícitas, sino que deben examinarse *ad casum*. De un lado, en cuanto a la posibilidad de que sean abusivas por desproporcionadas (arts. 82.4.d y 88.1 TRLGDCU), apunta como criterios principales la solvencia del deudor y la correlación entre la garantía y el tipo de interés. De otro, respecto a los pactos de solidaridad y renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, razona que forman parte del objeto principal del contrato y debe valorarse si el consumidor tuvo conocimiento de su carga jurídica y económica, en función de la complejidad del pacto, su concisión y claridad. (**STS 1328/2023, de 28 de septiembre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En la póliza de crédito suscrita por una sociedad mercantil se incluyó una cláusula de afianzamiento, en virtud de la cual A y B, padres del administrador único de aquella entidad, prestaban fianza solidaria con expresa renuncia a los beneficios de excusión, orden y división. Al cierre de la cuenta corriente resultó un saldo deudor que la sociedad impagó, por lo que el banco se dirigió contra los avalistas. Estos interpusieron demanda solicitando que se declarase la nulidad de la cláusula de afianzamiento por abusiva.

El Juzgado de Primera Instancia estimó su demanda, razonando que A y B debían considerarse consumidores y que no constaba que se les hubieran explicado correctamente los riesgos de la fianza prestada y la renuncia a los beneficios relativos. Ante el recurso del banco, la Audiencia Provincial consideró que la fianza debía tratarse como un contrato separado del préstamo en que se insertó, con su propio objeto principal, y que se había superado suficientemente el control de transparencia, por lo que no procedía declarar su abusividad. A y B interpusieron recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestima.

NOTA.—En un caso próximo, sobre la posibilidad de calificar de consumidor al prestatario a efectos de un contrato de financiación pese a que la garantía prestada pertenezca a su actividad profesional, véase la STJUE de 3 de septiembre de 2015, as. C-110/2014. Esta doctrina ya había sido aplicada a los contratos de fianza en garantía de préstamos profesionales, en el sentido de que los fiado-

res pueden reputarse consumidores cuando no tuvieran participación directa ni vinculación funcional con el negocio para cuya financiación se solicitó el préstamo: SSTS 594/2017, de 7 de noviembre, 414/2018, de 3 de julio, 203/2020, de 28 de mayo, y 213/2021, de 19 de abril. (*C. C. S.*)

12. Transparencia material de las cláusulas multidivisa en préstamos hipotecarios de consumo.—El Tribunal Supremo ahonda en su jurisprudencia sobre la falta de transparencia material en préstamos multidivisa, en el sentido de que ni el conocimiento genérico de que el valor de las divisas puede fluctuar ni la mera solicitud de cambio por los consumidores implican conocimiento de la carga económica y jurídica de aquella cláusula. Reitera que el riesgo principal del que tienen que ser oportunamente informados no es solo la posibilidad de que las cuotas de amortización varíen, sino también la de que el capital prestado no disminuya pese a realizar los pagos periódicos como consecuencia de aquellas fluctuaciones.

Limitación de la facultad de arrendamiento en préstamos hipotecarios de consumo.—El Tribunal Supremo concreta su jurisprudencia sobre las cláusulas que limitan la facultad de arrendamiento por los propietarios en contratos de préstamo hipotecario. Tras repasar las sucesivas reformas de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en cuanto a las posiciones respectivas del acreedor hipotecario y del arrendatario, concluye que las cláusulas que limitan las facultades de arrendamiento no son *per se* abusivas, sino que deben ser examinadas de forma circunstanciada y, si se limitan a mantener la integridad de la garantía, deben reputarse equilibradas. (**STS 1268/2023, de 20 de septiembre;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—A y B concertaron con su banco un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda. Dos meses después, las mismas partes firmaron una nueva escritura para convertirlo en un préstamo multidivisa, después de que el banco presentase a los consumidores un informe prospectivo a treinta años que vaticinaba un importante ahorro. En la misma escritura se incluyó, además, una cláusula que limitaba las posibilidades de arrendamiento por la pareja, en el sentido de que la vivienda solo podía arrendarse por una renta anual que cubriera la responsabilidad garantizada. Pasados tres años y medio, los consumidores se dieron cuenta de que, pese a haber realizado puntualmente todos los pagos, el capital debido no solo no había disminuido, sino que había aumentado.

Consecuentemente, interpusieron contra el banco demanda de nulidad de ambas cláusulas por falta de transparencia material y abusividad. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente su demanda. Sin embargo, el banco interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Esta razonó, respecto de la cláusula multidivisa, que el hecho de haberla pactado en un momento posterior a la firma inicial del préstamo revelaba conciencia del riesgo por los consumidores y que, siendo transparente, no podía controlarse su abusividad. Respecto de la cláusula que regulaba el arrendamiento, consideró que se limitaba a trasponer la regulación del artículo 219.2 RH. Los consumidores interpusieron

recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo en cuanto a la cláusula multidivisa, no así en cuanto a las limitaciones de la facultad de arrendamiento.

NOTA.—Sobre la aplicación del control de transparencia material a cláusulas multidivisa, en el sentido de que para superarlo es preciso informar al consumidor de las posibles variaciones tanto de la cuota como del capital pendiente de amortización, véanse las SSTS 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre y 599/2018, de 31 de octubre, entre otras. En cuanto a que el conocimiento del consumidor no puede presumirse, la recentísima STS 799/2024, de 4 de junio, destaca que carecen de relevancia, a efectos del control de transparencia material, el hecho de que el consumidor ya hubiera suscrito antes otro préstamo multidivisa con la entidad, su formación universitaria como licenciado en empresariales o el hecho de haber planteado consultas al banco acerca de la referencia del Libor. (C. C. S.)

13. Transparencia de las cláusulas relativas a los intereses remuneratorios y al sistema de amortización de la «hipoteca tranquilidad».—La sentencia recurrida se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, SSTS 560/2020, de 26 de octubre y 564/2020, de 27 de octubre) respecto del préstamo hipotecario comercializado bajo el nombre de «hipoteca tranquilidad». Según la referida jurisprudencia, las cláusulas relativas a los intereses remuneratorios y al sistema de amortización de este tipo de préstamo hipotecario son transparentes por las siguientes razones: i) El funcionamiento del interés remuneratorio está claramente explicado en la documentación contractual. ii) Las cláusulas impugnadas se ordenan según su finalidad. iii) Los datos cuantitativos del tipo fijo inicial y los diferenciales aparecen destacados tipográficamente, al igual que el número de cuotas de amortización. iv) Las reglas sobre la amortización del préstamo están claramente fijadas, sin redacciones ambiguas u oscuras, ni remisiones a cláusulas distintas, ni anexos u otros documentos. v) La regulación contractual sobre los intereses ordinarios es clara. vi) Dada la ausencia de cláusula suelo, no tiene sentido exigir al prestamista información sobre previsibles comportamientos de los índices de referencia o el coste comparativo de otros productos para asegurar esa variabilidad, ni la expresa indicación del carácter esencial de una cláusula limitativa que no existe. vii) Finalmente, el hecho de pagar más intereses durante las primeras cuotas es coherente con la propia naturaleza del préstamo de amortización periódica, pues los intereses ordinarios no son otra cosa que la retribución por la utilización de la suma prestada y, en consecuencia, se calculan sobre la base del capital pendiente de pago, más alto en las primeras cuotas e inversamente más bajo en las últimas, en las que, por ello, desciende correlativamente la parte de la cuota destinada a intereses y aumenta la dedicada a la amortización del capital. (**STS 1276/2023, de 20 de septiembre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La Asociación de Consumidores Auge, actuando en interés de su socio Baldomero, interpuso una demanda contra Banco Santander en la que solicitó que se declarara la nulidad de varias cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado

entre Baldomero y Banesto, posteriormente absorbido por Banco Santander.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de la cláusula que atribuía al prestatario el pago de una serie de gastos e impuestos, así como la de la cláusula que establecía el interés de demora, y desestimó las demás pretensiones de la demanda.

Auge apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

Auge ha interpuesto un recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

14. Transparencia de las cláusulas «multidivisa» de un préstamo hipotecario.—Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que, en un préstamo multidivisa, lo relevante es que el prestatario fuera debidamente informado del riesgo principal de este tipo de contratos, que es que el cumplimiento de los sucesivos plazos de amortización no supone que la equivalencia en euros del capital prestado vaya disminuyendo, sino que incluso puede suceder lo contrario. También son múltiples las sentencias que han tratado la información precontractual ofrecida a los prestatarios en préstamos idénticos al presente, por tratarse de la misma entidad prestamista y del mismo documento explicativo (por todas, SSTS 613/2022, de 20 de septiembre y 418/2023, de 28 de marzo). En ellas se afirma que la documentación —el denominado documento de primera disposición— informaba a los prestatarios, con ejemplos y explicaciones fáciles de entender, de que: i) la apreciación de la divisa en la que han contratado el préstamo implica un incremento en la cuota y en el capital pendiente de amortizar; ii) el contravalor en euros del capital pendiente puede superar el contravalor inicial del préstamo, situación que se describe en el cuadro con las simulaciones; iii) en caso de optar el prestatario por un cambio de divisa, el riesgo sobre el capital vivo se materializa, es decir, habrá que estar al capital pendiente en euros en el momento en que se realiza el cambio, al igual que ocurre en el caso de amortización anticipada. En el presente caso, el documento en cuestión fue remitido al prestatario con seis días de antelación y el hecho de que lo devolviera firmado por fax a los cinco minutos de recibirla no quiere decir que no pudiera tenerlo en cuenta, puesto que esa devolución simplemente significó un acuse de recibo y lo relevante es que dispuso de la información sobre los riesgos, en los términos antes expresados, con tiempo suficiente anterior a la prestación del consentimiento, que se hizo mediante la firma de la escritura pública. Por tales razones, la sentencia recurrida se opone a la citada jurisprudencia. (**STS 1304/2023, de 26 de septiembre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Álvaro y Delfina concertaron un préstamo hipotecario multidivisa con Bankinter S.A., por importe de 350 000 euros, que debía devolverse en su equivalente en la divisa pactada.

Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron, entre otras pretensiones, que se declarase la nulidad de las cláusulas multidivisa por falta de transparencia, con la consecuencia de que el préstamo se dejara de referenciar en la divisa extranjera con efectos retroactivos y se

aplicara el contravalor en euros y el interés a Euribor más el diferencial pactado.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda en lo relativo a las cláusulas multidivisa, por considerar que la entidad prestamista no había ofrecido información suficiente a los prestatarios sobre los riesgos de la fluctuación de la divisa.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la entidad prestamista al considerar que el denominado documento de primera disposición que la prestamista había entregado a los prestatarios no era suficiente para que estos fueran conscientes del riesgo que implicaba que la fluctuación de la moneda pudiera traducirse en un incremento del capital pendiente.

Bankinter ha interpuesto un recurso de casación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

15. Falta de legitimación del banco respecto de la demanda de abusividad de una cláusula incluida en un contrato de compraventa de vivienda en la que dicho banco no fue parte.—La cuestión jurídica planteada en el recurso de casación ha sido ya resuelta por las SSTS 303/2020, de 15 de junio, y 314/2020, de 17 de junio. En tales resoluciones, dictadas en casos, como el presente, en que en la escritura pública donde se incluyó la cláusula cuya nulidad se pretende no intervino el acreedor hipotecario, se declaró que el pacto de subrogación en la obligación garantizada por la hipoteca, como forma de pago de parte del precio de la compraventa entre vendedor y comprador, no presupone ni determina por sí mismo la condición de parte en dicho contrato del acreedor hipotecario. En el presente caso, según resulta de la base fáctica fijada en la instancia, el banco acreedor pactó con la promotora, en el marco de la financiación de la promoción, un préstamo hipotecario en el que posteriormente se subrogarían los compradores de las viviendas. Por ello, una cosa es la legitimación activa del comprador, tras la novación subjetiva del deudor del préstamo hipotecario, para impugnar, en su caso, cláusulas del contrato de préstamo del que ha devenido parte en virtud de la novación, y otra distinta la pretensión de declarar la legitimación pasiva del banco acreedor en el contrato de compraventa con el referido pacto de subrogación entre comprador y vendedor, del que aquel no ha sido parte. (**STS 1514/2023, de 31 de octubre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Elena suscribió con un promotor inmobiliario una escritura de compraventa de vivienda con subrogación de hipoteca, en la que se incluyó una cláusula que atribuía el pago de los gastos y tributos derivados del préstamo a la compradora.

Elena formuló una demanda contra Bankia S.A., en la que solicitaba la declaración de nulidad por abusiva de la citada cláusula y la devolución de los pagos efectuados como consecuencia de su aplicación, con los intereses legales desde la fecha de tales pagos.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar que la entidad bancaria demandada no había sido parte en el contrato en que se había incluido la cláusula litigiosa.

Recurrida la sentencia por la demandante, su recurso de apelación fue desestimado, confirmado la Audiencia Provincial la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada.

La demandante ha formulado un recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

16. Contrato de préstamo. Cláusula de vencimiento anticipado.

Validez.—La jurisprudencia no niega validez general a la cláusula de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento y sin que pueda quedar al arbitrio del prestamista en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 CC. En consecuencia, la posible abusividad puede provenir de los términos en que la condición general predisposta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, *per se*, ilícita.

Resolución unilateral del contrato por existencia de falsedad, ocultación o inexactitud en los datos. Se trata de una estipulación que otorga al banco prestamista la facultad de resolución unilateral del contrato en caso de que compruebe la existencia de falsedad, ocultación o inexactitud en los datos o documentos facilitados por el prestatario, para la formalización del contrato de préstamo o el mantenimiento de su vigencia. La validez de esta condición general de la contratación debe examinarse en el contexto del otorgamiento responsable de los créditos con consumidores, que impone, entre otros factores, que las entidades financieras atiendan en la concesión de los créditos hipotecarios preferentemente a la solvencia del deudor y no exclusivamente al valor esperado de la garantía real. Por lo que, según su redacción, esta cláusula puede considerarse como una causa de resolución proporcional y adecuada si el prestatario ha falseado la información solicitada por el banco para evaluar su solvencia. Cosa distinta, como ocurre con otras cláusulas que prevén el vencimiento anticipado, es que una vez ejercitada la facultad en ella conferida pueda ser objeto de control judicial en cuanto a la corrección y justificación de su ejercicio, en relación con el artículo 1256 CC. Pero ello depende de la activación de la cláusula, no de su enunciado, y de las circunstancias concretas en que se ejercita. (**STS 1498/2023, de 27 de octubre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.— La representación procesal de la asociación A, así como de sus asociados don A. y doña R. interpuso demanda contra la entidad financiera B., S.A. en la que solicitaba la nulidad por abusivas de varias cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario suscrito por sus asociados con B., S.A., destacando la cláusula de vencimiento anticipado, concretamente la resolución del contrato, con la posibilidad de exigir inmediatamente todo el capital pendiente de vencimiento, bajo la redacción: «La comprobación de falsedad, ocultación o inexactitud en los datos o documentos facilitados a B. por el prestatario, para la formalización de esta operación». El Juzgado de Primera Instancia núm. 63 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, en el sentido de declarar la nulidad por abusividad del clausulado multidivisa incluido en el contrato de préstamo hipotecario multidivisa suscrito entre B., S.A. y los actores, y como efectos de esta declaración de nulidad se

declara la vigencia del contrato de préstamo en todo lo que no afecte a las cláusulas multididivisa, así como que el principal del préstamo debe entenderse referenciado a euros desde la entrada en vigor del contrato, que el tipo de interés del préstamo hipotecario será el referenciado en el contrato para el supuesto de préstamo en euros y que se determinará por el Euribor más el diferencial previsto en la propia escritura con el tipo nominal inicial que se fijaba en el mismo, condenando a la entidad financiera demandada a recalcular el importe pendiente de amortizar a través de un cuadro de amortización en euros, al tipo de interés más el diferencial previsto en el contrato, devolviendo en su caso a los prestatarios las cantidades que hubieran pagado en exceso como consecuencia de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de B., S.A., e impugnada por los actores de la demanda, la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso interpuesto por B., S.A. y estimó parcialmente la impugnación formulada por la asociación A. contra la sentencia citada, la cual confirmó en todos sus pronunciamientos, con la salvedad de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, que ha de declararse en toda la extensión de la cláusula, y en relación con los intereses, devengándose los legales devengados por las respectivas prestaciones restituibles. Condenó a la apelante B., S.A. al pago de las devengadas por el recurso de apelación interpuesto, sin que proceda expreso pronunciamiento en relación con las devengadas por la impugnación de la sentencia formulada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

17. Acción directa del artículo 76 LCS frente a compañía aseguradora de la Administración.—La víctima cuenta con dos acciones para el resarcimiento del daño sufrido: una frente al asegurado, causante del daño, que nace del hecho ilícito, y otra frente al asegurador proveniente de ese mismo hecho, sometida al régimen especial del artículo 76 LCS (SSTS 200/2015, de 17 abril y 321/2019, de 5 junio, entre otras). La víctima puede ejercitarlas conjuntamente o bien de modo independiente. Si se opta por demandar únicamente a la compañía de seguros su condena dependerá de la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración, que deberá acreditarse en el proceso civil bajo los parámetros propios del derecho administrativo (SSTS 579/2019, de 5 noviembre y 201/2020, de 5 octubre, entre otras).

Responsabilidad por falta de consentimiento informado.—El consentimiento informado es presupuesto y elemento integrante de la *lex artis ad hoc* (SSTS 948/2011, de 16 enero de 2012; 680/2023, de 8 mayo; STEDH de 8 marzo de 2022, R.J. contra España; y STC 37/2011, de 28 marzo, entre otras muchas). Por ello, el advenimiento de un riesgo típico no informado constituye fuente de responsabilidad civil.

Innecesaria reclamación administrativa previa: consecuencias en torno a los deberes de comprobación de la existencia del siniestro y de su liquidación (art. 18 LCS).—Cuando la víctima ejerce únicamente la acción directa en la vía civil, no es preciso realizar una previa reclamación adminis-

trativa frente a la Administración. Por ello, la compañía aseguradora no puede esperar a que la responsabilidad de la asegurada se reconozca en el expediente administrativo y deberá abrir expediente para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, proceder a la liquidación.

Intereses del artículo 20 LCS: procedencia e inexistencia de causa justificada.—Los intereses del artículo 20 LCS poseen un carácter marcadamente sancionador que se traduce en la interpretación restrictiva de las causas de exoneración del deber de indemnizar (SSTS 556/2019, de 22 octubre; 503/2020, de 5 octubre; y 96/2021, de 23 febrero, entre otras). Por ello, la simple pendencia de un proceso no puede constituir, por sí sola, causa justificativa para no imponer los intereses moratorios, pues entonces las compañías no liquidarían los siniestros hasta que se promovieran las acciones judiciales contra ellas, frustrando la finalidad del artículo 20 LCS. Sí lo será cuando la judicialización se encuentra fundada en razones convincentes que avalen que la compañía sea reticente a indemnizar (SSTS 503/2020, de 5 octubre y 563/2021, de 26 julio). En consonancia con ello, solo concurre la causa justificativa del artículo 20.8 LCS, cuando la resolución judicial sea imprescindible para determinar la realidad del siniestro o su cobertura (SSTS 252/2018, de 10 octubre; 503/2020, de 5 octubre; y 536/2021, de 26 julio, entre otras). Tampoco constituye causa justificada las diferencias en cuanto al importe de la indemnización (STS 110/2021, de 2 marzo).

Día inicial del cómputo de los intereses moratorios (art. 20.6 LCS).—La fecha inicial de devengo de los intereses es la del siniestro (art. 20.6 LCS), pero de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, esta regla presenta dos excepciones: la primera, referida al tomador, al asegurado o beneficiario, implica que si no han cumplido el deber de comunicar el siniestro en el plazo fijado en la póliza o en la ley, el término inicial será el de la comunicación, y la segunda, referida al tercero perjudicado o sus herederos, determina que excepcionalmente será término inicial la fecha de dicha reclamación o del ejercicio de la acción directa, cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro antes (STS 556/2019, de 22 octubre). (**STS 1322/2023, de 27 de septiembre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La víctima de unos daños sufridos por una intervención en un centro médico integrado en la sanidad pública interpuso demanda frente a la compañía de seguros solicitando una indemnización por falta de consentimiento informado sobre los riesgos típicos que aquella suponía. Antes había formulado reclamaciones extrajudiciales dirigidas directamente con la compañía, que no demostró que el centro médico no le hubiera comunicado el siniestro. En primera instancia se desestimó la demanda, pronunciamiento que sería revocado por la Audiencia, que apreció responsabilidad por falta de consentimiento informado, pero sin condenar a los intereses del artículo 20 LCS. El actor interpuso recurso de casación que fue estimado, imponiendo el pago de dichos intereses desde la fecha del siniestro. (*F. S. N.*)

18. Aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos a las lesiones corporales sufridas por el titular de un bar a causa de la explosión de una botella.—El artículo 9.a) de la Directiva

85/374/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, considera como daños indemnizables «los daños causados por muerte o lesiones corporales». No exige que la víctima sea un consumidor. De ahí que en el artículo 3 TRLGDCU, al definir el concepto general de consumidor y de usuario, establezca que, «a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». En consecuencia, el concepto de consumidor que define el artículo 3 TRLGDCU no es aplicable al régimen de responsabilidad por productos defectuosos contenido en el Libro III del mismo texto refundido, que contiene su propia definición del ámbito de aplicación al establecer cuáles son los daños que se indemnizan con arreglo al régimen de responsabilidad que establece de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 85/374/CEE. En consecuencia, es correcta la aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos a los perjuicios derivados de las lesiones sufridas por el titular de un bar con ocasión de la explosión de una botella de cerveza, y al entenderlo así, la sentencia recurrida es correcta y el recurso de casación debe desestimarse. (**STS 1516/2023, de 2 de noviembre;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Juan María interpone una demanda contra Damm S. A. y AIG Europe Limited, a las que reclama una indemnización de 152 877,12 euros, al amparo de los artículos 135 ss. TRLGDCU.

Explica que es titular y explota un bar, y que el día 5 de agosto de 2015 una de las botellas de *Voll Damm* 1/3, que le acababan de suministrar y que se encontraba todavía dentro de la caja de plástico de transporte, explotó. Uno de los cristales impactó en el ojo del demandante, lo que le causó graves lesiones que le han provocado la pérdida total del globo ocular, que le han tenido que extirpar. Solicita la condena solidaria de las demandadas.

La sentencia del juzgado desestima la demanda, ya que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, que establece una responsabilidad objetiva, solo se aplica al consumidor y considera que por ello en el caso debe estarse al régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, basado en la culpa.

Recurre en apelación Juan María y la Audiencia estima el recurso y estima la demanda, condenando a abonar a las demandadas por los daños que considera acreditados por importe de 127 927,12 euros.

Las demandadas interponen recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

19. Accidente de circulación.— Gastos sanitarios indemnizables de acuerdo con la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; exclusión de los devengados con posterioridad a la sanación o consolidación de secuelas.—A partir de la entrada en vigor de la Ley 21/2007, de 11 de julio, que modifica el número 6 del aparta-

do primero del anexo de la LRCSV, y respecto de los siniestros ocurridos durante su vigencia, solo son indemnizables los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas. Por tanto, se excluyen los gastos que se encuentren más allá del límite temporal determinado por la sanación o consolidación de las secuelas (SSTS 786/2011, de 22 noviembre; 383/2011, de 8 julio; 931/2011, de 29 diciembre; y 642/2014, 6 de noviembre, citadas por la STS 13/2017, de 13 enero). (**STS 1226/2023, de 14 de septiembre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.-La víctima de un accidente de circulación, sufrido en 2008, reclamó al Consorcio de Compensación de Seguros el pago de un tratamiento que venía recibiendo desde el alta médica y que evitaba que no sufriese un progresivo deterioro de sus funciones motoras y psíquicas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda atendiendo a la fecha del siniestro y a la redacción del apartado 1.6 del anexo de la LRCSV. La Audiencia acogió el recurso de la actora porque en el informe médico quedó constatada la necesidad de futuros tratamientos y, por tanto, se trataba de un daño sobrevenido. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación.

NOTA.-Como señala la sentencia extractada, la reforma introducida por la Ley 21/2007, de 11 de julio, no fue afortunada, siendo por ello modificada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que, acogiendo el principio de la total indemnidad del perjudicado, estableció que esta debe conllevar la indemnización por los gastos médicos invertidos en la curación o rehabilitación de las heridas y secuelas sin el límite temporal de la sanación o consolidación de las secuelas. (*F. S. N.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

20. Propiedad de terrenos privados inscritos en el Registro de la propiedad enclavados en zona marítimo terrestre de la fecha de la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988.-El Alto Tribunal, tras realizar un análisis exhaustivo del marco normativo aplicable partiendo del régimen legal anterior a la actual Ley 22/1988 de Costas y haciendo hincapié en la disposición transitoria primera de la citada ley y su relación con el artículo 132 CE, declarara que la comunidad de propietarios actora adquirió, antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988, derechos de propiedad privada sobre los terrenos litigiosos. Además, entiende el Tribunal Supremo que, en virtud del nuevo régimen legal, esos terrenos han pasado a tener la condición de demaniales, sin perjuicio de la transformación en concesión y demás efectos prevenidos en la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, a determinar por la vía administrativa y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en su caso (STS 683/2001, de 9 de julio). Por todo ello, determina que de conformidad con lo previsto en la DT 1.^a, apartado 1, de la citada Ley de Costas de 1988, en aplicación de la doctrina contenida en la STC 149/1991, de 4 de julio, conforme a la cual «la conversión del título que faculta para la

ocupación y aprovechamiento del dominio público es, simultáneamente un acto de privación de derechos y una compensación por tal privación». (**STS 1134/2023, de 11 de julio**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En el presente caso el Tribunal Supremo resuelve el conflicto entre la comunidad de propietarios de una urbanización y la Administración General del Estado, a través de la Dirección General de Costas de Cantabria, sobre la propiedad de ciertos terrenos. Dichos terrenos fueron originalmente propiedad de la Junta Vecinal de Somo, con inscripciones registrales realizadas en 1964 y 1967 que confirmaban su propiedad privada tras la realización de un deslinde que definió los límites de la zona marítimo-terrestre. En 1985, se aprobó un nuevo deslinde que afectó a estos terrenos, pero la comunidad demandante cuestiona la validez de esta inclusión en el dominio público. A lo largo de los años, estos terrenos fueron objeto de varias compraventas, especialmente a partir de 1972, cuando se segregaron en varias fincas registrales. La última compraventa importante fue realizada por la Constructora Astillera, S.A. (COASA) en 1984, quien obtuvo la licencia para la construcción de la urbanización. En 2006, un nuevo deslinde estableció que los terrenos estaban dentro del dominio público costero, lo cual fue impugnado por la comunidad demandante. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 2011 validó dicho deslinde y el recurso de casación interpuesto fue desestimado por el Tribunal Supremo en 2013. La comunidad de propietarios interpuso una demanda civil solicitando que se declarase que los terrenos eran de propiedad privada antes de la Ley de Costas de 1988 y el último deslinde de 2006. La Administración, por su parte, planteó la excepción de cosa juzgada debido a las resoluciones previas sobre el deslinde.

El juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda en lo relativo a la declaración de que la Administración demandada no había ejercitado ninguna acción civil reivindicatoria frente a los titulares de la comunidad de propietarios demandante.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la comunidad, concluyendo que los terrenos tenían la condición de dominio público marítimo-terrestre, conforme a la Ley de Costas, y que no existía sentencia firme que desvirtuara esta condición.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los propietarios, anula y casa la sentencia recurrida, y estima íntegramente la demanda. (*M. Z. Z.*)

21. Propiedad horizontal e interdicto de obra nueva.—El Tribunal Supremo, tras aludir a la doctrina jurisprudencial sobre los artículos 441 y 446 CC, a las condiciones y requisitos que deben darse para poder apreciar la suspensión de una obra nueva y a la finalidad de dicha tutela sumaria (SSTS 149/2022, de 28 de febrero, y 16/2023, de 16 de enero) estima que procede la aplicación del interdicto de obra nueva. Considera que en el caso de autos se pretendía la ejecución de una obra nueva en una cosa común por uno de los

coposeedores, que altera una situación fáctica consolidada sin contar con la autorización de los demás y con mutación del estado de cosas anteriormente existente. Ello es así pues la obra litigiosa iniciada afecta a la fachada del edificio, que es un elemento común, y altera su configuración, ya que una ventana se ha transformado en una puerta de considerables dimensiones al pretender convertir un local en un garaje. (**STS 1428/2023, de 17 de octubre; no ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El presidente de una comunidad de propietarios actuando, igualmente, a título personal, en beneficio de la comunidad y como comunero, interpuso una demanda de juicio verbal en la que ejercitó una acción de suspensión de obra nueva contra Simón. En la demanda se afirma que «el demandado ha iniciado la construcción para adecuar su local comercial a garaje sin solicitar la oportuna autorización previa a la comunidad de propietarios, obra que implica la eliminación, la invasión (sic) de elementos comunes del inmueble»; que «la obra que está ejecutando el demandado supone (sic) la apertura de un hueco en la fachada, con rompimiento de esta, lo que implica la alteración de su configuración, afectando a la estructura o fábrica del edificio, a la configuración exterior de edificio y por tanto, a sus elementos comunes», y que «la obra litigiosa no está terminada y tampoco está amparada por un acuerdo comunitario».

El demandado se opuso a la demanda, pero el Juzgado de Primera Instancia la estimó y le impuso las costas.

El demandado interpuso un recurso de apelación en el que impugnó la sentencia de primera instancia por infracción de los artículos 7.9 y 17 LPH y 217 y 319 LEC, y alegó error en la apreciación de la prueba y aplicación indebida del derecho. Formuló cuatro motivos de apelación y en el tercero de ellos, que dedicó a los requisitos de la acción de suspensión de obra nueva (según sostiene: que se trate de una obra nueva; que no lesione o perjudique la propiedad, posesión o un derecho real ajeno, y que la obra no se encuentre terminada), negó que concurriera el segundo de ellos. La Audiencia Provincial desestimó el recurso del demandado, confirmó la sentencia impugnada y le impuso las costas de la segunda instancia. El demandado apelante formuló un «recurso de aclaración» en el que solicitó el complemento de la sentencia al considerar que la Audiencia Provincial no se había pronunciado sobre el tercer motivo de apelación. La Audiencia declaró no haber lugar al complemento solicitado.

El demandado-apelante (ahora recurrente) ha interpuesto un recurso de casación y un recurso extraordinario por infracción procesal, a los que la comunidad demandante-apelada (ahora recurrida) se ha opuesto, solicitando su desestimación. Ambos recursos son desestimados por el Alto Tribunal y confirma la sentencia recurrida, que ratificó la suspensión de obra nueva acordada en su día. (*M. Z. Z.*)

22. Procedimiento de desahucio por precario. Lanzamiento de deudor hipotecario. Intereses en el juicio de ejecución hipotecaria. Situación de vulnerabilidad.—El Tribunal Supremo señala que el juicio verbal de precario no es el procedimiento adecuado para solicitar el lanzamiento

en casos relacionados con la ejecución hipotecaria, en virtud de que el título para solicitar el lanzamiento proviene directamente del procedimiento de ejecución hipotecaria según lo establecido en el artículo 675 LEC. Por otro lado, sostiene que el recurso de precario no puede ser utilizado para evitar la aplicación de los derechos de protección que consagra la Ley 1/2013. (**STS 1518/2023, de 6 de noviembre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En primera instancia, Aliseda, S.A.U. interpuso una demanda de desahucio por precario contra los ocupantes desconocidos de una vivienda en Algeciras, argumentando que se encontraban en situación de precario sin título alguno ni contraprestación alguna. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, ordenando el desahucio de la vivienda. Uno de los ocupantes alegó su situación de vulnerabilidad y que la Ley 1/2013 protegía su derecho al mantenimiento en el uso de la vivienda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la decisión de la primera instancia.

El Tribunal Supremo analizó el caso y concluyó que la vía del juicio verbal de precario no era procedente, ya que el procedimiento no puede ser utilizado como un mecanismo para eludir la protección que establece la normativa especial para personas en situación de vulnerabilidad. Por ello, el recurso fue estimado, se casó la sentencia de la Audiencia Provincial y se desestimó la demanda interpuesta. (N. M. S.)

23. Registro de la propiedad. Calificación del Registrador de la propiedad.—El Tribunal Supremo entiende que el tenor de los artículos 18 y 100 LH establece que es responsabilidad del Registrador de la Propiedad calificar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud de solicita la inscripción. También, que le corresponde calificar la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales (STS 625/2017, de 21 de noviembre). No obstante, apunta el Alto Tribunal que esta función calificadora no permite al Registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento, por lo que no puede emitir juicio sobre su procedencia. También sostiene el Tribunal Supremo que, aunque el artículo 40 LH prescribe que «en los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho», debe integrarse con las medidas previstas en el artículo 201.3 LH, que exigían además la citación de aquél de quien procedan los bienes (o a sus causahabientes, si fueren conocidos) y la convocatoria por edictos de «las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada». (**STS 1283/2023, de 21 de septiembre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La demandante interpuso dos demandas de juicio verbal (núm. 79/2016 y núm. 80/2016) de impugnación de calificación registral desfavorable ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 100 de Madrid, contra dos registradores de la propiedad, a fin de que se dictase sentencia por la que se declarara improcedente la

calificación negativa que estos efectúan, en cuanto deniega la inscripción de la titularidad del inmueble a favor de la mandante por no haber demandado «a todos los adquirentes intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante». En el presente caso, lo que se presentó al Registro fueron sendos mandamientos judiciales que ordenaban la inscripción de la titularidad dominical de la demandante sobre dos fincas. Estos mandamientos fueron dictados en ejecución de un procedimiento de rectificación de las inscripciones registrales en las que aparecía como propietario de ambas fincas el Banco de la Unión, instándose el procedimiento al amparo del artículo 40 LH.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y declara improcedente la calificación negativa de ambos registradores, en cuanto deniegan la inscripción de titularidad del inmueble, condenando a los demandados a estar y pasar por la precedente declaración, debiendo proceder a la inscripción de titularidad de ambos inmuebles en favor de la actora, con expresa imposición a ambas partes demandadas de las costas causadas a la parte actora.

La Audiencia Provincial de Madrid, estima el recurso de apelación interpuesto por los registradores demandados contra la sentencia del juzgado.

La demandante interpone recurso de casación, que es desestimado por el Alto Tribunal. (*M. Z. Z.*)

24. Responsabilidad civil del registrador de la propiedad.—El Alto Tribunal considera que una obligación profesional específica de los registradores de la propiedad es comprobar que coincide la identidad de los otorgantes con respecto a los titulares registrales. Subraya que compete al registrador comprobar que el mandamiento de embargo se dirigía contra la persona que figuraba como ejecutado y que este era el titular registral de dicha finca. Estima que en este supuesto el registrador incurrió en una falta de diligencia profesional, lo que conllevó que el auténtico titular registral perdiera la protección jurídica que le dispensa el Registro. (**STS 1488/2023, de 24 de octubre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spielberg.]

HECHOS.—En el presente caso el Tribunal Supremo analiza un caso en el que se solicita que se declare la nulidad de un asiento registral, que provocó la incorporación de datos personales erróneos en el titular de la mitad indivisa de una finca registral, que resultó embargada y posteriormente adjudicada en subasta a un tercero protegido por la fe pública registral. La parte actora interpone demanda en juicio ordinario para que el Juzgado de primera instancia declare, en primer lugar, la nulidad del asiento registral que provocó la incorporación de datos personales erróneos en el titular de una mitad indivisa de la finca y la nulidad y cancelación de todas las inscripciones y asientos posteriores a la misma con apoyo en dichos datos erróneos que se contradigan con el dominio único y exclusivo de una mitad indivisa del actor, en segundo lugar, que se declare el dominio de la mitad indivisa de dicha finca a favor del demandante y ordene lo necesario para que así

conste en el Registro de la Propiedad, condenando a los demandados que estén en posesión de la finca a hacer entrega de la misma al actor, en tercer lugar, que se condene a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y se expidan los correspondientes mandamientos al Registro de la Propiedad a fin de hacer efectivos y públicos los pronunciamientos. Por último, de forma subsidiaria en caso de que no se acojan tales pretensiones, que se declare la responsabilidad civil de Fulgencio, registrador de la propiedad del Registro núm. 2 de Estepona y se le condene a pagar al actor la cantidad en que sea valorada la mitad indivisa de la finca más los intereses correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción subsidiaria dirigida contra el registrador, al que condenó a abonar al demandante la suma en la que fue valorada la mitad indivisa de la finca registral titularidad de este, embargada y adjudicada a un tercero.

La Audiencia Provincial de Málaga estima el recurso de apelación y revoca parcialmente la sentencia del juzgado de primera instancia.-

El Alto Tribunal desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandante y estima el recurso de casación, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado de Primera Instancia. (M. Z. Z.)

DERECHO DE FAMILIA

25. La indemnización del artículo 1438 CC. Fundamento y requisitos.—La compensación por el trabajo doméstico se justifica en aquellos regímenes económicos matrimoniales donde no hay una comunicación patrimonial entre los cónyuges (como en la separación de bienes). En estos casos, si uno de los miembros del matrimonio se dedica en exclusiva al cuidado del hogar, puede surgir un desequilibrio económico que lo haga merecedor de una compensación al momento de disolución del régimen económico matrimonial.

De este modo, el trabajo para el hogar no solo es una forma de contribución a las cargas del matrimonio, sino que también constituye un título para obtener una compensación (STS 534/2011, de 14 de julio; 16/2014, de 31 de enero; 135/2015, de 26 de marzo, entre otras). Basta el dato objetivo de la dedicación exclusiva al cuidado del hogar para que surja el derecho a la compensación (STS 16/2014, de 31 de enero).

El derecho a obtener esta compensación requiere que uno de los cónyuges haya contribuido a las cargas del matrimonio únicamente con el trabajo realizado para la casa con una dedicación exclusiva (por lo que no puede concederse cuando el trabajo doméstico se haya compaginado con otro trabajo fuera del hogar, salvo que se trate de negocios familiares o actividades profesionales en condiciones laborales precarias) pero no necesariamente excluyente (la colaboración ocasional del otro cónyuge o la ayuda externa no obstante para que nazca la compensación). Tampoco es necesario que el otro cónyuge haya experimentado un incremento patrimonial como consecuencia de esta dedicación al hogar.

La indemnización del artículo 1438 CC. Cálculo de su cuantía.—El Tribunal Supremo considera que una posible forma de calcular la indemnización es tomar como referencia el equivalente al salario mínimo interprofesional. Sin embargo, advierte que esta medida puede resultar insuficiente, ya que no contempla los beneficios laborales propios de los trabajadores asalariados y pasa por alto la cualificación profesional de la persona beneficiada (SSTS 534/2011, de 14 de julio; 614/2015, de 25 de noviembre y 300/2016, de 5 de mayo, entre otras).

Inadmisión de la renuncia tácita o presunta a la indemnización del artículo 1438 CC.—El precepto establece que el derecho a la compensación contemplada en el mismo se fijará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen económico matrimonial que se produce con la sentencia de divorcio. La falta de pacto sobre este extremo en el convenio regulador de la separación de hecho no debe interpretarse como equivalente a una renuncia de la percepción de la indemnización regulada en el artículo 1438 CC, que deberá ser expresa, clara y precisa.

Por otro lado, recuerda el Tribunal Supremo que la doctrina de los actos propios señala que estos deben ser inequívocos en el sentido de crear, definir, modificar o extinguir una situación jurídica (SSTS 300/2022, de 7 de abril; 578/2022, de 26 de julio, y 338/2023, de 1 de marzo). El Tribunal Supremo fundamenta esta doctrina en la protección de la confianza y en el principio de buena fe y señala que solo es aplicable cuando las acciones realizadas contradicen una situación o relación jurídica preexistente que no podía ser modificada unilateralmente por quien tenía la obligación de respetarla. La firma del convenio extrajudicial regulador de la separación de hecho en el que no se menciona la indemnización del artículo 1438 CC no puede generar en el exconviviente la confianza de que la otra parte está renunciando a la misma. (**STS 1423/2023, de 17 de octubre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Melisa interpuso demanda de divorcio contra Luis Francisco, con quien estaba casada en absoluta separación de bienes. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que se decretó el divorcio de los litigantes y, entre otras medidas, se fijó a favor de la demandante, en concepto de indemnización del artículo 1438 CC, la cantidad de 100 000 euros dada su dedicación al cuidado de la familia e hijas comunes.

Luis Francisco recurrió esta resolución en apelación, cuestionando la procedencia de la mencionada compensación y, en su caso, la cuantía de la indemnización. La Audiencia Provincial rebajó el importe de la indemnización a 50 000 euros y razonó que el hecho de que el convenio regulador suscrito por los litigantes no previera compensación alguna por trabajo para el hogar no implicaba la renuncia, por parte de la esposa, a la indemnización del artículo 1438 CC.

Contra esta sentencia Luis Francisco interpuso recurso de casación argumentando la infracción del artículo 1438 CC así como de la doctrina del Tribunal Supremo al respecto. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (M. S. G.)

26. Pautas para la liquidación y división del régimen económico matrimonial.—El artículo 1061 CC establece la igualdad, en el supuesto de que sea posible, en la realización de los lotes destinados a la liquidación del régimen económico matrimonial. Cuando no se respeta el criterio de igualdad concurre una causa de nulidad, puesto que se vulnera lo preceptuado en la ley. La partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada. Sin embargo, no se trata de una igualdad matemática o absoluta, sino de una igualdad cualitativa. Asimismo, la norma tiene un carácter orientativo y está dotada de un grado de imperatividad solo relativo.

La interpretación jurisprudencial flexible de los criterios recogidos tanto en el artículo 1061 CC como en el artículo 1062 CC, cuya aplicación está en función de la entidad objetiva de los bienes que se van a dividir en cada caso, ha permitido entender que el pago con bienes de distinta naturaleza no supone necesariamente infracción del artículo 1061 CC. Es decir, el artículo 1061 CC no impone la igualdad matemática o absoluta mediante la asignación a cada una de las partes de una participación en los diferentes bienes, ya que la igualdad en la distribución es exigible en cuanto sea posible por ser bienes fácilmente divisibles que no desmerezcan con la división o cuando esta no resulte perjudicial.

La posibilidad de realizar adjudicaciones de bienes con compensación en metálico del exceso es algo admitido. Esto es así incluso en el ámbito de la liquidación de gananciales, donde se adopta una posición crítica frente a la adjudicación de la vivienda familiar en propiedad a uno de los esposos, con abono en metálico al otro, cuando lo ha sido contra su voluntad, por ser factible su venta y el reparto del dinero entre los dos.

En definitiva, ordenar la subasta pública de todos los bienes consorciales en lugar de atender a la formación de lotes con todos los bienes del inventario y su adjudicación con compensación por el exceso no encuentra apoyo en el marco legal vigente de la liquidación del régimen económico matrimonial. Una decisión de este tipo se aparta de la actual tendencia legislativa a huir de la subasta en la medida en que sea posible. (**STS 1490/2023, de 24 de octubre;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia designa un contador partidor para liquidar el régimen económico matrimonial (consorcio aragonés) entre Rubén y Marina. Una vez formalizadas las operaciones divisorias, se confiere traslado a las partes, quienes formulan oposición. Se acuerda convocarlas para la celebración de la vista oral. La sentencia desestima la oposición formulada por Marina, de modo que se aprueba el cuaderno particional.

Marina recurre en apelación. Impugna la aprobación del cuaderno particional elaborado por la contadora partidora y que no se haya atendido a su petición de venta en pública subasta del patrimonio consorcial. El recurso es estimado, de modo que no se aprueba el cuaderno particional. Se acuerda que el patrimonio consorcial sea vendido en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y que, una vez satisfecho el pasivo consorcial y los gastos necesarios para llevar a cabo la subasta, el importe neto resultante se reparta a partes iguales entre los excónyuges.

Rubén interpone recurso de casación. El recurso es estimado dado que la decisión de la Audiencia de ordenar la subasta pública

de todos los bienes consorciales en lugar de atender a la formación de lotes con todos los bienes del inventario y su adjudicación con compensación por el exceso (tal y como hizo el juzgado) no encuentra apoyo en el marco legal vigente de la liquidación del régimen económico matrimonial. (*T. R. C.*)

27. Interés superior del menor y retorno con la familia biológica.–

El Tribunal Supremo defiende que ni el retorno con la familia biológica ni el acogimiento por la familia extensa son criterios absolutos, sino que se encuentran supeditados al interés superior del menor. Sin embargo, ambos pueden ser considerados criterios prioritarios, por lo que «solo el interés superior del menor puede justificar que la decisión se aparte del criterio preferente». En este mismo sentido, la no separación de los hermanos también es un criterio que debe inspirar las decisiones que se adopten sobre los menores, a pesar de que pueda excluirse su aplicación cuando existan razones que lo desaconsejen.

Ausencia de relación entre el menor y su familia biológica.–De acuerdo con lo establecido en el artículo 19 bis. 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma, son factores que deben ponderarse en el retorno a la familia de origen.

Para la ponderación de estos criterios, en aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STDEH de 18 de junio de 2019), el Tribunal debe considerar el origen de la falta de relación entre el menor y la familia biológica. Será especialmente relevante que esta se haya producido por un comportamiento obstrucciónista de la entidad pública. (**STS 1438/2023, de 18 de octubre;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.– En diciembre de 2017, la Dirección Territorial de Igualdad y Políticas Inclusivas (DTIPI) de Castellón incoó de oficio un expediente de protección respecto a la menor Maite, nacida ese mismo año, debido a factores de desprotección comunicados por los servicios sociales. El 2 de enero de 2018, la DTIPI declaró a la menor en situación de desamparo y acordó su acogimiento temporal con una familia seleccionada. Tres días después, José Ignacio y Esther, manifestando ser los abuelos paternos de Maite, solicitaron su acogimiento. Sin embargo, la DTIPI les comunicó que no podían tenerles como interesados en el expediente ni valorarles como acogedores al no constar la filiación paterna de Pío, hijo de los solicitantes.

Aunque los padres de la menor intentaron establecer la paternidad extrajudicialmente, la oposición de la DTIPI hizo necesaria su determinación judicial, que no se produjo hasta julio de 2020.

Una vez quedó determinada la paternidad, los progenitores de la menor solicitaron a DTIPI la concesión de un régimen de visitas. Tras dar audiencia al padre, la Administración desestimó las alegaciones y ratificó la declaración de desamparo de la menor respecto a este. Contra estas resoluciones, Pío interpuso demanda de oposi-

ción. Sin embargo, el actor falleció en marzo de 2021, tras lo cual se archivó el procedimiento.

En paralelo, los abuelos paternos, que ese mismo año habían sido declarados idóneos para acoger a otro hijo de la pareja, Eleuterio, volvieron a solicitar el acogimiento de Maite, pero en marzo de 2021 la DTIPI dictó una resolución que denegaba nuevamente su solicitud de acogimiento y visitas. Contra esta resolución, José Ignacio y Esther interpusieron demanda de oposición. No obstante, el Juzgado de Primera Instancia acordó, en octubre de 2021, suspender la tramitación del procedimiento hasta que se resolvieran los recursos de casación acumulados en un procedimiento paralelo, lo que supuso que no recayera sentencia hasta febrero de 2022.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda de los abuelos. La resolución declaró no ajustada a derecho la denegación de las visitas y estableció un régimen progresivo para permitir el contacto entre la menor, sus abuelos y su hermano, Eleuterio. Sin embargo, se mantuvo la denegación del acogimiento, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y los vínculos establecidos por la menor con su familia acogedora.

La sentencia fue recurrida en apelación por los abuelos, la DTIPI y por Carlos Daniel, acogedor preadoptivo de Maite. La Audiencia Provincial confirmó parcialmente la sentencia de instancia, denegando el acogimiento presentado por José Ignacio y Esther pero manteniendo el régimen de visitas. La Audiencia argumentó que, si bien los abuelos habían demostrado su idoneidad como acogedores, el interés superior de la menor justificaba el mantenimiento del acogimiento de Carlos Daniel y Macarena.

Contra esta sentencia, José Ignacio y Esther interpusieron recurso de casación y extraordinario por infracción procesal alegando, entre otras cuestiones, que no se valoró adecuadamente la posibilidad de acogimiento por su familia biológica. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación (*M. S. G.*)

28. Carácter preferente de la guarda y custodia compartida.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS 526/2016, de 12 de septiembre; 442/2017, de 13 de julio; 311/2020, de 16 de junio, entre otras) que la custodia compartida no es una solución excepcional, sino un régimen que, estando condicionado al interés de los menores, es considerado beneficioso en la medida que 1) fomenta la integración del menor con ambos padres; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) evita que se cuestione la idoneidad de los progenitores; y 4) estimula la cooperación de los padres en beneficio de los menores (SSTS 433/2016, de 27 de junio; 545/2016, de 6 de septiembre; 654/2018, de 30 de noviembre, entre otras). La estabilidad que puede tener el menor cuando la custodia está atribuida a uno de los progenitores en exclusiva, contando el otro con un amplio régimen de visitas, no es justificación suficiente para no acordar el régimen de custodia compartida (SSTS 433/2016, de 27 de junio y 166/2016, de 17 de marzo).

Criterios para decidir el régimen de la guarda y custodia compartida.—Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 242/2016, de 12 de abril; 369/2016, de 3 de junio; 559/2016, de 21 de septiembre), son criterios determinantes para enjuiciar la procedencia de la custodia compartida, entre

otros: la práctica anterior de los progenitores en su relación con el menor, sus aptitudes personales, las preferencias expresadas por los mejores con suficiente madurez, el número de hijos, el cumplimiento de sus responsabilidad parentales y la existencia de respeto mutuo entre los progenitores y los resultados de los informes requeridos legalmente.

Por el contrario, no es exigible un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino que basta una actitud de colaboración razonable respecto al desarrollo de los menores (SSTS 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre, entre otras). En este sentido, solo una relación entre los padres que supere el nivel de tensión propio de una crisis matrimonial podrá justificar la no adopción de la guarda y custodia compartida. (SSTS 433/2016, de 27 de junio y 409/2015, de 17 de junio). Tampoco la falta de presentación formal de un «plan de parentalidad» es obstáculo para la adopción de este régimen cuando, por la valoración conjunta de las pruebas presentadas, la autoridad judicial concluye que es lo más beneficioso para el menor. (**STS 1302/2023, de 26 de septiembre;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-En agosto de 2019 Clara interpuso una demanda de medidas paternofiliales contra Horacio y solicitó que le fuese atribuida en exclusiva la guarda y custodia del hijo común, Apolonio. Por su parte, en la contestación a la demanda, Horacio solicitó la guarda y custodia compartida. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer dictó sentencia por la que se acordó la guarda compartida.

Esta sentencia fue recurrida en apelación por Clara. La Audiencia Provincial estima el recurso al considerar que del artículo 92.8 CC se desprende que la guarda y custodia compartida es una solución excepcional.

Contra esta resolución, Horacio interpuso recurso de casación alegando la vulneración del principio del *favor filii* y del artículo 92 CC y por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos para la adopción de la custodia compartida. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*M. S. G.*)

29. Fijación de la pensión de alimentos de hijos menores en los procedimientos de familia.-La especial protección de los alimentos de los hijos menores de edad en los procedimientos de familia tiene unas connotaciones particulares, que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales, toda vez que posibilitan una mayor flexibilidad en la fijación del importe de la pensión y en la interpretación del principio de proporcionalidad, de manera que los hijos puedan gozar del mejor nivel de vida que los recursos económicos de sus progenitores les puedan brindar y que su satisfacción genere un mayor esfuerzo contributivo (SSTS 1007/2008, de 24 de octubre; 740/2014, de 16 de diciembre; y 525/2017, de 27 de septiembre, entre otras. Así como la STC 57/2005, de 14 de marzo).

La doctrina del mínimo vital para el caso de dificultades económicas.-La obligación impuesta al juez de fijar *en todo caso* la contribución de cada progenitor para satisfacer alimentos que establece el artículo 93 CC, determinó el nacimiento, para situaciones de acreditada dificultad económica, de la denominada doctrina del mínimo vital, de cuya aplicación encontramos manifestaciones en las SSTS 184/2016, de 18 de marzo y 484/2017, de 20 de julio, con

base esta doctrina: 1) Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, 2) Ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante.

La posibilidad de suspensión de la prestación de alimentos por carencia de recursos económicos para satisfacerlos: el alimentante absolutamente insolvente.—Aquí hay que distinguir entre la suspensión de la obligación de prestar alimentos (carencia de ingresos) y la de abonar el mínimo vital (situaciones de dificultad económica), y de esta forma señala la jurisprudencia que cabe admitir su suspensión con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, hay que acudir a abonar el mínimo vital, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante. En estos casos, habrá que fijar una prestación que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor (SSTS 661/2015, de 2 de diciembre; 184/2016, de 18 de marzo; y 484/2017, de 20 de julio, entre otras muchas).

Supuesto de rebeldía que determina el desconocimiento de los ingresos del obligado a prestar los alimentos.—En tales casos no consta que el alimentante carezca de recursos económicos o que se encuentre en una situación de absoluta indigencia, simplemente se ignoran cuáles son los ingresos con los que cuenta actualmente, dado que, por acto propio, se ausentó sin dejar datos incumpliendo sus obligaciones con respecto a su hijo menor. En la tesitura expuesta, la jurisprudencia ha declarado lo siguiente: frente a la necesaria protección de los intereses del rebelde procesal, está la necesidad de que los Tribunales tutelen los derechos del menor, y no se puede soslayar la obligación que el alimentante tiene, constitucionalmente establecida, de prestar asistencia a sus hijos (art. 39 CE). Los progenitores deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, no siendo de recibo que su ilocalización les exonere de la obligación de prestar alimentos ni que a los Tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia, todo ello sin perjuicio de las acciones que el rebelde pueda plantear una vez hallado, en orden a la modificación de las medidas, posibilidad que también podrá plantear el otro progenitor si han variado sustancialmente la circunstancia. En base a ello, se fijan los alimentos del padre en un porcentaje equivalente al 10 % de sus ingresos, sin perjuicio de su revisión. Esta prestación alimenticia se devengará desde la fecha de la demanda (art. 148 CC), al ser la primera vez que se fijan los alimentos (SSTS 113/2019, de 20 de febrero; 644/2020, de 30 de noviembre; y 860/2023, de 1 de junio, entre otras). (**STS 1210/2023, de 21 de julio;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Fue objeto del presente proceso una demanda de fijación de medidas paternofiliales interpuesta por la madre del hijo menor de los litigantes. El demandado se encontraba en situación procesal de rebeldía, habiendo sido emplazado por medio de edictos.

El juzgado resolvió: 1.º Otorgar a la madre la guarda y custodia del hijo menor de edad, así como el exclusivo ejercicio de la patria

potestad, siendo la titularidad compartida. 2.º No procede fijar régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. 3.º No procede fijar pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio. La audiencia no apreció el recurso de la actora relativo únicamente al pronunciamiento 3.º de la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación de la demandante al fijar a cargo del demandado una prestación de alimentos del 10 % de sus ingresos a favor de su hijo menor de edad, que se devengará desde la fecha de interposición de la demanda. (*I. D.-L. S.*)

DERECHO MERCANTIL

30. Oferta Pública de Suscripción (OPS). Folleto informativo: error excusable.—La jurisprudencia había declarado que el folleto informativo regulado en los artículos 26 ss. de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y 16 ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, con el que la entidad demandada había realizado su oferta pública de suscripción (OPS), contenía información económica y financiera que se reveló gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia. Esto determinó que, como regla general, los inversores adquirentes de las acciones ofertadas pudieran hacerse una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, en consecuencia, de la posible rentabilidad de su inversión, y que se encontraran con que en realidad habían adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario, se afirmaba la existencia de beneficios) y que tuvo que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia. Esto provocó un error excusable en la suscripción de las acciones que vició su consentimiento.

Oferta dirigida a inversores cualificados y minoristas.—El artículo 30 bis.1. a LMV, en su redacción vigente cuando se publicó la OPS en cuestión, excluía de la obligación general de publicar el folleto en los casos en que la oferta fuera dirigida exclusivamente a inversores cualificados. En cambio, no estaba previsto de forma expresa qué hacer en un caso en el que la oferta se emitió de manera simultánea para dos tramos de inversores diferentes: minoristas y cualificados. Si la OPS se hubiera dirigido solo a inversores cualificados, el folleto no hubiera sido necesario, pero la coexistencia de un tramo minorista hizo obligatoria la publicación del folleto, lo que planteó el problema de dilucidar su eficacia frente a unos inversores cualificados que, no siendo sus destinatarios naturales, han podido verse o no afectados por las graves inexactitudes en la información económica expuesta en dicho documento.

Aplicabilidad de las previsiones legales sobre el folleto a los inversores cualificados.—La STJUE de 3 de junio de 2021 (C-910/19), asumida por nuestra jurisprudencia, ha despejado las dudas sobre la aplicabilidad de las previsiones legales sobre el folleto a los inversores cualificados. Según el Tribunal de Justicia, una información completa, fiable y accesible sobre los valores y sus emisores contribuye al logro de los dos objetivos de la Directiva 2003/71/CE, que son la protección del inversor y el buen funcionamiento de

los mercados. Desde este punto de vista, la publicación del folleto contribuye a las salvaguardias de protección de los intereses de los inversores, reales o potenciales, para que estén capacitados a la hora de evaluar, con la información suficiente, el riesgo que conlleva la inversión en valores, y de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Siendo así, es legítimo que los inversores cualificados invoquen la información contenida en dicho folleto y que, en consecuencia, puedan ejercitar las acciones legales pertinentes, aunque no sean sus destinatarios.

Acción de responsabilidad y acción de nulidad.—Aunque la mencionada directiva y la legislación española sobre el mercado de valores (art. 28.3 LMV, actual art. 38.3 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores) establecen un régimen específico de responsabilidad mediante la configuración de una acción para resarcirse de los daños y perjuicios sufridos por los inversores («responsabilidad por folleto»), la jurisprudencia ha admitido también la posibilidad de que los perjudicados pudieran ejercitar la acción de nulidad de la adquisición de las acciones por error vicio del consentimiento.

Vicio del consentimiento por error excusable.—Asimismo, la jurisprudencia considera que si el folleto de la OPS contenía información económica y financiera que poco tiempo después de su emisión se reveló gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia, resultaba evidente que los adquirentes de las acciones ofertadas se podían hacer una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, en consecuencia, de la posible rentabilidad de su inversión, encontrándose con que en realidad habían adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia con unas pérdidas multimillonarias no confesadas, de donde proviene su error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento. Excusabilidad del error que no ofrece dudas en cuanto que la información estaba confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y, por ende, de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, lo que generaba confianza y seguridad jurídica en el inversor.

Inversores cualificados con mayor nivel de información.—No obstante, también ha destacado la jurisprudencia que, según los casos, podría suceder que los inversores institucionales tuvieran un nivel mayor de información que hiciera que dependieran menos del contenido del folleto para adoptar su decisión de invertir. Ese es, además, el fundamento de la previsión del artículo 30 bis. 1.a LMV, al dispensar de la obligación de emitir el folleto cuando los destinatarios de la oferta sean solo los inversores cualificados. Por ello, la STJUE de 3 de junio de 2021 declaró que lo relevante, que habrá de ser analizado en cada caso concreto, es si el inversor institucional en cuestión dispuso o pudo disponer de una información distinta de la contenida en el folleto.

Autotutela informativa.—La STJUE indica que los inversores cualificados, habida cuenta en particular de su nivel de experiencia, normalmente tienen acceso a otros datos que pueden informar sus tomas de decisión. Esto deberá ser combinado con otros factores como las relaciones con el emisor de valores. Es decir, se trata de comprobar lo que la doctrina ha denominado «capacidad de autotutela informativa».

Inversor cualificado. Presunción de experiencia y conocimiento.—La mención expresa de las relaciones existentes entre inversor cu-

lificado y emisor en la parte dispositiva de la STJUE, unida al recordatorio del principio de efectividad, con su consecuencia de no haber excesivamente difícil el ejercicio de la acción de responsabilidad por folleto, también por los inversores profesionales, cualifica esa información adicional en el sentido de que no bastaría un genérico nivel de experiencia. De tal manera que, si la genérica presunción de experiencia, conocimientos y cualificación que define legalmente a los inversores cualificados fuera suficiente a estos efectos, el resultado práctico sería la exclusión de este tipo de inversores del ámbito de protección del folleto, que es justamente el resultado que la STJUE pretende evitar. Al mismo tiempo, y puesto que la STJUE incide en que el juez podrá tomar en consideración si el inversor cualificado tenía o debía tener conocimiento de la situación económica del emisor, será posible tener en cuenta no solo la concreta información real que tuviera, sino también la información que hubiera debido tener de haber empleado el nivel diligencia que le es exigible como inversor profesional si, por su particular situación, podía haber tenido acceso a una información adicional a la del folleto. (**STS 1220/2023, de 11 de septiembre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En el año 2011, la entidad financiera B., S.A. realizó una oferta pública de suscripción de acciones (OPS) para su salida a bolsa. La oferta se dividió en dos tramos: un tramo para inversores minoristas y empleados y administradores (60 % de las acciones ofertadas) y un segundo tramo para inversores cualificados (el 40 % restante) o «tramo institucional». La representación procesal de la mercantil L. C., S.A. interpuso demanda contra la entidad financiera B., S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia que declarase, conforme al artículo 28.3 LMV, el incumplimiento de obligaciones contractuales y precontractuales conforme al artículo 1101 CC, y que se condene a la financiera demandada al resarcimiento de los daños y perjuicios causados como consecuencia de las informaciones falsas y las omisiones de datos relevantes del folleto, con el interés legal desde la fecha de la orden de compra hasta la fecha de interposición de la demanda, y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago conforme a los artículos 1100 y 1.108 CC, y 576 LEC. La representación de la demandada, B., S.A. se opuso a la demanda y solicitó su desestimación íntegra con expresa condena en costas a la parte actora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid dictó sentencia estimando íntegramente la demanda declarando la nulidad del contrato de adquisición de acciones de la demandada por error vicio del consentimiento, condenando a B., S.A. a restituirlle determinada la cantidad más los intereses legales, pudiendo descontar los rendimientos que le hubiera pagado con sus intereses legales, desde su percepción, o cualquier otra cantidad que le haya pagado por la suscripción de las acciones con sus intereses legales. Igualmente, declaró que, una vez que se haya restituido por la demandada el importe de las cantidades mencionadas, la titularidad de todas las acciones se restituya a B., S.A., a quien se imponen expresamente las costas procesales. La sentencia de primera instancia fue recu-

rrida en apelación por la representación de B., S.A. y la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto confirmando íntegramente la sentencia de instancia, con imposición a la apelante de las costas procesales causadas en la alzada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

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:

<i>AC</i>	<i>Actualidad Civil</i>
<i>ADCon</i>	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
<i>AFDUAM</i>	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM</i>
<i>AAMN</i>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
<i>CCJC</i>	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
<i>CDC</i>	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
<i>InDret</i>	www.indret.com
<i>PDD</i>	<i>Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros</i>
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RDA</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho Ambiental</i>
<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
<i>RDNT</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías</i>
<i>RdPat</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial</i>
<i>RDC</i>	<i>Revista de Derecho Civil</i>
<i>RDCP</i>	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
<i>RDCD</i>	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i>
<i>RDCE</i>	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>RDS</i>	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
<i>RDU</i>	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
<i>REDE</i>	<i>Revista Española de Derecho Europeo</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
<i>RJNot</i>	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
<i>RJUAM</i>	<i>Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid</i>

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

Secretaria

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 Guillón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz.