

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

## PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el *Anuario de Derecho Civil*, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

## ADMINISTRACIÓN

### Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 111 40 00

Fax: 91 111 42 60

[tienda@boe.es](mailto:tienda@boe.es)

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIX, FASCÍCULO I  
Enero-marzo, 2016

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2016

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

---

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

---

NIPO (AEBOE): 007-15-001-0  
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0  
ISSN: 0210-301X  
Depósito legal: M-125-1958

---

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

## ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

# Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del *common law*: PICC, PECL, DCFR, CESL

**PEDRO DEL OLMO GARCÍA<sup>1</sup>**

Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid

### RESUMEN

*En este trabajo se presenta la tradición anglosajona sobre la figura que entre nosotros se llama pago de un tercero. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho civil continental, esa tradición explica el fenómeno de la intervención sobre deuda ajena partiendo del punto de vista del deudor y lo soluciona desde el Derecho del enriquecimiento injusto (Law of Restitution). Este cambio de punto de partida produce una serie de efectos en cadena que se pueden explicar, desde un punto de vista dogmático, diciendo que son los efectos que produce cambiar el pago de tercero por una dación en pago realizada por tercero. Esta explicación dogmática que subyace en el common law, a veces de forma poco clara, ha tenido influencia en las normas incluidas en los textos europeos de soft law. Por ello, estos textos se pueden interpretar con más claridad a la luz de esa tradición anglosajona. Sin embargo, este trabajo termina criticando el resultado alcanzado en estos textos de soft law europeos, especialmente el que se alcanza en el DCFR, por la novedosa combinación que se propone entre la tradición continental y la tradición del common law.*

<sup>1</sup> Este artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado, «Hacia una delimitación del Derecho del enriquecimiento injusto español» (DER2013-46185-P; Investigadores Principales Pedro del Olmo y Xabier Basozabal), con financiación del Ministerio de Economía y Competitividad. Quiero expresar mi gratitud a los profesores Martín-Casals y Domínguez Luelmo, que de alguna forma han sido la *causa próxima* de este trabajo. También agradezco los comentarios que me hicieron llegar los revisores anónimos del *ADC* y que han mejorado el original. En su momento, una versión previa de este artículo se benefició también de los comentarios de los revisores anónimos de la *REDPEC* (Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado) y de los comentarios realizados por los participantes en el seminario F. De Castro de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Por su lado, Xabier Basozabal leyó la última versión de este trabajo y también hizo aportaciones muy valiosas. Naturalmente, la responsabilidad por cualquier error que aún se encuentre en el texto es sólo mía.

## PALABRAS CLAVE

*Anuncio de deuda, consignación, contrato a favor de otro, dación en pago, delegación de pago, enriquecimiento impuesto, enriquecimiento injusto, expromisión, gestión de negocios sin mandato, obligaciones, pago, reembolso, soft law, subrogación.*

## ABSTRACT

*This paper presents the common law point of view about what is called –in the roman tradition of civil law– payment by a third party. In common law, the intervention of third parties on another's obligation is conceived from the debtor's perspective and the solutions to the problems posed by this intervention are to be found within the law of restitution. This change in the point of departure entails a long list of consequences that can be summarized, from a legal reasoning point of view, as the side effects of understanding the payment by a third party as an accord and satisfaction made by a third party. This understanding and the common law tradition have been very influential on the European soft law rules on payment by third parties. In fact, these rules can only be correctly interpreted taking these ideas into account. Nevertheless, this paper ends with a rather strong critic to those rules in the soft law texts, that are obscure and may be inconsistent.*

## KEY WORDS

*Accord and satisfaction, benevolent intervention on another's affairs, change of parties, delegation of performance, law of restitution, novation, obligations, officious intervention, payment, soft law, subrogation, substituted performance, tender of payment, third party beneficiary contract, unjust enrichment, voluntary payment.*

**SUMARIO:** 1. *Introducción.*–2. *El punto de vista continental.* 2.1 La legitimación para pagar. 2.2 Los efectos del pago. –3. *La solución tradicional del common law británico.* 3.1 Ideas generales. 3.2 El efecto extintivo del pago de un tercero. 3.3 El pago de un tercero como cuestión de enriquecimiento injusto. –4. *Las soluciones en el common law estadounidense.* 4.1 Las soluciones en los *Restatements* sobre enriquecimiento. 4.1.1 El *Restatement (first)* de 1937. 4.1.2 El *Restatement (third)* de 2011. A) Las llamadas *intervenciones en caso de emergencia.* B) El llamado *cumplimiento realizado a una tercera persona.* C) La intervención realizada en interés del tercero. 4.2 Las soluciones en los *Restatements* sobre contratos: un recorrido por diversas figuras. 4.2.1 Dación en pago (*accord and satisfaction*) hecha por tercero. 4.2.2 La llamada *novation.* 4.2.3 La oferta de cumplimiento. 4.2.4 La delegación de pago. 4.2.5 En resumen: una dación en pago explicada como un contrato a favor de tercero. 4.3 Una reconstrucción de los razonamientos doctrinales. 4.3.1 El significado y evolución del término *oficioso.* 4.3.2 La propuesta de tipificar el pago de tercero como un caso especial. 4.3.3 Otras consideraciones. –5. *Consideraciones comparadas.* 5.1 El enfoque unilateral/bilateral de la cuestión. 5.2 La construcción dogmática del fenómeno. 5.3 El efecto extintivo se determina mediante una cláusula general. –6. *El pago de un tercero en los textos de*

soft law. 6.1 El pago de un tercero ordenado por el deudor y los cambios de deudor. 6.2 La legitimación del tercero para pagar en los distintos textos. 6.3 Las consecuencias del rechazo por el acreedor del pago de un tercero. 6.4 El pago de un tercero y los cambios de deudor mediante expromisión. 6.5 Los efectos del pago entre el *solvens* y el deudor. 6.5.1 La reclamación basada en la gestión de negocios sin mandato. 6.5.2 La reclamación basada en el enriquecimiento injusto. 6.5.3 En resumen. 6.6 Consideraciones críticas sobre los textos de *soft law* europeos.—7. *Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Para entender mejor las normas novedosas y algo oscuras sobre pago de tercero que aparecen en los PECL, DCFR y CESL, así como en las normas más breves contenidas en los PICC, es necesario recorrer un largo camino a través de la tradición en esta materia del *common law*<sup>2</sup>. Esto se debe a que esas normas de *soft law* responden en gran medida a esa tradición, que es muy diferente al tratamiento habitual del pago de un tercero en el Derecho civil continental.

En efecto, a causa probablemente de la herencia romana común y de la codificación iusracionalista, la figura del pago de un tercero es bien conocida en el Derecho europeo continental. Por el contrario, en la tradición del *common law*, en el que no es tan frecuente el estudio del Derecho privado desde el punto de vista de la obligación, las cosas se plantean de manera distinta. Así, esta figura no se estudia como cuestión relativa al momento del pago o cumplimiento de la obligación, sino que –asumiendo su limitado papel desde el punto de vista del contrato– se plantea como un problema de enriquecimiento injusto. Por esta concepción tan distinta de las cosas, se ha dicho que el pago de un tercero es uno de los puntos en los que existen diferencias más radicales entre el Derecho civil codificado y el *Common law*<sup>3</sup>.

Este trabajo empieza por una presentación muy breve relativa al Derecho civil continental, que es cosa bien conocida, y continúa luego con una presentación de la tradición del *common law* en esta materia. La presentación de esta tradición es mucho más extensa

<sup>2</sup> PECL se corresponde con *Principles of European Contract Law* (hay traducción española a cargo de P. Barrés, J. M. Embid y F. Martínez Sanz, editada en Madrid, 2003, con el apoyo del Consejo General del Notariado. En este trabajo usaré esta versión para hacer las citas literales de normas y comentarios, salvo que se indique lo contrario). DCFR se corresponde con *Draft Common Frame of Reference* (hay en prensa una traducción al español dirigida por C. Jerez, de la UAM, y F. Oliva, de la UPO, de la que también haré las citas, salvo que se indique lo contrario). CESL se corresponde con *Common European Sales Law*. PICC se corresponde con Principios de UNIDROIT sobre contratos internacionales.

<sup>3</sup> FRIEDMANN y COHEN, «Payment of Another's Debt», Cap. 10 de la *International Encyclopedia of International Law*, Tubinga/Boston, 1991, p. 4.

porque entre nosotros no está bien estudiada. Así, se dedica un primer epígrafe a recoger el punto de vista británico y de la *Commonwealth* y, a continuación, se dedica un segundo epígrafe a recoger las aportaciones realizadas en los EE. UU., donde el trabajo de la doctrina y del *American Law Institute* a través de los *Restatements of the Law* ha jugado un papel muy relevante. Tras ese examen de las aportaciones angloamericanas, sigue un epígrafe en el que se recogen las principales conclusiones comparadas y se propone una explicación de los puntos de contacto y las diferencias entre la visión continental y la visión del *common law*. Esta comparación permite arrojar alguna luz sobre el significado y los problemas que plantean los textos de *soft law* más recientes (PICC, PECL, DCFR, CESL), que es a lo que se dedica la última parte del trabajo.

## 2. EL PUNTO DE VISTA CONTINENTAL

El planteamiento continental sobre el pago de un tercero es bien conocido por el lector y no requiere de una explicación muy extensa. El punto de partida en las codificaciones europeas arranca de plantear la cuestión del pago de un tercero como una cuestión de cumplimiento de las obligaciones. En muchas ocasiones, el planteamiento es el de definir el cumplimiento perfecto por referencia al cumplimiento de algunos requisitos objetivos y subjetivos. Así, se considera que, para desencadenar el efecto extintivo típico del cumplimiento, la prestación tiene que ser objetiva y subjetivamente perfecta. Desde un punto de vista objetivo, la prestación deberá ser idéntica, íntegra y circunstancialmente correcta. Desde un punto de vista subjetivo, la cuestión se desdobra y pasa a plantearse (a) si la prestación se ha realizado a favor de un destinatario correcto, destinatario al que se suele llamar *accipiens* en la doctrina (el acreedor, sus auxiliares, el *adiectus solutionis causa...*) y, por otro lado, (b) si la persona que la ejecuta, a la que se le da el también versátil nombre de *solvens*, está legitimado para ello. La figura del pago de un tercero aparece así en este último rincón de los planteamientos tradicionales sobre los requisitos de regularidad del pago.

### 2.1 LA LEGITIMACIÓN PARA PAGAR

En este terreno, el punto de partida del Derecho continental es la afirmación de una amplia legitimación de los terceros para cumplir la deuda ajena. Esa idea se expresa frecuentemente diciendo que la obligación sólo la debe el deudor, pero la puede cumplir cualquiera.

En esta materia, el único requisito general que debe cumplir el tercero es ser consciente de la ajenidad de la deuda, puesto que, si paga creyendo por error que estaba obligado ante el acreedor a hacerlo, estaremos ante un pago de lo indebido (cfr. nuestro art. 1895 CC)<sup>4</sup>.

En las formulaciones doctrinales, especialmente en las más antiguas, muchas veces se insiste en que esta amplia legitimación para pagar persigue facilitar la vida del deudor, poniendo límite al afán del acreedor de atormentarle. Ya decía en España García Goyena que «La ley no puede permitir que el acreedor se obstine maliciosamente en conservar la facultad de atormentar á su deudor...»<sup>5</sup>. Sin embargo, desde que se generaliza la solución de la llamada acción *in rem verso* para los pagos realizados contra la voluntad del deudor, el efecto que produce esa amplia legitimación para pagar es más bien la de reconocer una gran fuerza al crédito, en la medida en que el acreedor puede cobrar del tercero sin tener que contar con el consentimiento del deudor y en la medida en que, por regla general, se reconoce al *solvens* una acción contra el deudor.

Naturalmente, esta amplia legitimación del tercero para pagar la deuda ajena está limitada al cumplimiento por su parte de los requisitos de regularidad del pago<sup>6</sup>. Cuando se trata de deudas dinerarias, la cuestión no ofrece demasiadas dificultades desde el punto de vista de la identidad e integridad del pago, aunque sí pueden plantearse problemas desde el punto de vista de la corrección circunstancial (cfr. nuestro art. 1841 CC, para la fianza). En cambio, cuando la obligación no es dineraria, sí surgen más problemas. En concreto, los textos continentales que siguen al Código francés suelen recoger una norma especial sobre las obligaciones de hacer y otra sobre las obligaciones de dar cosa específica. En el primer sentido, dice nuestro artículo 1161 CC –en una norma que es frecuente encontrar en los textos continentales y hasta en el *soft law* europeo– que «en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancia de la persona del deudor se hubiesen tenido en

<sup>4</sup> Esta exclusión es común en la Europa continental. Véase, por todos, J. L. LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, II-1.<sup>º</sup>, 4.<sup>a</sup> ed, Madrid, 2007, p. 133; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 12.<sup>a</sup> ed. París, 2010, p. 559 y R. CRISTOFARI, «Commentario al artículo 1180», en P. Cendon (dir.) *Commentario al Codice Civile*, artículos 1173-1320, Milán, 2009, p. 182.

<sup>5</sup> F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza 1974, bajo el artículo 1099, en p. 590. Recordemos que en artículo 1099 del Proyecto de 1851 el pago de un tercero realizado contra la voluntad del deudor no daba lugar a una acción de enriquecimiento contra ese deudor, sino que se presumía que el tercero había querido *donar*. Recordemos, por otro lado, que en aquellos días la prisión por deudas no era algo muy lejano.

<sup>6</sup> Como se puede ver, entre otros muchos, en M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, 3.<sup>a</sup> ed. París, 2012, p. 613 y LACRUZ, *et al.*, p. 133.

cuenta al establecer la obligación». Aquí lo que está en cuestión es el cumplimiento del requisito de la identidad del pago. Como se decía en la llamada *escuela de la exégesis*, en estas obligaciones no se ha comprometido la realización de una actividad, sino que se ha comprometido la actividad de una persona determinada. Las normas similares a la que nuestro Código Civil recoge en el artículo 1161 se suelen poner en conexión con las obligaciones contraídas *intuitu personae* y con la posibilidad de pactar sobre el pago de un tercero. Además, muchas veces se generalizan en el sentido de extenderlas a cualquier caso en que la posibilidad de un pago de tercero suponga incumplir el requisito de la identidad del pago<sup>7</sup>.

El otro límite que se encuentra en los Códigos continentales de raíz francesa al pago de un tercero lo formula nuestro artículo 1160 CC diciendo, para las obligaciones de dar cosa específica (cfr. el segundo inciso de ese mismo artículo), que «en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla». Es claro, pues, que en esos casos –dejando a un lado otras interesantes cuestiones que plantea este texto– sólo el titular de la cosa puede cumplir la obligación de transmitirla<sup>8</sup>.

Como el sistema autoriza a cualquier tercero a pagar la deuda ajena, se plantea la cuestión de si también los terceros pueden recurrir a los procedimientos existentes para vencer la resistencia del acreedor a cobrar. En los Códigos de tradición francesa, esto se ceñía al procedimiento de oferta y consignación. En el Código alemán se introduce la *mora creditoris*. ¿Puede el tercero consignar? ¿Puede el tercero poner en mora al acreedor? La respuesta vuelve a ser *more geométrico*: sí, en la medida en que pueda pagar.

## 2.2 LOS EFECTOS DEL PAGO

Una vez que se ha dejado sentado que por regla general cualquier tercero puede pagar la deuda ajena, el siguiente problema que se plantea es el de los efectos que produce ese pago. En cuanto pago que es, el efecto principal del pago de un tercero es causar la extinción del crédito. Con esto se resume entre nosotros el efecto

<sup>7</sup> Como se puede ver en L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, 6.<sup>a</sup> ed. Madrid, 2008, p. 552; TERRÉ, *et al.*, *Droit civil. Les obligations*, 10.<sup>a</sup> ed. París, 2009, p. 1310; G. ALPA, *Manuale*, p. 504; y B. MARKESINIS, *et al.*, *The German Law of Contract*, 2.<sup>a</sup> ed. 2006, p. 362.

<sup>8</sup> También muy claro, por ejemplo, TERRÉ, *et al.*, p. 1310. Abundante información de Derecho comparado, R. RUEDA VALDIVIA, «El cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias», en S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado*, 2.<sup>a</sup> ed. Civitas/Thomson-Reuters, 2013, pp. 1283-1332, en p. 1287.

de la intervención del tercero entre éste y el acreedor. Es curioso observar que lo normal en muchos textos legales europeos es prescindir de una declaración de ese efecto extintivo, por entender que va de suyo y que la naturaleza de las cosas no lo requiere<sup>9</sup>. Al lado de ese efecto extintivo, sin embargo, en algunos casos que siempre se han visto en el Derecho continental como excepcionales, el crédito no se considera extinguido sino que se entiende transmitido por medio de la subrogación. Veámoslo por partes.

1. En los códigos que admiten el pago de un tercero, la regla general es el silencio respecto a los efectos del pago de un tercero que no se subroga. En efecto, lo normal es limitarse a establecer esa amplia legitimación de los terceros para pagar y, aparte de mencionar la posibilidad de una subrogación, no regular nada sobre los efectos que se produzcan entre el deudor y el *solvens* cuando éste no se subroga<sup>10</sup>. En cambio, en los Códigos latinos de la segunda mitad del siglo XIX, sí que se recogen algunas normas sobre esos efectos generales que el pago de un tercero produce entre éste y el deudor. Entre esos Códigos podemos mencionar el Código portugués de 1867, el Código argentino de 1869, el anteproyecto belga de Laurent de 1884 y, en su estela, nuestro propio Código civil de 1889. Estos códigos lo que hacen, en realidad, es plasmar en sus normas las enseñanzas y tradiciones que recogen los autores de la llamada *escuela de la exégesis* en los comentarios que hacen al Código de Napoleón.

En efecto, los exégetas explicaban que hay tres casos relevantes para determinar los efectos que se producen entre el deudor y el *solvens* que no se ha subrogado por el pago<sup>11</sup>. Se trata del (a) caso en que el tercero ha intervenido por mandato del deudor, lo que da lugar a una nivelación entre ellos basada en la acción contraria de mandato (regulada en el artículo 2001 CC francés); del (b) caso en que el pago ha sido realizado en nombre y para la liberación del deudor pero sin haber recibido mandato, en cuyo caso el *solvens* dispondría de la acción contraria de gestión de negocios sin mandato siempre que reúna los requisitos exigidos por esa figura (art. 1375 CC francés); y del (c) caso en que el pago ha sido reali-

<sup>9</sup> El § 362 I BGB, en cambio, sí enuncia ese efecto extintivo.

<sup>10</sup> Artículo 1236 CN (reflejado en el art. 1238 del Código italiano es prácticamente una traducción del texto francés), artículo 1180.1 del Código italiano vigente. Con clara influencia en el párrafo 2º de este último precepto, el § 267 BGB recoge la legitimación para pagar. Esa misma influencia puede verse ahora también en el artículo 1155 de nuestra Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones (PM-DO, en lo sucesivo). Hay una versión en la página de la Comisión General de Codificación, en [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es) (consultada en 12/11/2014).

<sup>11</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle Obbligazioni*, II, Milán, 1915, pp. 507-515, es un buen lugar donde comprobarlo.

zado en contra de la voluntad del deudor, que es el supuesto más discutido y para el que se admitió finalmente que se producía una acción *in rem verso* basada en la equidad y en el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro<sup>12</sup>.

Podemos decir así que en toda esta tradición de raíz francesa nos encontramos con un modelo básico que distingue tres supuestos de hecho relevantes en este terreno, supuestos para los que se prevén tres acciones que permiten al *solvens* dirigirse contra el deudor con determinados y distintos alcances<sup>13</sup>. A este modelo responden abiertamente los Códigos de tradición francesa de finales del siglo XIX, en una u otra medida. El Código argentino y el español que lo sigue son los más explícitos en este sentido. Este modelo básico de tres acciones ha influido ahora el DCFR, que conserva su estructura en los Comentarios que se hacen a sus normas<sup>14</sup>.

En todos estos casos tradicionalmente relevantes de pago de tercero, está claro que el crédito original se ha extinguido y que el derecho del que resulta titular el *solvens* es un derecho personal suyo que ha nacido en el momento del pago y desprovisto de garantías o privilegios especiales. En muchas ocasiones, esta observación se hace en la doctrina para contraponer a continuación lo que ocurre con los casos de pago con subrogación: en esos casos, el pago del tercero no produce la extinción del crédito sino que supone la adquisición por el *solvens* del crédito pagado. De esta manera, el tercero puede aprovechar esas garantías y privilegios que reforzaban el crédito original para reforzar las posibilidades de dirigirse con éxito contra el deudor. Esta excepción al efecto extintivo del pago de un tercero siempre ha sido destacada con sorpresa por la doctrina de los distintos países, como si la extinción dogmática de la obligación por pago fuera una regla de las ciencias de la naturaleza<sup>15</sup>. En cualquier caso, en mi opinión, las cosas más interesantes que plantea el pago de un tercero con subrogación tienen

<sup>12</sup> El carácter más discutido de este último supuesto de pago de tercero queda bien reflejado en lo dispuesto en el artículo 1099 de nuestro Proyecto de Código Civil de 1851, en el que se establece que el *solvens* no tiene acción contra el deudor porque se supone que quiso donar. Ésta era la postura de los exégetas más antiguos, como TOULLIER (*Traité des obligations*, París, 1890), que seguía en esto la postura de POTHIER.

<sup>13</sup> Se puede encontrar una versión actual y resumida de ese modelo de tres acciones, por ejemplo, en Ph. MALAURIE, et. al., *Les obligations*, 5.<sup>a</sup> ed. París, 2011, p. 592. Sobre el olvido de esta tradición en nuestro propio sistema, P. DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998, pp. 61 y ss.

<sup>14</sup> Cfr. el artículo III.-2:107 y el Comentario F. Veremos más adelante, sin embargo, que esa similitud del DCFR al modelo de tres acciones que se menciona en el texto es más bien de carácter formal. Por su lado, el artículo 1155 de la PM-CC se limita a hacer remisión a las normas generales aplicables, pero si prevé expresamente una acción de enriquecimiento como norma de cierre del sistema.

<sup>15</sup> En nuestro país la cita obligada para esta polémica es F. ESPÍN CÁNOVAS, «Sobre el pago con subrogación», *RDP*, 1942, XXVI, pp. 300-326.

que ver más bien con las preguntas acerca del uso que el *solvens* puede hacer del crédito pagado; pero esa ya es otra historia y aquí ha de bastar con hacer remisión a otras aportaciones<sup>16</sup>.

En este recorrido por las enseñanzas tradicionales del modelo continental, falta por hacer una mención a la figura que se denomina *tercero interesado* o también *tercero con interés*. Frente a ellos, el *solvens* del que hemos estado hablando hasta ahora sería un tercero *no interesado* o un tercero *sin interés*. Cuando hablamos de terceros interesados, hacemos referencia a terceros que no pagan desde una posición de libertad respecto del acreedor, sino que son terceros cuya suerte depende de la obligación sobre la que intervienen. En ocasiones están obligados personalmente al pago, como ocurre con el caso tradicionalmente tratado ahí del fiador o del codeudor solidario (cfr. nuestro art. 1210,3.º CC). En otras ocasiones no están personalmente obligados a hacerlo, pero sí están realmente vinculados con la obligación, como es el caso del llamado fiador real. En otros casos, ni siquiera puede hablarse de obligación o sujeción al pago, pero sí de un interés que la ley reconoce como relevante (pago a un acreedor preferente, por ejemplo, como en nuestro art. 1210,1.º CC). La delimitación exacta de esta categoría de terceros se hace de manera distinta en los distintos sistemas continentales, pero en principio todas ellas responden a esa idea genérica de no ser jurídicamente indiferente a la suerte de la deuda original<sup>17</sup>.

Naturalmente, estos terceros con interés pueden desde luego pagar la deuda ajena, pues en materia de legitimación para el pago su posición no puede ser más débil que la que la ley le confiere a cualquier tercero. Lo característico de la posición de esos terceros interesados está en los efectos que desencadena su pago: típicamente, la subrogación legal. También su posición es relativamente más fuerte a la hora de establecer la legitimación para consignar, que es cuestión sobre la que no se suelen hacer muchas precisiones en los sistemas que no regulan la mora del acreedor, pero que permite distinguir en otros sistemas entre legitimación para ofrecer y poner en mora al deudor (cualquiera puede hacerlo) y legitimación para –adicionalmente– consignar (sólo los terceros con interés pueden hacerlo)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> DEL OLMO (1998), pp. 297 y ss.

<sup>17</sup> Como se puede comprobar en DÍEZ-PICAZO, pp. 554-555; TERRÉ, *et. al.*, p. 1309; R. CRISTOFARI, pp. 183 y ss. MARKESINIS, *et al.*, p. 366. Por esa amplitud, me parece acertada la opción sobre esta materia del artículo 1156.3 de nuestra propuesta de modernización del CC en materia de obligaciones y contratos (en lo sucesivo, PM-DO).

<sup>18</sup> Como ocurre en el § 268 BGB.

### 3. LA SOLUCIÓN TRADICIONAL DEL *COMMON LAW* BRITÁNICO

#### 3.1 IDEAS GENERALES

En el *common law* europeo el punto de vista cambia completamente. Éste es el claro diagnóstico de Friedmann y Cohen, autores del más detallado estudio comparado del pago de un tercero<sup>19</sup>. Esto se debe en parte a que, en los sistemas de *common law*, el pago de un tercero no es un problema que haga referencia a la definición del cumplimiento de la obligación, sino que plantea básicamente cuestiones de enriquecimiento injusto. En efecto, la rama del *common law* que sí se ha preocupado de tratar las cuestiones relativas al pago de la deuda ajena es, en el marco de los problemas que plantean los enriquecimientos impuestos, el llamado *Law of Restitution*<sup>20</sup>. Esta rama del *common law* británico se ha desarrollado muy recientemente, por lo que alcanza soluciones todavía inestables y en evolución<sup>21</sup>.

Merece la pena destacar que, en las llamadas *jurisdicciones mixtas*, el enfoque es distinto y, en general, tiende a admitirse el pago de tercero en condiciones algo más próximas a las del Derecho civil codificado<sup>22</sup>. Naturalmente, la influencia en esos sistemas de la tradición del *common law* es también acusada, por lo que el tema sigue siendo objeto de debate. Creo que esto se puede ver con claridad, por ejemplo, en Escocia donde se ha recurrido al contrato de mandato para justificar soluciones en esta materia que son obvias si se parte de la eficacia extintiva general del pago de un tercero<sup>23</sup>.

En cualquier caso, el enfoque británico basado en el *Law of Restitution* hace que se ponga un gran énfasis en el estudio de los

<sup>19</sup> D. FRIEDMANN y N. COHEN, p. 4. En nuestro país, esto lo ha destacado bien N. MARCHAL ESCALONA, «La obligación de pago», en S. Sánchez Lorenzo (ed.) *Derecho contractual comparado*, 2.<sup>a</sup> ed. Civitas/Thomson-Reuters, 2013, pp. 1251-1281, en p. 1256.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo en S. J. STOLJAR, *The Law of quasi-contract*, 2d ed. Sidney, 1989, p. 1 y ss., el debate sobre las distintas denominaciones de esta rama del ordenamiento (*Law of Quasicontract*, *Law of Restitution* y *Unjust Enrichment*).

<sup>21</sup> Según diagnóstico de P. BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, 1985, p. 1 y ss. Sobre esto, también IBBETSON (2001), p. 35. Este mismo autor señala (en p. 50) que, desde un punto de vista histórico, el reconocimiento del enriquecimiento injusto en el *common law* británico ha representado una auténtica revolución.

<sup>22</sup> Es claro, en este sentido, el artículo 1885 del Código Civil de Luisiana y el artículo 1555 del Código Civil de Quebec. Véase también F. Du Bois (ed.), *Wille's Principles of South African Law*, 9.<sup>a</sup> ed. 2007, p. 817, citado por L. MACGREGOR y N. WHITTY, «Payment of Another's Debt, Unjustified Enrichment and *ad hoc* Agency», 2011, 15 *Edinburgh L. Rev.*, p. 57, en p. 65, n. 39. Estos dos autores (p. 64) también son una buena cita para comprobar la posición del Derecho escocés sobre la materia.

<sup>23</sup> Más información sobre esto en L. MACGREGOR y N. WHITTY, p. 69.

efectos de la intervención del tercero entre éste y el deudor y que, relativamente, se deje desatendido el problema del efecto extintivo del pago. Esto es así hasta el punto de que, en la gráfica observación de G. Virgo, en esta materia «la cuestión difícil es determinar cuándo se ha producido la extinción de la deuda, lo que es una cuestión particularmente controvertida»<sup>24</sup>.

### 3.2 EL EFECTO EXTINTIVO DEL PAGO DE UN TERCERO

En efecto, frente a la regla romana recogida en los sistemas civiles continentales según la cual el pago de un tercero supone la extinción de la deuda pagada, la regla tradicional del *common law* inglés lleva a la conclusión de que el pago de un tercero no tiene generalmente eficacia extintiva automática. Esa regla tradicional puede resumirse en dos ideas<sup>25</sup>: (a) El pago por un tercero extingue la deuda, si el deudor había solicitado ese pago o si, una vez hecho éste, el deudor lo acepta o asume; (b) si ese pago no había sido solicitado ni aceptado por el deudor, también produce la extinción de la deuda el pago del tercero realizado bajo una presión jurídicamente admisible (esto engloba la presión sufrida por el fiador o el codeudor solidario y, con una u otra denominación, la presión de quien actúa en estado de necesidad).

¿Qué ocurre, entonces, en el resto de los casos? ¿Qué ocurre, entonces, con el pago espontáneo del tercero, que es el supuesto que no solucionan las reglas anteriores y que sí es habitual plantear en el Derecho civil continental? Siguiendo a Goff y Jones, autores del primer manual británico sobre el *Law of Restitution*, en los casos de pago voluntario de un tercero que no actúa a iniciativa del deudor, el régimen previsto en el *common law* se puede resumir en los siguientes puntos<sup>26</sup>:

- El punto de partida es, como ya hemos dicho, que el pago voluntario de un tercero sólo produce la extinción de la deuda si ese pago había sido hecho en nombre del deudor y

<sup>24</sup> G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, 2 ed. Oxford, 2006, p. 222.

<sup>25</sup> Véanse J. GOFF y G. JONES, *The Law of Restitution*, 3 ed. Londres, 1986, p. 3; P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2 ed., Oxford, 2005, p. 54; A. BURROWS, *The Law of Restitution*, 3 ed. Oxford, 2011, p. 460; P. BIRKS y J. BEATSON «Unrequested Payment of Another's Debt», en J. BEATSON, *Use and Abuse of Unjust Enrichment*, 1991, p. 182.

<sup>26</sup> GOFF y JONES p. 17 n. 90. Llegan a las mismas soluciones BIRKS (1985), p. 190 y BIRKS y BEATSON, pp. 182 y 193-194. Hay un buen relato de este mismo sistema tradicional de soluciones, pero destacando algunos inconvenientes que provoca, en FRIEDMANN y COHEN, pp. 7-8. Recientemente las asume también A. LODDER, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Oregon, 2012, p. 103. En contra, D. FRIEDMANN, «Payment of Another's Debt», *LQR* vol. 99, 1983, pp. 536 y ss. y STOLJAR (1989), p. 166.

éste lo ratifica o acepta<sup>27</sup>. Insisto en que, como se ve, el pago de un tercero, por regla general, no produce por sí mismo un efecto extintivo automático.

- Si el pago del tercero no ha producido la extinción automática de la obligación porque no ha sido hecho a petición del deudor ni éste lo ha aceptado a posteriori, lo que ocurrirá es que el acreedor podrá demandar el pago al deudor, salvo –señalan Goff y Jones– que esto suponga un fraude respecto al *solvens* y un abuso del procedimiento judicial. En efecto, esta pervivencia del crédito parece que es una consecuencia necesaria de la carencia de efecto extintivo del pago voluntario del tercero y, como se insistirá más adelante, es un inconveniente del sistema que señalan los autores británicos más recientes<sup>28</sup>.
- Otra consecuencia de esa carencia de efecto extintivo automático del pago voluntario del tercero es la de que, tras el pago, se abre un período de incertidumbre en el que pueden pasar cosas distintas, según las actitudes de acreedor y deudor<sup>29</sup>. En efecto, siguen explicando Goff y Jones:
  - Una vez hecho el pago por el tercero, si el acreedor pide de nuevo el pago al deudor, lo más probable es que éste ratifique o acepte el pago del tercero. En este caso, se produce sin más el efecto extintivo del pago. Si el deudor prefiere no ratificar lo hecho por el *solvens* y vuelve a pagar al acreedor, el pago habrá sido correcto porque se ha pagado un crédito que aún existía. Por ello, será el tercero el que podrá dirigirse ahora contra el acreedor diciendo bien (a) que quiere recuperar su dinero por faltar la causa (*consideration*) en su atribución o bien (b) que reclama la cantidad pagada por el deudor porque éste había pagado al acreedor como fiduciario (*trustee*) del tercero. En todas estas explicaciones hay que tener en cuenta que, frente a la idea continental del pago como *acto debido*, en el *common law* la intervención del tercero ante el acreedor parece que se concibe más bien como contrato<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> La elección del término no es indiferente porque predetermina el carácter contractual o no del remedio del *solvens*. Véase la discusión en BIRKS y BEATSON, p. 183. En EE. UU., cfr. G. E. PALMER, *The Law of Restitution*, II, Boston/Toronto, 1978, p. 461.

<sup>28</sup> Véase, por todos, BURROWS, pp. 460-464.

<sup>29</sup> La observación es de BIRKS y BEATSON, pp. 180-182. También BIRKS (1985), pp. 189-190 y 289. En igual sentido, las explicaciones de D. FRIEDMANN y N. COHEN, pp. 7-8.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, STOLJAR (1989), p. 166. Más abajo, al hilo de la exposición de la situación en EE. UU., se explicará qué realmente el esquema es el de la dación en

- Si, por el contrario, el acreedor se aquietá tras recibir el pago del tercero (no automáticamente extintivo) y no demanda al deudor, entonces, es el tercero quien puede reclamar del deudor para, si éste no ratifica el pago de forma que se extinga la obligación, dirigirse luego contra el acreedor sobre la base de que su pago fue hecho sin causa (*consideration*)<sup>31</sup>.

Esta solución a los casos de pago de la deuda ajena propuesta por Goff y Jones está siendo sometida a crítica últimamente. Esas posturas críticas proponen otra lectura de los antecedentes juríspudenciales tradicionalmente utilizados en esta materia y llegan a proponer que se admite el efecto extintivo automático del pago de un tercero como punto de partida.

Inicialmente las críticas fueron realizadas desde una de las llamadas *jurisdicciones mixtas* y desde una posición minoritaria que provenía de jurisdicciones periféricas de la *Commonwealth*<sup>32</sup>. Por otro lado, esas críticas contaban con el respaldo que suponía que el *common law* estadounidense admitiera sin ambages ese efecto extintivo de la intervención de un tercero<sup>33</sup>. Sea como sea, lo cierto es que en la actualidad los autores británicos más influyentes admiten con claridad ese efecto extintivo automático. En ese sentido, se puede destacar que Burrows, autor de uno de los manuales actualmente más conocidos sobre *Law of Restitution* y redactor de un reciente *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, propone que «el pago hecho para extinguir un crédito aceptado por el acreedor a esos efectos, extingue la deuda automáticamente sin la aceptación del deudor»<sup>34</sup>. Se ha llegado a sugerir, incluso, la necesidad de introducir una reforma legal para corregir en ese sentido la lectura del *common law* que habían propuesto Goff y Jones<sup>35</sup>.

---

pago. Para la idea de pago como acto debido y otras cuestiones relacionadas con la naturaleza del pago en nuestro Derecho, DÍEZ-PICAZO, pp. 542 y ss.

<sup>31</sup> Esta argumentación da algunos problemas en el *common law*, como se puede ver en FRIEDMANN y COHEN, pp. 7-8.

<sup>32</sup> FRIDMANN, p. 556, entre otras, escribiendo desde una universidad israelí. En aquellos mismos años, y desde el *common law* australiano, también STOLJAR (1989), pp. 170 y ss. expresaba una opinión crítica.

<sup>33</sup> Ya PALMER, II, pp. 362, 364, 365 y 367.

<sup>34</sup> Para el diagnóstico acerca de la importancia de BURROWS en la doctrina especializada, véase BIRKS (2005), p. 4. La cita de BURROWS está en p. 463, que se repite en p. 100 de los comentarios incluidos en el reciente *Restatement* inglés sobre la materia. Véase, A. BURROWS, *et al.*, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford, 2012. La crítica de la jurisprudencia en que se basa la posición tradicional la hace BURROWS en pp. 464-467, concluyéndose que no es decisiva y que, por ello, hay margen para la nueva propuesta. VIRGO (2006), p. 224, y C. MITCHELL, *The Law of Contribution and Reimbursement*, Oxford, 2003, pp. 62 y 176, entre otras, son de la misma opinión y argumentos.

<sup>35</sup> MITCHELL (2003), p. 176.

Desde esa posición actual se critica la explicación de Goff y Jones según la cual, al margen del pago autorizado por el deudor, sólo el pago del tercero bajo lo que llaman *compulsión jurídica* produce la extinción automática de la obligación<sup>36</sup>. La exposición de Goff y Jones que va a ser criticada se puede resumir en tres pasos. Estos autores argumentaban partiendo de que, en casos de pago por intimidación o error, el *solvens* sí puede exigir al acreedor la restitución de lo pagado. A continuación, decían que el efecto extintivo de los casos de pago de tercero bajo compulsión jurídica se debe a que, a diferencia de lo que ocurre en esos casos de intimidación o error, no se puede pedir restitución al acreedor. El último paso argumental de estos autores consiste en decir que, en los casos de pago bajo compulsión jurídica, no se puede exigir nada al acreedor porque el efecto del pago ha sido extintivo. La crítica actual consiste en señalar que el argumento de Goff y Jones es de valor muy limitado por su carácter circular<sup>37</sup>.

En esta materia, por otro lado, hay que tener en cuenta lo que se llama excepción o defensa de *discharge for value*, que forma parte del *Law of Restitution* y que también puede dar lugar a reconocer algo similar al efecto extintivo del pago de un tercero<sup>38</sup>. Se trata, básicamente, de una excepción que el acreedor puede oponer al tercero que le ha pagado por error, cuando el acreedor es de buena fe y el tercero ha pagado siguiendo las instrucciones del deudor. Si, frente a los casos de pago por error en los que se permite la reclamación del *solvens* frente al *accipiens*, aquí no se permite, se considera que es porque la deuda sí ha sido extinguida. Esta manera de razonar es distinta a la que se mantiene en el Derecho civil continental y, en mi opinión, también se puede deber a la poca claridad dogmática del *common law* sobre lo que significa el efecto extintivo del pago.

La postura crítica señala también la debilidad del argumento tradicional de que, si se admitiera el efecto extintivo automático del pago de un tercero, el deudor podría encontrarse con un nuevo acreedor (el *solvens*) sin haberlo consentido. Es una idea para la que tradicionalmente se citaba el argumento de Lord Kenyon, según el cual «el sistema no puede permitir que, si yo debo dinero a un amigo, aparezca luego un enemigo que la paga para convertirse en acreedor mío *nolens volens*»<sup>39</sup>. Para oponerse a esta argu-

<sup>36</sup> Ahora estoy resumiendo la exposición de BURROWS, pp. 460-464.

<sup>37</sup> La crítica aparece por primera vez en FRIEDMANN, p. 537. También está en FRIEDMANN y COHEN, p. 58.

<sup>38</sup> Información sobre esa defensa en FRIEDMANN y COHEN, pp. 57 y ss.

<sup>39</sup> Se puede comprobar la importancia de esta idea, por todos, en STOLJAR (1989), p. 171. El argumento de Lord Kenyon está contenido en el caso de *Exall v. Partridge*, (1799) 101 ER 1405, que es uno de los fundamentales en este campo.

mentación, se pone de relieve que actualmente el sistema ya ha admitido la cesión de créditos sin el consentimiento del deudor<sup>40</sup>.

En el mismo sentido, la posición crítica destaca que es cierto que la solución tradicional de limitar la eficacia extintiva del pago de un tercero protege muy bien al deudor de la injerencia malintencionada de ese tercero, pero que eso no debe llevar a condicionar la extinción del crédito al consentimiento del deudor. Por el contrario, la propuesta actual destaca que esta misma defensa de la posición del deudor puede lograrse, sin discutir el efecto extintivo automático del pago de un tercero, a través de negarle la restitución al *solvēns* por considerar que el enriquecimiento del deudor no es injusto<sup>41</sup>. Por otro lado, se ha señalado que no es aceptable el argumento de que la eficacia extintiva automática perjudica al deudor que pudiera haber opuesto la compensación al acreedor original. Para los autores actuales, lo que ocurre en esos casos es simplemente que la extinción automática del crédito no ha beneficiado al deudor en la misma medida en que el tercero había pagado<sup>42</sup>. Es un argumento que suena conocido para los civilistas continentales.

Aparte de esas críticas a la visión tradicional, Burrows destaca que esa eficacia extintiva automática del pago aceptado por el acreedor es coherente con el hecho de que éste pueda también renunciar al crédito y, por otro lado, permite dar solución análoga al caso de pagos en dinero y pagos de prestaciones no dinerarias<sup>43</sup>. Para esto, pone el ejemplo de quien, obligado por una resolución administrativa, elimina una molestia (*nuisance*) pública causada por las tuberías de un edificio que, una vez que se inicia la obra, se comprueba que correspondía en realidad eliminar a otra persona. Es claro, dice este autor, que esa eliminación ha liberado automáticamente al responsable<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Lo recoge, con toda claridad, FRIEDMANN, p. 535 n 10. También, con más análisis, en FRIEDMANN y COHEN, p. 12. Los mismos GOFF y JONES, p. 18 había admitido la debilidad de la solución tradicional británica desde el punto de vista de la admisibilidad general de la cesión de créditos. La cosa estaba ya clara en los EE. UU., donde se le da gran peso a esta idea, como explica PALMER, II, p. 364, entre otros muchos autores.

<sup>41</sup> La misma opinión de BURROWS que se recoge en el texto está en VIRGO (2006), p. 226. En los comentarios al artículo 18 del ya citado *Restatement* inglés se mantiene también esta opinión y se cita el célebre caso estadounidense de *Norton v Haggett* 85 A 2d. 571 (1952), en el que la intervención del tercero se produce poco después de una discusión entre éste y el deudor. Sobre este caso, en los EE. UU., PALMER II, p. 365, por todos.

<sup>42</sup> Véase, por todos, BURROWS, pp. 460-464.

<sup>43</sup> La misma idea está en VIRGO (2006), p. 231. Ambos se inspiran probablemente en FRIEDMANN, p. 540. Argumentos adicionales relativos a las letras de cambio, en las que sí se admite el pago de un tercero, en STOLZAR (1989), p. 174, n. 112. Este argumento basado en esta regla excepcional de los títulos de crédito es bastante frecuente.

<sup>44</sup> El caso que cita es *Gebhart v Saunders* (1892) 2 Q. B. 452. La misma idea está en VIRGO (2006), p. 231.

### 3.3 EL PAGO DE UN TERCERO COMO CUESTIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

En el epígrafe anterior hemos visto el análisis del *common law* británico preguntándonos básicamente por el efecto extintivo del pago de un tercero, es decir, preguntándonos por los efectos del pago de un tercero entre éste y el acreedor. Desde ese punto de vista, es destacable el mayor juego que da en este sistema la posibilidad de que el tercero acabe dirigiéndose contra el acreedor que había recibido la prestación realizada por éste, en los supuestos en los que no logre dirigirse contra el deudor.

Una vez visto qué ocurre entre el tercero y el acreedor, veremos en este epígrafe las soluciones propuestas desde el *Law of Restitution* británico para la cuestión de los efectos que produce un pago de tercero entre éste y el deudor. Para adentrarse en este terreno merece la pena recordar que la figura de tradición romana de la gestión de negocios sin mandato no ha sido recogida en el *common law*. En los sistemas angloamericanos sí hay doctrinas que recuerdan a esa figura romana (los llamados *agents of necessity*, por ejemplo), pero no alcanzan la importancia ni el grado de generalidad de la gestión de negocios sin mandato romana. Cabe destacar, con todo, que algunos casos de pago de tercero sí fueron de gran relevancia para la reconstrucción del *Law of Restitution* en que se embarca el *common law* en el s. XIX<sup>45</sup>.

Como se destaca en la doctrina anglosajona como punto de partida, si un tercero paga la deuda ajena sin que el deudor se lo haya pedido, éste se verá enriquecido por la eventual extinción del crédito. Sin embargo, con este enriquecimiento no basta para basar una reclamación contra el deudor, sino que hace falta, además, que haya una buena razón para permitirle al primero reclamar contra el segundo. Esta formulación recoge lo que es la regla general en el *common law* británico y en el estadounidense<sup>46</sup>.

En esa formulación están implícitos los dos requisitos que se exigen generalmente en el *Law of Restitution* para que se pueda reclamar la restitución de un enriquecimiento<sup>47</sup>: (a) ha de existir

<sup>45</sup> Para esto, explicando los desarrollos de la acción *quantum meruit*, IBBETSON (2001), pp. 39-40.

<sup>46</sup> Para el de EE. UU., a la espera de lo que más abajo se dirá, se puede ver la exposición de PALMER, II, p. 363 y ss.

<sup>47</sup> Para comprobar que esos dos requisitos son los generalmente exigidos, se puede ver, por todos, GOFF y JONES, p. 16; BIRKS (2005), p. 39. Sin embargo, en la exposición de algunos autores, el primero de esos requisitos se desdobra, de manera que se trata por separado la exigencia de que exista un enriquecimiento y la de que éste se haya producido a expensas del demandado. Por no complicar las cosas inútilmente, esa distinción no se

un enriquecimiento del demandado a expensas del demandante (b) que sea injusto. Este mismo enfoque se adopta en el ya citado *Restatement* inglés sobre *Law of restitution*<sup>48</sup>. Veámoslo con más detenimiento en los dos epígrafes siguientes.

## 1. El enriquecimiento del deudor

Sin entrar en una exposición en general de esta parte del sistema de *common law*, nos basta aquí con destacar que el pago de tercero con efecto extintivo se considera normalmente como un supuesto claro de lo que en esa doctrina se llama *beneficio indiscutible*<sup>49</sup>. Es decir, que se admite sin problemas que, cuando el pago del tercero ha extinguido la deuda, el deudor se ha visto enriquecido<sup>50</sup>.

Si se adopta por un momento el punto de vista general, merece la pena observar que en la actualidad la distinción importante en el *common law* británico para determinar si el demandado ha experimentado un enriquecimiento es la distinción entre prestaciones dinerarias y prestaciones no dinerarias. Las primeras no plantean muchos problemas, dado que el dinero tiene un valor indiscutible; pero las cosas son más difíciles cuando estamos ante prestaciones no dinerarias.

En efecto, señala Birks que, cuando la prestación no es dineraria, el demandado siempre puede discutir el valor del beneficio recibido<sup>51</sup>. Lo que ocurre es que, por explicarlo con ejemplos, sólo el demandado sabe si había decidido dejar de usar el coche que el demandante había reparado sin consultarle; o si había decidido irse de viaje y no limpiar las ventanas de su casa en los próximos seis meses, cuando se encuentra con que el demandante se las ha limpiado sin consultarle, etc. En un ejemplo más reciente, también de Birks: sólo el dueño puede decir si llevar a un perro a la peluquería

recogerá en este trabajo. Sobre todo esto se pueden ver GOFF y JONES, pp. 24 y ss; BIRKS (1985), p. 134; BURROWS, p. 78.

<sup>48</sup> El artículo 1 (1) del *Restatement* inglés (los datos sobre este texto se pueden encontrar en n 34) dice: «A claimant has a right to restitution against a defendant who is unjustly enriched at the claimant's expense». El texto subsiguiente (arts. 2, 3 y 7) confirma que estos requisitos se analizan como tres requisitos. Con todo, en los comentarios a este texto (*op. cit.*, p. 25) se deja ver la influencia del profesor A. Burrows, al añadirse un cuarto requisito: que no exista una defensa que ampare al demandado. Esta es la posición que mantenía este autor ya en BURROWS, p 27.

<sup>49</sup> Por todos, BIRKS (2005), p 61 y VIRGO (2006), pp. 72, 221 y 224. También LODDER, p. 100. Ya estaba muy claro en STOLJAR (1989), p. 152. La misma idea, igualmente clara en los EE. UU., en G. E. PALMER, *The Law of Restitution*, IV, Boston/Toronto, 1978, p. 331, entre otras.

<sup>50</sup> Por todos, FRIEDMANN y COHEN, p. 7.

<sup>51</sup> BIRKS (1985), p. 112. Le sigue VIRGO (2006), pp. 72, punto por punto. Estas ideas las formulaba también con gran claridad STOLJAR (1989), pp. 186.

canina y teñirle el pelo se considera un servicio o, por el contrario, se considera un daño. Como dice este mismo autor, lo que ocurre es que, en los casos de prestaciones no dinerarias, la libertad del demandado pasa a ser la cuestión esencial, porque es éste último el único capaz de decir el valor que para él tiene la prestación recibida. Más recientemente este mismo autor formula la misma idea de forma concluyente: «el dinero es a la vez la medida del valor y un medio para la libertad»<sup>52</sup>.

Este conocido argumento, al que Birks llama argumento de la *depreciación subjetiva*, juega un papel fundamental en la reconstrucción general del *Law of Restitution* de este autor y ha sido asumido por la doctrina y por la jurisprudencia inglesas<sup>53</sup>. Por otro lado, cuando la prestación no dineraria consiste en la prestación de un servicio, como ocurre en los ejemplos anteriores, surge la dificultad adicional de que esos servicios no pueden ser restituídos en especie y la de que, por tanto, sólo pueden revertirse mediante la creación de una nueva obligación sobre el demandado. Éste es un argumento al que se da mucho peso en *common law*, como veremos con más claridad en las explicaciones de la doctrina estadounidense<sup>54</sup>.

Desde nuestro punto de vista, lo que interesa destacar en estas observaciones generales es que el pago de tercero no es una prestación dineraria para el deudor<sup>55</sup>. Es cierto que la prestación que recibe el deudor –la posible liberación de su deuda– es una prestación muy especial, distinta a la prestación de un servicio o la imposición de un enriquecimiento en especie, pero también es cierto que no es una prestación dineraria, pues el deudor no recibe dinero. La presencia habitual del dinero (pagado por el *solvens* al acreedor) y, sobre todo, el efecto extintivo automático del pago de un tercero en la tradición romana quizás oscurecen para el civilista continental esta observación que, en realidad, parece clara. Al ser una prestación no dineraria, el deudor puede discutir el alcance del enriquecimiento que ha experimentado señalando, por ejemplo, que no todo lo pagado por el tercero ha redundado en su utilidad. Como se ve, es una idea coherente con el funcionamiento del Derecho civil codificado (cfr. por su proximidad, nuestro artículo 1158. III CC)

<sup>52</sup> BIRKS (2005), p. 50.

<sup>53</sup> Esto se puede comprobar en BURROWS p. 44 y en la exposición de este autor en pp. 48-49. También lo ha acogido el reciente *Restatement* inglés [art. 7 (3) y el Comentario en p. 42].

<sup>54</sup> Se pueden ver GOFF y JONES, p. 18; FRIEDMAN (1983), pp. 535; desde los EE. UU., PALMER, II, pp. 363, 370 y 416.

<sup>55</sup> BIRKS (1985), pp. 109-110 y 189-190. La idea estaba ya en FRIEDMANN, p. 535 y recientemente la asumen LODDER p. 99 y VIRGO (2006), pp. 133.

## 2. Carácter injusto del enriquecimiento

Sobre este requisito, no hay una formulación general estable en *common law* británico, sino que hay distintas propuestas de organizar esta materia y un debate muy activo<sup>56</sup>. Se discute, incluso, el punto de partida, que una postura más próxima al Derecho civil del continente coloca en que la atribución debe de estar justificada para no ser repetible, mientras que otra postura, que se presenta como la tradicional del *common law*, opina que hay que partir del principio de la estabilidad de las atribuciones y permitir la restitución sólo cuando existan causas particulares que lo permitan<sup>57</sup>. Hay autores que defienden la primera postura, otros que defienden la segunda, y siempre se destaca en este debate la evolución del pensamiento de un autor tan señalado en este campo como es Birks quien, partiendo de la visión tradicional del *common law*, terminó por acercarse a la primera postura<sup>58</sup>.

Es interesante la reconstrucción histórica que ofrece Ibbetson. Explica este autor que la construcción que se considera más propia del *common law* parte de la importante aportación que hizo Ames en los EE. UU. a finales del s. XIX, basándose en el texto del Digesto de Justiniano según el cual nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro (D. 50.17.206). Frente a esto, el punto de partida adoptado en Alemania (y que acabó extendiéndose a Francia) fue la otra mención que se hace en el Digesto a estas cuestiones, en la que no se exigía esa idea de que el enriquecimiento en sí fuera injusto (D. 12.6.14)<sup>59</sup>.

En cualquier caso, lo que es relevante en los casos de pago de deuda ajena es, con una u otra formulación, la idea de que el sistema no incentiva las intervenciones oficiosas (*officious*) de los terceros<sup>60</sup>. Es decir, que se excluye la restitución cuando el demandante sabía que el demandado no había solicitado ni deseaba el enriquecimiento. Es más, esa injerencia llegó a ser vista como un

<sup>56</sup> Para un buen resumen de ese debate, BURROWS, pp. 95 y ss.

<sup>57</sup> C. MITCHEL, «Unjust Enrichment», en A. Burrows (ed.), *English Private Law*, 2 ed. Oxford 2007, p. 1347, lo explica muy bien, siguiendo probablemente a BIRKS (2005), pp. 101 y ss.

<sup>58</sup> En la primera postura encontramos, por ejemplo, a GOFF y JONES, p. 30. En la segunda, a BIRKS (1985), pp. 133. Un buen relato de esto en BURROWS, p. 97. Para la última postura de BIRKS la cita buena, en mi opinión, es BIRKS (2005), p. 116. La evolución del pensamiento de BIRKS se destaca incluso en obras de otros países, como se puede ver en P. SIRENA, «Arrichimento senza causa e gestioni di affare», G. ALPA, *et al.*, *Il DCFR*, Milán, 2009, p. 247.

<sup>59</sup> D. IBBETSON, «Unjust Enrichment in English Law», en E. J. H. Schrage (ed.), *Unjust Enrichment and the Law of Contracts*, Kluwer, 2001, pp. 45-46.

<sup>60</sup> El término inglés «*officious*» puede ser traducido por *oficioso* en español, en la tercera acepción del DRAE: «Que se entremete en oficio o negocio que no le incumbe».

*tort* especial en algunos casos (*champerty*)<sup>61</sup>. Esta regla se aplica en general en el terreno de los enriquecimientos no deseados, desde el caso de quien mejora la finca de otro al de quien paga una deuda ajena, pasando por el ejemplo de la práctica comercial de enviar mercancías no solicitadas<sup>62</sup>.

En el *common law* británico es habitual encontrar formulaciones brillantes de las razones que subyacen a esa regla general como decir, por ejemplo, que «el sistema no quiere hacer que el país se convierta en una nación de entrometidos que estén deseando realizar servicios no deseados para luego probar suerte ante los tribunales» o, aún más, que «el sistema no quiere incentivar que haya quien se dedique a dejar los barcos a la deriva para luego rescatarlos y exigir una remuneración»<sup>63</sup>. También es muy citada la frase del Juez Bowen diciendo que «no se pueden imponer responsabilidades sobre las personas, de la misma manera que no puede enriquecerse a nadie contra su voluntad»<sup>64</sup>. Naturalmente, la necesidad de que nadie tome decisiones por uno está también siempre presente entre las justificaciones de esta regla. Aplicada al pago espontáneo de un tercero, esta regla es la razón fundamental por la que en muchos casos el *solvenc* no puede dirigirse contra el deudor<sup>65</sup>.

Al partir de este punto de que no hay restitución para evitar la intromisión oficiosa del tercero en los asuntos ajenos, el *common law* sí puede reconocer una acción en los casos en que no existe ese peligro porque la intervención obedece a otros motivos<sup>66</sup>. De esta forma, se dice que quien interviene por error o bajo amenaza no puede ser calificado de entrometido y, por ello, se le concede acción. Así, se admite por ejemplo que el pago de lo indebido por creerse el *solvenc* obligado a pagar de lugar en ocasiones a un reembolso contra el verdadero deudor<sup>67</sup>. Asimismo, la intervención del fiador, que es vista como un caso de actuación bajo la presión que supone sobre el *solvenc* la acción del acreedor, aparece

<sup>61</sup> Sobre el significado de este *tort* de *champerty*, que veremos que es frecuente mencionar también en los EE. UU., FRIEDMANN y COHEN, p. 12.

<sup>62</sup> GOFF y JONES, pp. 42-43 y FRIEDMANN, p. 534.

<sup>63</sup> La primera idea está, críticamente, en E. W. HOPE, «Officiousness» (1930) 15 *Cornell LQ* 25, 36, de donde la recoge MITCHEL (2007), p. 1386. La segunda, que es mucho más conocida, está en *Nicholson v. Chapman* (1793) 2 H Bl 254, 259, 126 ER 536, 539. La doctrina suele plantear estas cuestiones acentuando las hondas raíces tradicionales de la regla contra los que intervienen en asuntos ajenos. Véase en este sentido, por todos, STOLJAR (1989), pp. 151-152. Este mismo autor (p. 166, n. 79) destaca también que las soluciones de los tribunales de *equity* comparten con el *common law* la visión crítica frente a las intervenciones oficiales.

<sup>64</sup> En *Falcke v. Scottish Imperial Insurance Co* (1886) 34 Ch. D. 234, 248.

<sup>65</sup> Así de claro lo formula FRIEDMANN, p. 535.

<sup>66</sup> Está muy claro en VIRGO (2006), p. 187.

<sup>67</sup> También es más difusa la relación con otros supuestos de intervención del tercero que no son propiamente pagos. Cfr. BIRKS y BEATSON, p. 177.

agrupada con los casos de pago realizado por error o por intimidación. Es esa situación cercana a la idea de vicio de la voluntad la que excluye el carácter oficioso de la intervención del demandante. Interviene por error o bajo presión, no porque quiera inmiscuirse oficiosamente.

Otros autores no comparten ese razonamiento ni la manera de clasificar los supuestos relevantes que deriva de ella<sup>68</sup>. Las construcciones de los autores son distintas y probablemente no merece la pena aquí detenerse en explicar cada una de ellas<sup>69</sup>. Desde el punto de vista del pago de un tercero, lo que sí merece la pena es explicar los supuestos en los que sí se reconoce acción al *solvens*/demandante para reclamar al deudor/demandado. Se trata de casos de lo que se llama *legal compulsion*, que son los más importantes, y los casos de intervención realizada en estado de necesidad (*necessity*)<sup>70</sup>:

1. El pago del que está bajo presión jurídicamente admisible, es el caso más relevante. Se encuadran aquí claramente el caso del pago del fiador y del codeudor solidario, el caso del titular del bien que de una forma u otra aparece sometido a la suerte de la deuda y aun el caso del que está obligado legalmente a realizar lo que acaba siendo el cumplimiento de la deuda ajena<sup>71</sup>. Conviene advertir aquí una mención a la regla de que tampoco un fiador que se ha convertido en tal sin consultarla con el deudor puede tras el pago dirigirse contra éste con una acción de enriquecimiento<sup>72</sup>: a este fiador también se le considera un entrometido.

2. El pago realizado por necesidad. Al lado de intervenciones directas para ayudar a personas en estado de necesidad, que en este trabajo interesan menos (por ej. el médico que atiende a un herido inconsciente), se colocan bajo la rúbrica de *necessity* supuestos que son conocidos también en el continente por influencia del Derecho romano. Se trata del caso de quien presta alimentos a un menor en lugar de sus padres o de quien sufraga los gastos del entierro que

<sup>68</sup> Por ejemplo, MITCHEL (2007), p. 1382; BIRKS (2005), p. 116; STOLJAR (1989), p. 153.

<sup>69</sup> Véase, STOLJAR (1989), p. 156, para confirmar lo difícil del diagnóstico.

<sup>70</sup> Esta afirmación, que se puede comprobar en prácticamente todos los autores, está muy clara en VIRGO (2006), p. 226.

<sup>71</sup> No voy a recoger aquí otro grupo de casos que prácticamente todos los autores colocan en este epígrafe y que es el de casos de cesión de *leases*. Para más información, se puede empezar por STOLJAR (1989), p. 157 y VIRGO (2006), p. 230.

<sup>72</sup> Esto se basa en *Owen v. Tate* (1976) 1 Q.B. 402, que es un *leading case* muy problemático y criticado. Por todos, VIRGO (2006), p. 233, quien diagnostica la opinión de la doctrina diciendo que el caso fue decidido erróneamente, y MITCHEL (2007), p. 1383, n. 260. Desde un punto de vista comparado, en igual sentido, FRIEDMANN y COHEN, p. 13. Es significativo que el Restatement inglés ya mencionado se hace ahora eco de todas esas críticas, asumiéndolas. Véase p. 102.

correspondería pagar a los herederos (cfr. nuestro art. 1894 CC)<sup>73</sup>. En esos casos, en los que se destaca también la presencia concurrente de un interés público o colectivo en la intervención del *solvens*, se admite que ésta se dirija contra el verdadero deudor<sup>74</sup>. En este terreno, de todos modos, la doctrina advierte de la inestabilidad de las conclusiones y de la posibilidad de nuevos avances<sup>75</sup>.

Dejando a un lado la regla de partida de que el pago admitido o ratificado por el deudor sí produce acción entre éste y el *solvens*, en esta materia cabe concluir que en el *common law* británico el tercero que paga una deuda ajena no puede, por regla general, dirigirse contra el deudor con un derecho personal nacido del pago. Sólo podrá hacer tal cosa en los dos casos excepcionales que acabamos de recoger. En resumen, se puede concluir, pues, que las reglas inglesas en materia de pago de un tercero son restrictivas, si las comparamos con las soluciones continentales, tanto en materia de legitimación para el pago como en materia de reconocimiento de un derecho del *solvens* contra el deudor.

#### 4. LAS SOLUCIONES EN EL *COMMON LAW* ESTADOUNIDENSE

Como el *common law* estadounidense tampoco admite una figura similar a nuestro pago de tercero, el conjunto de problemas que nosotros colocamos bajo esa rúbrica aparecen en él desconectados entre sí. Como veremos en seguida, los *Restatements* sobre enriquecimiento sí adoptan un punto de vista más o menos unitario sobre los efectos del pago de un tercero entre el *solvens* y el deudor<sup>76</sup>. En cambio, como veremos en segundo lugar, encontrar soluciones sobre las relaciones entre el *solvens* y el acreedor –es decir, determinar el efecto extintivo o no del pago del tercero– exige un recorrido más trabajoso a través de los *Restatements* sobre contratos.

<sup>73</sup> El *common law* de los EE.UU. también conoce estos casos, como se puede ver en PALMER II, pp. 377-378.

<sup>74</sup> El planteamiento más claro está en STOLJAR (1989), p. 197.

<sup>75</sup> Así lo hace, por ejemplo, MITCHEL (2007), p. 1388 o VIRGO (2006), pp. 283 y 297. La idea estaba ya en autores británicos más antiguos y también en autores estadounidenses, como por ejemplo PALMER, II, p. 367. La idea de que en esto la distancia no era tanta entre el *common law* y el continente estaba ya en STOLJAR (1989), p. 221.

<sup>76</sup> Como se sabe, estos *Restatements* son textos de *soft law* que elabora el *American Law Institute* (ALI, en lo sucesivo) con el objeto de recoger y reordenar el *common law* vigente en los EE. UU. en determinadas materias. Más información en <http://guides.library.harvard.edu>, consultada el 15 de febrero de 2014.

## 4.1 LAS SOLUCIONES EN LOS RESTATEMENTS SOBRE ENRIQUECIMIENTO

### 4.1.1 El Restatement (first) de 1937

En el primer *Restatement* sobre *Law of Restitution*, el tratamiento de los casos de pago de tercero es muy escaso y sólo se atiende a los supuestos de pagos de alimentos y a pagos para cumplir obligaciones tras las que existe un claro interés público, como el caso ya citado de la obligación de enterrar a los muertos.

El punto de partida restrictivo, para lo que a nosotros nos importa, queda claro desde el § 2 del *Restatement*, según el cual, «Quien otorga oficiosamente un beneficio a otro no tiene por ello derecho a restitución»<sup>77</sup>. Como se ve, la prevención frente a los enriquecimientos impuestos se coloca en las mismas puertas del *Restatement*, lo que deja clara, entre otras cosas, su actitud restrictiva frente al supuesto del pago de un tercero.

Por otro lado, la divergencia con los Códigos continentales queda clara también cuando en el *Restatement* se pone el ejemplo de quien paga la deuda del deudor/amigo, ante su falta de liquidez y para evitarle daños a su buen nombre. En ese caso, según se aclara en ese texto normativo, el *solvens* no tiene acción contra el deudor/amigo, por mucho que pagara con intención de reclamar en el futuro al verdadero deudor (es decir, excluyendo el *animus donandi*) y por mucho que hubiera tenido acción contra él, si se hubiera preocupado de solicitar al acreedor la cesión del crédito<sup>78</sup>.

Para nosotros, la norma más interesante está en el § 112 de este primer *Restatement* que ahora comentamos, según el cual «Quien otorga un beneficio a otro sin que haya intervenido error, coerción o petición por parte de ese otro no tiene derecho a la restitución, excepto cuando en las circunstancias en que ese beneficio fue otorgado hicieran la intervención necesaria para proteger los intereses de ese otro o de terceros»<sup>79</sup>. Como se ve, el razo-

<sup>77</sup> La versión original de la norma es: «A person who officially confers a benefit upon another is not entitled to restitution therefore».

<sup>78</sup> Como se puede comprobar en p. 462, en el primer ejemplo que se pone para ilustrar el § 112 del que se habla en el texto a continuación. Veremos más abajo el sentido que tiene en el *common law* la observación algo chocante que se hace ahí sobre la cesión del crédito.

<sup>79</sup> La versión original de la norma es: «A person who without mistake, coercion or request has unconditionally conferred a benefit upon another is not entitled to restitution, except where the benefit was conferred under circumstances making such action necessary of the protection of the interests of the other or of third parties».

namiento básico, que ya hemos visto en el contexto británico, es el entendimiento de que el error, la coerción o la previa petición eliminan el carácter oficioso de la intervención. Fuera de esos casos, la intervención de un tercero sí será considerada oficiosa, siempre que no concurra alguna de las reglas especiales que la justifiquen excepcionalmente.

La norma de ese § 112 es bastante general y poco concluyente, pero los comentarios al texto preparados por los redactores del ALI dejan claro que quien interviene oficiosamente para cumplir *el deber de otro*, que es el epígrafe más general bajo el que aparece también el pago de un tercero, en principio no tiene derecho a pedir restitución al deudor<sup>80</sup>.

Esta regla general de que las intervenciones no solicitadas se consideran oficiosas y no dan lugar a acción admite algunas excepciones. En concreto, el primer *Restatement* admite que el tercero tenga acción contra el deudor de alimentos legal o contractualmente establecidos (§§ 113 y 114), que tenga acción contra el enriquecido en caso de salvamento de la vida o la salud de otro (§ 116) y que tenga acción en caso de preservación de cosas o del crédito de otro (§ 117).

Este último precepto relativo a la protección del crédito de otro, que en principio podía ser más prometedor, se limita al supuesto del pago de instrumentos negociables. La justificación que se da en los Comentarios del ALI a la admisión de acción contra el deudor cuando el *solvens* ha pagado la deuda documentada en una de estos *negotiable instruments* es la costumbre entre comerciantes<sup>81</sup>. Se trata de una solución que hoy se recoge también en el *Uniform Commercial Code* y que siempre se ha considerado como excepcional en los EE. UU.

Aunque esta postura del primer *Restatement* es claramente restrictiva hacia los casos del pago de un tercero, el enfoque es más abierto que el tradicionalmente mantenido en el *common law* inglés. En efecto, esos §§ 113-117 recogen los casos de intervención de un tercero que se han considerados excepcionalmente justificados (no oficiosos) hasta el momento, pero –como señalan los redactores del ALI– eso no significa que no existan otros casos en los que también se puede encontrar justificación al reconocimiento de una acción de restitución<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Tal como se puede ver en el Comentario a), en p. 464 del *Restatement*.

<sup>81</sup> Como se puede ver en p. 491.

<sup>82</sup> Tal como explican los redactores en p. 463.

#### 4.1.2 El Restatement (third) de 2011

Tras el primer *Restatement* en materia de *Law of Restitution*, se intentó hacer una segunda versión, que no llegó a buen puerto<sup>83</sup>. Por eso, nuestro siguiente paso es estudiar el tratamiento que hace el *tercer Restatement* sobre enriquecimiento en materia de pago de un tercero.

El *Restatement (3d)* también comienza recogiendo unos principios generales sobre la materia. Entre esos principios, interesa destacar el contenido en el § 2.3, según el cual «no da lugar a restitución el beneficio impuesto voluntariamente y no solicitado, a menos de que las circunstancias de la transacción justifiquen la intervención del demandante en ausencia de contrato». Aunque este texto no emplee el término *officious*, recuerda al precepto similar que acabamos de comentar en el epígrafe anterior (§ 2 del primer *Restatement*)<sup>84</sup>. Estamos ante un principio general que aparece en el atrio mismo del *Restatement (3d)* y que sirve de advertencia sobre la actitud restrictiva hacia los casos en los que se paga una deuda ajena que se mantiene en este *Restatement (3d)*.

La estructura de este *Restatement (3d)* se basa en cuatro capítulos. Desde el punto de vista de este trabajo, nos interesa el capítulo segundo que se dedica a enriquecimientos impuestos, es decir, a los enriquecimientos que recibe el demandado a través de un acto (más o menos) voluntario del demandante y que el primero no había solicitado<sup>85</sup>. El capítulo se titula, así, *Intervención no solicitada (Unrequested Intervention)* y contiene tres secciones: (a) Intervención en caso de emergencia; (b) cumplimiento realizado a un tercero (esta sección incluye los pagos hechos por codeudores solidarios, entre otros) y (c) intervenciones realizadas en propio interés.

La primera de esas secciones contiene un grupo de casos entre los que aparecerá nuestro pago de tercero. En las dos restantes se

<sup>83</sup> A pesar de su fracaso, se sigue hablando de ese *segundo Restatement* y se le ha dado el nombre de *tercero* al último *Restatement*, aprobado en 2011. Sobre esto, se puede encontrar más información en D. RENDLEMAN, «Restating Restitution: The Restatement Process and Its Critics», *Washington and Lee Law Review*, 65.3, 2008, pp. 933-944.

<sup>84</sup> En el Comentario a) se puede ver (p. 16 del vol. I) que el *Restatement (3d)*, es más bien contrario al uso del término *officious*, como se puede comprobar en otros lugares; por ejemplo, en la p. 384 del *Restatement (3d)*, I.

<sup>85</sup> El primer capítulo se dedica a prestaciones que deben ser restituidas por algún defecto referido al transmisor (casos viciosos de la voluntad o de falta de capacidad, por ejemplo); el tercer capítulo se dedica al papel del enriquecimiento/restitución en los contratos; y el cuarto, a los enriquecimientos obtenidos mediante actuación ilícita. Véanse las observaciones generales sobre esta estructura en pp. 45 y 285 del *Restatement*, vol. 1. Insisto en que la manera de ordenar esta materia es similar en la obra clásica de PALMER, II, como se puede comprobar en p. 358. Los casos tratados –el campo de aplicación– son similares en la obra más antigua de WOODWARD, *Quasi Contracts*, Boston, 1913, si bien la estructura es algo distinta y más compleja.

contienen algunos casos que entre nosotros llamaríamos casos de pago de *tercero interesado*, con algún matiz que se debe probablemente al deseo de trazar categorías de uso razonable para el *common law* estadounidense. Vayamos por partes.

#### A) LAS LLAMADAS INTERVENCIONES EN CASO DE EMERGENCIA

Como sabemos, el punto de partida de toda esta regulación es el de que la intervención sobre la esfera de otro ha de estar justificada por un contrato o una posterior ratificación. Fuera de esos dos casos, sólo en circunstancias excepcionales puede entenderse que está justificada la intervención en esfera ajena. En concreto, se considera que cabe la intervención cuando peligra la vida y la salud (§ 20), cuando peligran los bienes propiedad del demandado (§ 21) o cuando se trata del cumplimiento de un deber ajeno (§ 22). En este último supuesto es donde hay que encuadrar el pago de un tercero.

En esta forma de razonar pasa a primer plano saber si la intervención del tercero –en nuestro caso, pagando la deuda– está o no justificada. La pregunta sobre la justificación del pago de un tercero se plantea así de manera similar a la pregunta de si se puede intervenir para salvar la vida o salvar/mejorar la propiedad ajena<sup>86</sup>. De esta forma, en el *Restatement (3d)* se destacan cuestiones relevantes en esta materia, como la de hasta qué punto estaba justificado intervenir en ausencia de un contrato; la de hasta qué punto cabe obligar al demandado a hacer frente al gasto que supone atender a la reclamación del demandante; la de hasta qué punto habría enriquecimiento injusto si no se diera restitución y, finalmente, la de hasta qué punto existe un interés social en incentivar intervenciones como la del tercero<sup>87</sup>.

Desde un punto de vista comparado, cabe señalar que estas consideraciones son claramente pertinentes para el conjunto de casos para el que han sido pensadas (enriquecimientos impuestos), pero que el pago de tercero no acaba de encajar en ellas con suavidad. Como explicaremos más abajo, hay autores estadounidenses que destacan esas diferencias del caso del pago de tercero y proponen un reconocimiento específico de la figura.

<sup>86</sup> La idea también está en PALMER, II, p. 361. Recordemos el tratamiento restrictivo de la intervención del *buen samaritano* en *common law*. Para esto, W. Page Keeton (ed.), *Prosser and Keeton on Torts*, 5.<sup>a</sup> ed. 1984, St. Paul, Minn. pp. 373 y ss.

<sup>87</sup> *Restatement*, vol. 1, p. 285. En la obra más antigua de WOODWARD (p. 312), el requisito de la injusticia del enriquecimiento se pone en relación –en este contexto– con la idea de la prestación realizada con ánimo liberal.

El § 22, que es el texto más importante para nosotros en este *Restatement*, lleva por título *Cumplimiento del deber de otro y contiene tres apartados*<sup>88</sup>:

«1. Quien cumple el deber de otro hacia un tercero o hacia la colectividad tiene derecho a la restitución contra ese otro en la medida en que sea necesario para evitar el enriquecimiento injusto, si las circunstancias justifican la decisión de intervenir sin haber sido autorizado.

2. La decisión de intervenir se puede justificar en las siguientes circunstancias:

a) El demandante puede estar justificado al pagar la deuda pecuniaria de otro, si el cambio de la obligación original por la obligación derivada de la restitución no supone perjuicio para el deudor.

b) El demandante puede estar justificado al cumplir la obligación de otro de proporcionar alimentos a un tercero, para evitar un daño inminente a los intereses de ese tercero.

c) El demandante puede estar justificado al cumplir el deber de otro hacia la colectividad, si ese cumplimiento viene urgentemente exigido para la protección de la salud pública, la seguridad y el bienestar general.

3. No hay enriquecimiento injusto y no se podrá reclamar en restitución conforme a las reglas de los apartados anteriores a menos que la intervención del demandante haya liberado al demandado de una obligación efectiva.»

Los comentarios de los redactores del ALI a este § 22 explican los factores que son específicamente relevantes para saber cuándo puede estar justificado intervenir cumpliendo un deber ajeno<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> La versión original en inglés de ese texto es como sigue: «§ 22. Performance of Another's Duty.

1. A person who performs another's duty to a third person or to the public is entitled to restitution from the other as necessary to prevent unjust enrichment, if the circumstances justify the decision to intervene without request.

2. Unrequested intervention may be justified in the following circumstances:

(a) the claimant may be justified in paying another's money debt if there is no prejudice to the obligor in substituting a liability in restitution for the original obligation

(b) the claimant may be justified in performing another's duty to furnish necessities to a third person, to avoid imminent harm to the interests of the third person; and

(c) the claimant may be justified in performing another's duty to the public, if performance is urgently required for the protection of public health, safety, or general welfare.

3. There is no unjust enrichment and no claim in restitution by the rule of this section except insofar as the claimant's intervention has relieved the defendant of an otherwise enforceable obligation.»

<sup>89</sup> *Restatement* vol. 1, p. 310

Desde un punto de vista comparado, como se insistirá más adelante, es curioso observar cómo el planteamiento de esos factores parece el propio de la interpretación de cláusulas generales. En concreto se mencionan los siguientes:

- Las circunstancias deben mostrar que había alguna dificultad para requerir el previo acuerdo del demandado.
- Debe haber algún grado de urgencia en la intervención del demandante.
- El demandante debe de ser una persona adecuada para intervenir. Al hilo de este requisito se menciona la política que generalmente mantiene el *common law* en contra de los que intervienen oficiosamente en asuntos ajenos<sup>90</sup>.

Respecto del remedio reconocido en el citado § 22, el Comentario e) que hacen los redactores del ALI deja claro que el demandado no puede quedar en peor posición que la que tenía respecto del deber que el tercero ha cumplido, a menos de que estemos ante un incumplimiento de un deber de alimentos o de un deber de interés público, en los que el remedio no se determina por el enriquecimiento experimentado por el demandado, sino por lo razonablemente gastado en la ejecución del deber que pesaba sobre el demandado<sup>91</sup>. Esta solución distinta –que recuerda planteamientos propios de la figura romana de la gestión de negocios sin mandato– se justifica aludiendo a la responsabilidad del demandado en el incumplimiento de su deber.

Respecto del concreto caso del pago de un tercero, el Comentario f) del § 22 señala que la posición tradicional al respecto es permitir la reclamación del *solvens* sólo en caso de alimentos (*necessaries*) prestados por el tercero, como hemos visto que ocurría en principio en el primer *Restatement* sobre la materia, pero que el nuevo texto omite esta limitación. A continuación se destaca que, sin embargo, el nuevo texto contiene requisitos quizá mayores al tradicional que acabo de destacar, como puede ser la necesidad de que la intervención esté justificada desde el punto de vista de los criterios que ya hemos señalado y el límite de que la intervención perjudique al demandado<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Lo hace igualmente PALMER, II, p. 359. Estos sujetos son llamados *intermeddler*, o *volunteers*. Es interesante destacar que el «volunteer» no está claro en la tradición del *common law* si es el que interviene con ánimo de donar o si es el sujeto al que se le priva de acción, con lo que la idea continental de que se presume que quiso donar queda al alcance de la mano. Se llega a decir, incluso, que *volunteer* es una fórmula corta que significa sólo que no tiene acción. Sobre esto HOPE y PALMER, II, p. 360.

<sup>91</sup> *Restatement*, vol. 1, p. 311

<sup>92</sup> *Restatement*, vol. 1, p. 312

Se puede destacar también que, según se explica en el Comentario d) al § 22 del *Restatement*, el cumplimiento del deber ajeno hecho con ánimo liberal no da lugar a una reclamación<sup>93</sup>. Sobre esto no se hace más comentario ni se insiste más. Esto deja ver que –desde el punto de vista del *Law of Restitution*– el problema no es tanto el enriquecimiento impuesto, sino la existencia o no de una acción para revertirlo<sup>94</sup>.

Desde el punto de vista comparado, cabe señalar la escasa importancia que se da al pago de un tercero en el *Restatement* (3d), para el cual los casos de pago de un tercero parecen querer circunscribirse a problemas de limitada importancia económica y que surgen en las relaciones entre familiares<sup>95</sup>. En ese ámbito parece que será estadísticamente más frecuente el deseo del *solvens* de beneficiar al deudor.

#### B) EL LLAMADO CUMPLIMIENTO REALIZADO A UNA TERCERA PERSONA

La segunda sección del capítulo segundo del *Restatement* (3d) lleva por título Cumplimiento realizado a una tercera persona (§§ 23 a 25) y en ella se trata el pago de una obligación solidaria, el pago de una obligación independiente que da lugar a la subrogación (típicamente, situaciones parecidas a las que plantea la existencia de una garantía) y el cumplimiento en virtud de contrato realizado con una tercera persona. Esta sección, de contenido no fácilmente identifiable para el civilista continental, agrupa un conjunto de casos en los que sí se reconoce generalmente el remedio restitutorio porque el demandante, al cumplir una obligación propia, ha extinguido también una obligación que pesaba sobre el demandado<sup>96</sup>.

El *Restatement* (3d), que se dedica a cuestiones de enriquecimiento injusto, se queda satisfecho con la afirmación de este remedio restitutorio claro para los casos que regula, sin que se detenga a explicar cómo se produce el efecto extintivo sobre la obligación pagada. En el Comentario c) los redactores del ALI sí explican que el beneficio obtenido por el codeudor a resultas del pago realizado por el *solvens* que pagó la deuda común no es un beneficio que el primero pueda rechazar libremente, por lo que su obligación de

<sup>93</sup> *Restatement*, vol. 1, p. 311.

<sup>94</sup> Cfr. PALMER, II, p. 360.

<sup>95</sup> *Restatement*, vol. 1, pp. 310 y 312, donde se insiste en relatar casos de pagos realizados por sobrinos a favor de sus tíos o pagos entre padres e hijos.

<sup>96</sup> Así se justifica la sección en la Nota introductoria que colocan los redactores del *Restatement* (3d), I, en p. 327.

restituir no requiere su consentimiento previo<sup>97</sup>. Como se ve, la idea subyacente es aquí algo más complicada, pero también está en conexión con la idea de excluir los enriquecimientos impuestos: el codeudor demandado por el *solvens* no puede rechazar el beneficio que éste le ha conferido y eso justifica su obligación de pago; el *solvens*/demandante, por su lado, no interviene de manera oficiosa, sino que lo hace forzado por el peso de su propia obligación.

### C) LA INTERVENCIÓN REALIZADA EN INTERÉS DEL TERCERO

La última sección del capítulo segundo del *Restatement (3d)* se dedica a la intervención realizada por un tercero en su propio interés. El *Restatement (3d)* distingue así los casos en que el demandante es un obligado a intervenir, que se trata en la sección que acabamos de presentar en el párrafo anterior, y los casos en que dicho demandante interviene en su propio interés. Lo que nos interesa ahora es comprobar que no se duda de la legitimación de este tercero para pagar, que tampoco es ésa una cuestión que preocupe mucho y, por otro lado, que se supone que el acreedor acepta el pago. Son casos que recuerdan a lo que entre nosotros llamamos pago de un tercero *interesado*. En esta materia, hay muchos más puntos de contacto entre nuestra experiencia y la del *common law*, independientemente de que la concreta categoría englobe a unos u otros supuestos de pago de un tercero interesado.

El *Restatement (3d)*, en concreto, regula en esta sección tercera (§§ 26 a 30) la intervención por parte de un copropietario en beneficio de la cosa común; los gastos realizados en una cosa por quien esperaba adquirir un derecho sobre ella; las mejoras sobre los bienes de un integrante de una pareja no casada realizados por el otro; los beneficios obtenidos a través de un fondo común; y finalmente da una regla de cierre sobre intervenciones no solicitadas en la que, a pesar de que se formula cautelosamente para no contradecir las reglas anteriores de todo el capítulo, a veces se tiene la impresión de que supone dejar una puerta abierta a que toda la materia sea entendida justamente del revés<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> El Comentario c) está en p. 332 del *Restatement (3d)*, I.

<sup>98</sup> Ese § 30 del *Restatement (3d)* dice así: «§ 30. Unrequested Intervention: Residual Rule. (1) Restitution for benefits secured to the recipient by the claimant's unrequested intervention is available in the cases described by 20-29. (2) Outside the scope of the foregoing sections, a claimant whose unrequested but justifiable intervention confers a benefit on the recipient may be entitled to restitution as necessary to prevent unjust enrichment. There is unjust enrichment in such cases only to the extent that: (a) liability in restitution replaces a money obligation or spares the recipient a necessary expense; (b) the recipient obtains a benefit in money; or (c) relief may be granted to the claimant by specific restitution.»

## 4.2 Las soluciones en los Restatements sobre contratos: un recorrido por diversas figuras

En el epígrafe anterior hemos visto las soluciones que se ofrecen desde el *Law of Restitution* estadounidense a los problemas de establecer los efectos de un pago de tercero en las relaciones entre el deudor y el *solvens*. Nos preguntamos ahora por las relaciones entre el acreedor y el *solvens*. Se trata de una cuestión que en el Derecho civil continental se resume en una sola idea: la del efecto extintivo del pago de un tercero. Como en EE. UU. no se admite ese efecto extintivo con tanta amplitud como en los sistemas de tradición romana, las cosas son más complicadas pero, al menos, sí se puede reconstruir un sistema dogmáticamente más elaborado que el que hemos visto en el *common law* inglés. En esto, es de gran ayuda el carácter más sistemático que en EE. UU. –quizá más necesitado de instrumentos de unificación– tienen los diversos *Restatements*.

Como digo, el recorrido que se inicia en el epígrafe siguiente es más sencillo de hacer con los materiales estadounidenses que con los británicos. En los libros que se utilizan en Inglaterra, las cuestiones que sí aparecen en los EE. UU., aunque sea de manera algo deslavazada, no se tratan bajo un punto de vista ni remotamente unitario. Así, en Inglaterra es infrecuente analizar qué ocurre si la oferta de cumplimiento la realiza un tercero o qué ocurre con una dación en pago realizada por un tercero que, como vamos a ver, son los caminos por los que ha avanzado el pago del tercero en la doctrina y los *Restatements* estadounidenses<sup>99</sup>. Todo lo más, en los libros británicos más conocidos lo único que se trata es la cuestión del uso por el deudor de auxiliares en el cumplimiento (*vicarious*

<sup>99</sup> En Inglaterra, la visión más avanzada en esta materia está en G. TREITEL, *The Law of Contract*, 12 ed. preparada por E. Peel, Londres, 2007, quizás por su evidente conocimiento de los planteamientos de la tradición romana. Se puede ver el tratamiento que hace este autor (pp. 809-810) sobre la cuestión del pago de un tercero al hilo de sus explicaciones sobre el uso de auxiliares por el deudor y en la manera en que vincula la cuestión con el contrato en favor de tercero (p. 614) y con la cuestión del pago parcial realizado por tercero (p. 643). La visión más extendida y menos atenta a los problemas que plantea partir de la admisibilidad del pago de un tercero se puede ver en J. SALMOND y P. H. WINFIELD, *Principles of the Law of Contract*, Londres, 1927, p. 328 (dación en pago); ANSON, *Law of Contract*, 28 ed., preparada por J. Beatson, Oxford, 2002, pp. 499 (cumplimiento), 508 (oferta de pago), 517 (dación en pago); M. FURMSTONE, *Law of Contracts*, 15 ed. Oxford, 2007, pp. 664 y ss. (auxiliares del deudor), 705-6 (oferta de pago), 672 y ss. (cumplimiento), 718 (pago parcial); N. ANDREWS, *Contract Law*, Cambridge, 2011, pp. 226 (auxiliares del deudor), 475 (cumplimiento/incumplimiento). La visión también ciega al pago de un tercero está en la muy relevante obra colectiva H. Beale (ed.), *Chitty On contracts*, I, 13 ed. Londres, 2008, donde A. S. BURROWS no dice nada al tratar el cumplimiento por medio de auxiliares (p. 1364), y E. G. MCKENDRICK, se limita a dar (en pp. 1425-1426) las reglas más conocidas sobre esta misma cuestión; las ideas están de nuevo más claras en la aportación de TREITEL a esa obra colectiva al estudiar (en p. 335) el problema de los pagos parciales por tercero.

*performance*), que probablemente es el problema fundamental que plantea la intervención de los terceros vista desde la perspectiva contractual<sup>100</sup>.

Esa tarea de reconstruir la respuesta del sistema estadounidense a la cuestión de las relaciones entre el acreedor y el *solvens* no es evidente para el civilista continental y tampoco está claro que sea un camino que haya recorrido abiertamente algún *common lawyer* con anterioridad.

#### 4.2.1 Dación en pago (*accord and satisfaction*) hecha por tercero

Desde el punto de vista continental, creo que la mejor manera de reconstruir el recorrido necesario para hacerse una idea de cómo se trata en *common law* estadounidense el pago de un tercero desde el punto de vista de su efecto extintivo puede arrancar de la observación de que en ese sistema, al igual que lo que ocurría inicialmente en Derecho romano, la obligación se veía como un vínculo personal entre acreedor y deudor<sup>101</sup>. Por ello, los créditos (*chooses in action*) no se podían inicialmente ceder y, por lo mismo, el pago tenía que ser realizado personalmente por el deudor o, todo lo más, por su representante o auxiliar<sup>102</sup>. Así, se ha dicho que «sólo las partes pueden ejercitar los derechos o *realizar el cumplimiento* de los deberes contractuales»<sup>103</sup>. Este último inciso destacado en cursiva resulta novedoso para los civilistas continentales actuales.

De hecho, no poder modificar los sujetos de la obligación era entonces lo normal; como insistiremos luego, en realidad no había ningún elemento de la obligación que fuera fácilmente modificable y esa rigidez, que se encauza ahora a través de la exigencia de la

<sup>100</sup> Aunque también se llama a esta figura *assignment of liabilities*, la doctrina actual unánimemente señala el error de esta terminología, puesto que no hay ninguna responsabilidad que resulte cedida cuando un deudor recurre a auxiliares para cumplir, lo que les hace preferir el término *delegation of performance*. Por todos, TREITEL, p. 747. La misma observación en EE. UU., por todos, en A. L. CORBIN, *On contracts*, IV, Charlottesville (Vir.), 1951, p. 452 y J. H. JACKSON y L. C. BOLLINGER, *Contract Law in Modern Society*, St. Paul (Minn.), 1980, p. 619.

<sup>101</sup> Como se puede ver en S. WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, I, Nueva York, 1920, p. 753, incluyendo la referencia al Derecho romano.

<sup>102</sup> La idea de que los créditos no eran cedibles está en J. D. CALAMARI y J. M. PERRILLO, *The Law of Contracts*, 4.<sup>a</sup> ed. St. Paul, Minn., 1998, p. 671 y en otros muchos autores. Es significativa la opinión del redactor del *Restatement (2d) Contracts*, expresada en la Nota introductoria al Capítulo 15 (Cesión de créditos y delegación; §§ 316 y ss.), según la cual el Derecho actual, a pesar de que está claro que los créditos ya son cedibles, todavía refleja en el lenguaje ese pasado en el que los créditos no se podían ceder. La referencia que se da sobre esta materia es HOLDsworth, «The History of the Treatment of Choses in Action by the Common Law», 33 *Harv. L. Rev.* 997 (1920).

<sup>103</sup> J. GOLD, «Accord and Satisfaction by a Third Party», 19 *Can. Bar. Rev.* 1941, 165, p. 171. Las cursivas son mías.

*consideration*, sigue causando problemas y explicando algunas peculiaridades de las soluciones angloamericanas actuales.

La obligación concebida como un vínculo personal tenía que ser, pues, cumplida personalmente por el deudor. En esas circunstancias, es lógico entender que el pago realizado por un tercero y admitido por el acreedor no sea exactamente un cumplimiento de la obligación, sino que sea algo distinto. En concreto, que sea un ejemplo de *accord and satisfaction* (también llamada, como veremos más abajo, *substituted performance*), es decir, como un ejemplo de lo que entre nosotros llamaríamos una *dación en pago*.

Esta concepción del pago de tercero como auténtica dación en pago creo que se puede ver claramente en las palabras de Williston, cuando dice que, «incluso si el tercero paga en dinero exactamente la cantidad debida, en sentido estricto solo podrá haber una dación en pago (*accord and satisfaction*), puesto que, como el pago realizado por A es cosa distinta al pago realizado por B, la obligación no habrá sido cumplida de acuerdo con su tenor literal»<sup>104</sup>. Por su lado, GOLD señala agudamente que, de esta manera, el interés del acreedor no está tan protegido en el *common law* como lo está en los sistemas del Derecho civil<sup>105</sup>.

En efecto, en Derecho civil podemos considerar como cumplimiento de la obligación el pago de un tercero porque previamente ha quedado establecido que, desde el punto de vista del requisito subjetivo de regularidad del pago, el papel de *solvens* puede ser desempeñado por cualquiera (que conscientemente quiera pagar la deuda de otro). En cambio, si no se admite esa regla de amplia legitimación para pagar, el cumplimiento exacto de la prestación es únicamente el que realiza el deudor y, todo lo más, su representante o auxiliar (cuando sea posible recurrir a ellos; recuérdese la regla para las obligaciones *intuitu personae* que nuestro Código Civil recoge en el artículo 1161 y que es bien conocida en el Derecho comparado). Desde este punto de vista, el pago de un tercero aceptado por el acreedor es, como digo, lo que entre nosotros se llama una dación en pago.

Según Corbin, *accord and satisfaction* puede definirse como liberación que se obtiene mediante la realización de un cumplimiento distinto del que era reclamado como debido y que es aceptado por el acreedor como completa satisfacción de su derecho<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> S. WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, III, Nueva York, 1920, p. 3182. Las mismas ideas, también enfáticamente expuestas, en GOLD, p. 166. La idea de que el pago tiene que ser personal del deudor (o su auxiliar, como mucho) está presente, lógicamente, en la doctrina británica. Se puede ver, por todos, FURMSTONE, pp. 665-666.

<sup>105</sup> GOLD, p. 171.

<sup>106</sup> CORBIN IV, p. 1041. Explica este autor (pp. 1025 y 1042) que, si previamente se ha pactado que se realizará una prestación distinta, estaremos ante lo que se llama *executory accord* que, cuando se cumpla efectivamente, dará lugar a un *accord and satisfaction*.

A nosotros lo que nos interesa es el tratamiento que se da a los casos en que ese *accord and satisfaction* es ofrecido por un tercero.

Sobre esto, se ha dicho que hubo una gran polémica sobre si esa dación realizada por tercero con el consentimiento del acreedor extinguía o no la obligación<sup>107</sup>. Finalmente, en EE. UU. se fue estimando que sí, que la obligación quedaba extinguida si el acreedor aceptaba la prestación del tercero y que esto era así con independencia de que el deudor hubiera conocido o no la intención del tercero de realizar esa prestación<sup>108</sup>. Lo expresa muy gráficamente una sentencia de 1890 diciendo: «Si la deuda dineraria (*debt*) es totalmente pagada, parece que el más simple sentido común llegaría a la consecuencia de que la obligación se ha extinguido y que ya no existe como contrato vinculante. ¿Qué le importa al acreedor quién le paga la deuda, especialmente cuando él mismo ha aceptado el pago hecho para la satisfacción de esa deuda?»<sup>109</sup>.

Se admite, pues, que la intervención del tercero aceptada por el acreedor produce que el deudor quede liberado. Si luego el deudor es demandado por el acreedor, podrá alegar el *accord and satisfaction* para paralizar la demanda pero, si no lo alega (por ejemplo, por ignorarlo), se verá forzado a pagar nuevamente al acreedor a pesar de que se considera que –en realidad, no se explica bien cómo– «su liberación se había producido ya antes»<sup>110</sup>.

Los efectos de esta dación en pago ofrecida por el tercero y aceptada por el acreedor no se explican con detalle en la doctrina estadounidense. Por ejemplo, Gold señala que los tribunales no se

---

De todas formas, no es necesario pasar por un previo *executory accord*, sino que el deudor puede directamente ofrecer una prestación distinta y el acreedor aceptarla, dando lugar así a un puro *accord and satisfaction*. Información algo más amplia sobre el asunto, en A. L. CORBIN, *On contracts*, VI, Charlottesville (Vir.), 1962. En sentido similar, L. P. SIMPSON, *Handbook of the Law of Contracts*, St. Paul (Minn.), p. 567 y CALAMARI y PERRILLO, p. 801. Para el concepto de liberación (*discharge*) y más información sobre figuras que entre nosotros llamaríamos *subrogados del cumplimiento*, se puede ver CORBIN IV, pp. 978 y 981 y WILLISTON, III, p. 3105-3106. CORBIN, IV, explica en pp. 1027-1028 que si el acuerdo no produce la liberación por medio del cumplimiento futuro de una prestación distinta (es decir, no produce el efecto propio del *executory accord*), sino que produce inmediatamente el efecto de liberar la obligación original estaremos ante un *substituted contract*. Hay información sobre las diferencias entre esta figura y el *accord and satisfaction* en CORBIN, IV, p. 1063.

<sup>107</sup> Como explica GOLD, p. 165, diciendo que incluso en la actualidad hay cuestiones que no tienen solución unívoca. Sobre esto, ampliamente, WILLISTON (2003), pp. 166-168.

<sup>108</sup> WILLISTON, III, p. 3182, donde aclara también que hubo estados, como Nueva York, que siguió fiel a la postura tradicional inglesa.

<sup>109</sup> Se trata de *Gray v. Herman*, 75 Wis. 453, 44 NW 248 (1890), citado por WILLISTON (2003-XXIX), p 164.

<sup>110</sup> CORBIN, IV, p. 1054 y, más ampliamente, CORBIN (1962), pp. 152-154. El fenómeno no puede recordar, entre nosotros, al llamado *pago al acreedor aparente* (cfr. art. 1164 CC). Si se quiere ver qué distintas formas de liberación distintas al cumplimiento se conocen en *common law* estadounidense, se puede consultar WILLISTON, III, pp. 3105-3106.

preocupan mucho en aclarar cómo se produce la extinción de la deuda, sino que adoptan la solución que la implica sin dar más explicaciones<sup>111</sup>. Por su lado, Thurston, menciona de pasada que el pago de un tercero se suele ver como satisfacción de la deuda que impide al acreedor reclamar por segunda vez al deudor, pero se queda ahí y no da más explicaciones<sup>112</sup>. Finalmente, y hablando más en general, Hope ha destacado que el efecto extintivo del pago de la deuda ajena es cuestión de escasa importancia práctica<sup>113</sup>.

La pregunta de qué ocurre en las relaciones entre el deudor y el tercero tras el acuerdo solutorio alcanzado entre el tercero y el acreedor tampoco se responde con mucha claridad en la doctrina estadounidense<sup>114</sup>. Lo que se dice es que, en estos casos de *accord and satisfaction* realizados por tercero, el deudor es, en principio, el *donatario* de la transacción y que, si la rechaza, eliminará la posibilidad de que el tercero se dirija contra él exigiéndole restitución<sup>115</sup>. Sin embargo, se reconoce que, si el deudor se apoya en la intervención del tercero, puede hablarse en cierta forma de ratificación, «con lo que se mantiene la apariencia de que no hay liberación (del deudor) sin autorización o ratificación del deudor», dice Corbin<sup>116</sup>. De hecho, esa especie de ratificación era apreciada con gran laxitud por los tribunales, dispuestos a admitirla por pequeña que fuera la base ofrecida por el caso en cuestión y dándola por supuesta si el deudor hacía uso como defensa del *accord and satisfaction*<sup>117</sup>.

Al hilo de lo anterior se puede recoger la explicación de que el *accord and satisfaction* realizado por el tercero y el acreedor puede ser revocado por éstos en cualquier momento, si antes no ha mediado la ratificación del deudor<sup>118</sup>. El deudor puede, incluso, empezar

<sup>111</sup> GOLD p. 172 n 113; en p. 198 insiste en la idea. El efecto extintivo sí está algo más claramente previsto en el § 278 del *Restatement (2d) Contracts*, como se explica más adelante.

<sup>112</sup> E. S. THURSTON, «Recent Developments in Restitution» 45 *Mich. L. Rev.* 935 1946-1947, pp. 943-944.

<sup>113</sup> Véase, HOPE, p. 112 n 14.

<sup>114</sup> El carácter fragmentario de la solución que ofrece el *common law* creo que queda claro cuando WILLISTON, III, p. 3185, advierte que, aunque se entienda que la obligación del deudor no se ha extinguido, puede ser de aplicación algún remedio basado en la equidad.

<sup>115</sup> CORBIN, IV, p. 1054 y CORBIN (1962), p. 153, quien parece apuntar a que estamos ante un contrato en favor de otro. Este autor también se preocupa en señalar, en total coherencia con lo que luego se explicará sobre los argumentos relativos a la cesión del crédito, que esa negativa del deudor no evitará que el tercero se dirija contra él en caso de cesión del crédito o de subrogación. La misma idea sobre el donatario, que está muy extendida, en R. E. SCOTT y J. S. KRAUS, *Contract Law and Theory*, 4.<sup>a</sup> ed. Lexis-Nexis: Newark (NJ), 2007, p. 1009.

<sup>116</sup> CORBIN (1962), p. 154.

<sup>117</sup> WILLISTON, III, p. 3185. También GOLD, p. 166, señala que estos problemas que planteaba el *accord and satisfaction* realizado por un tercero se han solucionado recurriendo a las reglas del mandato (*agency*).

<sup>118</sup> WILLISTON, III, p. 3185.

rechazando la transacción y luego aceptarla, con tal de que lo haga antes de que acreedor y tercero la revoquen<sup>119</sup>. Como se ve, esta pieza que se pone ahora sobre la mesa deja ver que en esta materia la figura que está al alcance de la mano es la figura del llamado *contrato en beneficio de tercero* (como se ve, aquí el *tercero* es, ahora, el deudor) o *contrato en beneficio de otro*. Aunque esta última denominación es menos frecuente en nuestro sistema, en esta materia del pago de tercero va a ser útil recurrir a ella para evitar las complicaciones derivadas de los juegos de palabras entre tercero/*solvens* y tercero/deudor.

En efecto, la cercanía en esta materia del contrato en beneficio de otro se puede apreciar también atendiendo al dato de que una de las hipótesis que se suelen plantear en la doctrina estadounidense es, precisamente, el del deudor que es donatario/beneficiario de la transacción hecha entre tercero y acreedor<sup>120</sup>. Esto hace que el sistema estadounidense, que es más favorable a admitir ese contrato en beneficio de otro, aceptara más fácilmente que al *common law* británico el *accord and satisfaction* hecho por un tercero<sup>121</sup>.

En todo esto del *accord and satisfaction*, merece la pena tener en cuenta también que, a causa del requisito de que los acuerdos estén basados en una *consideration*, el *common law* presenta rigideces a la hora de modificar los acuerdos preexistentes. Por eso, los pagos parciales que el acreedor acepta como satisfacción total dan lugar a problemas y sólo se admiten con restricciones. Lógicamente, si esto es así para los pagos parciales hechos por el deudor (o su representante), el problema ha de trasladarse también a los casos en que es un tercero ajeno el que ofrece cumplir con una cantidad menor<sup>122</sup>.

Como no podía ser de otra manera, en el *Restatement (2d) Contracts* se recoge toda esta tradición que se acaba de describir en los párrafos anteriores sobre la figura del *accord and satisfaction*. Es

<sup>119</sup> GOLD p. 182.

<sup>120</sup> Como se puede ver en SCOTT y KRAUS, p. 1009. Véase también el § 302 del *Restatement (2d) Contracts*.

<sup>121</sup> Como señala GOLD, p. 172. En p. 182 explica este autor que lo que se ofrece al deudor es, efectivamente, aceptar un contrato en beneficio suyo que han hecho el acreedor y el tercero. En el mismo sentido también, p. 188.

<sup>122</sup> Para esto, CORBIN, IV, pp. 1048 y ss y 1055 y CORBIN (1962), p. 157. Esta rigidez dio lugar a que los antiguos casos ingleses en ocasiones no permitieran al deudor que esgrimiera ante el acreedor el *accord and satisfaction* realizado por un tercero. Para esto WILLISTON, III, p. 3182 y GOLD, p. 199. Todas estas rigideces quedan de manifiesto en el hecho de que A. FARNSWORTH, *Contracts*, 2.<sup>a</sup> ed. Boston, 1990, pp. 295 y ss. estudia todas estas cuestiones en relación con la *consideration* como instrumento para controlar el acuerdo/consentimiento. Según FARNSWORTH, p. 297, sin embargo, el pago parcial hecho por un tercero y admitido por el acreedor como satisfacción total sí es admisible y está soportado por *consideration*. Esta opinión está también recogida ahora en el Comentario c/ al 278 del *Restatement (2d) Contracts*.

cierto que el *Restatement (2d)* emplea una denominación algo distinta a la que hemos visto hasta ahora, pero veremos rápidamente que el régimen jurídico es similar.

El *Restatement (2d)* empieza la explicación de esta materia hablando del llamado *cumplimiento sustitutorio (substituted performance)*. Este tipo de cumplimiento aparece como la primera de una serie de figuras que, en la doctrina italiana, Nicolò llamaba *cumplimiento indirecto de tercero*<sup>123</sup>. Se trata de un grupo de figuras entre las que es frecuente encontrar diferencias entre los autores que, por otro lado, siempre se ocupan de trazar las diferencias entre unas y otras<sup>124</sup>. Sea como sea, el § 278 del *Restatement (2d)* es el que regula ese cumplimiento sustitutorio. Para ello establece que<sup>125</sup>:

- 1) Si el acreedor acepta en satisfacción del deber del deudor una prestación ofrecida por éste que difiere de lo debido, ese deber se extingue.
- 2) Si el acreedor acepta en satisfacción del deber del deudor una prestación ofrecida por una tercera persona, el deber se extingue, pero si el deudor no había consentido previamente la prestación realizada por el tercero en su beneficio puede, en un plazo razonable desde que tuvo conocimiento, hacer la liberación ineficaz retroactivamente mediante una declaración de rechazo al efecto.

Como se ve, las diferencias con la figura que Williston llama *accord and satisfaction*, desde nuestro punto de vista, no son tantas y la similitud con nuestra dación en pago sigue siendo evidente. Desde

<sup>123</sup> En la *Nota introductoria* que se coloca en la sección segunda del Capítulo 12 del *Restatement (2d) Contracts*, se explica que una deuda puede ser liberada por la aceptación por parte del acreedor de una prestación o de una promesa que sustituya el cumplimiento (exacto) de esa deuda. Esto puede ocurrir de diversas formas. La nota menciona (a) el cumplimiento sustitutorio (*substituted performance*) del que se habla en el texto a continuación; (b) la aceptación por el acreedor de una promesa de cumplimiento sustitutivo como forma de producir desde luego la extinción de la deuda (*substituted contracts*), con la peculiaridad de que, si uno de esos contratos sustitutivos operan el cambio de la persona del deudor o del acreedor, se tratará de una *novation*; (c) El acreedor puede vincularse por medio de contrato a aceptar el cumplimiento sustitutorio en el futuro como satisfacción de la deuda, siendo esta figura la que se denomina *accord and satisfaction* en el *Restatement* (aquí la prestación original se sigue debiendo, hasta la ejecución del *accord*); (d) Acreedor y deudor pueden, mediante la figura llamada *account stated*, admitir las deudas pero sin que eso suponga de inmediato su extinción.

<sup>124</sup> Se puede ver, por ejemplo, CALAMARI y PERRILLO, pp. 800 y ss. También hemos citado ya, en ese sentido a CORBIN, IV, pp. 1025-1028 y 1042.

<sup>125</sup> Ese § 278 dice literalmente: «(1) If an obligee accepts in satisfaction of the obligor's duty a performance offered by the obligor that differs from what is due, the duty is discharged.(2) If an obligee accepts in satisfaction of the obligor's duty a performance offered by a third person, the duty is discharged, but an obligor who has not previously assented to the performance for his benefit may in a reasonable time after learning of it render the discharge inoperative from the beginning by disclaimer».

el punto de vista del pago de la deuda ajena las cosas son igualmente similares a las que hemos descrito hasta ahora con la ayuda de los diversos autores. Esto se puede ver en el Comentario b) que hace los redactores del ALI a ese § 278 del *Restatement (2d)*.

Ese Comentario b) explica que el acreedor sólo está obligado a aceptar la prestación (igual a la debida o no) que un tercero ofrece como satisfacción completa o parcial de la deuda, si ese tercero actúa en nombre del deudor. Si el tercero no actúa en nombre del deudor, pero el acreedor prefiere aceptar la prestación que le ofrece, sigue el Comentario, el deudor se libera conforme a los términos de la oferta del tercero. El Comentario b) explica que esa transacción es tenida por un contrato a favor del deudor y, de hecho, se remite al § 306, que está en el capítulo dedicado al *contrato en beneficio de tercero*. El deudor, como cualquier otro beneficiario de un contrato a su favor, puede rechazar el beneficio de la prestación realizada por el *solvens*<sup>126</sup>. En este caso, concluye el comentario, «se priva del efecto extintivo a la operación realizada», sin explicar nada más.

#### 4.2.2 La llamada *novation*

De forma paralela a lo que ocurre con el *accord and satisfaction* que acabamos de ver, en EE. UU. está admitido que el acreedor puede pactar la sustitución del deudor por un tercero a través de la llamada *novation* sin tener que contar para ello con el permiso del deudor<sup>127</sup>. El tratamiento que se da al fenómeno también es similar al descrito en el epígrafe anterior. En efecto, se considera que el deudor es el donatario/beneficiario de la operación de *novation* que han realizado el acreedor y el tercero<sup>128</sup>. En el fenómeno se vuelven a utilizar, pues, los esquemas del contrato en favor de otro.

Corbin destaca que esta figura de la *novation* funciona de manera similar a como funciona el pago realizado por tercero y aceptado por el acreedor: el deudor queda liberado y es considerado donatario/beneficiario de la operación<sup>129</sup>.

La misma visión de esta materia que se encuentra en la doctrina se contiene también en la regulación que se hace en el § 280 del *Restatement (2d)*. En ese precepto se regula la *novation* como contrato sustitutorio en el que se cambia la persona del acreedor o la

<sup>126</sup> Uso aquí la palabra *solvens* para tratar de evitar en este contexto los malentendidos de la palabra *tercero*. Si la operación es una dación en pago realizada por el tercero, el término *solvens* se utiliza sabiendo que puede ser equívoco en otro sentido.

<sup>127</sup> CORBIN, IV, p. 1070.

<sup>128</sup> CORBIN, IV, pp. 1068 y 1072.

<sup>129</sup> CORBIN, IV, p. 1070.

del deudor. Lo que a nosotros nos interesa más está en el Comentario b) que se hace a ese § 280.

En ese Comentario b) se aclara que el acreedor puede acordar con un tercero que liberará al deudor a cambio de la promesa del tercero de que entregará una prestación (igual o distinta que la debida originalmente que, como ya hemos destacado, esto es indiferente en el *common law* estadounidense). Sin embargo, en esta figura que recuerda a nuestra expromisión, el consentimiento del deudor juega un papel similar al que jugaba en el § 278 (al que el propio redactor del *Restatement* se remite) con el llamado *cumplimiento sustitutorio* (*o accord and satisfaction*).

En efecto, después de decir que la operación descrita puede desarrollarse sin tener que contar con el consentimiento del deudor, el citado Comentario b) dice que los derechos del deudor se sujetan a lo establecido en el capítulo 14 del *Restatement* (2d), capítulo que se dedica al contrato en beneficio de un tercero. De esta manera, sigue el Comentario b), si el deudor no ha consentido la operación, puede hacerla inoperativa con efecto retroactivo. Como se ve, la posición de los acreedores es efectivamente más débil que la que les reconoce el Derecho civil codificado.

#### 4.2.3 La oferta de cumplimiento

Otra de las figuras a las que el civilista continental mirará cuando esté tratando de reconstruir el régimen del pago de un tercero en el *common law* es el régimen de la oferta (*tender*) de cumplimiento. Sobre esto, una vez asumido que el punto de partida se coloca en el carácter personal de la obligación como vínculo, las cosas no son muy sorprendentes.

Así, como era de esperar, el ofrecimiento de pago ha de ser realizado por el deudor o su representante o auxiliar, siempre que sea posible servirse de auxiliares en el cumplimiento. Un tercero que no actúe en nombre del deudor no puede, por tanto, hacer una oferta capaz de producir los efectos propios de esta figura (por ejemplo, detener el devengo de interés o paralizar los remedios por incumplimiento de la parte contraria), a menos que el acreedor la acepte libremente y se dé lugar a su *satisfacción*<sup>130</sup>. De nuevo podemos apoyarnos en Williston para tener una versión clara de la regla aplicable. Dice este autor que «La oferta debe de ser hecha

<sup>130</sup> Como se puede ver en S. WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, XXVIII, 4.<sup>a</sup> ed. (preparada por R. Lord), Denvers (MA), 2003, p. 765. Sobre la idea de oferta de cumplimiento (*tender*) y sus efectos cuando se trata de pagar dinero, CORBIN, IV, p. 985; igualmente, CALAMARI y PERRILLO, p. 816.

por el deudor o su mandatario/representante (*agent*). Cualquiera que sea el efecto del pago por un extraño que sea aceptado por el acreedor, es claro que ese acreedor no tiene la obligación de aceptar ese pago»<sup>131</sup>.

Por su lado, Gold explica que «desde 1588 se considera que la oferta de cumplimiento (*tender*) hecha por un tercero no produce efecto. También se admite desde entonces que el deudor se pueda servir de un tercero para hacer esa oferta. Incluso se admite que ese tercero pueda hacer la oferta sin previa autorización, siempre que haya posterior ratificación por parte del deudor. Si el deudor se apoya en esa oferta realizada por el tercero, eso equivale a ratificación»<sup>132</sup>. Como se ve, todo esto resulta coherente con lo ya visto en epígrafes anteriores y, de nuevo, los esquemas del contrato en beneficio de tercero son la explicación de este fenómeno.

#### 4.2.4 La delegación de pago

La última figura en la que encontramos cuestiones interesantes para reconstruir el régimen del pago de un tercero en el *common law* estadounidense es la delegación de pago (*delegation of performance*). La delegación de pago se entiende como la concesión por el deudor de un poder de ejecutar el deber que pesa sobre el primero<sup>133</sup>. Es curioso observar cómo esta manera de definir la figura refleja el hecho de que la regla general es la de que el cumplimiento es personal del deudor.

Naturalmente, esa delegación de pago no libera al deudor de forma inmediata, sino que hay que esperar a que el delegado cumpla la delegación y el acreedor acepte el pago<sup>134</sup>. El acreedor aquí sí tiene que aceptar ese pago y, si lo rechazara, se entiende que está repudiando la obligación<sup>135</sup>. Si un tercero ofrece el pago sin haber solicitado antes el permiso del deudor, la obligación de éste se entiende liberada (*discharged*) si el acreedor decide aceptarlo como

<sup>131</sup> WILLISTON, III, p. 3127.

<sup>132</sup> GOLD, p. 201

<sup>133</sup> FARNSWORTH, pp. 778 y 823; igualmente, CALAMARI y PERRILLO, p. 698. La idea está también clara en el Comentario *d*) que se hace al § 318 del *Restatement (2d) Contracts*.

<sup>134</sup> CORBIN, IV, p. 810. La cosa también está clara en el Comentario *d*) que se hace al 318 FARNSWORTH, pp. 778 y 823; igualmente, CALAMARI y PERRILLO, p. 698. La idea está también en el Comentario *c*) que se pone al § 318 del *Restatement (2d) Contracts*. Por otro lado, ya hemos visto que –salvo excepciones (cfr. art. 1161 de nuestro CC)– la oferta de cumplimiento realizada por persona autorizada por el deudor produce en los EE. UU. los mismos efectos que la realizada personalmente por éste.

<sup>135</sup> SIMPSON, p. 154, p. FARNSWORTH, p. 826.

dación en pago (*accord and satisfaction*)<sup>136</sup>. Con esta última idea, parece que se cierra el círculo por el momento.

Desde el punto de vista de la delegación de pago, surge el problema de los límites para hacerla. Se alude así a los contratos celebrados *intuitu personae*, a la existencia de un pacto exigiendo el cumplimiento personal del deudor y a la presencia de un interés público en evitar la delegación<sup>137</sup>. También se presta atención al régimen del incumplimiento, destacando que el deudor original no desaparece de la escena (salvo que, por acuerdo con el acreedor, estemos ante una auténtica *novation*) y responde si el delegado no cumple o cumple defectuosamente<sup>138</sup>. Como siempre, los problemas contractuales están a flor de piel en este sistema. Como se verá más abajo, esto ha tenido clara influencia en Europa, en la redacción de los PECL y del DCFR.

Todas estas cosas están claras en la regulación de esta materia que ofrece el § 318 del *Restatement (2d) Contracts*. Según ese precepto:

- 1) Un deudor puede delegar a otro el cumplimiento de su deber, a menos que la delegación sea contraria al interés público o a los términos de su compromiso.
- 2) En defecto de pacto, una promesa sólo requiere el cumplimiento personal en la medida en que el acreedor tenga un interés relevante en que esa concreta persona realice o controle el cumplimiento de los actos prometidos.
- 3) A menos que el acreedor acepte lo contrario, ni la delegación de pago ni el contrato para asumir la deuda que realizan el tercero y el deudor suponen la liberación del deudor de ninguno de sus deberes ni responsabilidades.

#### 4.2.5 **En resumen: una dación en pago explicada como un contrato a favor de tercero**

En los epígrafes anteriores, hemos visto que en EE. UU. es más fácil reconstruir las explicaciones sobre el efecto extintivo del pago de un tercero, es decir, reconstruir lo que pasa en las relaciones acreedor-solvens, de lo que es en el *common law* británico. En EE. UU., esa reconstrucción se puede hacer a través, básica-

<sup>136</sup> FARNSWORTH, p. 825 n 12, remitiéndose al § 278 del Restatement (2d) on Contracts.

<sup>137</sup> FARNSWORTH, p. 826; CORBIN, IV, pp. 806 y ss.; CALAMARI y PERRILLO, p. 701. Se manejan, pues, ideas similares a las que se han manejado entre nosotros para interpretar el artículo 1161 CC. Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, p. 552.

<sup>138</sup> Por todos, WILLISTON, I, p. 760.

mente, de la figura del *accord and satisfaction* (o, en palabras del *Restatement (2d) Contracts*, la figura del *cumplimiento sustitutorio*) realizado por un tercero. Así, como hemos visto, el esquema de funcionamiento del *accord and satisfaction* se repite en la *novation* y se mantienen también reglas coherentes en materia de oferta de cumplimiento (*tender*) y de delegación de pago.

Como también hemos visto, ese esquema de funcionamiento estadounidense se basa en la estructura del contrato en beneficio de otro. Esta estructura permite dar cierta coherencia al sistema de efectos de la intervención en deuda ajena, desde el punto de vista de las relaciones con el deudor y con el acreedor.

Las soluciones que se alcanzan en EE. UU. no son equiparables a las del Derecho civil continental, pero sí se admite con generalidad una extinción de la obligación en caso de intervención del tercero aceptada por el acreedor. Se puede decir que, así, el sistema estadounidense ha tratado de desarrollar las soluciones previstas para las intervenciones del tercero respecto de las que ofrece el *common law* británico, pero no acercándose al Derecho civil codificado, sino creando un nuevo modo de ver estas cuestiones que conserva muchos rasgos del sistema del *common law* tradicional del que aparece como una evolución.

### 4.3 UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS RAZONAMIENTOS DOCTRINALES

Una vez que hemos repasado las soluciones que se ofrecen en EE. UU. sobre los efectos de la intervención de un tercero entre éste y el deudor, por un lado, y sobre el efecto extintivo de esa intervención, por otro, creo que es útil recoger algunos razonamientos y argumentos doctrinales que están en la base de todo esto.

Para ello, empezaré recogiendo algunas observaciones muy generales sobre la organización del Derecho privado en relación con las fuentes de las obligaciones. Esto nos permitirá ver la relevancia que tiene en nuestra materia el hecho de que el papel del *Law of Restitution* se delimita con la vista puesta en proteger la figura del contrato como manera de explicar los intercambios entre particulares. Se trata de una cuestión que está relacionada con la cuestión de si el sistema protege la seguridad (enriquecimiento *injusto*) o la justicia de las transacciones (enriquecimiento *injustificado*).

Después, recogeré las razones que se han expuesto en la doctrina para defender que debe superarse la visión tradicional del *Law*

of Restitution para dar un tratamiento especial a las intervenciones de tercero en deudas ajenas.

#### 4.3.1 El significado y evolución del término *oficioso*

La calificación de una intervención como oficiosa ha sido piedra angular en la tradición anglosajona en esta materia. Este apartado se dedica a explicar el significado del término *oficioso* y las investigaciones desarrolladas en EE. UU. sobre él, que han abierto las puertas al estado de cosas que se puede ver hoy día en ese sistema.

Como sabemos, el *Law of Restitution* niega la acción al que interviene en asuntos ajenos de manera oficiosa. El motivo que justifica esa negativa queda claro en dos citas jurisprudenciales muy expresivas<sup>139</sup>. En la primera se dice que, si se reconociese la restitución a favor del que interviene oficiosamente, «la única persona que estaría razonablemente segura frente a demandas a las que no ha prestado su consentimiento sería aquel que no tuviera ninguna propiedad, porque así no correría el riesgo de que alguna cosa suya fuese accidentalmente mejorada por otro a su costa y eso lo pudiera llevar a la ruina». En la segunda, se dice que «ningún negocio privado estaría bajo el control de su dueño, en cuanto a la manera o al tiempo de conducirlo, ni estaría libre de interferencias de extraños –quizá vagos, borrachos, o hasta enemigos– que podrían arrancar al dueño de su actividad empresarial para enredarlo en un litigio». En el mismo sentido, Farnsworth pone el ejemplo de un carpintero que, al ver una casa en estado calamitoso, la repara y luego pide restitución al dueño. Si la ley permitiera la reclamación, dice este autor, los propietarios se verían obligados a vallar sus propiedades para protegerse de los carpinteros en paro<sup>140</sup>.

Aunque el término *oficioso* sigue siendo importante en el *common law* británico, lo cierto es que ha perdido peso en EE. UU. Ya hemos señalado que el primer *Restatement* sobre enriquecimiento injusto lo utilizaba en el § 2 y que, sin embargo, el precepto similar del tercer *Restatement* conserva el significado de la norma pero omite el término en cuestión. Esto se debe probablemente a que antes de la aparición de este tercer *Restatement*, en la doctrina estadounidense se dejaba ver cierta insatisfacción hacia el uso del tér-

<sup>139</sup> Son citas que da J. W. WADE, «Restitution for Benefits Conferred Without Request» 19 *Vand. L. Rev.* 1183 1965-1966, p. 1183 n 2, de *Isle Royal Mining Co. v. Her-tin*, 37 Mich. 332, 338 (1877) y de *Force v. Heines*, 17 N. J. L 385, 387 (Sup. Ct. 1840).

<sup>140</sup> FARNSWORTH, p. 105.

mino *oficioso* (o *volunteer* o *intermeddler*, que también así se denomina al que interviene oficiosamente en asuntos ajenos).

En ese sentido, se había dicho que *oficioso* es una palabra que no vale de mucho porque encierra muchos significados<sup>141</sup>. Se había dicho también que el término es una manera resumida de expresar la conclusión de que el demandante no tiene acción contra el demandado, pero que no permite elaborar una teoría para predecir los resultados<sup>142</sup>. Se había llegado a decir que la denominación de *oficioso* es para el demandante «el beso de la muerte»<sup>143</sup>. El término, además, se ponía también en conexión con la idea de que la intervención sea realizada *animus donandi*. Veámos estas dos cosas más despacio en los dos números siguientes.

1. Lo que nos interesa ahora es destacar el origen y el significado de la calificación de un acto como oficioso. Para ello, podemos empezar siguiendo la exposición de Hope y pasar luego a la exposición de Wade.

1.1 Hope escribía antes del primer *Restatement of Restitution* y con la esperanza de ampliar en EE. UU. el reconocimiento del enriquecimiento injusto (*quasi-contract*, como era denominado usualmente en aquella época) basándose en alguna medida en la figura de tradición romana de la gestión de negocios sin mandato. Sus aportaciones fueron muy influyentes.

Es destacable el interés que suscitaba la gestión de negocios ajenos sin mandato en autores de trabajos que aún hoy se citan como básicos en esta materia<sup>144</sup>. Con todo, creo que se puede decir que, tras el estudio de esta figura y la experiencia comparada, la doctrina no llega nunca a proponer su admisión general en el sistema. En esto, el recorrido más claro es el de Dawson, quien, tras un pormenorizado estudio de las dificultades que la figura de la gestión sin mandato plantea en el Derecho alemán del enriquecimiento injustificado, aboga por dejarla a un lado y hacer hincapié directamente en el punto de vista del enriquecimiento injusto<sup>145</sup>.

Explica Hope que el término *oficioso* obedece a dos fenómenos que quizás sean dos caras de la misma moneda. Por un lado alude al espíritu individualista del *common law*, para lo que recoge

<sup>141</sup> PALMER, II, p. 359.

<sup>142</sup> PALMER, II, p 360.

<sup>143</sup> Lo dice WADE, p. 1084. La idea, sin esa expresión tan gráfica, estaba ya en HOPE, p. 29.

<sup>144</sup> En este sentido están los trabajos de HOPE, DAWSON, WADE. El interés hacia la figura y su importancia también se puede ver en autores más antiguos, como por ejemplo WOODWARD, p. 309.

<sup>145</sup> J. P. DAWSON, «Negotiorum Gestio: The Altruistic Intermeddler», *Harvard Law Review*, 74, 1961, II, p. 1127.

incluso opiniones sociológicas sobre ese espíritu anglosajón de amor a la libertad individual y a la garantía de una esfera de decisión propia y exclusiva del individuo<sup>146</sup>. Por otro lado, alude a la supremacía del contrato y al exigente requisito de *privity* entre las partes, que es una idea similar a lo que entre nosotros llamamos el efecto relativo de los contratos. Desde este punto de vista, la conclusión a la que se llega en esta materia es que «un hombre no puede resultar obligado frente a otro a menos que exista entre ellos un contrato formal o expreso, de forma que no está obligado a remunerar a otro por un beneficio obtenido salvo que el primero lo hubiese solicitado de forma que ello supusiera la causa (*consideration*) de su promesa expresa de pagar por dicho beneficio»<sup>147</sup>. Es cierto, sigue Hope, que más adelante el sistema se flexibilizó en parte al permitir que, más allá de los contratos expresos y formales, los contratos implícitos (*contracts implied in fact*) también pudieran justificar la obligación del demandado. En cualquier caso, también en estos supuestos seguía habiendo una base contractual para los intercambios que, de suyo, excluye el carácter oficioso de la actuación del otro.

Señala Hope que, cuando se recibe en el *common law* la idea romana de cuasicontrato, se hace incorrectamente, confundiendo el auténtico *cuasicontrato* que viene creado por la ley, con los contratos implícitos (tácitos), en los que sí hay un acuerdo real entre las partes<sup>148</sup>. De esta manera, el sistema sigue funcionando con una dicotomía que distingue entre las llamadas *obligaciones positivas*, que sólo pueden ser creadas por medio de estos contratos (formales y tácitos) y las llamadas *obligaciones negativas*, que son las que vienen creadas por la responsabilidad extracontractual. Así, el sistema tiene muy difícil dejar hueco para la creación de obligaciones positivas por medio del auténtico *cuasicontrato* de creación legal<sup>149</sup>.

En ese sentido, se puede destacar la pregunta –que se mueve en ese esquema binario contrato/responsabilidad extracontractual– de si una intervención oficiosa es o no un *tort*. Efectivamente, en el caso de pago de una deuda ajena no es infrecuente en la doctrina

<sup>146</sup> Frente a esa realidad inglesa, HOPE destaca que el pueblo estadounidense es una mezcla de razas donde ese espíritu no puede ser determinante (p. 30) e, incluso, que una visión menos individualista como la que él propone es más conforme a la ética cristiana (pp. 35 y ss.).

<sup>147</sup> HOPE, p. 30.

<sup>148</sup> Las mismas ideas se pueden encontrar en las obras ya más modernas de WADE, p. 1185. Las mismas ideas están en STOLJAR *Quasi-contracts* (1964) citado por WADE. En el *common law* británico, hay ideas similares en IBBETSON (2001), p. 44.

<sup>149</sup> HOPE, p. 31. Desde un punto de vista histórico, IBBETSON (2001), pp. 42 y ss. explica esta ceguera del sistema a la influencia decisiva de POTHIER en el desarrollo del moderno Derecho de contratos inglés.

aludir a los torts de *champerty* y *maintenance*<sup>150</sup>. También se han preocupado de marcar las diferencias entre la intervención oficiosa y el *tort de trespass*<sup>151</sup>.

Estas consideraciones de Hope parecen ser asumidas en el *Restatement (3d) of Restitution*, en el que se encuentra una formulación interesante: la cuestión fundamental, se dice, es la de saber si la restitución al demandante impondría una nueva responsabilidad sobre el demandado, responsabilidad que éste debería haber podido asumir o satisfacer en diferentes términos o rechazar completamente<sup>152</sup>. El deseo de proteger la esfera del contrato frente a la aplicación de remedios restitutorios parece claro.

También el deseo de proteger el papel del contrato tiene su reflejo en esta materia en el Comentario a) al § 2 de ese *Restatement (3d)*, en donde se encuentra la idea de que el contrato desplaza a la restitución porque es superior para tratar los intercambios voluntarios, en la medida en que elimina el problema de determinar el valor de las cosas<sup>153</sup>. Además, hay razones de justicia y eficiencia, sigue el Comentario a), que aconsejan apoyarse básicamente en el contrato para hacer los intercambios voluntarios. Por otro lado, hablando ya de enriquecimientos que se imponen al demandado, el Comentario d) a ese mismo § 2 y explica que «como el contrato es preferido a la restitución como base de las obligaciones privadas, normalmente no se da restitución al demandante que no ha aprovechado la oportunidad que tenía de haber realizado un contrato de antemano»<sup>154</sup>.

1.2 Podemos seguir ahora la exposición de Wade, quien creo que nos da otra pista útil sobre el significado del término *oficioso* en el *Law of Restitution*. Explica este autor que, a partir del primer *Restatement of Restitution* de 1937, está claro en EE. UU. que quien ha sido injustamente enriquecido a expensas de otro está obligado a restituir. De esta forma, quien enriquece a otro sin que éste lo haya solicitado, recibe una ganancia que, independientemente de la forma que adopte, sólo habrá que restituir si el enriquecimiento ha sido injusto.

<sup>150</sup> Como explica WADE, p. 1206. La vinculación entre estas figuras, relacionadas con política legislativa en materia de proceso, y la cesión de créditos se puede ver en CALAMARI y PERRILLO, p. 671. Abundante información en WILLISTON, III, pp. 2995 y ss.

<sup>151</sup> HOPE, pp. 32-33.

<sup>152</sup> En la *Nota introductoria* que se coloca a los §§ 26-30, en p. 384 del *Restatement (3d)*, I.

<sup>153</sup> Como se puede ver en p. 17 del *Restatement (3d)*, I. Recordemos, por otro lado, el argumento que BIRKS llamaba de la *depreciación subjetiva*, que claramente está relacionado.

<sup>154</sup> En p 18 del *Restatement (3d)* I.

Pues bien, sigue Wade, a la hora de decidir sobre la justicia o no del enriquecimiento, se da mucho peso a la circunstancia de que ese enriquecimiento había sido conferido sin que el demandante lo hubiese solicitado previamente. Esta consideración, concluye, es la que se encierra en el término *oficioso* que empleaba ese primer *Restatement* sobre enriquecimiento. Por eso, el término *oficioso* encierra, en realidad, la consideración de política legislativa de que nadie debe verse obligado a pagar por un enriquecimiento que no ha solicitado y que no desea recibir. Esta consideración es lo que hay que tener en cuenta para decidir si el enriquecimiento recibido es o no injusto, según Wade<sup>155</sup>.

Como se ve, esto permite ir más allá del término *oficioso* y plantear las cosas de manera en que abiertamente se puedan lograr predicciones sobre el resultado que ofrecen las normas, en lugar de limitarse a expresar una conclusión que se esconde en ese término, expresivo sí, pero poco significativo y poco transparente. Estas opiniones de Wade han sido recogidas en el *Restatement (3d) of Restitution*, que como ya hemos visto opta por prescindir del término *oficioso*<sup>156</sup>. De hecho, el Comentario d) al § 2 de ese *Restatement* llega a decir que la norma general que niega la restitución para los enriquecimientos impuestos se expresa tradicionalmente por referencia al demandante caracterizado como *officious*, *intermeddler* o *volunteer* y que esa norma del § 2 «sustituye el empleo de esos términos tradicionales por una explicación funcional»<sup>157</sup>.

Para lo que a nosotros nos importa, esta manera de plantear las cosas creo que abre las puertas a la posibilidad de tipificar el pago de un tercero como caso especial y alejarlo de las soluciones que se alcanzan generalmente en el grupo de casos que se tratan bajo la rúbrica de los enriquecimientos impuestos, dado que permite profundizar en las razones especiales de justicia/injusticia que pueden plantearse en estos casos.

2. La segunda cuestión que habíamos anunciado es la de las relaciones entre el término *oficioso* con las intervenciones realizadas *animus donadi*. Ya hemos señalado que, según la doctrina, el término *oficioso* era una manera resumida de decir que el demandante no tenía derecho a obtener restitución del demandado. Entrelazada con esa idea está la observación de que en los tribunales de *equity* el término *volunteer* (que es sinónimo del término *officious*) significaba que el interviniante no tenía ánimo de reclamar por el

<sup>155</sup> WADE, pp. 1083-1085. La idea la asume FARNSWORTH, p. 105.

<sup>156</sup> Las ideas de WADE están en la *Nota introductoria* que se coloca a los §§ 26-30, en p 384 del *Restatement (3d)* I.

<sup>157</sup> Véase el Comentario d) en p. 18 del *Restatement*.

enriquecimiento impuesto al demandado<sup>158</sup>. En realidad, la cuestión central no era si existía o no ese ánimo en el momento de la intervención, sino que la cosa se movía entre el supuesto de quien quiere prestar gratuitamente y luego reconsidera su decisión y reclama la restitución, por un lado, y el supuesto de servir de expediente no muy elegante (por ficticio) pero efectivo de negar la restitución al demandante que se entendía que no la merecía. En este sentido, se ha dicho incluso que el uso del término *voluntario/oficioso* por parte del *common law* obedece a una confusión entre no tener acción de restitución y no tener acción por haber intervenido con ánimo de donar<sup>159</sup>.

Se puede observar que esta misma manera de razonar se encuentra también, como ya hemos dicho en el epígrafe dedicado al pago de tercero en el Derecho continental, en la postura minoritaria que se mantenía entre algunos de los exégetas franceses del Código de Napoleón más antiguos, como Toullier. Según esa opinión, el pago de un tercero realizado contra la expresa voluntad del deudor debe entenderse que ha sido realizado con ánimo de donar, por lo que no daba lugar a acción contra él. Esta postura no gozó de la preferencia de la inmensa mayoría de los exégetas, hasta el punto de que en los Códigos posteriores al francés de 1804 y en las doctrinas de los respectivos países, se admite sin reserva la llamada *acción in rem verso* que aparece recogida en el último párrafo de nuestro artículo 1158. III CC<sup>160</sup>.

Recurrir a un ánimo de donar más o menos ficticio permite, pues, que el operador quede tranquilo y dé por justificada la ganancia obtenida por el demandado. Además, en materia de pago de tercero, la doctrina estadounidense ha señalado que no es infrecuente que el cumplimiento del deber ajeno se haga de forma desinteresada y que, por tanto, no sea injusto que el deudor retenga el enriquecimiento<sup>161</sup>. Se puede observar que –por su ámbito de aplicación– el *Law of Restitution* no parece, pues, preocupado por los enriquecimientos impuestos realizados con ánimo de donar, más allá de la clara solución prevista para el problema de evitar que por

<sup>158</sup> La observación está, por ejemplo, en WADE, p. 1184, n 4. Ahí, con cita de POMEROY, *Equity Jurisprudence*, 1919, n. 91, dice que *volunteer* significa donatario o persona que no ha entregado *consideration*. Información histórica y muy crítica hacia el papel de los tribunales de Equity en esta materia, en IBBETSON (2001), pp. 42 y ss.

<sup>159</sup> WADE, p. 1804.

<sup>160</sup> Ya hemos advertido también de la postura del artículo 1099 de nuestro Proyecto de Código Civil de 1851, que tuvo su propia influencia en algunos Códigos de la época. Véase, por ejemplo, el artículo 1574 del Código chileno

<sup>161</sup> WOODWARD, pp. 113 y 326.

medio de la restitución el demandante, en realidad, esté queriendo deshacer el regalo hecho<sup>162</sup>.

Estas consideraciones sobre el ánimo de donar tienen mucho peso en los casos de servicios prestados sin haber sido solicitados. Así, se presume que los servicios son realizados sin ánimo de reclamar, tanto cuando se realizan en el ámbito de las relaciones familiares –lo que puede ser más claro, al menos cuando esas relaciones familiares se mantienen estables–, como cuando se realizan fuera de las relaciones familiares. En esta materia, todo lo más, se distingue entre quien es un profesional que presta un servicio por el que suele cobrar y quien no lo es, de forma que se reconoce al primero la posibilidad de dirigirse contra el beneficiado y se le niega al segundo. Farnsworth lo explica gráficamente poniendo el ejemplo del médico que atiende a un herido desmayado en la calle –se le permite la restitución– y el ejemplo del simple viandante que atiende una situación similar<sup>163</sup>.

#### 4.3.2 La propuesta de tipificar el pago de tercero como un caso especial

Después de todo lo dicho, no es difícil entender que en la doctrina estadounidense que escribía antes del *Restatement (2d)* de contratos y, especialmente, antes del *Restatement (3d)* de restitución, se expresara cierta insatisfacción respecto de las soluciones que el sistema alcanzaba en el pago de un tercero<sup>164</sup>. Por ello, se va a proponer un reconocimiento pleno de esos pagos de tercero como un caso especial dentro del grupo de los enriquecimientos impuestos. En este contexto doctrinal es donde aparecen las soluciones que finalmente se acaban reflejando en los *Restatements*, soluciones que no siempre coinciden con las propuestas que paso a recoger.

Dawson expresa esa insatisfacción acerca de las soluciones existentes en su momento diciendo que, «para mí, el mayor problema que tenemos sin solucionar en este campo es el del cumplimiento no solicitado de las obligaciones»<sup>165</sup>. En efecto, se destaca en ese sentido que resulta paradójico que el sistema ayude y reconozca una acción a quien interviene en propio interés (por ejemplo, quien paga la deuda ajena para levantar un embargo sobre finca

<sup>162</sup> El caso de quien se arrepiente de donar es mencionado frecuentemente por la doctrina. Por todos, FARNSWORTH, p. 106.

<sup>163</sup> FARNSWORTH, pp. 105-106. En estos ejemplos resuelven los casos del buen samaritano que se estudian tradicionalmente en el *common law of torts*.

<sup>164</sup> Así, entre otros muchos, DAWSON (1961), p. 863, o THURSTON, pp. 943-944.

<sup>165</sup> DAWSON (1951), pp. 141.

propia) y niegue cualquier acción a quien interviene de forma altruista en favor de otro<sup>166</sup>. También se ha dicho que negar la restitución en los pagos de tercero «sólo causa daño al individuo altruista que estaba tratando de ayudar o al que actuaba por error. ¿Hay algún resultado social cuya promoción aconseje esta anomalía? No, esa regla ni siquiera sirve a la coherencia lógica (del sistema)»<sup>167</sup>.

Expresada la insatisfacción, queda el camino libre para hacer propuestas. En este sentido, decía Palmer que «ha llegado el momento en que los tribunales reconozcan que el pago (de la deuda ajena) a veces es justificado por el laudable deseo de proteger los intereses del deudor y, consecuentemente, reconozcan la posibilidad de reclamar la restitución»<sup>168</sup>. En el mismo sentido, dice Dawson, hablando de los motivos que pueden justificar la intervención no solicitada de un tercero que, «cuando se trata sólo de satisfacer una obligación ajena, podemos estar preparados para admitir la legitimidad de esos motivos más ampliamente»<sup>169</sup>.

Por su lado Wade da un paso más en la misma línea y propone crear una regla especial para los pagos de tercero que, de adoptarse, supondría aproximarse en gran medida a las soluciones del Derecho civil continental<sup>170</sup>. Dice este autor que «cualquiera que sea la validez que tenga la regla de que no hay acción para el que interviene oficiosamente, no se debe de aplicar al pago de la deuda ajena, puesto que la regla contraria no incrementaría la carga que ya soportaba el deudor y, por otro lado, el que interviene de manera realmente oficiosa intentando conscientemente interferir en los asuntos del deudor, puede hacerlo igualmente si logra una cesión del crédito»<sup>171</sup>.

Esta cita de Wade ofrece una buena ocasión para explicar dos argumentos muy frecuentes en la doctrina y que destacan los caracteres especiales que presenta el pago de un tercero frente al resto de los casos de enriquecimiento impuesto. El primero se refiere a que en la actualidad se admite en el *common law* que los créditos son

<sup>166</sup> Como señala PALMER, II, p. 362. En la misma línea, ya THURSTON, pp. 943-944. Para ilustrar la situación, que le parece escandalosa, PALMER, II, p. 462 pone el ejemplo del pago por un tercero de unas primas atrasadas a una compañía de seguros y explica que se puede pedir la restitución del pago realizado por error y no se puede pedir la restitución del pago hecho conscientemente.

<sup>167</sup> Tomado de WADE, p. 1213. En p. 1208 hay una formulación también interesante en este mismo sentido.

<sup>168</sup> PALMER, II, p. 367. Una idea similar en PALMER, IV, p. 332.

<sup>169</sup> DAWSON (1951), p. 144.

<sup>170</sup> Esta idea se repite en muchos autores. Se puede citar en esta ocasión a DAWSON (1951), p. 142.

<sup>171</sup> WADE, p. 1213. En p. 1208 hay una formulación también interesante en este mismo sentido.

cedibles. El segundo, se refiere a la idea de que, en los pagos de tercero, el deudor ya estaba previamente sujeto a una obligación (la obligación pagada).

1. Respecto de la idea de que en la actualidad los créditos son cedibles, se pueden destacar los siguientes puntos:

a) Efectivamente, cuando se ha admitido ya que los créditos (*chooses in action*) se pueden ceder, no tiene mucho sentido el argumento tradicional de que reconocer la restitución en el pago de un tercero puede suponer para el deudor encontrarse con un nuevo acreedor al que no conoce y frente a quien no ha consentido vincularse<sup>172</sup>. En el mismo sentido, se destaca que la intervención del tercero en los asuntos del deudor no tiene mucho que ver con el ánimo de dañar, sino que es una mera decisión de negocios<sup>173</sup>.

b) En la misma línea, se dice que ha de admitirse el pago de un tercero cuando éste podría haber obtenido una cesión del crédito y, al contrario, se dice que ha de negarse la restitución al tercero cuando éste no habría podido obtener esa cesión<sup>174</sup>.

c) En este contexto, se puede entender también el principio general del *Law of Restitution* que trata de evitar imponer al demandado una obligación que le perjudique por comparación con la situación existente si el demandante no hubiera intervenido. Efectivamente, en esta materia, el Comentario d) al § 2 del *Restatement* (3d) se remite al § 50, que contiene una norma en tal sentido<sup>175</sup>.

d) La doctrina estadounidense destaca que condicionar el pago de tercero a la autorización del deudor por temor a permitir un pago realizado *animus nocendi*, que es el argumento que venía jugando un papel fundamental en las soluciones tradicionales del *common law*, supone pasarse de frenada. Se cree, como también ocurría en la doctrina inglesa más avanzada, que se puede cerrar el

<sup>172</sup> Muchos autores emplean este argumento. Se puede ver en WADE, pp. 1206 y 1207 o DAWSON (1961), p. 1128 y J.P. DAWSON, «The Self-Serving Intermeddler», *Harvard Law Review*, 87 (1974) 1409-1458, p. 1437. También PALMER, II, p. 364; THURSTON, pp. 943-44. Un buen resumen de los problemas y cuestiones que se planteaban históricamente sobre la admisión de la cesión del crédito, en L.L. FULLER y M.A. EISENBERG, *Basic Contract Law*, 4 ed. St. Paul (Minn.), 1981, pp. 794 y ss.

<sup>173</sup> HOPE, pp. 210 y 211.

<sup>174</sup> Por ejemplo, PALMER, II, p. 365 usa ese argumento. Se basa en un caso frecuentemente citado y que ya hemos mencionado en este trabajo *Norton v. Haggett* 117 Vt. 130, 85 A.2d 571 (1952), en el que el tercero paga la deuda del deudor con un banco para tener un ascendente sobre él. El argumento consiste en que el banco nunca habría aceptado la cesión de un crédito que estaba siendo puntualmente pagado por el deudor y sin desatender los vencimientos periódicos.

<sup>175</sup> Ese Comentario d) al § 2 se puede ver en la p. 19 del *Restatement* (3d), I. La norma del § 50 (3) es «The liability in restitution of an innocent recipient of unrequested benefits may not leave the recipient worse off (apart from the costs of litigation) than if the transaction giving rise to the liability had not occurred».

paso a este tipo reprochable de intervención diciendo que sólo se dará lugar a la restitución si el enriquecimiento del deudor resulta injusto<sup>176</sup>. El § 63 del *Restatement* (3d) contiene una norma que específicamente trata esta materia<sup>177</sup>.

2. La segunda idea consiste en destacar que, en el caso del pago de un tercero, el demandado ya estaba sujeto a una obligación preexistente, por lo que reconocer una acción del *solvencia* contra él no supone hacerle incurrir en una nueva responsabilidad<sup>178</sup>. El planteamiento puede ser novedoso para los civilistas continentales y por eso merece la pena tratar de aclararlo. Para ello, creo que se pueden hacer dos observaciones:

a) Esta idea se entiende bien si se recuerda que, entre los casos de beneficios no solicitados, se incluye en EE. UU. el caso de las mejoras a la propiedad ajena y que, en esos casos, dar lugar a la restitución del enriquecimiento significa hacer nacer una nueva obligación en el patrimonio del deudor sin contar con su voluntad y quizás poniéndole ante una obligación a la que no pueda hacer frente. Lo expresa muy bien Woodward diciendo que cumplir el deber ajeno siempre reporta un beneficio porque ahorra el cumplimiento o la pena impuesta por incumplir, pero salvar la propiedad no siempre lo supone, dado que no existe una obligación de cuidar la propiedad y el dueño puede considerar que el esfuerzo no merecía la pena<sup>179</sup>.

b) Por otro lado, si el argumento de que se puede admitir con más generosidad la restitución en caso de pago de tercero se basa en que el deudor ya estaba previamente obligado, la identidad de posición respecto al deudor de acreedor y tercero –que para nosotros es un dato indiscutible en casos de cesión/subrogación y que no plantea problemas por la mayor debilidad del derecho personal del *solvencia* que los angloamericanos no ven– pasa entonces a ser lo más importante<sup>180</sup>. La conclusión que propone WADE es ilustrativa cuando dice que, «como el *solvencia* se coloca en los mismos

<sup>176</sup> Las dos ideas son de PALMER, II, p. 365.

<sup>177</sup> Ese § 63 es del tenor literal siguiente: «Equitable Disqualification (Unclean Hands). Recovery in restitution to which an innocent claimant would be entitled may be limited or denied because of the claimant's inequitable conduct in the transaction that is the source of the asserted liability».

<sup>178</sup> Esta idea también es muy utilizada en la doctrina, como se puede ver en WADE, p. 1208; DAWSON (1961), p. 1129; PALMER, II, pp. 363 y 367; THURSTON p. 944 n 41. En la misma línea, brevemente, FARNSWORTH, p. 105.

<sup>179</sup> WOODWARD, p. 312. Es el argumento que, en Inglaterra, BIRKS llamaba de la *depreciación subjetiva*.

<sup>180</sup> Como se ve muy claro en DAWSON (1961), p. 1128 o en WADE, p. 1207, quien aconseja ver los efectos del pago del tercero como equivalentes a los de una cesión. Esta observación, que tiene todo el sentido en los esquemas angloamericanos, resulta sorprendente para el Derecho civil codificado.

zapatos del acreedor original, esa obligación no puede cambiar, con lo que la carga del deudor no se incrementa en absoluto»<sup>181</sup>. Esta idea es central, hasta el punto de que se formula, como hemos visto en el *Restatement (3d)* de 2011, el principio general de que el demandado no puede quedar en peor posición que la que tenía como deudor.

#### 4.3.3 Otras consideraciones

Antes de llegar a la posición más o menos clara que recogen ahora los *Restatements* mencionados, la doctrina estadounidense había realizado distintos intentos de avanzar en este terreno proponeando otros ejemplos de pagos de tercero en los que convenía reconocer la acción de enriquecimiento contra el deudor. Merece la pena recoger algunos de estos intentos para aclarar cuestiones problemáticas.

Como sabemos, la regla general es que no se reconoce acción a quien oficiosamente impone a otro un enriquecimiento no solicitado. La cara positiva de esta regla general es que sí se puede reconocer acción a quien no interviene de forma oficiosa, sino que interviene por otras razones. Así, el *common law* reconoce tradicionalmente acción a quien ha enriquecido a otro por error o bajo presión o compulsión. Pues bien, la doctrina estadounidense propone que también se reconozca una acción de enriquecimiento en algunos otros casos excepcionales. Se trata de casos que se presentan como excepciones a esa regla general y que, otras veces, se presentan como otros casos en los que la intervención no tiene carácter oficioso.

Se trata de los siguientes:

- El caso de quien interviene en propio interés. Por este camino se llega a admitir, como ocurre ahora con claridad en el *Restatement (3) Restitution*, la legitimación de lo que entre nosotros llamamos *tercero interesado*. En este camino, los argumentos más convincentes para una tipificación clara de estos supuestos están en la obra de Dawson<sup>182</sup>. También son claros los de Palmer, quien pronostica que, si va a haber algún cambio en la solución tradicional del *common law*, probablemente se hará apreciando más suavemente el requisito del pago en interés propio.

- El caso de quien interviene cumpliendo un deber ajeno en cuyo cumplimiento hay un interés público relevante. A pesar de

<sup>181</sup> WADE, p. 1207.

<sup>182</sup> DAWSON (1974), p. 1457.

que no ha sido acogida en su totalidad, interesa ahora destacar la propuesta de Hope. Según este autor, el sistema no tiene ningún problema en reconocer acción cuando se descubre un interés público en la intervención del tercero (sea para salvar la vida, la salud, o los bienes, sea para cumplir un deber ajeno, como el de prestar alimentos o el de enterrar a los muertos)<sup>183</sup>. Por ello, no debería haber mucho problema en aceptar cualquier intervención en la que concurra ese interés público que, según Hope, siempre va en aumento y que acabará teniendo su peso en las decisiones de los tribunales. Menciona, por ejemplo y por destacar elementos que interesan en este trabajo, el interés público en la honestidad de los tratos y en el interés en el cumplimiento puntual de las obligaciones. Por ese camino, que destaca también la fuerza que da al crédito el sistema del Derecho civil codificado, quedaría al alcance de la mano establecer una regla general de admisión del pago de un tercero en el sentido del Derecho civil continental. Hope formula su conclusión señalando que, una vez que los tribunales reconocen la presencia de un interés relevante, se considera al tercero como nuevo acreedor sin que se mencione el contrato como base de la operación ni se exija el consentimiento del deudor a la intervención de ese tercero. En estos casos, sigue este autor, lo único que tiene que probar el tercero es que el deudor había incumplido culposamente sus obligaciones o que era incapaz de cumplirlas puntualmente. En estas circunstancias, concluye Hope, se admite el remedio contra el deudor incluso si ha expresado su voluntad contraria a la intervención que, lógicamente, ya no se considera oficiosa<sup>184</sup>.

– Otro grupo de casos que se han mencionado y que también tendrían la virtualidad de ampliar la admisión de restitución en pagos de tercero alude al reconocimiento de un deber moral en el tercero que interviene. La idea sería algo así como admitir que el tercero puede estar en ocasiones obligado a hacer frente a la deuda ajena por una obligación moral<sup>185</sup>. El ejemplo que se ha puesto es el del pago por parte del Ejército estadounidense en Europa de los daños causados por un militar de esa nacionalidad que había robado dinero a un ciudadano inglés. En ese caso se aconseja reconocer al Ejército acción contra el deudor/militar por considerar al prime-

<sup>183</sup> En el mismo sentido WADE, p. 1185. Como se ve, se emplean aquí ejemplos bien conocidos en la tradición del Derecho romano y que se recogen también en los Códigos civiles (cfr. nuestro artículo 1894 CC).

<sup>184</sup> HOPE, pp. 49-50. En el mismo sentido, WADE, p. 1200. En la tradición del *common law*, es ilustrativa la cita que hace IBBETSON (2001), p. 41, de BLACKSTONE, «Se debe entender que un hombre consiente en hacer lo que su deber o los imperativos de la justicia demandan».

<sup>185</sup> En este sentido, destacando la virtualidad general de este punto de vista, PALMER, II, pp. 396-397.

ro moralmente obligado a hacer frente a esa obligación indemnizatoria<sup>186</sup>. En las circunstancias en que se realiza el pago, no parece difícil descartar el ánimo oficioso de la intervención o, por decirlo con palabras más modernas, la intervención parece justificada y el enriquecimiento experimentado por el deudor parece injusto. Sobre la posibilidad de intervenir sobre la base de una obligación moral, con todo, se señala que la jurisprudencia no admite el mero deseo de favorecer a un amigo<sup>187</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES COMPARADAS

Para los que partimos de la visión del Derecho civil codificado, hay algunas observaciones que permiten entender mejor el funcionamiento del *common law* en esta materia. Este epígrafe se dedica a proponerlas. Como se destacará en cada caso, algunas de las consideraciones que siguen son válidas para el *common law* en general, mientras que otras lo son únicamente para el *common law* británico o para el estadounidense.

### 5.1 EL ENFOQUE UNILATERAL/BILATERAL DE LA CUESTIÓN

1. Conviene poner el punto de partida en el hecho de que los sistemas de *common law* enfocan todo el asunto desde un punto de vista bilateral. Esto supone acentuar el peso que tiene el interés del deudor a la hora de justificar las soluciones que se alcanzan. De hecho, se puede decir que el tratamiento del pago del tercero en *common law* se centra en el punto de vista del deudor a causa probablemente del desarrollo de este sistema a través de la jurisprudencia. En efecto, parece lógico suponer que, en la práctica de los tribunales, los casos de pago de tercero arranquen de la reclamación de un tercero contra el deudor, puesto que el acreedor pagado difícilmente tendrá interés en perseverar en sus reclamaciones y, por su lado, el deudor tampoco tendrá normalmente interés en moverse si previamente nadie le reclama nada.

2. Ese punto de partida bilateral permite, además, destacar el gran peso que tiene en esta materia la cuestión de preservar la primacía del contrato a la hora de permitir o no reclamaciones basa-

<sup>186</sup> Es un ejemplo de WADE, pp. 1203-1204, que pone también el ejemplo de la esposa que paga deudas del marido a las que jurídicamente no estaba obligada a hacer frente.

<sup>187</sup> WADE, p. 1204.

das en obligaciones derivadas del *Law of Restitution*, es decir, obligaciones de origen legal que se vienen a imponer sobre el demandado al margen de su voluntad. Es más, como veremos, en esta materia lo que parece es que el *common law* apunta a una visión que podríamos llamar *cuasicontractual*, en el sentido en que se usa esta expresión por parte de los autores anglosajones más antiguos y que consiste en imaginar la operación, en nuestro caso, como un acto de carácter contractual (una dación en pago) *implícito*<sup>188</sup>. Por otro lado, se pueden destacar también los problemas especiales que suponen los enriquecimientos en los que intervienen tres partes, como sucede en nuestro caso. Desde este punto de vista, no sólo está en juego la imposición de obligaciones al margen del contrato, sino también la idea de relatividad del contrato.

3. Esto tiene relación con otra cuestión también muy general: la de que el punto de partida tradicional en el *common law* en materia de enriquecimiento injusto acentúa la seguridad del tráfico, en la medida en que se considera que las atribuciones patrimoniales deben de quedar donde estén a menos que exista un buen motivo para permitir su reclamación por el demandante. Frente a esto, en el Derecho civil codificado se insiste en la justicia del resultado, invirtiendo el razonamiento: hay acción salvo que exista una causa que justifique el enriquecimiento del demandado<sup>189</sup>. En esa medida, en el *common law* no preocupa tanto que el deudor se vea enriquecido por una intervención de un tercero en la que el sistema no encuentra razón para reconocer una acción de enriquecimiento. Al revés, ese resultado se considera admisible y no contradice el funcionamiento general del sistema. Se podría tratar de cerrar el argumento diciendo que, entonces, se presume que el tercero quiso donar, pero este razonamiento es de carácter ficticio y poca capacidad explicativa. Además, lo que subyace a esta manera de hablar quizás se pueda expresar mejor diciendo que, si el *solvens* interviene sin asegurarse la acción contra el deudor y sabiendo que la ley no hace por él ese trabajo, «él sabrá lo que hace».

4. Frente a lo que se desprende de las observaciones de los tres últimos párrafos, las soluciones del Derecho civil codificado parten en esta materia de la consideración del crédito/deuda como parte activa y pasiva de una obligación que, como no deriva sólo

<sup>188</sup> Para esa manera de entender el cuasicontrato, por todos, HOPE, p. 31. Desde un punto de vista histórico, IBBETSON (2001), pp. 42 y ss.

<sup>189</sup> Sobre esto, son interesantes las observaciones de T. KREBS, «Unrequested Benefits in German Law», en J. W NEYERS, *et. al.*, *Understanding Unjust Enrichment*, Hart, 2004, pp. 256 y 262. Este autor destaca que, cuando se analizan los casos de enriquecimientos impuestos entre los que se encuentra el pago de un tercero, también en Alemania plantea problemas entender que hay que demostrar una causa para que el enriquecimiento se consolide en manos del demandado.

del contrato sino que puede derivar también de las demás fuentes de las obligaciones, se ve de manera aislada y desde un punto de vista predominantemente unilateral. Eso hace que el interés preponderante sea el del acreedor, como se aprecia en el hecho de que éste pueda cobrar tranquilamente de cualquiera y, además, que la intervención de ese cualquiera dé siempre lugar a una reclamación contra el deudor. Además, el resultado de que el *solvens* siempre pueda dirigirse contra el deudor, incluso cuando interviene contra su voluntad, es coherente con el punto de partida que adopta el Derecho del enriquecimiento *injustificado* en los sistemas de Derecho civil codificado.

5. Desde el punto de vista del acreedor del Derecho civil continental, también es destacable que los efectos del pago entre éste y el tercero se resumen en el efecto extintivo de ese pago, caracterizado por la existencia de lo que se ha llamado *animus solvendi debiti alieni*, y llevando al pago indebido (en nuestro sistema, al art. 1895 CC) aquellos supuestos en que falte esa conciencia de la ajenidad de la deuda. Frente a ello, en el *common law* hay mucho más margen para estudiar las relaciones entre acreedor y tercero y explorar las posibles reclamaciones de éste contra aquél, tanto desde el punto de vista del tipo de reclamación que se estudia entre nosotros como supuestos de pago de lo indebido, como desde el punto de vista de los efectos del convenio celebrado entre el acreedor y el tercero. En este sentido, podemos recordar lo ya expuesto al hablar del *common law* británico sobre las posibles reclamaciones del tercero contra el acreedor (por falta de *consideration* o por medio de un *trust*) si éste se encuentra con que el deudor no ratifica el pago y podemos recordar también las dificultades que causaban esas reclamaciones<sup>190</sup>. Para ofrecer otro ejemplo desde el mismo punto de vista de las relaciones entre el acreedor y el tercero, se puede recoger la propuesta de Wade que pretende alcanzar las soluciones que le parecen óptimas en este terreno por medio de una técnica procesal. Según este autor, el tercero que ha pagado puede reforzar su posición demandando a la vez al deudor y al acreedor que ha aceptado su intervención<sup>191</sup>. Si comparamos la posición de este acreedor, que ha aceptado la prestación ofrecida por el tercero y que se ve ahora demandado por él, con la posición del acreedor satisfecho por un pago de tercero en el Derecho civil, creo que la conclusión de que nuestro sistema protege mucho más al acreedor no necesita de mayor prueba. Por lo dicho acerca de las posibilida-

<sup>190</sup> Por todos, FRIEDMANN y COHEN, pp. 7-8. Sobre la idea de *failure of consideration*, se puede ver a FRIEDMANN, p. 539.

<sup>191</sup> WADE, p 1208.

des que se abren en las relaciones tercero-acrededor en el *common law*, creo que se puede concluir que, en esos sistemas, se abre un flanco del problema de las intervenciones de terceros en las deudas ajenas que para nosotros es casi invisible y está menos estudiado a causa de la admisión muy amplia del efecto extintivo del pago de un tercero.

6. La mayor fuerza relativa del crédito en Derecho civil se puede apreciar, curiosamente, en las observaciones que hacen los autores estadounidenses sobre el pago del tercero de una obligación en cuyo cumplimiento se considera que existe un interés público. Ya hemos visto en las explicaciones de Hope cómo, en el conflicto entre el interés del acreedor, el del deudor y el del tercero, la presencia de un interés público en el cumplimiento de la obligación determinaba que la balanza se inclinara definitivamente del lado de reconocer acción al *solvens* contra el deudor<sup>192</sup>. El ejemplo paradigmático es el del reembolso del que ha pagado los gastos de funeral contra quien debería haberse ocupado de enterrar a sus muertos. Esto deja ver cómo un factor ajeno a las tres partes cuyos intereses están en conflicto puede resultar decisivo<sup>193</sup>. Por otro lado, esto permite apreciar la valoración de la situación que hacen en general los sistemas de Derecho civil codificado: en ellos el interés del crédito, el interés de lo que Hope llamaba «la honestidad de los tratos y el cumplimiento puntual de las obligaciones», decanta la solución a favor de reconocer generalmente acción a favor del tercero, puesto que, por otro lado, se considera que al deudor le beneficia por regla general el pago de una obligación unilateral y todos los efectos de esa intervención están diseñados con ese fin. La admisión del pago de un tercero en Derecho civil codificado respondería, entonces, a ese juicio de política legislativa favorable al crédito.

7. Por otro lado, estas consideraciones pueden servirnos para observar cómo los autores estadounidenses son más proclives a admitir el pago de un tercero cuando se trata de cumplir una deuda de dinero (*debt*) y no tanto de cumplir una obligación contractual no dineraria<sup>194</sup>. De hecho, en la tarea que la doctrina estadounidense emprende para tipificar el pago de un tercero como caso especial respecto al resto de casos de enriquecimientos impuestos, el supuesto del pago de un tercero se coloca todavía en el *Restatement (3d) Restitution* como un caso especial de cumplimiento del

<sup>192</sup> HOPE, pp. 49-50. En el mismo sentido, WADE, p. 1200.

<sup>193</sup> Como destaca WADE, p. 1185.

<sup>194</sup> Por todos, en EE. UU., CORBIN, IV, p. 458. En el *common law* británico, se puede ver la misma tendencia en los autores más atentos a estas cuestiones, como TREITEL, p. 810.

*deber ajeno*, lo que encierra un grupo de casos más amplio que los que en este contexto se estudian normalmente en Derecho civil codificado. De forma simétrica, los estudios de esta materia desde el Derecho civil continental, más allá del supuesto regulado en nuestro artículo 1161 CC, se centran en el pago de deudas dinerarias y tienden a dejar en un segundo plano el pago de un tercero en las prestaciones no dinerarias. Esto, como veremos más abajo, también ha tenido influencia en las normas europeas de *soft law*, especialmente en el CESL. Desde este punto de vista, por otro lado, se puede intuir la importancia del pago de un tercero para sectores del ordenamiento en los que las prestaciones dinerarias son del todo centrales como ocurre, por ejemplo, en el Derecho bancario.

## 5.2 LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL FENÓMENO

Al repasar el tratamiento que se da en EE. UU. a la figura llamada *accord and satisfaction* (o *substituted performance*), hemos visto que el tratamiento de lo que entre nosotros se llama pago de una deuda ajena se hace a través de considerarlo como un caso de dación en pago realizada por tercero y recurriendo a los esquemas teóricos del contrato a favor de otro para explicar los efectos de la intervención entre el deudor y tercero. En el *common law* británico, en cambio, no se ha llegado todavía a aceptar con claridad que el *accord and satisfaction* hechos por tercero produzcan la extinción de la deuda y, por ello, se producen diferencias entre los dos principales sistemas de *common law*. Sin embargo, desde un punto de vista lógico, creo que la construcción de la intervención como dación en pago en los casos en los que el deudor acepta o ratifica esa intervención y en los casos en que se trata de un tercero interesado sí es un territorio común en el que puede haber resultados coincidentes entre ambas ramas del *common law*.

A continuación se recogen unas consideraciones sobre esta construcción técnica que utiliza el *common law* –con más claridad en la versión estadounidense– comparándola con nuestros propios esquemas de funcionamiento. Esto se puede hacer en los siguientes puntos:

*a)* En el *common law* se emplea una concepción de la obligación que todavía arrastra el pasado de considerarla como un vínculo que une personalmente al acreedor y al deudor. Ese pasado, probablemente, comparte algunos fundamentos con la visión centrada en el contrato a la que aludímos en el epígrafe anterior. De esa consideración como vínculo personal arranca que, como hemos

dicho, la intervención del tercero sobre la deuda ajena sea vista, no como un pago hecho por el tercero, sino como *una dación en pago* (*accord and satisfaction* o, en términos más modernos *substituted performance*) hecha por tercero. Recordemos que Williston decía que el pago auténticamente debido es el pago del deudor (o su auxiliar o representante) y que la prestación realizada por el tercero no llega a ser un pago exacto aunque sea objetivamente idéntica a la debida<sup>195</sup>. Así las cosas, es lógico que el acreedor no tenga la carga de aceptar el pago de un tercero, como sí ocurre en el Derecho civil codificado, y pueda tranquilamente rechazarlo aunque el tercero ofrezca la entrega de exactamente la prestación debida. Por ello, la manera de ver las consecuencias de la intervención del tercero sobre el deudor también es distinta, como paso a explicar en el número siguiente.

b) Al aceptar que la dación en pago hecha por tercero produce la extinción de la obligación, el sistema de EE. UU. puede explicar los efectos de la operación entre el tercero y el deudor sobre los esquemas del contrato en beneficio de otro. Las cosas son distintas en el *common law* británico:

i. En EE. UU. la intervención realizada por el tercero y aceptada por el acreedor produce la extinción de la obligación, lo que se ofrece al deudor como un beneficio de manera que éste, entonces, pueda aceptarla o rechazarla. En el primer caso, su aceptación se entiende como ratificación de la intervención del tercero y, consiguientemente, como asunción de la obligación de pagar por el beneficio recibido. Dicho en palabras de Corbin, este funcionamiento de la aceptación/ratificación permite conservar la regla de que el efecto extintivo sobre la deuda depende de que el deudor haya mandado pagar o ratifique la intervención del tercero<sup>196</sup>. Quizá por atender a lo que se considera que sucederá normalmente en la práctica, la doctrina normalmente no se ocupa tanto de señalar qué ocurre en caso de que el deudor rechace el beneficio ofrecido, pero se ha llegado a decir que, entonces, la deuda *revive*<sup>197</sup>. Efectivamente, ésta es la conclusión que se alcanza en el § 278 del *Restatement (2d) Contracts*, cuyo Comentario b) dice que, si el deudor no acepta el beneficio que supone para él la dación en pago realizada por tercero, «se priva del efecto extintivo a la operación realizada».

ii. En el *common law* británico, al no aceptarse el efecto extintivo de la dación en pago hecha por tercero, la intervención

<sup>195</sup> WILLISTON, III, p. 3182.

<sup>196</sup> CORBIN (1962), p. 154.

<sup>197</sup> Para la idea de que la obligación *revive*, FRIEDMANN, pp. 542 y ss.

del tercero (aceptada por el acreedor) supone, como hemos visto, que la deuda atraviesa una fase interina en la que no se sabe bien qué suerte va a acabar corriendo y si al final se extinguirá por la ratificación del deudor. En esta fase interina, la tradición británica del *common law* tiende a pensar que la obligación en la que el tercero ha intervenido sigue viva hasta que el deudor la consienta, lo que contrasta con la idea americana recogida en el párrafo anterior<sup>198</sup>.

iii. Como señala GOLD, el hecho de que el contrato en beneficio de tercero se aceptara más fácilmente en EE. UU. que en el *common law* inglés –en el que la figura se ha admitido hace relativamente poco y por medio de una ley con ese fin– puede explicar que en aquél sistema las normas sobre legitimación para intervenir sobre la deuda ajena fueran concebidas con mayor generosidad hacia los terceros<sup>199</sup>.

iv. En cualquier caso, se ve de nuevo en todo esto que el sistema protege mucho los intereses del deudor en preservar su esfera de decisión y, correlativamente, sufren los intereses del acreedor que ha aceptado la intervención del tercero.

c) La visión de la intervención del tercero como una dación en pago también produce sus efectos en las relaciones entre el acreedor y el tercero, más allá de lo que acabamos de ver sobre si la deuda se extingue/revive. Ya hemos comentado que este lado de la intervención no es normalmente relevante para el Derecho civil continental porque, entre nosotros, la cosa se reduce a la producción de un efecto extintivo automático por la intervención realizada *animus solvendi debiti alieni*. Como ese efecto extintivo no se produce en el *common law* con la misma facilidad, en estos sistemas es posible preguntarse por las relaciones que surgen entre el acreedor y el tercero a raíz de la intervención de éste. Desde este punto de vista, la pregunta es qué ocurre si el tercero no logra cobrar del deudor (por ejemplo, si éste no acepta el beneficio que se le ofrece ni puede considerarse que ratifique la intervención del tercero) y, en especial, si puede dirigirse contra el acreedor para tratar de deshacer la dación en pago que han celebrado. Como se ve, esto es un asunto relacionado con la pregunta de si se puede considerar que, en esos casos, el tercero puede deshacer la operación y hacer que la

<sup>198</sup> Para la postura británica, por todos, BIRKS (1985), pp. 189-190 y 289. Más abajo se verá cómo la solución prevista en el artículo III-2:107 DCFR supone una tercera manera de ver ese efecto extintivo de la intervención del tercero.

<sup>199</sup> GOLD, p. 172, entre otras. La Ley británica en cuestión es la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*. Se puede consultar en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/contents>

deuda *reviva*. También está relacionado con la pregunta de si cabe basar la reclamación en la *failure of consideration*<sup>200</sup>.

d) Para terminar estas consideraciones sobre la construcción dogmática de la figura, se pueden destacar algunos puntos de contraste entre el sistema americano basado en la dación en pago y el contrato a favor de otro y el sistema del Derecho civil codificado basado en el efecto extintivo del pago de un tercero. Se trata de los puntos siguientes:

i. Desde el punto de vista del Derecho civil codificado, la intervención del tercero se puede ver como un pago (que es un acto debido y no un contrato), gracias a la amplia legitimación para pagar que se contiene en la descripción de los requisitos de regularidad del pago. Por ello, se admite sin problemas el efecto extintivo de ese pago, eliminando así las posibilidades de que el tercero vaya contra el acreedor (excepto en los casos de error; cfr. nuestros arts. 1895 y 1900 CC), y ello determina que se planteen de manera distinta los efectos de ese pago entre el *solvens* y el deudor.

ii. En el estudio de los sistemas de *common law*, basados en la figura del *accord and satisfaction*, la idea de ratificación juega un papel esencial. Esto acerca estos casos al contrato de mandato (*agency*), que ya hemos dicho que se ha utilizado para resolver dudas en esta materia<sup>201</sup>. Además, abre la puerta a una cierta flexibilidad a la hora de apreciar que concurre esa ratificación, puerta que ha sido utilizada por los tribunales estadounidenses para acercarse a algunas de las soluciones que el Derecho civil codificado alcanza más fácilmente<sup>202</sup>.

iii. Desde un punto de vista comparado, cabe señalar que es lógico que en el *common law* se equipare el tratamiento del acto solutorio realizado por un tercero que entrega una prestación igual a la debida originalmente, con el acto solutorio del tercero que realiza una prestación distinta. En ambos casos, claro está, se necesita contar con el consentimiento del acreedor, que acepta una u otra. En la tradición del Derecho civil, en cambio, se insiste en los requisitos de regularidad del pago, con lo que se limita (en principio, se hace en beneficio del deudor) el poder del acreedor de rechazar el ofrecimiento de un tercero a los casos en que lo ofrecido no sea

<sup>200</sup> Sobre la idea de *failure of consideration*, por todos, FRIEDMANN, p. 539.

<sup>201</sup> Es muy interesante la observación de REUSCHLEIN y GREGORY, p. 83, según la cual la ratificación es un instrumento que se ha utilizado para solucionar problemas de enriquecimiento injusto cuando el principal ha retenido algún enriquecimiento o no puede ratificar por problemas de capacidad. Sobre la importancia del mandato implícito (o legalmente creado), son también interesantes las explicaciones de MACGREGOR y WHITTY, *passim*, y las de IBBETSON (2001), pp. 33 y 41, insistiendo en el abuso de las ficciones en esta materia.

<sup>202</sup> Como se puede ver en GOLD, p. 187 y WILLISTON (2003-XXIX), p 168.

exactamente lo debido. En estos esquemas, consecuentemente, el acreedor sólo puede aceptar o rechazar libremente la dación en pago ofrecida por tercero, no el pago perfecto.

### 5.3 EL EFECTO EXTINTIVO SE DETERMINA MEDIANTE UNA CLÁUSULA GENERAL

De lo que hasta aquí hemos dicho se puede derivar también una conclusión general sobre la manera de concebir el efecto extintivo de la intervención sobre deuda ajena que creo que tiene su interés y que probablemente arranca también de centrar el sistema en un punto de vista bilateral y en el interés del deudor. Para explicarlo, hay que confrontar planteamientos distintos.

*a)* Por un lado está la regla del Derecho civil codificado de que el pago (exacto) de un tercero produce la extinción de la deuda y, correlativamente, un derecho personal del *solvens* contra el deudor. La regla es muy fácil de aplicar porque el único requisito que se le exige al tercero es el llamado *animus solvendi debiti alieni*, que excluye la consideración del supuesto como pago indebido (cfr. nuestros arts. 1895 y 1900 CC). El resto de requisitos que se puede entender –desde otro punto de vista– que se le exigen al tercero, en realidad, no son más que el cumplimiento de los requisitos de regularidad del pago; es decir, la exigencia de que el tercero ofrezca una prestación idéntica a la debida.

*b)* Por otro lado, tenemos que el *common law* tradicional británico ofrece el principio general de que, en principio, no hay acción contra el deudor que ni ha autorizado al *solvens* ni ha ratificado su gestión. Dicho de otro modo, tenemos que sólo las intervenciones de tercero que aparecen justificadas por las circunstancias de la intervención (pago de un tercero interesado, pago por error (*sic*), pago bajo compulsión, etc.) producen una acción de enriquecimiento de ese tercero contra el deudor y, consiguientemente, la extinción de la deuda (que es lo que determina ese enriquecimiento). Por ello, puede decirse que se determina el efecto extintivo de la intervención del tercero analizando si éste tiene o no acción contra el deudor. Como el análisis de si existe o no esa acción se basa –como ha quedado especialmente claro al estudiar la doctrina estadounidense– en consideraciones de política legislativa integradas en una cláusula general, creo que puede concluirse que el *common law* británico basa también las soluciones sobre el efecto extintivo del pago de un tercero en el juego de una *cláusula general*. Así, cuando se considere que el tercero puede alegar una buena razón para reclamar el enriquecimiento que

ha experimentado el deudor, se le reconocerá acción contra el éste y, por otro lado, se considerará que la intervención del tercero ha tenido eficacia extintiva. No hace falta destacar que el empleo de una cláusula general para estos fines se traduce en una pérdida relativa de certeza.

c) Por otro lado, se puede destacar que en los sistemas anglosajones sí que existe una regla clara en materia de pago de un tercero, pero que apunta en una dirección contraria a la regla del Derecho civil continental. Me refiero a la regla anglosajona que dice que el tercero que «paga una deuda (*debt*) sin haber sido requerido para ello, sin tener otro interés en el asunto que convertirse en el acreedor del demandado, no debe de tener acceso a la restitución»<sup>203</sup>. Esta regla es contraria a la tradición continental pero, curiosamente, un civilista del continente la admitiría sin dudar si estuviera referida a la subrogación del tercero sin interés.

d) En el *common law* estadounidense, se añade una regla clara al sistema tradicional descrito en el punto b) anterior. En efecto, el § 278 del *Restatement* (2d) sobre contratos admite que el pago (en realidad, la dación en pago) de un tercero aceptado por el acreedor extingue la obligación. En principio, eso no quiere decir nada sobre las posibles reclamaciones del *solvens* contra el deudor, que siguen explicándose en términos de enriquecimiento injusto y con un punto de vista restrictivo.

Como se ve, los sistemas de Derecho civil codificado y el *common law* británico están en clara confrontación. El sistema de EE. UU. introduce, en cambio, un mayor acercamiento en materia de legitimación para pagar, por mucho que la explicación dogmática siga siendo distinta y por mucho que el acercamiento sea mucho menor en materia de efectos de la intervención del tercero en las relaciones entre éste y el deudor. Esto va a ser de utilidad cuando veamos lo que ocurre en los PECL y en el DCFR en esta materia.

## 6. EL PAGO DE UN TERCERO EN LOS TEXTOS DE *SOFT LAW*

La tradición del *common law* británico y estadounidense que hemos repasado en los epígrafes anteriores tiene una clara influencia en los textos de *soft law* europeos e internacionales que han aparecido en los últimos años. Me refiero a los PICC, a los PECL,

<sup>203</sup> Son palabras del *Restatement (3d) Restitution* vol. 1 p. 310. La misma idea también se maneja en el *common law* británico; véase, por todos, STOLJAR (1989), p. 171.

al DCFR y al CESL. En lo que sigue haremos algunas alusiones a los PICC, pero el trabajo prestará más atención a los textos europeos, que ofrecen unas normas más desarrolladas en materia de pago de la deuda ajena.

Al examinar las cuestiones que plantea el pago de un tercero en estos textos, se puede apreciar que la figura aparece de forma fragmentaria y en distintos contextos. Así el pago de un tercero aparece como una cuestión relacionada con la posibilidad del deudor de servirse de auxiliares en el cumplimiento, como una cuestión planteada por al incumplimiento por parte de esos auxiliares y hasta como una cuestión –en realidad emparentada con lo anterior– que tiene que ver con la posible transmisión de la deuda y la responsabilidad del deudor en esos casos. Empecemos por esto último, dejando para sucesivos epígrafes lo relacionado con la legitimación de los terceros para intervenir en las deudas ajenas, que es lo que entre nosotros representa el contenido más propio de la figura del pago de un tercero, lo relativo a las consecuencias del rechazo por el acreedor del pago de un tercero, lo relativo a los cambios de deudor encauzados a través de una expromisión y lo relativo a los efectos entre el deudor y el tercero desencadenados por la intervención de éste.

## 6.1 EL PAGO DE UN TERCERO ORDENADO POR EL DEUDOR Y LOS CAMBIOS DE DEUDOR

Los PICC regulan el pago de tercero en sede de cambio de deudor. En efecto, una vez regulado (a) el cambio de deudor por un acuerdo entre el deudor original y el nuevo deudor que es consentido por el acreedor y (b) el cambio de deudor por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, el artículo 9.2.6 le da el nombre de *pago de tercero* a una última figura relacionada con el cambio de deudor<sup>204</sup>. De esta forma, se mantiene el nombre de la figura de *pago del tercero*, pero en realidad lo que se regula aquí es la delegación de pago o la asunción de pago. Es decir, la operación que consiste en que el deudor pida a un tercero que cumpla por él, a lo que el acreedor no puede negarse, cuando el pago de ese tercero satisface su interés<sup>205</sup>. Con esta fórmula, la regla de que se exclu-

<sup>204</sup> Artículo 9.2.6: «(1) Sin el consentimiento del acreedor, el deudor puede convenir con otra persona que ésta cumplirá la obligación en lugar del deudor, a menos que la obligación, según las circunstancias, tenga un carácter esencialmente personal. (2) El acreedor conserva su recurso contra el deudor».

<sup>205</sup> Por el contrario, en opinión de MAZZA, «Artículo 9.2.6 PICC», en S. VOGENAUER y J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, 2009, p. 1034, este artículo 9.2.6 deja claro que los PICC admi-

yen del pago de un tercero las prestaciones de carácter personalísimo queda al alcance de la mano. Los PICC, pues, no dicen mucho sobre lo que a nosotros nos interesa. Se limitan a tratar –y además, de forma no muy clara– la cuestión de si el deudor puede servirse de auxiliares para cumplir.

Los PECL contienen una norma de alcance similar a la que acabo de describir en los PICC. Se trata del artículo 8:107, según el cual quien confía el cumplimiento del contrato a otra persona sigue siendo responsable de ese cumplimiento. Como se ve, esta norma de los PECL es (lógicamente) una norma relativa a los contratos, no a las obligaciones, y que se limita a recordar, desde el punto de vista del problema del incumplimiento, las condiciones en que el deudor puede recurrir a auxiliares en el cumplimiento. El artículo III.-2:106 DCFR contiene una norma similar, aunque esta vez referida al cumplimiento de las *obligaciones*. En relación con la regulación similar contenida en el CESL (en sus artículos 92 y 150), se ha señalado que se trata de una norma probablemente inútil por obvia y que tiene sólo un sentido clarificador que atiende a las distintas tradiciones existentes en la UE<sup>206</sup>. Para un lector español, en efecto, es fácil estar de acuerdo con este diagnóstico<sup>207</sup>. En rigor, pues, no se ofrece aquí información sobre la figura del pago de un tercero en sentido estricto. Todo lo más, se puede decir que aborda la cuestión del pago de un tercero autorizado por el deudor.

## 6.2 LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO PARA PAGAR EN LOS DISTINTOS TEXTOS

En realidad, es el artículo 7:106 PECL el que ofrece la regulación del pago del tercero en ese texto de *soft law*<sup>208</sup>. El contenido de

---

ten el pago de un tercero sin que el consentimiento del acreedor sea necesario y que, por ello, ese acreedor no puede rechazar el cumplimiento ofrecido por un tercero. Basta leer el texto del artículo 9.2.6 para darse cuenta de que eso no es así: el texto presupone el acuerdo entre el deudor y el *solvens*. Quizá MAZZA acusa la influencia de la terminología estadounidense que ya hemos visto. En nuestro país, quizás le pase lo mismo a RUEDA VALDIVIA, p. 1289, para quien el ejemplo del subcontratista es «la expresión más significativa del cumplimiento por tercero».

<sup>206</sup> ZOLL, «The Seller's Obligations», en R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law*, Baden-Baden/Múnchen/Portland, 2012, p. 438.

<sup>207</sup> Sobre el asunto, en España, J. NANCLARES VALLE, «Libro III. Obligaciones y derechos», en E. Valpuesta (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo*, Barcelona, 2011, p. 171.

<sup>208</sup> Artículo 7:106 PECL: «Ejecución por un tercero.

(1) *Salvo que el contrato requiera una ejecución personal, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento por un tercero:*

(a) *Si el tercero actúa con el consentimiento del deudor.*

este artículo 7:106 PECL ha sido asumido en los dos primeros párrafos del artículo III.-2:107 DCFR, por lo que el contenido de estos dos textos se explicará a continuación de forma simultánea.

Sin embargo, el DCFR añade un tercer párrafo que introduce significativas novedades en la visión del pago de un tercero plasmada en los PECL y que será comentado en un número posterior<sup>209</sup>. El CESL, adaptando el uso de los términos al hecho de que está regulando contratos de compraventa y suministro de servicios, sigue básicamente el enfoque del DCFR en esta materia.

1. Como se desprende de la lectura de sus casi idénticas normas, ninguno de los textos de *soft law* europeos mencionados sigue la senda tradicional del Derecho civil continental<sup>210</sup>. En efecto, en estos textos el pago de un tercero no tiene la eficacia extintiva general que es común en el continente, sino que se exige en ellos algo más que la cualidad de tercero para poder pagar la deuda ajena. En concreto, en estos textos se afirma que sólo el pago de un tercero autorizado por el deudor o el pago de un tercero *interesado* extinguen la obligación.

Con toda probabilidad, estas primeras reglas sobre el pago de un tercero en estos textos están siguiendo la visión del *common law* británico tradicional, en la versión ofrecida básicamente por Goff y Jones que hemos recogido en un epígrafe anterior<sup>211</sup>. En efecto, esos dos casos de pago de tercero admitidos en los PECL eran los únicos que se admitían en el *common law* británico en las construcciones de esos dos influyentes autores.

En estos textos, la legitimación especial de lo que podemos llamar *terceros interesados* se formula a través de una cláusula gene-

(b) *O si el tercero tiene un interés legítimo en la ejecución y el deudor no ha cumplido o resulta manifiesto que no cumplirá al tiempo del vencimiento de la obligación».*

(2) *El cumplimiento por un tercero conforme al apartado (1) libera al deudor.*

<sup>209</sup> Se puede confirmar esa identidad inicial entre PECL y DCFR en esta materia y la diferencia añadida en el DCFR en el diagnóstico de Y. M. ATAMER, «Performance and its modalities», en J. Basedow et al (dirs.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, II, p. 1268, Oxford, 2012. Para lo mismo, en España, MARCHAL ESCALONA, p. 1278 y RUEDA VALDIVIA, p. 1294.

<sup>210</sup> Como destaca en nuestro país, NANCLARES VALLE, p. 172, hablando del DCFR. Igualmente lo destacan en sus comparaciones de los PECL con Italia y Países Bajos, respectivamente, V. M. DONINI, «Artículo 7:106 PECL», en L. ANTONIOLLI y A. VENEZIANO, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, La Haya, 2005, p. 335 y J. G. J. RINKES, «Performance», en D. Busch et al. (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen, 2002, p. 306.

<sup>211</sup> En las notas de Derecho comparado que aparecen bajo el artículo 7:106 PECL se cita expresamente a estos autores, como no podía ser de otra manera por su relevancia. Véase la p. 496 de la versión española. Para destacar la influencia especial del Derecho inglés sobre los PECL, S. SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho contractual inglés», S. Sánchez Lorenzo (ed.) *Derecho contractual comparado*, 2.<sup>a</sup> ed. Civitas/Thomson-Reuters, 2013, pp. 139-216, en p. 206.

ral. Esto probablemente es buena idea, dada la distinta manera en que los diferentes ordenamientos utilizan ese concepto. Como se ha señalado en nuestro país, el interés a que aluden aquí los PECL es un interés de marcado tono patrimonial y no un interés simplemente personal<sup>212</sup>. Conforme a la tradición continental, se ha dicho respecto del CESL –que contiene una regulación similar– que esos terceros son los que se verían afectados negativamente si no se les permitiera pagar<sup>213</sup>.

En cualquier caso, si recordamos lo estrecha que queda la legitimación de los terceros para pagar extintivamente en los PECL, podemos ver que en este texto ocurre como en el *common law*: el efecto extintivo del pago no se determina por una regla clara, como se hace por ejemplo en nuestro artículo 1158 CC, sino que se determina por el juego de una norma basada en el funcionamiento de una cláusula general (lo que se considere *interés* en cada caso).

Como ya hemos adelantado, la norma –que se incluye en los textos PECL y DCFR que estamos comentando– según la cual sólo el deudor puede cumplir si el contrato requiere cumplimiento personal es un punto en el que coinciden el enfoque basado en los contratos y el enfoque basado en las obligaciones y que no requiere más comentario<sup>214</sup>.

Se puede destacar también una novedad que no creo que esté claramente explicada o entendida. Me refiero a que, como se ve en el tenor literal del artículo 7:106 PECL y artículo III.-2:107 DCFR, el tercero interesado sólo puede intervenir *si el deudor no ha cumplido o está claro que no cumplirá cuando la obligación venza*.

Desde el punto de vista continental, se ha señalado que la norma en cuestión puede considerarse implícita en la idea general de cumplimiento de una obligación vencida<sup>215</sup>. Por otro lado, con una posición que recuerda la preocupación tradicional anglosajona por los pagos realizados *animus nocendi*, Dannemann dice que con esa norma se trata de distinguir entre los terceros con interés en intervenir y los terceros que quieren intervenir con ánimo de vejar al

<sup>212</sup> L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA, A. M. MORALES MORENO, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002, p. 309. En los comentarios a PECL y DCFR, sin embargo, se admite como ejemplo el pago de una mujer por las deudas del marido (de las que no tenía que responder).

<sup>213</sup> G. DANNEMANN, «The Buyer's Obligations», en R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law*, Baden-Baden/München/Portland, 2012, p. 556.

<sup>214</sup> Lo deja claro el diagnóstico de Derecho comparado que ofrecen las notas incluidas en ese artículo 7:106 PECL (p. 339 de la versión en inglés). La observación se repite en las notas al artículo III.-2:107 DCFR (p. 742 de la versión también en inglés). En relación con los artículos 92 y 150 CESL, y con un tono decididamente continental, ZOLL, p. 438, aboga por una interpretación estricta de esta excepción a la admisión del pago de tercero.

<sup>215</sup> Lo destacan L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA, A. M. MORALES MORENO, p. 308 y DONINI, p. 332, sin aportar explicaciones.

deudor<sup>216</sup>. Sin embargo esta idea no resulta de todo clara porque parece que el requisito de tener interés en el pago ya estaba implícito en la definición misma del supuesto de hecho y quizá sea mucho querer impedir el caso del tercero interesado que, además, quiere vejar al deudor.

En cualquier caso, la influencia de la tradición del *common law* creo que es innegable en este texto. Recordemos que es característico de esta tradición la preocupación por garantizar la posición del deudor<sup>217</sup>. Recuérdese, por otro lado, la observación de la doctrina estadounidense de que los terceros pueden intervenir en deuda ajena si concurre un interés público relevante, *con la única exigencia de que se pruebe que el deudor había incumplido o iba a incumplir*<sup>218</sup>. En mi opinión, lo que quizá da problemas bajo esta norma es que en la tradición del *common law* la intervención del tercero no se ve como pago, es decir como acto de carácter solutorio, porque eso resulta prácticamente imposible en un sistema en el que no se ha admitido ampliamente la legitimación de cualquiera para pagar. En efecto, como en el *common law* se considera que sólo es cumplimiento exacto el realizado por el deudor o sus auxiliares –es decir, el previsto en el artículo 7.106 (1) PECL– entonces la intervención del tercero interesado no tiene por qué ocurrir cumpliendo los requisitos de regularidad del pago. De ahí que convenga introducir en las normas del PECL y DCFR que regulan este supuesto el inciso relativo a que *deudor no haya cumplido o esté claro que no cumplirá cuando la obligación venza*.

2. Como hemos dicho, el artículo III.-2:107 DCFR regula el pago de un tercero siguiendo el enfoque de los PECL, pero añade un importante párrafo tercero que admite el efecto extintivo de cualquier pago de tercero aceptado por el acreedor<sup>219</sup>. Así, el DCFR se coloca probablemente en la línea de la doctrina británica más

<sup>216</sup> Véase, G. DANNEMANN, p. 556, comentando la norma similar existente en el CESL.

<sup>217</sup> Sobre el artículo 7:106 PECL, DÍEZ-PICAZO, ROCA y MORALES MORENO, p. 308 han dicho que los PECL «no consideran relevante, en cambio, el posible interés del deudor en que se abstengan los terceros de injerirse en su esfera jurídica, pagando sus deudas». Me parece una idea algo desenfocada, quizás motivada por una primera comparación con las reglas por ejemplo alemanas sobre legitimación para pagar. En efecto, en mi opinión hay que tener en cuenta que (sin contar con la voluntad del deudor) sólo los terceros interesados están legitimados para pagar en los PECL y, en segundo lugar, hay que tener en cuenta el hecho de que los PECL no aseguran en absoluto que el tercero que paga vaya a obtener del pago una acción personal contra el deudor. Así las cosas, creo que queda claro que la regulación de los PECL implica una gran consideración hacia los intereses del deudor.

<sup>218</sup> Así, HOPE, pp. 49-50, y WADE, p. 1200.

<sup>219</sup> El texto en cuestión es artículo III.-2:107: «*Cumplimiento por un tercero*.

(1) *Cuando los términos que regulan la obligación no requieren que la cumpla personalmente el deudor, el acreedor no podrá rechazar que el cumplimiento lo lleve a cabo un tercero si:*

(a) *el tercero actúa con el consentimiento del deudor; o*

evolucionada, tal como se ha reflejado en el ya mencionado *Restatement* inglés de 2012 sobre la materia. En esta misma línea se puede colocar, al menos a primera vista, el también ya mencionado § 278 del *Restatement (2d)* sobre contratos estadounidense. Esa misma regla se contiene en el artículo 127 CESL<sup>220</sup>. En estas normas del DCFR (y CESL) se pueden destacar tres novedades:

a) Frente al silencio de los PECL, el DCFR establece que, si el acreedor acepta un pago ofrecido por un tercero que ni actúa a instancias del deudor ni tiene interés en la obligación, la deuda se extingue<sup>221</sup>. Añade a continuación que, en esos casos, el acreedor responde ante el deudor de cualquier perjuicio que esto le cause.

i. La admisión aquí de este efecto extintivo supone dar un paso adicional respecto de la posición de los PECL, que eran más fieles a la tradición inglesa representada por Goff y Jones. En este sentido, el DCFR ha asumido las propuestas de la doctrina británica más reciente, que estaba en una línea hasta cierto punto similar a la posición adoptada por el ya citado § 278 del *Restatement (2d)* sobre contratos estadounidense. El artículo 127 CESL, como ya hemos señalado, va en este mismo camino.

ii. Por el contrario, los comentarios a este nuevo párrafo del artículo III.-2:107 DCFR no aclaran más sobre esa norma de que el acreedor responde ante el deudor por los daños que el pago de un tercero sin autorización hayan causado a ese deudor. Por su lado, el CESL contiene una norma similar a ésta, sin añadir tampoco ninguna explicación adicional<sup>222</sup>. Se trata de normas oscuras que

(b) *el tercero tiene un interés legítimo en el cumplimiento y el deudor o bien no ha cumplido o bien resulta manifiesto que no cumplirá la obligación en el momento de su vencimiento.*

(2) *El cumplimiento por un tercero de acuerdo con el apartado (1) libera al deudor salvo que el tercero asuma el derecho del acreedor mediante cesión o subrogación.*

(3) *Cuando no se requiere el cumplimiento personal por parte del deudor y el acreedor acepta el cumplimiento de la obligación del deudor por un tercero en circunstancias que no se contemplan en el apartado (1) el deudor quedará liberado, pero el acreedor será responsable frente al deudor por los daños que dicha aceptación pueda ocasionar.*

<sup>220</sup> MARCHAL ESCALONA, p. 1279, destaca también esta similitud.

<sup>221</sup> Sobre ese caso, los PECL sólo contenían un comentario algo enigmático, pero definitivo: «el artículo 7:106 no se ocupa de las consecuencias derivadas para el deudor si en esos casos (*solvens* que paga en interés propio o *solvens* que paga para hacer un favor al deudor) el acreedor aceptara la prestación hecha por el tercero».

<sup>222</sup> Este aspecto tampoco merece comentario por parte de SCHULLER y A. ZENEFELS «Obligations of Sellers and Buyers», en G. DANNEMANN y S. VOGENAUER, *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, 2013, pp. 592 y 604. Por el contrario, sí lo comenta G. DANNEMANN, p. 556, quien señala que son aquí de aplicación las reglas sobre la indemnización por daños. Este autor añade un comentario algo críptico que parece apuntar a la imposición al deudor de gastos adicionales del pago incurridos por el *solvens*, que es ajeno a la tradición continental y que –por otro lado– no se acaba de entender, si se tiene en cuenta que los efectos del pago del tercero entre el *solvens* y el deudor se dejan en el CESL al Derecho interno.

recuerdan algunos ejemplos manejados en *el common law* y que deberían haber sido objeto de comentarios y aclaraciones específicas por parte de sus redactores. La primera impresión es que esas normas están pensando probablemente en un contrato más que en una obligación unilateral<sup>223</sup>. En realidad, como veremos luego, lo más probable es que esta norma que comentamos haya que ponerla en relación con una norma específica del DCFR sobre cambio de deudor por expromisión. En mi opinión, ésta es la manera más clara de entender lo que han querido hacer los redactores del DCFR en este punto.

*b)* El DCFR opta por pasar al texto de la norma la posibilidad de que la intervención del tercero, en lugar de producir la extinción de la deuda, dé lugar a la cesión o a la subrogación. La novedad, que ya estaba en los comentarios al texto paralelo de los PECL, es correcta pero su valor parece más bien cosmético o de *elegantia iuris*<sup>224</sup>. Sin embargo, la ausencia de una norma similar en el artículo 127 CESL ha sido señalada como problemática a causa de que las relaciones entre el comprador (deudor del precio) y el *solvens* caen fuera del ámbito de aplicación de ese texto y algunas legislaciones nacionales prevén la subrogación, que es contradictoria con el efecto extintivo previsto como único en el CESL<sup>225</sup>.

*c)* En los comentarios que se hacen al DCFR se aclara que el derecho del *solvens* respecto del deudor (a) será distinto según lo que hayan pactado entre ellos, (b) puede provenir de una gestión de negocios ajenos sin mandato y (c) puede provenir del enriquecimiento injusto<sup>226</sup>. La inclusión de la gestión de negocios sin mandato es algo que choca con la tradición anglosajona<sup>227</sup>. Sin embargo, con una idea que recuerda ahora a *el common law*, los autores del DCFR se preocupan de aclarar que el que impone un enriquecimiento a otro sin contar con su voluntad normalmente no le puede reclamar nada. En esto último también se pone de manifiesto la existencia de contradicciones entre unos y otros sistemas jurídicos.

3. Aunque ya hemos señalado que la regulación propuesta en el CESL asume básicamente las soluciones de los PECL en la

<sup>223</sup> En el mismo sentido, en nuestra doctrina, NANCLARES VALLE, p. 173. Este autor propone un ejemplo que me parece claro en ese sentido: es posible que el deudor haya incurrido en gastos de preparación de su prestación que resultan inútiles a causa de la intervención del tercero y que deben de serle indemnizados.

<sup>224</sup> En los PECL, véase el Comentario A.

<sup>225</sup> Lo señala G. DANNEMANN, p. 557, aunque quizás sea un exceso de celo.

<sup>226</sup> Comentario F.

<sup>227</sup> La regulación de la gestión de negocios sin mandato en el DCFR, sin embargo, recuerda mucho a las ideas que manejan en este sentido algunos autores anglosajones, pero en sede de *law of restitution*.

visión más desarrollada que proporciona el DCFR, merece la pena hacer alguna observación más para destacar sus novedades. En el CESL la novedad que se aprecia a primera vista es que, de acuerdo con el objeto de su regulación, se cambian las palabras *acreedor* y *deudor* por las de *vendedor* (o prestador del servicio) y *comprador* (o cliente). Con esto, los textos se colocan en un nivel menor de generalidad respecto a la tradición continental del Derecho de obligaciones.

Ese nivel de generalidad elegido parece también haber tenido relevancia en la regulación de esta materia del pago de un tercero, que atiende al carácter dinerario de la prestación debida por el comprador y cliente frente a la prestación no dineraria de los vendedores o prestadores de servicios.

a) Así, para los profesionales, las normas relevantes (arts. 92 y 150) se limitan a decir que:

i. Cabe recurrir al uso de auxiliares en el cumplimiento, salvo que se precise el cumplimiento personal del profesional. Curiosamente, la regulación de esta excepción al principio general de que cabe recurrir al uso de auxiliares es distinta en la venta y en la prestación de servicios. En la venta se exige que ese cumplimiento personal esté previsto en el contrato –lo que parece correcto para estos tipos de operaciones de venta– mientras que en la prestación de servicios el texto es más general, para que permitir así que ese cumplimiento personal pueda considerarse implícito o que deriva de la naturaleza del servicio en cuestión. Sin embargo, se ha señalado que quizá no tiene sentido tener dos previsiones distintas y que se debería de generalizar la regla más amplia y más tradicional del artículo 150 CESL dedicada a los servicios. La explicación de esta propuesta es que en la venta puede tratarse de objetos específicamente elaborados y que la venta también pueden conllevar prestaciones de servicios accesorios en los que también se ha de poder entender implícita la exigencia de un cumplimiento de carácter personal<sup>228</sup>.

ii. El profesional en cuestión sigue siendo responsable del cumplimiento en estos casos en que recurre al uso de auxiliares.

iii. Esta última norma no se puede limitar cuando la otra parte del contrato sea un consumidor<sup>229</sup>.

<sup>228</sup> ZOLL, p. 437.

<sup>229</sup> ZOLL, p. 439 es muy crítico con esta regulación de los párrafos 2 y 3 del artículo 92 CESL, señalando que este instrumento no regula la transmisión de la obligación y, sin embargo, esos párrafo interpretados a contrario dan la impresión de que si cabe pactarla en contratos entre empresas. Ese autor también añade que, entendiendo esas previsiones como referidas al problema del incumplimiento, se producen también inconvenientes con la regulación de las condiciones generales.

b) Para los compradores o clientes (deudores del precio), la regulación del pago de tercero está contenida en el artículo 127 CESL. Sobre ella se puede destacar que:

i. Se trata de una regulación algo más detallada que la prevista para los vendedores y, como ya hemos señalado, coincide sustancialmente con la regulación contenida en distintas normas del DCFR. Aunque está contenida en el capítulo de las obligaciones del comprador, se aplica a todos los contratos a los que es de aplicación el CESL<sup>230</sup>. Eso sí, el citado artículo 127 CESL incluye aquí la norma de que el deudor puede servirse de auxiliares y que eso no supone que se libere de su responsabilidad en el cumplimiento; como se recordará, esa norma estaba contenida en artículos *ad-hoc* en los PECL y en el DCFR<sup>231</sup>.

ii. Por otro lado, el artículo 127 CESL no regula para los deudores del precio la excepción al pago del tercero basada en la exigencia del cumplimiento personal del deudor. La explicación aparente de esta ausencia es el carácter dinerario de la prestación debida por el comprador, que apunta a la exclusión de un interés del vendedor en que pague personalmente el deudor. Sin embargo, la opción adoptada aquí por CESL ha sido criticada señalando que la ausencia de esa previsión podría entenderse como una prohibición del pacto en ese sentido, lo cual vendría a chocar con el principio de que el CESL es dispositivo salvo que expresamente se excluya este carácter<sup>232</sup>.

### 6.3 LAS CONSECUENCIAS DEL RECHAZO POR EL ACREDITADOR DEL PAGO DE UN TERCERO

Para que las normas que permiten el pago de un tercero sean eficaces, es necesario que exista algún tipo de consecuencia jurídica en caso de que resulten incumplidas. Desde el punto de vista de las consecuencias del rechazo por el acreedor de una oferta de cumplimiento, hay que fijarse en dos datos:

a) Por un lado, se puede advertir que los comentarios a los textos de los PECL y del DCFR dejan claro que, si el acreedor rechaza un pago de tercero que era correcto y que venía calificado por el consentimiento del deudor o el interés del *solvens*, se le ten-

<sup>230</sup> En opinión de DANNEMANN, p. 553.

<sup>231</sup> Se trata del artículo 8:107 PECL y del artículo III.-2:106 DCFR.

<sup>232</sup> La crítica es de DANNEMANN, p. 555, quien propone leer esa ausencia, en cualquier caso, como un principio contrario a las limitaciones al pago de un tercero.

drá por incumplidor y no podrá recurrir a los remedios por incumplimiento<sup>233</sup>.

b) Por otro lado, hay que destacar también que los PECL y el DCFR regulan por separado la negativa del acreedor a recibir un bien determinado (art. 7:110 PECL y art III.-2:111 DCFR) y la negativa a recibir una suma de dinero (art. 7: 111 PECL y artículo III.-2:112 DCFR). En este último caso, que para nosotros es más interesante, los comentarios a los PECL se preocupan de señalar que tanto el deudor como el tercero podrán recurrir a la consignación<sup>234</sup>. Lógicamente, en esos comentarios se destaca que el tercero podrá ofrecer y consignar con los estrictos límites en que se acepta esta figura en los PECL (tercero autorizado por el deudor o bien tercero con interés, ex artículo 7:106 PECL). Esta idea ha pasado de los comentarios al texto de la norma en el DCFR, que incluye un nuevo apartado (2) en tal sentido<sup>235</sup>.

#### 6.4 EL PAGO DE UN TERCERO Y LOS CAMBIOS DE DEUDOR MEDIANTE EXPROMISIÓN

La regulación sobre legitimación para pagar de un tercero en los textos de los PECL y DCFR que hemos visto en los apartados anteriores es coherente con la visión de los cambios de deudor contenida en esos textos. De igual forma que esa regulación es distinta a la contenida en los Códigos civiles continentales, veremos ahora que, a diferencia de lo que ocurre en Derecho civil codificado, estos textos de *soft law* requieren el consentimiento del deudor para que pueda entrar un nuevo deudor en la rela-

<sup>233</sup> Como se puede ver en el Comentario C del artículo 7:106 PECL y Comentario C del art. III.-2:107 del DCFR.

<sup>234</sup> Los Comentarios A y C (p 356 de la versión inglesa) al artículo 7:111 PECL dejan claro, respectivamente, que el deudor y el tercero pueden ofrecer y consignar.

<sup>235</sup> Por la coincidencia sustancial con la norma de los PECL, sólo transcribo aquí el artículo III.-2:112 DCFR: «*Negativa a recibir una suma de dinero*».

(1) *Cuando un acreedor se niega a aceptar un pago debidamente ofrecido por el deudor, el deudor puede, previa notificación al acreedor, liberarse de la obligación de pago depositando el dinero a la orden del acreedor de conformidad con la legislación del lugar donde tenga lugar el pago.*

(2) *El apartado (1) se aplicará, con las modificaciones oportunas, a sumas de dinero debidamente ofrecidas por un tercero en circunstancias en las que el acreedor no tiene derecho a rechazar dicho pago.*

Obsérvese que esta solución coincide con la de los PECL, a pesar de que, como se explica en el texto a continuación, el DCFR sea más generoso con la participación de los terceros al margen de la voluntad del deudor. Lo que ocurre es que los dos textos pueden coincidir en esto porque la nueva norma del DCFR sobre pago de tercero presupone la voluntad favorable del acreedor.

ción<sup>236</sup>. Es decir, que ignoran la figura de la *expromisión* tal como la conoce el Derecho civil continental<sup>237</sup>.

En los PECL nos interesa el artículo 12:101 (1), según el cual, «un tercero puede sustituir al deudor en la relación obligatoria y liberar a éste de sus obligaciones siempre que consientan a ello el deudor y el acreedor»<sup>238</sup>. Las normas del DCFR están en la misma línea.

En efecto, en el DCFR la norma de partida está en el artículo III.-5:202, que clasifica las figuras de cambio de deudor que se van a regular. Se distingue entre (a) un cambio del deudor primitivo en el que éste quede liberado (sustitución completa); (b) un cambio en el que el deudor primitivo sigue siendo responsable para el caso del que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente (sustitución incompleta); y (c) un cambio consistente en que el deudor primitivo y el nuevo deudor queden como responsables solidarios (adición de un nuevo deudor).

Lo que a nosotros nos interesa está en el artículo III.-5:204 DCFR, que lleva como título *Sustitución completa* y que dice así: «Un tercero puede comprometerse con el acuerdo del acreedor y del deudor primitivo a sustituir al deudor primitivo de forma completa, con el efecto de que el deudor primitivo queda liberado». Como se ve, es necesario el consentimiento del deudor para que se le pueda sustituir en la obligación<sup>239</sup>. Esto responde, como señala Leible, al principio general –hasta donde yo sé, ajeno a la tradición continental, en este contexto– según el cual nadie debe ser enriquecido por otro si no quiere<sup>240</sup>.

La postura adoptada en este punto por el DCFR es distinta a la solución adoptada en los PICC<sup>241</sup> (art. 9.2.1.b).

<sup>236</sup> Desde el punto de vista español, NANCLARES VALLE, p. 204 destaca también esas diferencias.

<sup>237</sup> En opinión de ADAME-MARTÍNEZ, «A Few Remarks on Chapter 12 of PECL», en A. VAQUER, *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 245-280, en p. 254, el DCFR va aquí contra toda la tradición del Derecho civil continental. Véase, para una información detallada del Derecho comparado, A. ESPINELLA MENÉNDEZ, «La asunción contractual de deuda», en S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado*, 2.<sup>a</sup> ed. Civitas/Thomson-Reuters, 2013, pp. 1201-1332, en pp. 1202 y ss y p. 1214. Según este autor (p. 1217), en el continente sólo el Código polaco exige el consentimiento del deudor en la asunción de deuda (art. 519.2).

<sup>238</sup> El Comentario B de este artículo de los PECL dice que esta norma no impide que el acreedor libere de manera unilateral al deudor de acuerdo con las normas nacionales que sean aplicables, pero que en esos casos no estaríamos ante un acto jurídico de sustitución como el que se regula en esta norma, sino que estaríamos ante dos actos jurídicos: uno de liberación del deudor y otro de contrato entre el acreedor y el tercero.

<sup>239</sup> Esto no merece comentario para NANCLARES VALLE, p. 204-206.

<sup>240</sup> S. LEIBLE, «Cambio de deudor», en A. VAQUER, *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 233-244, en p. 239.

<sup>241</sup> Ese mismo Comentario E del artículo III.-5:204 DCFR advierte de que en los PICC la cosa es algo más complicada porque en el Comentario 6 al artículo 9.2.5

La relevancia de este artículo III.-5:204 DCFR para nosotros queda clara en el Comentario E, en el que se explica que aquí se exige el consentimiento del deudor para que pueda quedar liberado por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor<sup>242</sup>.

Esta posición común de los PECL y del DCFR queda muy bien explicado en el Comentario E al artículo III.-5:204 DCFR, que es muy claro y que nos podemos limitar a transcribir para que queden patentes las diferencias con nuestra propia tradición:

«No se puede considerar la sustitución de un deudor por un nuevo deudor como la concesión segura de un simple beneficio sin excepción alguna al deudor original. Puede haber casos, como los que implican la prestación de un servicio, en los que el deudor tenga un gran interés legítimo en cumplir la obligación. La reputación del deudor podría verse afectada si es sustituido por otro proveedor de servicios, incluso aunque –quizás particularmente en este caso– se pague completamente al deudor. El deudor puede querer efectuar el cumplimiento a fin de mantener a una plantilla cualificada de empleados y de poder conseguir más trabajo. El deudor puede haber celebrado contratos accesorios con otras personas, como proveedores y transportistas, para que pudiera hacerse el trabajo y puede no querer que se le obligue a intentar deshacer estos contratos. Además, incluso si en teoría los derechos del deudor no se viesen afectados, en la práctica las cosas podrían no estar tan claras. Los derechos pueden estar condicionados a que se produzcan ciertos acontecimientos que el deudor puede tener un interés legítimo en seguir controlando. En resumen, el deudor a menudo tiene derecho a la seguridad y estabilidad de la relación contractual y no debería privársele de ese derecho sin su consentimiento.»

A continuación el Comentario E sigue diciendo que «Es cierto que en el caso de una simple obligación de pago, si todas las demás obligaciones en virtud del contrato ya se han cumplido, el deudor puede tener interés en que se le sustituya. Sería posible formular las normas de forma que se pudiera distinguir entre el caso en que el deudor tiene interés en efectuar o controlar el cumplimiento (o en no ser sustituido) y el caso en el que el deudor no tiene tal interés. Sin embargo, esto llevaría a un conjunto de normas más complicadas que no lograrían una ventaja práctica significativa (...). Finalmente, si el deudor no consintiera la sustitución en un caso de

---

de los PICC se apunta que no puede obligarse al deudor a aceptar el beneficio de la sustitución y que puede negarse a quedar liberado mediante el acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor. Como se ve, parece repetirse aquí el modelo de contrato en beneficio de tercero que ha sido tan influyente en los *Restatements* americanos. En la solución de los PICC también se ve probablemente la influencia del *Uniform Commercial Code* estadounidense.

<sup>242</sup> ESPINELLA MENÉNDEZ, p. 1218, n. 101, destaca que esto puede entenderse en el sentido de que el consentimiento del deudor es requisito de la liberación de éste, pero no obsta a que el acuerdo entre acreedor y nuevo deudor tenga efectos interpartes. Como se ve, los esquemas serían, pues, perfectamente coherentes con la tradición anglosajona sobre esto.

simple beneficio, el acreedor todavía podría aceptar el pago de un tercero, con lo que el deudor quedaría liberado y el acreedor sería responsable ante el deudor de las pérdidas que dicha aceptación ocasione (apartado (3) del artículo III.-2:107 Cumplimiento por un tercero). Esto no significaría la sustitución por un nuevo deudor, sino que significa que el acreedor no se vería perjudicado por la negativa del deudor si el tercero todavía está dispuesto a pagar y que el deudor no resultaría perjudicado».

Como se desprende del primer párrafo transcritto, predomina en este artículo III.-5:204 DCFR el punto de vista contractual. Recor-demos, además, que esta norma proviene de los PECL. Desde ese punto de vista, puede haber muy buenas razones para ver la sustitución del deudor como un problema para ese mismo deudor y, lógi-camente, esos problemas se superan limpiamente si la operación se condiciona a su consentimiento.

Como se desprende del segundo párrafo, las cosas son distintas desde el punto de vista de las puras deudas de dinero (lo que en inglés se llama *debts*). Estas consideraciones se parecen más a las que se alcanzan en nuestro Derecho de obligaciones, basado en un punto de vista unilateral. Lo que está claro en este Comentario E es que, si el deudor prefiere no consentir el cambio de deudor, el acreedor puede decidirse a aceptar el pago de un tercero. Si lo hace, se convierte en responsable ante el deudor de cualquier daño que éste pueda sufrir por ese pago.

Como habíamos advertido, este Comentario E tiene mucha relación con esa norma del artículo III.-2:107 DCFR según la cual el acreedor responde de los daños que pueda sufrir el deudor a consecuencia del pago del tercero (ni autorizado por el deudor ni *interesado*) que acepta el acreedor. De esta manera, podemos confirmar, pues, que la norma está pensando en esce-narios contractuales. Podemos confirmar también que es una norma que resulta ajena a la tradición del Derecho civil codifica-do, lo que es coherente con el punto de vista también ajeno a nuestra tradición adoptado en materia de pago de un tercero y cambio de deudor. Podemos confirmar por último que esa norma probablemente refleja el hecho de que el tercer supuesto de pago de tercero admitido por el DCFR (pago aceptado por el acreedor) no se puede explicar, en realidad, dentro de los esquemas del pago de tercero en sentido estricto, sino que hay que expli-carlo con los esquemas de funcionamiento de alguna otra figura; muy probablemente, de la dación en pago (*accord and satisfac-tion*) realizada por un tercero.

## 6.5 LOS EFECTOS DEL PAGO ENTRE EL *SOLVENTS* Y EL DEUDOR

Para saber qué efectos prevé el DCFR entre el deudor y el tercero que interviene en la deuda, deberemos arrancar de los comentarios que se pueden encontrar en sede de pago de tercero. Ya hemos recogido que, según el Comentario F del artículo III.-2:107 DCFR, cuando el pago de un tercero supone la extinción de una deuda ajena, la acción del tercero contra el deudor depende de las circunstancias y normas que sean aplicables y que, más en concreto, se hace referencia (a) al mandato o el acuerdo que exista entre deudor y tercero, (b) a las normas sobre gestión de negocios sin mandato y (c) a las normas sobre enriquecimiento injusto<sup>243</sup>. Hasta aquí todo encaja más o menos con la tradición continental, donde ese modelo básico de tres acciones es el relevante cuando paga un tercero que no obtiene la subrogación, como hemos visto al comienzo de este trabajo. Sin embargo, ese Comentario F termina advirtiendo que en materia de enriquecimiento injustificado quien enriquece a otro de forma voluntaria y sin error, normalmente no tiene acción contra el enriquecido. Esto nos confirma que algo ha cambiado y, como veremos, se trata de un cambio radical de los esquemas con los que el Derecho civil codificado venía resolviendo tradicionalmente la cuestión de los efectos del pago de un tercero entre éste y el deudor. En efecto, tal como están las cosas en el DCFR parece bien posible que en muchos casos el tercero no tenga acción contra el deudor y que tampoco la tenga contra el acreedor.

Como no merece la pena estudiar el contenido de los posibles pactos entre deudor y *solvens*, veremos a continuación qué resulta para un tercero de aplicar la versión del DCFR de la figura de la gestión de negocios sin mandato, para ver luego las normas sobre enriquecimiento injusto.

### 6.5.1 La reclamación basada en la gestión de negocios sin mandato

En sede de gestión de negocios sin mandato, el punto de partida a efectos del pago de un tercero es distinto al que es tradicional en el Derecho civil codificado<sup>244</sup>. La definición de la gestión de nego-

<sup>243</sup> Ese Comentario F hace también referencia a la posible subrogación en la obligación pagada, que en principio es materia que estamos dejando deliberadamente al margen de este trabajo.

<sup>244</sup> En general sobre esta figura y desde el punto de vista español, E. SABATER BAYLE, «Libro V. Gestión de negocios ajenos», en E. Valpuesta (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo*, Barcelona, 2011, pp. 426-431.

cios aparece en el artículo V.-1:102 DCFR, según el cual, «Cuando un gestor actúe para cumplir un deber de otra persona, cuyo cumplimiento es debido, urgente y necesario por ser un asunto de *interés público prioritario* y actúe con la intención principal de favorecer a la persona beneficiaria del cumplimiento del deber, la persona en cuyo favor se cumple el deber por parte del gestor será el dueño del negocio en el sentido del presente Libro» (énfasis añadido).

Como se ve, en la figura juega un papel principal la idea de que la gestión al cumplimiento de un deber que responde a un *interés público prioritario*. Para nosotros, lo más importante se encuentra en el Comentario B a ese artículo V.-1:102, que aclara que «Esta norma no sólo exige que el gestor actúe para desempeñar un deber del interesado, sino también que el cumplimiento de ese deber sea de interés público prioritario». Añadiendo un poco más abajo que «el cumplimiento de las obligaciones contractuales difícilmente llegará a ser de interés público». Como se ve, la valoración del pago de tercero desde el punto de vista de la gestión de negocios es radicalmente distinta a la tradicional en los sistemas de Derecho civil codificado. Por ello, al tercero le resultará realmente difícil basarse en las normas de la gestión de negocios sin mandato del DCFR para dirigirse contra el deudor.

### 6.5.2 La reclamación basada en el enriquecimiento injusto

En el DCFR no es nada fácil saber qué va a ocurrir con el pago de un tercero desde el punto de vista del enriquecimiento injusto a causa del nivel de abstracción elegido al redactar las normas sobre esta materia y a causa también, probablemente, de que el pago de un tercero no figurara entre los problemas a los que prioritariamente querían atender sus redactores.

Desde un punto de vista continental, la norma que parece más conocida y que podría querer atender al caso del pago de un tercero es la norma contenida en el artículo VII.-4:101 (e) DCFR<sup>245</sup>. En los distintos apartados de este artículo se encuentran supuestos que responden a la tradición alemana de las *condiciones* y, en ese apartado (e), aparece la *condictio* prevista para el regreso del *solvens* contra el deudor (*Rückgriffskondiktion*)<sup>246</sup>. Sin embargo, parece que se trata de una falsa apariencia y que esa norma, en el fondo, no sería capaz de solucionar el caso que nos preocupa. Esto parece

<sup>245</sup> Ese artículo VII.-4:101 DCFR dice que «El enriquecimiento se obtiene a costa de otro, cuando éste: (e) libera al enriquecido de una deuda».

<sup>246</sup> Sobre estas *condiciones* alemanas, X. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, pp. 35 y ss.

desprenderse, por ejemplo, del Comentario A de ese precepto, según el cual, «Este artículo, junto con los siguientes de este capítulo, aborda otro elemento fundamental de la pretensión por enriquecimiento injustificado, a saber, el requisito de que el enriquecimiento debe atribuirse a la desventaja del demandante». Es decir, que se trata de un requisito adicional que no es capaz de cambiar las cosas en caso de que se concluya que, como veremos a continuación, el enriquecimiento experimentado a raíz del pago de un tercero no se considera injusto, por aplicación del artículo VII.-2:101 y (quizá) del artículo VII.-2:102 DCFR. Insisto en que, sobre esto, creo que es difícil llegar a conclusiones claras.

En el DCFR, el punto de partida en materia de enriquecimiento está en una regla general muy amplia, según la cual quien obtiene un enriquecimiento injustificado a costa de otro está obligado a restituirlo a éste [art. VII.-1:101 (1)]. Como vemos, se parte de una visión ya conocida al estudiar el *common law* que consiste en preguntarse cuándo existe un enriquecimiento y preguntarse luego cuándo se considera injustificado o injusto.

1. Es más o menos fácil determinar que pagar una deuda ajena supone un enriquecimiento para el deudor. En el DCFR esto puede encontrarse en el artículo VII.-3:101 (1) (a), que establece que una persona se enriquece mediante el incremento de activos o la disminución de obligaciones. Por su lado, el artículo VII.-4:101 (e) establece que se considera que el enriquecimiento se obtiene a costa de otro cuando éste libera al enriquecido de una deuda<sup>247</sup>. Este requisito de que el enriquecimiento sea *a costa de otro* recuerda lo que en su momento vimos al estudiar el *common law* británico.

Afinando algo más, también puede ser relevante la norma del artículo VII.-5:102 (2) (a) DCFR, según la cual el enriquecido no estará obligado a pagar más de lo que ha ahorrado, si no había consentido el enriquecimiento. Esta norma, tal como está escrita, podría llegar a tener significado desde el punto de vista que ha preocupado en los sistemas de Derecho civil codificado de las excepciones que el deudor puede oponer al *solvens*, pero creo que es improbable que este problema llegue a plantearse bajo el DCFR. En cualquier caso, lo que preocupa a los redactores del DCFR es otra cosa. En efecto, el Comentario C de ese artículo deja ver que, de nuevo de conformidad a la tradición anglosajona, lo que preocupa es la imposición de un enriquecimiento cuando no se puede restituir el objeto mismo en que consiste el enriquecimiento. Lo deja claro el ejemplo que ponen los redactores del DCFR en ese Comen-

<sup>247</sup> También hay que tener en cuenta la norma del DCFR VII.-5:103: Valor pecuniario del enriquecimiento; ahorro de gastos.

tario C de un limpiacristales que lava por error los cristales de una casa, fijándose en el problema de si puede reclamar al dueño el valor de ese servicio<sup>248</sup>.

2. Saber si el enriquecimiento es injustificado o no resulta algo más difícil, quizás porque el DCFR trata de combinar la tradición alemana con la tradición anglosajona y eso no es nada fácil. Esto se puede apreciar desde el comienzo del Libro dedicado al enriquecimiento injusto, cuando el DCFR hace equilibrios entre la posición que podemos resumir en la denominación de enriquecimiento *injustificado* (por la que finalmente opta el DCFR y tradicional en el Derecho civil codificado) frente a la denominación de enriquecimiento *injusto* (tradicional en el *common law*).

Para saber si el enriquecimiento es injustificado hay que arrancar del artículo VII.-2:101 DCFR. En concreto, nos interesa el supuesto que establece que el enriquecimiento se considera *justificado* si el demandante lo había consentido libremente y sin error [art. VII.-2: 101 (1) (b)]<sup>249</sup>. En principio, parece que esta norma sería de aplicación al caso del pago de una deuda ajena por parte de un tercero que se mueve espontáneamente y cuenta con la participación del acreedor que acepta la prestación. Así, cabría entender que el DCFR excluye la acción contra el deudor en esos casos, lo que es la regla general en la tradición del *common law* y resulta coherente con la advertencia que se hace en el Comentario F del artículo que el DCFR dedica al pago del tercero (art. III.-2:107 DCFR), según el cual quien enriquece a otro de forma voluntaria normalmente no tiene acción contra el enriquecido. Por otro lado, el contexto en el que encontramos esta norma del DCFR también recuerda la manera de funcionar del *common law*: la imposición de un enriquecimiento se considera una intervención oficiosa que no da lugar a acción, salvo que haya habido dolo, amenazas o error<sup>250</sup>. Como parece que es perfectamente posible que en el DCFR el tercero no tenga acción contra el deudor sobre la base de las normas de enriquecimiento injusto, ese tercero hará bien en asegurarse un remedio por alguna otra vía.

Fuera de un pacto con el mismo deudor, el tercero podría tratar de encontrar otra vía para recuperar su prestación reclamando frente al acreedor. Desde este punto de vista, parece que el artículo VII.-2: 101 (1) (b) DCFR al que me acabo de referir también

<sup>248</sup> En Inglaterra, GOFF y JONES trabajaban ya con un ejemplo similar.

<sup>249</sup> Sobre esta norma, muy brevemente, E. SABATER BAYLE, «Libro VII. Enriquecimiento injustificado», en E. Valpuesta (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo*, Barcelona, 2011, pp. 477-498, en p. 492.

<sup>250</sup> El Comentario D al artículo que comentamos reproduce estas ideas.

impediría una reclamación del tercero contra el acreedor para recuperar lo pagado.

Por otro lado, ya hemos destacado que, al limitar el efecto extintivo del pago de un tercero y concebir la intervención como un acto de naturaleza contractual (dación en pago), el *common law* abre un frente del problema que es prácticamente invisible para los civilistas continentales: el frente de las relaciones entre acreedor y *solvens*. Así, conviene recordar los distintos efectos entre el tercero y el acreedor propuestos por Goff y Jones y que hemos recogido en la exposición del *common law* británico. En estos esquemas, se proponía recurrir a la idea de *failure of consideration* o a la idea de *trust* para apoyar la reclamación del tercero contra el acreedor en los casos en que el deudor no ratificara el pago del tercero<sup>251</sup>. Como se ve, la combinación de estas ideas con las ideas del Derecho continental hace que la solución del DCFR en esta materia no sea muy clara.

El artículo VII.-2:102 DCFR lleva por título *Cumplimiento de una obligación a favor de tercero* y establece en su apartado (a) que, cuando el enriquecimiento se obtiene a costa de quien cumple una obligación debida a un tercero, ese enriquecimiento estará justificado siempre que «la persona a cuya costa se obtiene cumpla libremente». Esto parece coherente con lo que acabamos de ver en el artículo VII.-2:101. Por los ejemplos que se ponen en este artículo VII.-2:102 (sorprende por su complejidad el n.º 4), parece que este artículo se podría llegar a aplicar al tercero que paga al acreedor por estar obligado a ello frente al deudor. Por ello, lógicamente, ese artículo establece que las relaciones entre las partes se rijan por lo pactado entre ellas y que no exista la posibilidad de saltar esos pactos por medio de una acción de enriquecimiento. Lo dice claramente el Comentario B: «Esto asegura que los cumplimientos contractuales generan normalmente obligaciones solo entre las partes del contrato, aunque un tercero haya podido obtener un beneficio como resultado». Sin embargo, especialmente si se ven los ejemplos que preocupan a los redactores del DCFR, lo más probable es que este recorrido sea, en materia de pago de un tercero, inútil y redundante. En efecto, si el deudor ha autorizado al tercero a pagar, éste ya estará legitimado en virtud del artículo III.-2:107 DCFR y los efectos de ese pago entre ellos también se atendrán a lo pactado.

<sup>251</sup> Véase la exposición de GOFF y JONES, p. 17 n 90, seguida por otros muchos autores ya citados. También destacamos en su momento que esas soluciones de dirigirse contra el acreedor presentaban sus propios problemas en el *common law*. Sobre esto, por todos, FRIEDMAN y COHEN, pp. 7-8.

De ese artículo VII.-2:102 DCFR puede interesar también el apartado (b), según el cual el enriquecimiento que se obtiene a costa de quien cumple una obligación debida a un tercero está justificado si ese enriquecimiento es el resultado meramente incidental del cumplimiento de la obligación. Sin embargo, de nuevo el texto de los comentarios y los complejos ejemplos que se ponen dificultan grandemente saber el significado exacto de esta norma. Da la impresión de que la preocupación de los redactores es el respeto de la relatividad de los contratos.

En nuestra tradición hay una norma de cierre que dice que el *solvens* tendrá contra el deudor una acción de enriquecimiento injusto, en caso de que no haya una relación contractual o de gestión de negocios que pueda justificar el derecho personal del *solvens*. Los comentarios que ya hemos recogido al hablar de los efectos del pago de un tercero entre éste y el deudor en el DCFR responden a esa misma manera de estructurar la acción de enriquecimiento, dentro de los restrictivos términos en que puede surgir una acción del tercero contra el deudor en el DCFR. Con todo, para esto también hay que tener en cuenta las normas que el Libro VII dedica a las relaciones entre las reclamaciones del enriquecimiento injustificado y el resto de pretensiones.

### 6.5.3 En resumen

Como acabamos de ver, reconstruir en el DCFR los efectos de la intervención de un tercero no es fácil y tampoco se puede hacer sin desprenderse de una cierta sensación de inseguridad que responde, probablemente, a que los redactores de las normas sobre enriquecimiento injustificado, quizás por la dificultad de combinar las tradiciones europeas en esta materia, no tenían presente entre sus prioridades el problema del pago de un tercero.

En cualquier caso, interesa destacar que, como habíamos advertido, la posición del DCFR sobre estos efectos entre el tercero y el deudor puede considerarse similar a la del *common law* y radicalmente distinta al sistema continental de las tres acciones básicas que ya hemos mencionado y que hace referencia al mandato, a la gestión de negocios y a la acción de enriquecimiento (cfr. nuestro art. 1158 CC). La diferencia fundamental no está tanto en el cambio de la estructura de ese sistema de tres acciones, que sí se respecta aparentemente en el Comentario F del artículo III.-2:107 DCFR, sino que la diferencia se debe a la visión tan restrictiva que mantiene este texto de *soft law* sobre la gestión de negocios sin mandato y sobre el enriquecimiento injustificado. Así, aunque no es imposible

que el tercero logre obtener una acción contra el deudor basándose en esas normas, lo cierto es que normalmente le resultará difícil.

En efecto, hemos visto, en primer lugar y en palabras de los redactores del DCFR, que «el cumplimiento de las obligaciones contractuales difícilmente llegará a ser de interés público» y que ese interés público es uno de los requisitos generales de la gestión de negocios sin mandato<sup>252</sup>. Hemos visto, en segundo lugar, que la norma de que quien realiza una prestación voluntariamente y sin error no tiene acción contra el enriquecido probablemente cierra el paso a la reclamación del tercero contra el deudor también en materia de enriquecimiento injusto, al no estar clara alguna otra vía alternativa para reclamar.

## 6.6 CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LOS TEXTOS DE *SOFT LAW* EUROPEOS

En materia de pago de la deuda ajena, los textos de *soft law* europeos intentan combinar el punto de vista del Derecho civil continental con el punto de vista del *common law*, pero ésta no es una tarea fácil<sup>253</sup>. En los siguientes puntos me propongo explicar, desde mi punto de vista, las posibilidades y dificultades que esa tarea encierra.

1. Hay algunos puntos en los que esas dos tradiciones contrapuestas llegan a las mismas conclusiones y, por ello, alcanzar una solución común no ofrece dificultades. Se trata de los siguientes puntos:

a) El pago por mandato del deudor, efectivamente, es un caso fácil y que recibe un trato similar en los dos sistemas. En materia de pago de tercero, el fenómeno del pago autorizado por el deudor se plantea de forma similar bajo un enfoque contractual, como se hace en el *common law*, y bajo un enfoque unilateral, que es más propio del Derecho civil continental. En esos casos no hay problemas de legitimación para pagar y tampoco de imposición de un enriquecimiento sobre el deudor<sup>254</sup>. Desde el punto de vista contractual, lo que se plantearía es la cuestión de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de su auxiliar, que es también

---

<sup>252</sup> Las palabras citadas pertenecen al Comentario E del artículo V.-1:102 DCFR.

<sup>253</sup> Para confirmar la idea de que se trata de una solución de compromiso, RINKES, p. 306.

<sup>254</sup> Quizá se podría destacar, hilando más fino, que en el Derecho civil continental cabría en cualquier caso el pago de un representante indirecto aprovechándose de la amplia legitimación de los terceros y que tal posibilidad no existiría en el *common law* con igual amplitud.

materia que no ofrece problemas insalvables para distinguir entre un punto de vista bilateral y un punto de vista unilateral.

b) El caso de la obligación que exige el cumplimiento personal del deudor (cfr. nuestro art. 1161 CC) se soluciona de la misma manera en los dos sistemas. Creo que no es difícil admitir que se trata de un problema que se plantea tanto para una visión de las cosas centrada en el contrato, como para una visión centrada en la obligación.

c) En mi opinión, ni siquiera el pago de un tercero con interés forma parte de este territorio común en el que las soluciones encajan razonablemente. Es cierto, como se explica a continuación, que es un supuesto que quizás se puede explicar en el *common law* con los esquemas dogmáticamente coherentes que también emplea el Derecho civil codificado y sin que el recurso a ver la operación como una dación en pago cause demasiados problemas. Sin embargo, limitar la legitimación para pagar a los terceros con interés —que quizás tenga sentido en una visión centrada en los contratos como la de los PECL— creo que implica una serie de efectos reflejos sobre todo el Derecho de obligaciones que no está claro que sean asumibles.

2. Cuando se pretende ir más allá de estos puntos de coincidencia entre la tradición continental y la tradición del *common law*, surgen las dificultades. Desde el punto de vista de la legitimación para pagar, la cuestión puede parecer más o menos fácil de resolver. Sin embargo, creo que una aproximación en este punto corre el riesgo de quedarse en la superficie del asunto. Veámoslo en los siguientes apartados:

a) La solución propuesta en los PECL consiste en limitar la legitimación de los terceros para pagar a sólo dos casos: el pago de un tercero autorizado por el deudor y el pago de un tercero interesado. Si tenemos en cuenta que el primero de estos dos casos encaja, en realidad, en los puntos de plena coincidencia entre la tradición continental y la del *common law* que acabamos de recoger en el número anterior, se puede concluir que lo único que admiten los PECL en materia de legitimación para pagar una deuda ajena es el caso del tercero interesado. La legitimación del tercero para pagar queda así reducida a su mínima expresión. Esta solución es coherente con las reglas que contienen los PECL sobre consignación y sobre transmisión de la deuda condicionada al requisito de la voluntad del deudor. Desde un punto de vista dogmático, la operación se puede seguir viendo como algo muy próximo a un auténtico pago, especialmente si se coloca el inciso incluido en el artículo 7:106 PECL

(y reproducido en el art. III.-2:107 DCFR), según el cual el tercero interesado sólo puede intervenir *si el deudor no ha cumplido o está claro que no cumplirá cuando la obligación venza*. De esta manera, como he intentado explicar, hay garantía de que se cumplirán lo que entre nosotros llamamos *requisitos de regularidad del pago*, al menos desde un punto de vista de las circunstancias del pago. Además, la operación también es más próxima a nuestra concepción del pago de tercero porque en estos dos casos es más fácil mantener la procedencia de una acción del tercero contra el deudor, lo que en principio elimina las posibilidades de que el tercero tenga que terminar reclamando contra el acreedor. Por otro lado, hay que ser consciente de que esta solución de los PECL implica cambiar la regla clara del Derecho civil codificado –según la cual el pago de tercero *animus solvendi debiti alieni* produce un efecto extintivo– por una norma que determina ese efecto extintivo sobre la base de una cláusula general (lo que en cada caso se considere *interés*). Esto parece que se va a traducir en una pérdida de certidumbre. Por lo demás, creo que se puede decir que la solución de los PECL logra alcanzar toda la cercanía posible entre el mundo del *common law* y el Derecho civil codificado en esta materia. Aparentemente, las soluciones difieren, pero los mecanismos dogmáticos subyacentes a la intervención no se ven demasiado afectados y, en cualquier caso y aunque sea materia ajena a los PECL, es más fácil que se siga alcanzando una coincidencia lógica entre los supuestos en que se produce el efecto extintivo y los supuestos en que se reconoce acción al tercero contra el deudor.

b) La postura del DCFR (y CESL) en esta materia parte igualmente del enfoque del *common law* adoptado en los PECL, pero admitiendo un caso más de pago de tercero: el caso del pago aceptado por el acreedor (art. III.-2:107 DCFR y art. 127 CESL). Sobre esta solución o modelo del DCFR cabe observar que:

i. Al aceptar el pago de tercero consentido por el acreedor, el DCFR amplía el número de casos en los que un tercero está legitimado para intervenir en la deuda ajena, con lo que aumenta la apariencia de similitud de las soluciones con el Derecho civil continental. De esta forma, desde el punto de vista de la legitimación para intervenir, el único caso en que seguiría habiendo diferencias entre la solución del DCFR/CESL y los Derechos civiles continentales sería el caso del tercero sin interés que quiere pagar la deuda ajena y no cuenta ni con la voluntad del deudor que le autoriza ni con la voluntad del acreedor que lo acepta. Se trata de un caso que claramente se excluye del tratamiento del pago de tercero contenida en esos dos textos. Negar la legitimación para pagar de estos terce-

ros sin interés ni contactos con las partes quizá no sea algo tan relevante en estos tiempos en que las comunicaciones son muchos más rápidas y sencillas. Además, lo cierto es que desde el punto de vista de la estricta legitimación para pagar, muchos ordenamientos continentales sensatamente admiten que un acuerdo entre acreedor y deudor pueda paralizar la intervención del tercero no interesado<sup>255</sup>.

ii. Sin embargo, creo que esa mayor similitud con las soluciones del Derecho civil codificado es sólo aparente y creo también que se logra a costa de sacrificar ahora –y de manera poco transparente– el funcionamiento dogmático de la operación<sup>256</sup>. En efecto, recordemos que el § 278 del *Restatement* (2d) sobre contratos estadounidense –que parece ser la referencia para el DCFR en esta materia– lo que estaba regulando era el llamado *cumplimiento substitutorio* (*substituted performance* o, en la terminología más antigua, *accord and satisfaction*) realizado por tercero, es decir, una figura muy próxima a nuestra dación en pago (realizada por tercero). Este tercer caso de supuesto pago de tercero que se viene a admitir en el DCFR parece, entonces, un intruso en la materia que no responde al funcionamiento dogmático de los auténticos pagos de tercero de la tradición continental caracterizados por la identidad de la prestación. Más abajo insistiré sobre esto.

iii. En este tercer supuesto admitido por el DCFR el acreedor es el que consiente la operación, por lo que no hay problemas desde el punto de vista de las normas sobre consignación.

3. En mi opinión, como ya he dicho, es determinante en esta materia es la decisión que se adopte en cuanto a los efectos de la intervención del tercero entre éste y el deudor. Desde este punto de vista, se vuelve a confirmar que los planteamientos básicos del DCFR son radicalmente distintos a los de la tradición del Derecho civil codificado. Esto se puede comprobar atendiendo a que:

a) Desde el punto de vista de la gestión de negocios ajenos, el DCFR adopta un punto de vista restrictivo y no admite que el

<sup>255</sup> Esto queda reflejado en las notas de Derecho comparado que se incluyen bajo el artículo III.-2:107 DCFR. Desde este punto de vista, la cuestión, entonces, consiste en saber quién debe moverse y qué reglas se deben dar para regular ese movimiento. Nos preguntaríamos así (a) si debe de moverse el tercero ofreciendo el pago y que sea el acreedor el que busque el consenso del deudor para poder rechazarlo (como ocurre en el BGB), (b) si debe de moverse el tercero poniéndose de acuerdo con el deudor si el acreedor rechaza el pago (como ocurre en el *common law*), (c) o si el tercero no interesado puede vencer la resistencia de acreedor y deudor al pago (como ocurre, según algunos, en nuestro propio ordenamiento). Sobre esto, las cosas pueden ser más o menos sencillas, pero renuncio a especular sobre ellas en este momento. Desde el punto de vista interno, mi opinión se puede encontrar en P. DEL OLMO, «Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar», *Anuario de Derecho Civil*, 1999-I, pp. 145-207.

<sup>256</sup> Las notas de Derecho comparado que acompañan a los textos del DCFR me parece que muestran cierta superficialidad en el examen de la situación.

pago de la deuda ajena sea algo que interese siempre al deudor ni que exista algún interés colectivo en lo que Hope llamaba en EE. UU. *la honestidad de los tratos y el interés en el cumplimiento puntual de las obligaciones*. Esta valoración de las cosas que el DCFR rechaza de plano era justamente lo que subyacía en las normas del Derecho civil continental sobre el pago de tercero, al lado de la consideración de que el pago de la deuda ajena siempre es beneficioso para el deudor.

b) Desde el punto de vista del enriquecimiento injusto, por otro lado, el DCFR hace particular énfasis en la idea de que nadie puede enriquecer a otro sin que éste lo desee y, al menos abiertamente, no hace excepción alguna en este terreno de los pagos de tercero. Con esto se asume el punto de partida anglosajón de evitar las intromisiones oficiosas –incluso en el terreno de la intervención en las deudas ajenas– y de la primacía del contrato.

4. Si combinamos ahora las normas sobre legitimación para pagar y las normas sobre efectos de la intervención entre el tercero y el deudor, podemos ofrecer las siguientes conclusiones:

a) Como hemos dicho ya, esta visión del *common law* asumida en el DCFR parte del punto de vista bilateral y, por ello, protege los intereses del deudor más que el Derecho civil codificado. Así, como hemos señalado, el crédito es relativamente más débil en el *common law* y en el DCFR que lo sigue<sup>257</sup>. En efecto, por un lado tenemos al acreedor del Derecho civil continental, que puede cobrar de quien esté dispuesto a pagarle, que sabe que él sale de la escena gracias al efecto extintivo automático y que sabe que el *solvens* tendrá incentivos para pagar porque siempre obtendrá una acción contra el deudor, al que se considera siempre enriquecido por la intervención. Además, cualquier perjuicio que pueda suponer el pago del tercero para el deudor es algo que se jugará en el problema de la definición del alcance que tenga el derecho del *solvens* y en el problema, bien conocido en nuestra tradición, de las excepciones que el deudor puede oponer frente a ese *solvens*. Por otro lado, tenemos al acreedor sometido al DCFR, que puede aceptar el pago (en realidad, la *dación en pago*) de cualquiera –con lo que se produce un efecto extintivo que enriquece seguramente al deudor–, pero que sabe que no sale de la escena sino que, por el contrario, resulta responsable frente al deudor de cualquier perjuicio que a éste le pueda suponer la intervención del

<sup>257</sup> Ya hemos citado a GOLD, p. 171, quien destaca este dato de la menor fuerza del crédito en el *common law*.

tercero [ex art. III.-2:107 (3) DCFR]<sup>258</sup>. Además, es muy posible que ese acreedor sometido al DCFR no encuentre a quien quiera pagarle por el temor del tercero a no tener luego recurso contra el deudor y no está claro, incluso, si el tercero que no logra cobrar del deudor podría luego tratar de reclamar algo del acreedor. En efecto, aunque también haya buenos argumentos para entenderlo de otra manera, en esta construcción parece que todavía quedaría abierta la posibilidad de que el tercero pudiera dirigirse contra el acreedor (tratando de *deshacer* la dación en pago) en los casos en que no haya podido hacerlo contra el deudor. Esto añade más riesgos para el acreedor y supone una manera de razonar extraña para la tradición continental en esta materia. De alguna forma, se ve en todo esto lo distinto que es el pago de un tercero y la dación en pago ofrecida por tercero. Por decirlo en otros términos, se ve qué consecuencias tiene partir de considerar que el deudor tiene derecho al cumplimiento o, lo que seguramente es lo mismo, partir de incluir a la persona del deudor –pero en su propio beneficio– en la definición de cumplimiento exacto.

b) Interesa también destacar algunas observaciones desde el punto de vista del tercero. El tercero sometido al DCFR sabe que será difícil que de su intervención en deuda ajena derive una acción contra el deudor, a menos que lo haya pactado así con ese mismo deudor. Efectivamente, el tercero al que el acreedor le acepta la prestación sabe, bajo el DCFR, que el deudor perfectamente puede verse enriquecido de forma definitiva por su intervención, que produce la extinción de la deuda. Sabe también que, si el deudor no le reembolsa, es difícil que tenga recurso contra el acreedor que acepta el pago, a menos que pacte algo con él<sup>259</sup>. En esas circunstancias, la opción de pedir una cesión del crédito es probablemente la más razonable para el tercero que esté decidido a intervenir en una deuda ajena sin contar con el permiso del deudor. Desde el punto de vista del acreedor, por otro lado, ceder el crédito (incluso con el régimen de garantías que pueda ser aplicable) quizás sea también preferible a aceptar la intervención del tercero por medio de una dación en pago realizada por tercero. En efecto, si acepta la intervención del tercero, ese acreedor sería entonces responsable ante el deudor de los perjuicios que esa operación pueda causar a éste [ex artículo III.-2:107 (3) DCFR] y, por otro lado, hay que tener en cuenta que la probabilidad y magnitud de esa responsabilidad fren-

<sup>258</sup> Es lógico, por cierto, que se produzca esta responsabilidad, dado que la operación ha sido posible, precisamente, gracias a que el acreedor la había consentido.

<sup>259</sup> Sobre esas dificultades de que el tercero pueda dirigirse contra el acreedor, véase, FRIEDMANN, p. 539, y FRIEDMANN y COHEN, pp. 7-8, hablando desde el *common law*.

te al deudor no es fácilmente determinable para el acreedor *ex ante*. El equilibrio que logra *ope legis* la tradición del Derecho de obligaciones continental entre los intereses del deudor, del acreedor y del tercero en esta materia puede que en algún momento ponga en peligro la voluntad real de las partes, pero en general parece que está mucho más elaborado dogmáticamente.

5. La admisión de la intervención del tercero cuando el acreedor lo acepta se hace convivir en el DCFR con la norma, radicalmente ajena al Derecho civil codificado, de que hace falta la voluntad del deudor para que el acuerdo entre el acreedor y el tercero pueda suponer la liberación del deudor original. En esto de exigir el consentimiento del deudor, el DCFR sigue la postura ya adoptada en los PECL y se aleja de la solución de los PICC y de la solución adoptada en EE. UU. en sede de *novation*. Sin embargo, recordemos que, en principio, este tercer caso de pago de tercero aceptado por el acreedor se apoya probablemente en la propuesta estadounidense del *Restatement (2d)* de contratos.

Probablemente esta decisión de exigir el consentimiento del deudor original para hacer lo que entre nosotros llamaríamos *expromisión* debería predeterminar la respuesta del DCFR a si se puede constituir una garantía sin contar con la voluntad del deudor y sobre qué remedios tendría el garante contra el deudor en esos casos<sup>260</sup>. Renuncio a ofrecer la posición del DCFR sobre esta cuestión en estos momentos.

No está claro que se gane algo con esta incoherencia en que incurre el DCFR, como no sea el valor simbólico de hacer un guiño a los juristas del *common law*. Por otro lado, el mismo Comentario E al artículo III.-5:204 DCFR reconoce que, si el deudor original no quiere aceptar su plena sustitución por un nuevo deudor consentido por el acreedor, siempre podía éste recurrir a admitir un pago de tercero de conformidad con el artículo III.-2:107 DCFR. Sin embargo, merece la pena destacar que, de nuevo, hay aquí desajustes dogmáticos: desde el punto de vista continental está claro que no es lo mismo un pago de tercero que una expromisión, puesto que la primera operación requiere cumplir los requisitos de regularidad del pago (por ejemplo, que la obligación esté vencida), mientras que la segunda operación no lo requiere. De nuevo se percibe aquí que los redactores del DCFR no mantienen la distinción entre

<sup>260</sup> Recordemos los problemas que planteaba en el *common law* el condicionar el remedio del fiador al consentimiento del deudor a la constitución de la fianza. El caso fundamental para esto era *Owen v. Tate* (1976) 1 Q. B. 402. Sobre ese caso y sus problemas, por todos, MITCHEL (2007), p. 1383 n 260.

un auténtico pago de tercero y una dación en pago realizada por un tercero.

6. Es contradictorio decir que no se pueden imponer enriquecimientos a otro sin contar con su voluntad y decir que el pago de tercero aceptado por el acreedor da lugar a la extinción de la deuda. Si se produce el efecto extintivo de su obligación, desde luego que el deudor se ha enriquecido, en la medida que sea. Otra cosa es que no se le quiera reconocer acción al *solvens* contra el deudor, por considerar que no hay motivo para ello, y otra cosa es, en segundo lugar, saber si en ese caso el *solvens* podrá dirigirse contra el acreedor tratando de deshacer el acuerdo (dación en pago) por medio del que intervino.

Si ese efecto extintivo se condiciona a que (a) el deudor consienta la intervención (aunque sea a posteriori), a que (b) el tercero sea un tercero interesado o a que (c) haya un interés público que justifique la intervención, se abre la puerta a la pregunta de si hay acción contra el deudor porque, desde luego, lo que sí está claro es que hay un enriquecimiento que se puede explicar por las circunstancias de la intervención<sup>261</sup>. Pero si ese efecto extintivo se condiciona a que el acreedor acepte la intervención, entonces (con independencia de que luego se le dé acción al tercero), se le está imponiendo al deudor un enriquecimiento que parece difícil de explicar. Al menos, si se tiene en cuenta que:

a) En la lógica de los *Restatements* estadounidenses, ese enriquecimiento se ofrece al deudor bajo los esquemas del contrato en favor de otro. En efecto, en EE. UU. el efecto extintivo de la dación en pago realizada por el tercero se produce inmediatamente, pero luego entra en funcionamiento el mecanismo del contrato en beneficio de otro. Esto supone que el deudor puede elegir entre rechazar el beneficio que supone para él esa dación en pago (si, por ejemplo, tiene interés en cumplir personalmente para defender su reputación o para mantener su plantilla de empleados, o en el resto de casos que el propio DCFR maneja hablando de cambios de deudor) o aceptarlo, en cuyo caso, como decía Corbin, esto puede verse como una ratificación que explicaría el efecto extintivo de la dación (que, gracias a esa voluntad del deudor, podría ser vista como auténtico pago en este sistema que hasta cierto punto incluye al deudor en la

<sup>261</sup> Se puede decir, respectivamente, que el consentimiento del deudor lo explica, que el interés del tercero explica que se imponga el enriquecimiento (por considerar que el deudor no puede lícitamente resistirse a ese enriquecimiento si, por ejemplo, el *solvens* es un codeudor solidario) o que el interés público lo explica (el ejemplo ahora es el del pago de los gastos de un funeral).

definición del pago) y que justificaría el reconocimiento de una acción del tercero contra el deudor.

*b)* En cambio, en la solución del DCFR, se parte del efecto extintivo de la intervención del tercero admitida por el acreedor, pero considerándola definitiva y sin que el deudor pueda discutirla. Esto quizás responda al deseo de copiar el efecto extintivo definitivo del Derecho civil continental o quizás responda a la mayor lejanía del contrato en beneficio de otro en el *common law* británico. De cualquier forma, con este punto de partida, parece que no hay otra manera de atender al interés del deudor por cumplir personalmente que no sea el de reconocerle una acción indemnizatoria contra el acreedor quien ha sido condición necesaria para que la operación pudiera realizarse. Esta solución del DCFR aparece así como una consecuencia de la combinación entre el efecto extintivo automático y definitivo más propio del Derecho civil continental y el punto de partida del *common law* más favorable al deudor (que tiene derecho a cumplir él, por sí o por medio de auxiliares, si la prestación permite la sustitución). Por otro lado, quedaría por aclarar, además, si esta solución es compatible o no con la posibilidad del tercero de dirigirse contra el acreedor cuando no pueda cobrar del deudor. El DCFR no lo explica y creo que lo debería haber hecho.

Por lo tanto, la solución estadounidense basada en el contrato en beneficio de otro (y en dejar un poco a la sombra lo relativo al efecto extintivo), solución que supone que en algún momento se contará con la voluntad del deudor, parece algo más consistente que la novedosa solución del DCFR de imponer al acreedor una responsabilidad por los perjuicios sufridos por el deudor<sup>262</sup>. En esto se ve probablemente la dificultad de intentar hacer equilibrios entre el *common law* y los sistemas de Derecho civil codificado.

## 7. CONCLUSIÓN

Tras una primera parte dedicada a recoger la tradición anglosajona sobre el pago de un tercero, este trabajo ofrece algunas conclusiones desde el punto de vista comparado. Se explica así que las diferencias de planteamiento entre los sistemas de *common law* y

<sup>262</sup> Para la idea de que en EE. UU. no dan mucha importancia al efecto extintivo, ya hemos citado a HOPE, p. 112 n 14; THURSTON, pp. 943-944 y GOLD, p. 172 n 113. Recordemos que, como en esta materia todo es dogmáticamente más flexible en *common law*, se ha llegado a pensar que, si el deudor no ratifica, la deuda puede *revivir*. Que la deuda reviva no parece tan raro si se piensa que el esquema de funcionamiento es una dación en pago realizada por tercero. Para esto, por todos, FRIEDMANN, pp. 542 y ss.

los de Derecho civil codificado se pueden remontar al enfoque elegido por cada uno de los dos grupos de sistemas, centrándose los primeros en el contrato, mientras que los segundos se centran en la obligación. Se explica también que en los EE. UU. se ha construido la intervención de los terceros en las deudas ajenas sobre la base de la dación en pago realizado por un tercero, lo que produce algunas diferencias dogmáticas importantes que, en mi opinión, no habían sido convenientemente destacadas en los estudios de Derecho comparado. Por último, se destaca el diagnóstico de que, en los sistemas de *common law*, se determina cuándo el pago de un tercero no autorizado por el deudor produce un efecto extintivo mediante el juego de una cláusula general, mientras que eso se determina mediante una regla concreta, en los sistemas de Derecho civil codificado. Esto se traduce en que se alcancen distintos niveles de seguridad y certeza en unos y otros sistemas, lo que creo que tampoco había sido convenientemente destacado en el Derecho comparado.

La segunda parte del trabajo se dedica a proponer una lectura de los textos del *soft law* más relevantes basada en esa tradición anglosajona. Aquí creo que se pueden destacar dos conclusiones. Por un lado, que esa tradición del *common law* ha tenido gran influencia, como era fácilmente previsible, sobre los artículos que esos textos de *soft law* dedican a la figura del pago de un tercero. Por otro lado, que conociendo esa tradición anglosajona se puede aclarar el significado de algunos de las normas incluidas en los PECL y DCFR. Desde este particular punto de vista, destaco tres conclusiones:

*a)* Que hay buenas razones para entender que el inciso contenido en el artículo 7:106 PECL y artículo III.-2:107 DCFR según el cual el tercero interesado sólo puede intervenir *si el deudor no ha cumplido o está claro que no cumplirá cuando la obligación venza* responde al hecho de que esos textos no conciben la intervención del tercero como un auténtico pago y, por lo tanto, necesitan impedir que la intervención del tercero con interés –que se puede imponer tanto al acreedor como al deudor y que no tiene por qué implicar el cumplimiento de los requisitos de regularidad del pago– pueda producirse antes del vencimiento de la obligación.

*b)* Que la interpretación del inciso del artículo III.-2:107 DCFR relativo a que el acreedor responde ante el deudor de cualquier perjuicio que le pueda suponer la intervención del tercero aceptada por ese acreedor se entiende de la mejor manera posible apoyándose en los Comentarios que se hacen al artículo III.-5:204 DCFR, en el que se exige el consentimiento del deudor para que un acuerdo entre el acreedor y un tercero puedan liberarle de la obligación ori-

ginal. En efecto, esos comentarios son los que justifican la citada norma del artículo III.-2:107 DCFR.

c) Que esa norma que impone una responsabilidad al acreedor frente al deudor se puede explicar también por la construcción dogmática por la que el DCFR ha optado y que consiste en la combinación de una dación en pago realizada por tercero que, por otro lado, tiene efecto extintivo automático y definitivo.

Hablando en general, es seguramente cierto que los textos del *soft law* europeo están intentando llegar a una solución de compromiso entre el modelo tradicional del pago de un tercero ampliamente admitido en los sistemas de Derecho civil codificado y el modelo representado por el *common law*. Sin embargo, se trata de una tarea difícil y creo que, pese a todos los esfuerzos, la situación en esos textos se puede resumir diciendo que estamos ante una aproximación aparente entre las dos tradiciones contrapuestas que esconde, en lo fundamental, una clara opción por el *common law*. Esta opción podría llegar a ser razonable en los PECL, en la medida en que se refieren sólo a los contratos y las diferencias en ese terreno son menores, pero en el DCFR se trabaja desde el punto de vista de la obligación y creo que se hace sin tener en cuenta adecuadamente todas las posibilidades de análisis dogmático que ofrece el Derecho de obligaciones codificado.

# La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Pùblicas

**ALFONS SURROCA COSTA**

Doctor en Derecho

Profesor Visitante de Derecho civil

Universidad de Girona

## RESUMEN

*El presente trabajo analiza la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Pùblicas en el derecho español. Esta se encuentra regulada en dos artículos del Código Penal. Por un lado, el artículo 121 CP trata de hechos ilícitos dañosos, y constitutivos de infracción criminal, cometidos por empleados pùblicos en el ejercicio de sus funciones. Por otro lado, el artículo 120.3 CP declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración cuando el delito se cometa en el interior de un establecimiento pùblico y se produzca una infracción de las normas reglamentarias. En el trabajo se analiza la interpretación doctrinal y jurisprudencial de ambos artículos. Por último, se aborda la problemática de si, en determinados supuestos, es posible aplicar en el proceso penal la normativa prevista en la legislación administrativa.*

## PALABRAS CLAVE

*Derecho de daños; Administración Pùblica; responsabilidad penal (CP); subsidiaria; delito.*

## ABSTRACT

*This paper analyses subsidiary tort liability of the Public Administration under Spanish Law. This is governed by the provisions of the Criminal Code. On the one hand, art. 121 CP establishes tort liability of the Public Administration for the criminal offenses caused by civil servants or staff members of public administration in the exercise of their functions. On the other hand,*

*art. 120.3 CP provides that Public Administration, when the crime is committed in a public building with an administrative negligence that has contributed to the production of harm suffered by the victim, will be held liable on a subsidiary basis. An account is offered on these issues both in legal scholarship and case law. Finally, this paper analyses if it is possible take into account, in the criminal procedure, the general rule of tort liability of public authorities.*

## KEY WORDS

*Tort law; Public Administration; criminal liability (CP); subsidiary; crime.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*–II. *Los presupuestos de imputación de la responsabilidad civil según el artículo 121 CP.* 1. Introducción. 2. Existencia de una previa infracción criminal. 3. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 121 CP. 3.1 El concepto de «contratados». 3.2 Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles. 3.3 Los profesores de centros docentes públicos y privados concertados. 4. Ámbito objetivo de aplicación del artículo 121 CP. Análisis jurisprudencial. 5. Carácter subsidiario de la responsabilidad civil de la Administración prevista en el artículo 121 CP.–III. *Los presupuestos de imputación de la responsabilidad civil según el artículo 120.3 CP.*–IV. *¿Qué sucede cuando no concurren ni los presupuestos del artículo 120.3 ni los del 121 CP?*–V. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Los daños causados por las distintas Administraciones Públicas y la forma como éstas deben responder de ellos han tenido una evolución vertiginosa en los últimos años. La consolidación del Estado de Derecho y el aumento exponencial de los servicios públicos tales como la sanidad, la educación en todos los niveles o la seguridad pública han contribuido a dicha evolución.

Sin embargo, debe recordarse que la responsabilidad civil de la Administración es una materia relativamente reciente. La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF) va a ser el paso definitivo para consagrar en España una verdadera responsabilidad civil de la Administración Pública que, hasta aquella fecha, existía sólo de forma muy residual<sup>1</sup>. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (texto refundido

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión, y con un interesante análisis histórico, véase Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 51 y siguientes.

aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, en adelante LRJ) consolidó esta tendencia de forma ya muy definitiva<sup>2</sup>. Con posterioridad, será la Constitución de 1978 (en adelante, CE) la que asumirá, principalmente en su artículo 106.2, los planteamientos establecidos por las leyes anteriores en materia de responsabilidad civil de la Administración<sup>3</sup>.

En el marco legal actual, la responsabilidad civil de las distintas Administraciones se encuentra regulada, principalmente, en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Comùn* (en adelante, LRJPAC)<sup>4</sup>. El vigente sistema de responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones Pùblicas se fundamenta en los siguientes rasgos.

En primer lugar, se trata de un sistema unitario en el sentido que es de aplicación a todas las Administraciones. El artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE atribuye competencia exclusiva al Estado sobre «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Pùblicas». En consecuencia, las normas de responsabilidad civil se aplicarán a la Administración General del Estado, a la de las distintas CCAA, a las entidades que forman parte de la Administración local y a la Administración institucional, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 LRJPAC.

En segundo lugar, la responsabilidad civil de la Administración tiene un alcance general, puesto que puede surgir tanto de una actividad jurídica, ya sea un acto administrativo o un reglamento, como de una actividad material o técnica, o incluso de una omisión. También nacerá la mencionada responsabilidad, de darse los demás requisitos previstos en la Ley, cuando la propia Administración se ha refugiado en los mecanismos del Derecho privado para llevar a cabo la gestión encomendada<sup>5</sup>. El artículo 144 LRJPAC establece que «cuando las Administraciones pùblicas actúen en

<sup>2</sup> En concreto, en su artículo 40.1 se afirmaba que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios pùblicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

<sup>3</sup> El artículo 106.2 CE establece que «los particulares en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios pùblicos». Nótese que, en este caso, la Constitución estipula la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios pùblicos, sin entrar a concretar si lo es por funcionamiento normal o anormal.

<sup>4</sup> BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992. Téngase en cuenta lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Pùblico (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

<sup>5</sup> Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. II, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011, pp. 386 y 387.

relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley».

En tercer lugar, el sistema es universal ya que protege a cualquier sujeto de Derecho que resulte lesionado. En este sentido, el término «particulares», que se utiliza en los artículos 106.2 CE y 139.1 LRJPAC para referirse a los potenciales perjudicados con derecho a indemnización, ha de entenderse necesariamente como cualquier sujeto de Derecho que experimente un daño resarcible<sup>6</sup>.

En cuarto lugar, puede afirmarse que la responsabilidad civil de las Administraciones Pùblicas es objetiva, ya que nace al margen de toda idea de culpa o negligencia<sup>7</sup>. Como se ha comentado con acierto, el carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual de la Administración nació con la LEF, siguió con la LRJ y se constitucionalizó con la Constitución de 1978<sup>8</sup>. Los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, a diferencia de los artículos 1902 y siguientes del Código civil, no hacen referencia en ningún momento a la culpa. En consecuencia, no entra a valorarse el nivel de diligencia de la conducta del agente causante del ilícito. Es suficiente, para que nazca la responsabilidad civil de la Administración por los daños causados por sus agentes, que aquéllos deriven del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo supuestos de fuerza mayor, todo ello en los términos previstos en la Ley. Son presupuestos necesarios para su nacimiento el hecho de que se aprecie una relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado lesivo, que el daño causado sea antijurídico, en el sentido de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soterrarlo y, por último, que el daño sea indemnizable<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Al respecto, José Manuel BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Pùblicas», en L. Fernando Reglero Campos/José Manuel Busto Lago (coords.), *Tratado de Responsabilidad civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 1939 a 1942.

<sup>7</sup> Así, Luis MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *RAP*, septiembre/diciembre, 1999, p. 345.

<sup>8</sup> Así, GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas*, cit., pp. 220 y 221.

<sup>9</sup> El estudio del nexo causal reviste particular interés en el campo de la responsabilidad civil de la Administración puesto que, como se ha comentado, aquélla responde tanto por funcionamiento normal como anormal del servicio público. Ahora bien, como afirma la STSJ, Madrid, de 24 de enero de 2011 (JUR 2011/148864) «no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Pùblicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda

Finalmente, la responsabilidad civil de la Administración es directa. Las personas afectadas por el daño no tendrán que dirigirse contra el concreto funcionario causante del mismo, ni tan siquiera es necesario identificarlo sino que, en los términos imperativos del artículo 145.1 LRJPAC, «los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio»<sup>10</sup>. La Administración responderá de forma directa, sin perjuicio de que después se reintegre de la persona responsable que «hubiere incurrido en dolo, culpa o negligencia grave». Según la teoría de la personalidad jurídica de la Administración, cuando los empleados públicos actúan en el ejercicio de sus funciones no es que lo hagan en representación de la Administración correspondiente, sino que es ella misma la que actúa<sup>11</sup>. Por este motivo, es por lo que responde de forma directa.

Es importante destacar que con el actual sistema legal de la responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones Pùblicas se ha pretendido dar una uniformidad y homogeneidad que, en buena parte, se ha conseguido, no sólo a nivel de normativa legal, centrándola en leyes administrativas, sino también respecto de la jurisdicción competente, puesto que la jurisdicción contencioso-administrativa ha pasado a ser la única que puede entrar a conocer de las reclamaciones contra los daños producidos por la Administración y ello es así, particularmente, tras la promulgación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (en adelante, LOPJ)<sup>12</sup> y desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*<sup>13</sup> (en adelante, LJCA)<sup>14</sup>.

---

producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico».

<sup>10</sup> Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. II*, cit., pp. 407 y 408.

<sup>11</sup> En este sentido, Eva María MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (arts. 139 y 141 LRJPAC)», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, p. 44.

<sup>12</sup> BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

<sup>13</sup> BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

<sup>14</sup> No obstante, dicha uniformidad presenta una concreta excepción normativa. Cuando se demande exclusivamente a la compañía aseguradora de la Administración, la jurisdicción competente será la civil. Así, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Sobre la possibilitat de què la víctima exerciti l'acció directa contra la companyia asseguradora de l'Administració pública», *InDret* 3/2001, p. 4.

Ahora bien, y como es sabido, la responsabilidad civil directa de la Administración presenta una importante excepción, que será objeto de un estudio más profundo en las páginas siguientes. Cuando el acto ilícito dañoso cometido por el empleado público es constitutivo de delito<sup>15</sup>, es la jurisdicción penal la que entra a conocer no sólo de las responsabilidades penales, lo cual es evidente, sino también de la responsabilidad civil de la Administración que, en este caso, y a diferencia del régimen previsto en la LRJPAC, es de carácter subsidiaria y no directa. El propio artículo 146.1 LRJPAC establece que «la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente»<sup>16</sup>.

La responsabilidad civil de la Administración en el proceso penal aparece regulada en dos preceptos del Código punitivo. Por un lado, el artículo 121 CP trata de hechos ilícitos dañosos, y constitutivos de infracción criminal, cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones y, por esta razón, en este trabajo se aborda, en primer lugar, cuáles son los presupuestos de imputación que deben concurrir para, efectivamente, ser declarada la responsabilidad civil de la Administración *ex artículo 121 CP*. Sin embargo, la Administración Pública no responde civilmente, en vía penal, sólo cuando un empleado público comete un delito sino que, por otro lado, puede también hacerlo cuando en los establecimientos que dirige se cometan ilícitos penales y éstos se produzcan por una infracción de las normas reglamentarias, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120.3 CP. Por esta razón, en segundo lugar, también se analizan cuáles son los criterios que deben concurrir para la aplicación de este precepto. Por último, se aborda la problemática de qué sucede cuando, a pesar de existir una sentencia condenatoria en vía penal, no concurren los presupuestos para declarar la responsabilidad civil de la Administración con base en la aplicación de los artículos 120.3 y 121 CP.

<sup>15</sup> Como es sabido, las faltas han sido suprimidas, desde el 1 de julio de 2015, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

<sup>16</sup> Como se ha señalado con acierto, lo dispuesto en la primera parte del artículo 146.1 LRJPAC es una obviedad, pues es evidente que los empleados públicos, cuando sus actuaciones revistan el carácter de infracción criminal, están sometidos a las leyes penales. Al respecto, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1951 y 1952.

## II. LOS PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN EL ARTÍCULO 121 CP

### 1. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, uno de los temas más controvertidos de la regulación civil en el Código penal es el que se refiere a la responsabilidad de la Administración por los actos delictivos que cometan sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus funciones<sup>17</sup>.

En el anterior Código Penal, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás Entes públicos no aparecía mencionada de forma expresa. En concreto, el artículo 22 del anterior Código penal afirmaba que:

«la responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios.»

Únicamente, bajo los términos de «entidades y organismos» que estipulaba el artículo 22, pudo la jurisprudencia penal apoyar condenas al Estado y, en general, a las Administraciones Pùblicas, como responsables civiles subsidiarios de una actuación dañosa y al mismo tiempo delictiva por parte de alguno de sus funcionarios o agentes<sup>18</sup>. La Sala Segunda del Tribunal Supremo entendió que el artículo 22 contenía una enumeración no exhaustiva de posibles casos y que, en consecuencia, también abarcaba, de darse los demás presupuestos exigidos por el precepto, a la responsabilidad civil de la Administración<sup>19</sup>. En este sentido, puede verse la STS (2.<sup>a</sup>) de 22 de noviembre de 1989 (RJ 1989/8699) al afirmar que:

«es doctrina constante y reiterada de la misma que los organismos, establecimientos o corporaciones de cualquier naturaleza que operen como empresa, entendida la expresión en sentido muy amplio, pueden ser responsables civilmente, conforme al artículo 22 del Código penal. No sólo esto, también es doctrina incontestable que el Estado, las Comunidades Autónomas y demás Entes Pùblicos

<sup>17</sup> Como es sabido, la doctrina ha criticado, por ejemplo, que la responsabilidad civil de la Administración cuando exista una conducta delictiva de un funcionario sea subsidiaria y, por el contrario, en el régimen general sea directa. Al respecto, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 311 y 312.

<sup>18</sup> En este sentido, Juan ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en Manuel COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, tomo IV, Madrid, Edersa, 1999, pp. 816 y 817.

<sup>19</sup> Al respecto puede verse la STS (2.<sup>a</sup>) de 10 de julio de 1995 (RJ 1995/5430) y las sentencias que en ella se citan.

pueden ser responsables civiles cuando actúan, en general y sin más como personas jurídicas.»<sup>20</sup>

Asimismo, debe destacarse que no sólo no se consideró obstáculo para estimar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado su ausencia de mención en el Código Penal, sino que se fue abandonado la idea de que la responsabilidad civil de la Administración se basaba en una culpa *in eligendo* o *in vigilando*, para concebirla como una responsabilidad casi objetiva<sup>21</sup>.

En la actualidad, y como es sabido, la mencionada responsabilidad se encuentra regulada expresamente en el artículo 121 CP, según el cual:

«el Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.»

Así pues, para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 CP, es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos. En este sentido, la STS (2.<sup>a</sup>) de 5 de julio de 2002 (RJ 2002/7936) afirma que:

«Requieréndose ahora como exigencias para que tal responsabilidad subsidiaria surja: 1.<sup>º</sup> que una persona declarada penalmente responsable por delito doloso o culposo –a los que se ha entendido

<sup>20</sup> Asimismo, en la STS (2.<sup>a</sup>) de 17 de julio de 1995 (RJ 1995/5606), se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la muerte de dos policías ocasionadas por los disparos de un guardia civil ebrio mientras estaba fuera de servicio. El Tribunal Supremo considera que «la jurisprudencia de esta Sala viene afirmando que el artículo 22 del Código penal, no supone una clausura de fuentes de originación de tal tipo de responsabilidad, reducida a las expresiones de la norma (criados, discípulos, aprendices, empleados, o dependientes) sino que se extiende a los funcionarios al servicio de las administraciones públicas».

<sup>21</sup> Véase Francisco SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes Públicos en general (art. 121 del Código Penal)», Madrid, *La Ley*, núm. 3964, de 31 de enero de 1996, pp. 1658 y 1659.

también como asimilables las faltas— haya de responder por la causación de daños. 2.º) Que esa persona sea autoridad, agente y contratados de la misma o funcionarios públicos. 3.º) Que, al actuar estuvieran en el ejercicio de sus cargos o funciones. 4.º) Siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados. Si la segunda de estas exigencias presenta un carácter expansivo al incluir a todas las personas que puedan tener una relación subordinada al Estado y demás entes públicos, incluyendo a las personas meramente contratadas, las exigencias tercera y cuarta tienen una finalidad de restringir cuando esa responsabilidad subsidiaria se produce, condicionándola a que la persona dependiente del ente público esté en el ejercicio de sus funciones y a que la actividad de desempeño del servicio público que realizaba determine directamente la lesión como consecuencia»<sup>22</sup>.

A continuación se procederá a examinar cada uno de los presupuestos apuntados.

## 2. EXISTENCIA DE UNA PREVIA INFRACCIÓN CRIMINAL

El artículo 121 CP establece una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración que nace cuando se produce una conducta delictiva del personal a su servicio, ya sea a título de dolo o de imprudencia. El presupuesto inicial que debe concurrir para que se declare la responsabilidad civil de la Administración, con base en el artículo 121 CP, es la existencia de una previa infracción criminal. Sólo cuando los hechos son constitutivos de ilícito criminal, resulta el tribunal penal competente para resolver la acción civil acumulada al proceso penal.

Por esta razón, si la sentencia penal es absolutoria, la jurisdicción penal pierde la competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración, con la importante salvedad contemplada en el artículo 119 CP<sup>23</sup>. Los perjudicados únicamente tendrán, en su caso, la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa en reclamación de la oportuna indemnización por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, todo ello con aplicación de los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Así, entre otras, STS (2.ª) de 3 de julio de 2008 (RJ 2008/3629) y SAP, Segovia, de 30 de junio de 2009 (ARP 2009/1088).

<sup>23</sup> Sobre esta cuestión, Irene NADAL GÓMEZ, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2002, pp. 197 y 198.

<sup>24</sup> Al respecto, MARTÍN REBOLLO, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, cit., pp. 356 y 357.

Llegados a este punto, debe analizarse la controversia que puede conllevar el hecho de que el perjudicado haga expresa reserva de las acciones civiles para ejercitarlas tras el proceso penal. En este caso nos encontramos con dos problemas.

Por un lado, determinar si la jurisdicción competente para analizar la responsabilidad civil de la Administración es la civil o la contenciosa-administrativa. El artículo 109.2 CP afirma que «el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil». Es claro que una interpretación literal del precepto conduce a la conclusión de que la única jurisdicción competente para enjuiciar la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración, en caso de reserva de acciones, es la civil. En este sentido, se considera que ya que el Código Penal no prevé una reserva de acciones civiles derivadas de delito en beneficio de los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aquélla debe entenderse realizada en favor de la jurisdicción civil y ello aunque la víctima demande también a la Administración en la cual el condenado prestaba sus servicios<sup>25</sup>.

Sin embargo, es igualmente clara la voluntad del legislador, una vez operadas las sucesivas reformas a la LOPJ y a la LJCA, de atribuir a la jurisdicción contenciosa-administrativa la competencia exclusiva para conocer la responsabilidad civil de la Administración, con la única excepción de la responsabilidad civil derivada de delito que debe dilucidarse en sede penal<sup>26</sup>.

Por ello, si el perjudicado se reserva las acciones civiles para ejercitarlas tras el proceso penal, parece más razonable entender que la jurisdicción contenciosa-administrativa será la que deberá conocer del proceso, más allá de una interpretación literal del artículo 109.2 CP. A ello puede añadirse que las reformas operadas en la LOPJ y en la LJCA son posteriores a la entrada en vigor del Código Penal, con lo cual el legislador del año 1995 no pudo tener en cuenta esta cuestión al redactar el artículo 109.2 CP. Debe recordarse que, en aquel momento, existía una situación completamente fragmentada en lo que se refiere al conocimiento de asuntos en materia de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas

<sup>25</sup> Es de esta opinión, CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE, «Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *Indret*, 2/2009, p. 18. Véase también a favor de esta interpretación, BUSTO LAGO, *La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas* en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1955 y 1956.

<sup>26</sup> Así lo considera la Exposición de Motivos de la LJCA al afirmar que «parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción contenciosa-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

por parte de las distintas jurisdicciones a la cual, precisamente, quería poner término la reforma de ambas leyes<sup>27</sup>.

Por otro lado, una vez determinada la jurisdicción competente, existe la problemática de concretar qué normativa deberá aplicarse, si la prevista en la LRJPAC, en el Código Penal o en ambas, para enjuiciar la responsabilidad civil de la Administración tras la oportuna reserva de acciones<sup>28</sup>.

Una primera posibilidad es entender que la normativa a aplicar será la prevista conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil de las Administraciones Pùblicas, esto es, según los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC<sup>29</sup>. En consecuencia, la responsabilidad civil de la Administración será directa. El problema que plantea esta interpretación es que el perjudicado pueda escoger a su libre arbitrio la normativa a aplicar. Así, si decide ejercitarse en el proceso penal la acción civil de la Administración, es claro que la responsabilidad civil de ésta, si existe, será subsidiaria por aplicación de lo dispuesto en los artículos 120.3 o 121 CP. Por el contrario, si el perjudicado decide, en virtud de lo previsto en el artículo 109.2 CP, reservarse las acciones civiles, las normas a aplicar serán las reguladas en la LRJPAC y, por tanto, la responsabilidad civil de la Administración será directa. No termina de comprenderse que, ante un hecho ilícito dañoso cometido por un empleado de la Administración, sea el perjudicado el que escoja las normas a aplicar, ya que éstas no pueden considerarse como dispositivas.

Una segunda posibilidad consiste en entender que la normativa que deberá aplicarse será la prevista en las normas civiles del Código Penal<sup>30</sup>. Esta interpretación parece más acorde con el hecho de que, con independencia del concreto orden jurisdiccional que conozca del asunto, las normas a aplicar serán las mismas, pero tampoco termina de ser del todo satisfactoria. En efecto, en caso de reserva de acciones civiles, con una previa sentencia condenatoria penal, la jurisdicción contenciosa-administrativa deberá aplicar con preferencia las normas civiles del Código Penal, pero también, en algunos casos, las normas previstas en la LRJPAC. Esto ocurrirá, como se verá más adelante, cuando la Administración no pueda

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, véase MARTÍN REBOLLO, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, cit., pp. 346 y 347.

<sup>28</sup> Debe recordarse que se parte de la premisa de una previa condena penal. Si el proceso penal termina con una sentencia absolutoria no hay duda de que, en todo caso, la jurisdicción competente será la contenciosa-administrativa y las normas a aplicar las previstas en la LRJPAC.

<sup>29</sup> Así lo defiende, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *InDret*, 2/2001, p. 8.

<sup>30</sup> Al respecto, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Pùblicas», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1955 y 1956.

ser condenada, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 120.3 y 121 CP, por faltar alguno de los presupuestos exigidos por dichos artículos. Tal sería el caso, por ejemplo, de hechos ilícitos delictivos cometidos por un preso en el transcurso de un permiso penitenciario. En estos supuestos, no puede ser de aplicación el artículo 121 CP, ya que el preso no es empleado público, ni tampoco puede aplicarse el artículo 120.3 CP, puesto que el hecho ilícito no se ha cometido en un establecimiento público. No parece de recibo que, ante dichas circunstancias, la Administración resulte absuelta como responsable civil cuando es evidente que ha existido un funcionamiento anormal del servicio público.

Por esta razón, parece más acertada una tercera interpretación que consista en entender que, efectivamente, en caso de reserva de acciones, debe aplicarse por parte de la jurisdicción contenciosa-administrativa la normativa civil del Código Penal, pero que ante la insuficiencia de ésta, puede también aplicarse la normativa prevista en la LRJPAC y, en consecuencia, resultar condenada la Administración como responsable civil directa del daño por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En mi opinión, esta solución debe operar también en el supuesto de que, no habiendo reserva de acciones civiles por parte del perjudicado, sea el juez penal el que conozca de las acciones civiles. En consecuencia, éste deberá aplicar las normas civiles del Código Penal, pero ante su insuficiencia nada impide que pueda aplicar también la normativa prevista en la LRJPAC. De esta forma, como puede observarse, se conseguiría que, tanto en la vía penal como en la vía contenciosa-administrativa, la normativa a aplicar fuere la misma, no debiendo ser ningún impedimento el hecho de que un tribunal penal aplique normas contempladas en la LRJPAC ni que un tribunal contencioso-administrativo aplique normas civiles que se encuentran en el Código Penal<sup>31</sup>.

### 3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 121 CP

Debe destacarse que el artículo 121 CP empieza con una enumeración decreciente que incluye a la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas, para seguidamente

<sup>31</sup> Sin embargo, los jueces penales son, en algunos casos, reacios a aplicar normativa que se encuentre regulada fuera del Código Penal. Al respecto, véase Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», en L. Fernando Reglero Campos/ José Manuel Bustos Lago (coords.), *Tratado de Responsabilidad civil*, Cizur Menor, Aranazadi, 2014, pp. 1114 y siguientes.

señalar el resto de entidades con autonomía de gestión que integran la organización territorial del Estado, es decir, la provincia y el municipio, mencionando también a las entidades con administración propia a través de Cabildos y Consejos –la Isla– y terminar con una referencia necesariamente genérica como es a los «demás Entes Pùblicos»<sup>32</sup>. Esta última referencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 LRJPAC, se refiere a aquellas entidades de Derecho pùblico que poseen personalidad jurídica propia y que se hallan vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Pùblicas antes señaladas<sup>33</sup>.

La exhaustiva enumeración que contiene el actual artículo 121 CP pretende superar la insuficiente regulación que, en este punto, presentaba el artículo 22 del anterior Código Penal, aunque seguramente hubiese bastado una simple remisión al concepto de Administraciones Pùblicas previsto en la LRJPAC para unificar, al menos en el aspecto subjetivo, la responsabilidad civil de la Administración prevista en el Código Penal y en la LRJPAC.

### 3.1 El concepto de «contratados»

El artículo 121 CP afirma que el hecho constitutivo de infracción criminal debe ser necesariamente cometido por una autoridad, agente o *contratado* de la Administración o por un funcionario pùblico. En consecuencia, la persona penalmente imputable debe estar integrada en la organización prestadora del servicio o actividad.

Esta integración puede verse desde una vertiente positiva y una de negativa. Según la primera, cualquier persona que actúe por cuenta de la Administración se considerará que forma parte de ella, aunque el desempeño material de su actividad o función se realice de forma ocasional. El artículo 121 CP debe interpretarse en el sentido de que no únicamente incluye a funcionarios pùblicos, interinos y contratados, sino también al personal que trabaja en la Administración aunque no sea de forma permanente<sup>34</sup>. Lo determinante no es tanto la naturaleza jurídica de la relación entre el causante del

<sup>32</sup> Así, véase ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., p. 837.

<sup>33</sup> Sobre la distinta tipología de los Entes Pùblicos, véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011, pp. 396 y siguientes.

<sup>34</sup> Por ejemplo, el supuesto del cónsul honorario. Así, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Pùblicas», en REGLEIRO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., p. 1973. Lo comentado por dicho autor es en el marco de la responsabilidad civil contemplada en la LRJPAC, pero es también plenamente aplicable en el ámbito del artículo 121 CP.

hecho ilícito dañoso y la Administración correspondiente, sino que exista una relación de dependencia funcional entre ambos<sup>35</sup>. Así, y según la STS (2.<sup>a</sup>) de 18 de mayo de 1990 (RJ 1990/4146), la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración:

«es exigible tanto en los supuestos de dependencia continuada, la propia de un funcionario ligado al ente público por un vínculo administrativo o laboral, como en el caso de dependencia ocasional derivada de un contrato de arrendamiento de servicios.»

En todo caso, parece excesivo el criterio mantenido por la SAP, Segovia, de 30 de junio de 2009 (ARP 2009/1088), que condena a la Administración como responsable civil subsidiaria por los daños ocasionados tras un festejo taurino. En concreto, durante el encierro se produjo la escapada de una res que fue seguida por efectivos de la guardia civil hasta que el animal accedió a una zona de vegetación de difícil acceso, momento en que se desistió de la persecución. La guardia civil se puso entonces en contacto con el representante legal de la empresa organizadora que, por la noche, manifestó que el toro ya había regresado a la finca de la empresa. En realidad, el animal seguía libre y, unos días más tarde, envistió a una pareja que se encontraba paseando por los alrededores del pueblo. La Audiencia condenó al acusado como autor de una falta de imprudencia leve con resultado de lesiones a las penas correspondientes y declaró su responsabilidad civil directa, así como la subsidiaria de la empresa taurina y del Ayuntamiento organizador del festejo. Según la Audiencia, la responsabilidad civil de este último se fundamenta en el hecho de que:

«entre la empresa que representaba y el Ayuntamiento de Carboneiro El Mayor, se suscribió un contrato administrativo que le fue adjudicado a la empresa que representaba mediante concurso público abierto el 28 de abril de 2006, y por acuerdo del Pleno de 31 de mayo de 2006, previa propuesta de la mesa de contratación, que tenía por objeto la gestión del servicio público de celebración de festejos taurinos programados para los días 9, 10, 11 y 12 de septiembre de 2006. Si ello es así, no cabe duda que la entidad Sertauca, S. L., así como su representante legal y el resto de los empleados que intervinieron en el encierro que tuvo lugar el día 12 de septiembre de 2006, actuaron como contratados de la Corporación Local, gestionando el servicio público que les fue encomendado, dándose por tanto todos los requisitos exigidos por el artículo 121 CP.»

<sup>35</sup> Al respecto, Mirentxu CORCOY BIDASOLO/Santiago MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 289.

Nada que objetar, como es evidente, en relación con la responsabilidad civil directa del acusado, así como la subsidiaria de la empresa organizadora del festejo taurino. Sin embargo, el criterio mantenido por la Audiencia, respecto de la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento, parece excesivo y ello porque concluir que el representante legal de la empresa y sus empleados son contratados de la Administración es una interpretación excesivamente amplia. Cuando el artículo 121 CP establece la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los daños causados por autoridades, agentes y *contratados* o funcionarios públicos no está pensando en un supuesto como el comentado. Como se ha apuntado con anterioridad, el concepto de «*contratados*» debe entenderse relacionado con aquellas personas que, ya sea a través de un contrato laboral o administrativo, y ya sea la relación duradera o temporal, mantienen una dependencia directa respecto de la Administración<sup>36</sup>. Atribuir dicho carácter a los empleados de una empresa que organiza unos festejos taurinos en un pueblo parece que excede del ámbito subjetivo de aplicación de la norma.

A mi entender, tampoco podrían considerarse como contratados los empleados de una empresa privada que colabora con la Administración en funciones de inspección y control de la seguridad de determinados ámbitos como, por ejemplo, la inspección técnica de vehículos (ITV)<sup>37</sup>. Como es sabido, en la actualidad, el ejercicio por particulares de esa actividad de inspección está sujeta a la obtención de una previa homologación por parte de una entidad de acreditación. Ello no significa, ciertamente, que la función inspectora en este ámbito haya perdido su naturaleza jurídico pública, ni que su titularidad se haya trasladado de la Administración a la iniciativa privada. Al contrario, la Administración, en este caso autonómica, sigue conservando la titularidad de la función inspectora, como lo demuestra el hecho de que pueda ejecutar materialmente esta actividad, bien directamente por sí misma, o bien por medio de sociedades o de particulares autorizados<sup>38</sup>. La

<sup>36</sup> En contra, Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Santiago CAVANILLAS MÚGICA/Emilio DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La responsabilidad civil ex delicto*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 174. Para dichos autores, aunque afirman que lo adecuado sería que la prestación de un servicio por contratación generara, en su caso, la responsabilidad civil de las empresas correspondientes, consideran difícil negar que son *contratados* de la Administración a efectos de la responsabilidad civil prevista en el artículo 121 CP.

<sup>37</sup> Otros supuestos análogos al comentado serían los vigilantes de seguridad que prestan servicios de control del orden en un edificio público o los centros médicos colaboradores con la Administración para la obtención de determinados carnets o certificaciones oficiales.

<sup>38</sup> Ciertamente, la decisión en torno a si ejecutar dicha actividad de forma directa, por la propia Administración o indirecta, a través de sociedades o particulares autorizados, es una facultad discrecional de la Administración que responde a cuestiones de eficacia organizativa. Así lo afirma la STS (3.<sup>a</sup>) de 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011/113) al con-

propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido que las actividades de inspección técnica de vehículos constituyen «el ejercicio de una potestad pública por parte de la autoridad administrativa»<sup>39</sup>. Y ello es así aun cuando ésta decida ejercerla por medio de entidades privadas<sup>40</sup>.

Ahora bien, de todo ello no puede deducirse que, ante hechos ilícitos delictivos cometidos por empleados de una estación de ITV, nazca la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente<sup>41</sup>. En mi opinión, el concepto de contratados previsto en el artículo 121 CP no está pensado para supuestos como el comentado, sino sólo en aquellas circunstancias en que el empleado trabaja directamente por la Administración y ha sido por ella seleccionado. Es cierto que, como es sabido, se admite la interpretación analógica y extensiva en el campo del Derecho civil, pero de realizarlo así en este caso u otros análogos, ello podría conllevar un incremento exponencial de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración que no se ajusta a la finalidad perseguida por la norma. Por ello, parece más acertado considerar de aplicación, de concurrir los presupuestos exigidos, el artículo 120.4 CP y, en consecuencia, declarar la responsabilidad civil subsidiaria del empresario con exclusión de la responsabilidad civil de la Administración Pública.

Por todo ello, y desde la vertiente negativa, puede afirmarse que quedan fuera de la órbita de aplicación del artículo 121 CP,

---

siderar que «dado el carácter de servicio público de la inspección técnica de vehículos, la Comunidad de Madrid debe retener la alta dirección y control de la construcción y explotación de la red en el ámbito territorial de su competencia. A este respecto, el Real Decreto 1987/1985, de 24 de septiembre, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de ITV, establece que la ejecución material de las inspecciones podrá realizarse directamente por las Comunidades Autónomas, o sociedades de economía mixta, o por empresas privadas en régimen de concesión administrativa». En parecidos términos se expresa la STS (3.<sup>a</sup>) de 13 de octubre de 1997 (RJ 1997/7439).

<sup>39</sup> Así lo afirma, por ejemplo, la STS (3.<sup>a</sup>) de 7 de mayo de 1999 (RJ 1999/5615) al afirmar que «la Inspección Técnica de Vehículos se configura pues como ejercicio de una potestad pública, impuesta para fines de interés público por el poder coactivo de la Administración, que forma parte de sus funciones de policía».

<sup>40</sup> Así lo defiende también Dolors CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, Comares, 2003, pp. 164 a 169.

<sup>41</sup> La STS (2.<sup>a</sup>) de 10 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9120) niega la condición de funcionario a un empleado que, con categoría de mecánico oficial de primera, prestaba servicios en una empresa concesionaria de la Generalitat de Catalunya para la inspección técnica de vehículos. En cambio, la STS (2.<sup>a</sup>) de 22 de abril de 2004 (RJ 2005/1415) afirma que el concepto de funcionario incluye «a los empleados de concesionarios de servicios públicos; gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública; así como a las entidades estatales reguladas en los artículos 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado».

los concesionarios y los contratistas administrativos<sup>42</sup>. Como se ha comentado con anterioridad, en numerosas ocasiones, los servicios públicos son prestados en régimen de concesión, lo que significa que un particular asume la gestión y prestación de un servicio de acuerdo con las exigencias de la Administración correspondiente<sup>43</sup>. En línea de principio, puede afirmarse que es obligación del contratista indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que implica la ejecución del contrato. La excepción que presenta esta regla es cuando los daños y perjuicios se han ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, supuesto en el cual será ésta la responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. En consecuencia, puede afirmarse que, ante hechos ilícitos delictivos cometidos por empleados del contratista en el desempeño de sus obligaciones o servicios, ello conllevará la aplicación, en su caso, del artículo 120.4 CP con exclusión del artículo 121 CP.

También quedan fuera del campo de aplicación del artículo 121 CP, por no encontrarse integrados en la organización administrativa, los profesionales que desempeñan privadamente funciones de carácter público<sup>44</sup>. Sin embargo, es importante destacar que hay ciertos supuestos que por su carácter fronterizo ofrecen algunas dudas. Este es el caso de notarios y registradores de la propiedad<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Sobre esta cuestión, Anabelén CASARES MARCOS, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo II, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, p. 1201.

<sup>43</sup> Véase GÓMEZ LIGÜERRE, *Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 23 y 24.

<sup>44</sup> Así lo afirma, en el ámbito de la LRJPAC, pero igualmente válido para la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 405.

<sup>45</sup> También, por ejemplo, de los capitanes de buque, comandantes de aeronave y prácticos de puerto. Se trata de profesiones en las cuales concurre claramente una naturaleza esencialmente privada con aspectos propios de determinadas funciones públicas. Sobre esta cuestión, véase ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 849 y siguientes. Respecto de los prácticos de puerto es importante destacar la SAP, A Coruña, de 18 de junio de 1997. Los hechos resueltos en la sentencia son de sobra conocidos. El buque de bandera griega Aegean Sea sufrió un siniestro en A Coruña produciéndose un derrame de cerca de 80.000 toneladas de petróleo. Iniciadas diligencias penales, éstas terminaron con la condena penal y civil del capitán del buque y el práctico del puerto y la condena de la empresa propietaria del navío y del Estado español como responsables civiles subsidiarios del capitán del buque y del práctico del puerto, respectivamente. Con todo, y a pesar de que en la sentencia penal se fijaron numerosas cuantías indemnizatorias, la determinación de otras muchas quedaron para ejecución de sentencia y, en otros supuestos, los perjudicados se reservaron las acciones civiles para un posterior proceso civil. El resultado fue que al cabo de diez años del accidente muchas indemnizaciones no se habían cuantificado. Por ello, el Gobierno dictó el Real Decreto-

### 3.2 Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles

Respecto de los notarios, es sabido que desempeñan sus respectivas funciones, de naturaleza pública, pero desde una perspectiva que presenta un carácter marcadamente privado. Los notarios actúan en el tráfico jurídico como destinatarios de la fe pública, aunque de una forma peculiar que los distingue del resto de empleados de las distintas Administraciones Públicas<sup>46</sup>.

Con todo, no debe perderse de vista que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, «los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado». Según la mencionada normativa, como funcionarios ejercen la fe pública y, como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a las personas que reclamen su consejo<sup>47</sup>.

Sin negar la condición de funcionarios que ostentan, sí debe resaltarse que hay determinadas particularidades que concurren en los notarios y que no se dan en los otros cuerpos funcionariales de la Administración. En primer lugar, la organización del notariado no responde a los principios y normas de la organización de los servicios de la Administración, sino más bien a los principios y reglas que regulan las corporaciones profesionales. El hecho de que el sujeto causante del daño forme parte de la organización administrativa es un requisito esencial para que pueda determinarse la responsabilidad civil de la Administración. La integración en la organización administrativa constituye el criterio básico para

---

Ley 6/2002, de 4 de octubre, por el que se autorizó al Ministro de Hacienda a celebrar acuerdos transaccionales entre el Estado español, el Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1971 y los perjudicados por el siniestro del buque «Mar Egeo», y se concedió un crédito extraordinario por importe de 63.625.721,36 euros. Sobre esta cuestión puede verse un comentario en Pablo SALVADOR CODERCH/Juan Antonio RUIZ GARCÍA/José PiÑEIRO SALGUERO/Antoni RUBÍ PUIG, «Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y Mar Egeo», *InDret* 1/2003, pp. 21 y siguientes.

<sup>46</sup> En este sentido, María Ángeles PARRA LUCÁN/L. Fernando REGLERO CAMPOS, «La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho», en L. Fernando REGLERO CAMPOS / José Manuel BUSTO LAGO (coords.), *Tratado de Responsabilidad civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 516 y 517.

<sup>47</sup> La STS (1.º) de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8124) establece que «el notario es al mismo tiempo un profesional del derecho y un funcionario público. Por lo tanto dentro de esta doble faceta de su actuación se puede distinguir claramente la actividad de asesoramiento y autorización de escrituras públicas, como la posibilidad de realizar los trámites para que la escritura autorizada surta todos sus efectos civiles, registrales, administrativos, etc. En el primer caso prima la vertiente profesional-funcionarial, mientras que en el segundo opera como profesional del Derecho».

atribuir a aquélla el deber de reparación<sup>48</sup>. En el caso de los notarios es claro que este presupuesto no concurre<sup>49</sup>. En segundo lugar, el ingreso en el notariado no es idéntico al ingreso en la función pública lo que refleja en mayor medida el carácter singular de la profesión de notario. Finalmente, el contenido de su función, ejercida con plena autonomía e independencia, no puede equipararse a la de un funcionario<sup>50</sup>.

A todo ello debe añadirse que los notarios no perciben emolumentos a cargo de los presupuestos públicos y que tienen un sistema específico para el resarcimiento de los perjudicados que no se encuentra contemplado en la normativa administrativa<sup>51</sup>. Todo ello, en mi opinión, lleva a excluir que la Administración sea responsable por los perjuicios que deriven de la actuación negligente de un notario. De lo anteriormente comentado se deduce que la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil de los notarios, en caso de hechos ilícitos dañosos cometidos por aquéllos en el ejercicio de sus funciones, es la civil con exclusión de la contenciosa-administrativa<sup>52</sup>. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STS (3.<sup>a</sup>) de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998/9452) al afirmar que:

«no cabe desconocer que el Notariado constituye una profesión liberal que, con autonomía e independencia, ejerce funciones públicas, sin recibir sus retribuciones de los presupuestos estatales, a la que, por ende y en la actualidad, podría, en su caso, serle impuesta la responsabilidad directa e inmediata, para la cual precisamente tiene su propio sistema de cobertura, y cuya exigencia parece igualmente que ha de promoverse, cual además ha efectuado el propio recurrente, ante la Jurisdicción Civil, todo ello sin perjuicio

<sup>48</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas*, cit., p. 273.

<sup>49</sup> Así lo afirma, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. II, cit., pp. 404 y 405.

<sup>50</sup> Al respecto, María Ángeles PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial», en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 829.

<sup>51</sup> Así, Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ, «La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Pùblicas», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, pp. 573 y 574.

<sup>52</sup> No obstante, debe tenerse en cuenta que si la actuación del notario es constitutiva de una infracción administrativa tipificada en la normativa notarial, la jurisdicción competente para conocer de los recursos que se interpongan contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado será la contenciosa-administrativa. En este sentido, véase la STS (3.<sup>a</sup>) de 28 de febrero de 2012 (JUR 2012/91902) que confirma la sanción de suspensión de funciones impuesta a un notario por autorizar instrumentos notariales sin su presencia física. Sobre la responsabilidad disciplinaria del notario y su repercusión en el ámbito de la responsabilidad civil, véase Rafael VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 85 y siguientes.

de que nunca podrá prescindirse del hecho cierto de que estamos en presencia del desempeño de funciones públicas, con las consecuencias inherentes a tal circunstancia cuando a ello hubiere lugar»<sup>53</sup>.

Con todo, nótese que la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, aunque se decanta por la jurisdicción civil en detrimento de la jurisdicción contenciosa-administrativa en materia de responsabilidad civil del notario, pone mucho énfasis en destacar el ejercicio de funciones públicas por parte del notariado. En cambio, mucho más terminante se expresa la SAP, Las Palmas, de 8 de abril de 2009 (AC 2009/1680) al afirmar que «a la Administración no le es imputable la responsabilidad del Notario por los daños que ocasione en su función, estableciéndose por la DGRN que la declaración de responsabilidad civil no puede obtenerse por vía administrativa por ser competencia exclusiva de los tribunales ordinarios»<sup>54</sup>.

En relación con lo anterior, y a pesar del carácter de funcionarios públicos que ostentan los notarios, lo cierto es que, como ha reconocido la jurisprudencia española, en su relación con los clientes, los notarios se encuentran vinculados mediante un contrato de arrendamiento de servicio que les obliga a prestar toda la diligencia necesaria para cumplir el servicio encomendado, por lo que el régimen de responsabilidad civil aplicable se basa en la culpa y no en un sistema de responsabilidad objetiva. El régimen aplicable se encuentra así, en los artículos 1101 y siguientes del Código civil y, en especial, en cuanto al nivel de diligencia exigible, en el artículo 1104 CC según el cual «la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> La SAN, Contencioso-Administrativa, de 17 de abril de 2012 (JUR 2012/161101) afirma que «la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la actuación de un Notario en el ejercicio de sus funciones, debe articularse por la vía civil y de ella no puede hacerse responsable a la Administración pública».

<sup>54</sup> Véase la RDGRN de 16 de abril de 1996 (RJ 1997/8286) que, de forma taxativa, afirma que la declaración de la responsabilidad civil del notario no es procedente en vía administrativa ante la Dirección General sino que únicamente puede determinarse por los tribunales ordinarios. En parecidos términos se pronuncia la RDGRN de 19 de diciembre de 1995 (RJ 1996/3372).

<sup>55</sup> Al respecto, la STS (1.<sup>a</sup>) de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8124) afirma que «el contrato en virtud del cual se obligan a realizar funciones profesionales de gestión ajenas a la fe pública puede revestir distinta naturaleza. Por lo general ofrece las características especiales propias de los contratos de gestión, que la jurisprudencia y la doctrina construyen acudiendo prioritariamente, según las circunstancias, a las figuras del mandato y del arrendamiento de servicios. Estos contratos, entre otros aspectos, se caracterizan por la relación de confianza que rige la relación entre el comitente y el gestor. El alcance de las

La responsabilidad civil contractual del notario implica la concurrencia de varios presupuestos. En primer lugar, es necesario el incumplimiento por parte del notario de cualquiera de sus funciones o de las obligaciones que se derivan del contrato. En segundo lugar, que se produzca un daño al cliente que sea objetivamente imputable a la falta de cumplimiento en los términos previstos en el artículo 1107 CC. Finalmente, que el incumplimiento sea imputable al notario por dolo o culpa propios o a los actos de sus dependientes o auxiliares<sup>56</sup>.

Por otra parte, en relación con los daños causados a terceros el régimen de responsabilidad aplicable a los notarios se encuentra en el artículo 1902 CC<sup>57</sup>. Cuando se trata de la responsabilidad civil del notario por hechos de sus dependientes, la norma de aplicación será el artículo 1903.4 CC<sup>58</sup>.

La consideración de la responsabilidad civil del notario como contractual o extracontractual tiene, como es sabido, su importancia práctica<sup>59</sup>. Si se determina que la acción es de naturaleza contractual, el plazo de prescripción será el de cinco años previsto en el artículo 1964 CC. Por el contrario, si se considera que es de naturaleza extracontractual el plazo será el de un año previsto en el artículo 1968.2 CC (salvo que sea aplicable la legislación civil catalana donde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 121-21 del Código civil de Cataluña, el plazo es de tres años)<sup>60</sup>.

Dicha controversia se plantea, por ejemplo, en la SAP, Madrid, de 25 de junio de 2007 (JUR 2007/258161). En ésta se resuelve un

---

obligaciones del notario deriva del alcance de esta confianza, que a su vez depende no sólo del contenido del contrato, sino también de las circunstancias de personas, tiempo y lugar».

<sup>56</sup> En este sentido, VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, cit., pp. 203 y 204.

<sup>57</sup> Declaran la responsabilidad civil del notario, con base en el artículo 1902 CC, entre otras, las SSTS (1.<sup>a</sup>) de 5 de febrero de 2000 (RJ 2000/251) y de 26 de octubre de 2005 (RJ 2005/8296). También la SAP, Asturias, de 23 de diciembre de 2011 (JUR 2012/39290) y la SAP, Baleares, de 3 de febrero de 2012 (JUR 2012/89318).

<sup>58</sup> La STS (1.<sup>a</sup>) de 19 de julio de 2003 (RJ 2003/5387) declara la responsabilidad civil del notario por los daños causados por uno de sus empleados que, extralimitándose en sus funciones, causa un perjuicio a un cliente de la notaría. El Alto Tribunal afirma que «esta Sala ha tenido ocasión de examinar con anterioridad el tema de las consecuencias, a efectos de responsabilidad, de la falta de diligenciamiento en el Registro de la Propiedad de las escrituras públicas de hipoteca, cuando la gestión de su inscripción –imprescindible para la eficacia de las mismas– había sido confiada a empleados del Notario autorizante, llegando a la conclusión de que la reparación de los perjuicios causados por sus dependientes con ocasión del desempeño de las funciones a los mismos atribuidas debe recaer sobre aquél, precisamente por ser el director de ese complejo unitario de actividad profesional que toda Notaría constituye». En parecidos términos, véase la STS (1.<sup>a</sup>) de 6 de junio de 2002 (RJ 2002/6755).

<sup>59</sup> Sobre esta cuestión véase PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial», en MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pp. 831 y siguientes.

<sup>60</sup> Llei 29/2002, de 30 de desembre, «Primera Llei del Codi civil de Catalunya» (DOGC núm. 3798, de 13 de enero de 2003).

supuesto en que se ventila la responsabilidad civil de un notario que, como consecuencia del defectuoso asesoramiento prestado sobre la legislación civil aplicable a una herencia, produce unos perjuicios económicos a uno de los herederos<sup>61</sup>. La Audiencia afirma que:

«en el sentido expresado es reiterada la doctrina jurisprudencial que, sin perjuicio del carácter público de la función del Notario, define la relación jurídico privada que se entabla entre el Notario y el cliente con las notas propias del arrendamiento de servicios, y en ese marco encuadra la facultad que asiste al cliente de reclamar el exacto cumplimiento de las obligaciones del Notario, así como el resarcimiento de los perjuicios que le ocasiona el incumplimiento absoluto, o defectuoso, de esas mismas obligaciones, al amparo de los artículos 1101 y concordantes del Código Civil, y dentro del plazo de prescripción general de las obligaciones, de quince años, *ex art.* 1964. Ahora bien, en atención a ese mismo planteamiento, se llega a la conclusión de que cuando el perjudicado no ostenta la condición de cliente respecto del Notario, sino que es un tercero, carece de legitimación y de causa para exigir una responsabilidad contractual frente al fedatario con el que nunca ha contraído obligaciones recíprocas, y por ende sólo le resta la vía de exigir el resarcimiento de los perjuicios que hubiere padecido por el cauce de la responsabilidad extracontractual»<sup>62</sup>.

Ahora bien, cabe plantearse qué sucede cuando un notario, en el ejercicio de sus funciones, comete un hecho ilícito que es constitutivo de infracción criminal y, a raíz de ello, si puede nacer la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por aplicación de lo dispuesto en el artículo 121 CP<sup>63</sup>. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Es cierto que, *a priori*, puede parecer que se cumplen todos los presupuestos exigidos en el artículo 121 CP, pero no debe olvidarse que, en los términos anteriormente comentados, la relación que une al notario con su cliente viene muy determinada por un elemento de naturaleza contractual. Es precisamen-

<sup>61</sup> En concreto, los padres de la parte actora querían otorgar testamento instituyendo como heredero universal de todos sus bienes a su hijo con exclusión de sus dos hermanas lo que, de acuerdo con la legislación civil vizcaína de los testadores, podían realizar. Al ser informados erróneamente por el Notario autorizante sobre la legislación civil aplicable se produjo la confusión, al aplicarse el Código Civil, que causó un perjuicio económico al heredero de más de sesenta mil euros.

<sup>62</sup> La Audiencia considera, de forma acertada, que la responsabilidad civil del notario es, en este caso, de naturaleza extracontractual y, en consecuencia, aplica el artículo 1968.2 CC. Al haber excedido la parte actora, en la presentación de la demanda, el plazo de un año previsto en dicho artículo, aquélla es desestimada por prescripción.

<sup>63</sup> Con todo, debe destacarse que son escasos los supuestos en que se ha producido la condena penal de un Notario por hechos acaecidos en el ejercicio de sus funciones. Algunos ejemplos pueden verse en las SSTS (2.<sup>a</sup>) de 3 de abril de 2002 (RJ 2002/6115) y de 2 de septiembre de 2003 (RJ 2004/459). Sobre esta cuestión, véase VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, cit., p. 75.

te la preponderancia de este elemento el que hace que decaiga el presupuesto del funcionamiento de los servicios públicos<sup>64</sup>.

Para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración debe concurrir no sólo el elemento subjetivo, sino también, en los términos que se explicarán más adelante, que el hecho causante del daño sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos y es este presupuesto, a mi entender, el que no concurre en el supuesto de la responsabilidad civil subsidiaria del notario. Es la naturaleza contractual que une al notario con su cliente la que excluye que pueda incardinarse la actuación de aquél dentro del concepto de funcionamiento de los servicios públicos. Por tanto, y sin negar la especial naturaleza de la función notarial, debe entenderse que, ante hechos ilícitos delictivos cometidos por un notario en el ejercicio de sus funciones, ello sólo conllevará la responsabilidad penal y civil directa del causante del daño<sup>65</sup>.

Por otro lado, puede darse también la circunstancia de que el hecho ilícito delictivo no sea cometido por el propio notario sino por alguno de sus empleados en cuyo caso sería de aplicación el artículo 120.4 CP. Para que pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria del notario con base en este precepto es necesario que concurran varios presupuestos. En primer lugar, que el hecho ilícito cometido por el empleado sea constitutivo de infracción criminal. En segundo lugar, que el causante del daño tenga la condición de empleado o dependiente del notario. Respecto de estos dos primeros requisitos, hay que tener presente que, en general, no plantearán demasiados problemas. Mayor controversia conllevará el tercer requisito, esto es, que el hecho ilícito dañoso se haya cometido en el desempeño de sus obligaciones o servicios. La cuestión se plantea en la SAP, Vizcaya, de 14 de mayo de 2001 (JUR 2001/302830) que declara la responsabilidad civil subsidiaria de un notario como consecuencia de un delito de apropiación indebida cometida por un empleado de la notaría. La Audiencia afirma que el acusado:

<sup>64</sup> En contra se pronuncia la SAP, Madrid, de 31 de marzo de 2014 (JUR 2014/159248) que condena a un notario por la comisión de un delito de falsedad imprudente documental por la irregular tramitación de un acta de notoriedad que propició una estafa inmobiliaria. La Audiencia afirma que «en cuanto a la responsabilidad civil del Estado, ésta tiene carácter subsidiaria de los hechos delictivos que pudieran cometer sus dependientes, como son las autoridades o funcionarios públicos, en el sentido del artículo 24 CP. Lo cual supone, que por muchas peculiaridades que tenga el régimen jurídico de los notarios y registradores, en concreto la necesidad de constituir fianza y seguro, ello no exime, en su caso, de que el Estado tenga que coadyuvar si fuere necesario, a pagar el importe que pudiera quedar pendiente de abonar por los responsables directos del hecho delictivo».

<sup>65</sup> En el mismo sentido, véase ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., p. 845.

«actuó dentro del ámbito de la competencia de la oficina notarial sirviéndose de la apariencia legal y pública de este servicio para sus espurios fines; de lo expuesto cabe afirmar la responsabilidad civil subsidiaria en que incurrió el Notario y que no puede escudar afirmando simplemente que el trabajo encomendado al oficial por la Sra. R. era de su exclusiva incumbencia pues el mismo ha venido en reconocer que así se hacía en numerosas ocasiones y, en tal sentido, su conocimiento y voluntario consentimiento cediendo a tal fin el uso de su establecimiento y hallándose lo encargado dentro del propio ámbito funcional del trabajo que realizan los Notarios, no puede perjudicar a los extraños que acuden a gestionar sus documentos amparados en el correcto funcionamiento de los organismos públicos.»

Como se desprende de la exposición precedente, la responsabilidad civil del notario por hechos ilícitos delictivos nacerá o bien cuando sea el propio notario el que cometa la infracción criminal, en cuyo caso habrá responsabilidad penal y civil directa del fedatario público, o bien cuando, por aplicación del artículo 120.4 CP, sea un empleado suyo el que, en el ejercicio de sus funciones, cometa el hecho delictivo<sup>66</sup>.

Existe, con todo, una tercera posibilidad, que se ha aplicado por parte de algunas Audiencias, que consiste en declarar la responsabilidad civil subsidiaria del notario con base en el artículo 120.3 CP. En concreto, se considera que si la comisión del delito en las oficinas de la notaría puede relacionarse causalmente con algún tipo de infracción de las exigencias reglamentarias, podrá declararse la responsabilidad civil subsidiaria del notario<sup>67</sup>. Este criterio es aplicado, por ejemplo, en la SAP, Barcelona, de 17 de mayo de 2006 (ARP 2007/86) donde se declara la responsabilidad civil subsidiaria de un notario por el incumplimiento de su deber de diligencia y supervisión de las escrituras mediante las cuales se cometió un delito de estafa. La Audiencia, de forma contundente, considera que:

«el notario no es un mero fedatario público, como un convidado de piedra que se limita a dar fe de las manifestaciones recogidas en su presencia, sino que tiene que tener conocimiento y valorar los

<sup>66</sup> Al respecto, Juan ROCA GUILLAMÓN, «La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios», en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 512.

<sup>67</sup> La infracción reglamentaria que pueda cometer el notario vendrá relacionada, normalmente, por incumplir los artículos 145 y concordantes del Reglamento Notarial. En concreto, el artículo 145 RN afirma que «la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de 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 e intervenientes».

extremos de lo que contienen las actas, escrituras y demás actos en que interviene conforme a lo dispuesto en el artículo 145 y concordantes del Reglamento Notarial (...). Y es precisamente esa omisión de diligencia, con incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 145 y 147 del Reglamento Notarial, lo que propició la comisión por parte del acusado del delito de estafa por el que ha sido condenado, y consecuentemente se declare la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.3 CP, de don Sebastián como titular de la notaría en donde se verificó tal actuar.»

La interpretación que en este caso realiza la Audiencia de Barcelona del artículo 120.3 CP es corregida, sin embargo, por la STS (2.<sup>a</sup>) de 18 de mayo de 2007 (RJ 2007/3887). En ella, se declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el notario y anula la condena de éste como responsable civil subsidiario al considerar que no consta acreditado que la conducta del titular de la notaría «haya infringido la normativa referente a su función, de manera vinculada causalmente a la estafa sancionada»<sup>68</sup>. Sobre esta cuestión conviene apuntar que una interpretación demasiado extensa del artículo 120.3 CP podría ampliar excesivamente el campo de aplicación de este precepto hasta niveles no deseables<sup>69</sup>. Por esta razón, parece más oportuno realizar una interpretación más estricta, en consonancia con el pronunciamiento sostenido, en este caso, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Finalmente, conviene poner de relieve que la cuestión de determinar si los hechos ilícitos dañosos cometidos por un notario, en atención a su categoría funcional, implican la responsabilidad civil de la Administración trasciende más allá del ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, ya que si se considerase que prevalece su carácter de funcionario, así como el ejercicio por su parte de funciones públicas, ello podría conllevar, tratándose de un mero ilícito civil no constitutivo de infracción criminal, el nacimiento de la responsabilidad civil directa de la Administración con base en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC. Sin embargo, y por las mismas razones anteriormente expuestas, también esta interpretación, a mi entender, debe descartarse.

El otro supuesto que, por su carácter fronterizo, ofrece también numerosas dudas es el caso de los registradores de la propiedad y mercantiles. El hecho de que ostenten la categoría de funcionarios públicos está fuera de toda duda. Según el artículo 274.2 LH «los

<sup>68</sup> Sobre la relación de causalidad necesaria entre la conducta infractora del responsable y el daño resarcible en el ámbito del artículo 120.3 CP véase Carlos Manuel DÍEZ SOTO, «Com. art. 120.3», en Manuel COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, tomo IV*, Madrid, Edersa, 1999, pp. 596 y siguientes.

<sup>69</sup> Véase sobre esta cuestión, VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, cit., pp. 80 y siguientes.

registradores de la propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales»<sup>70</sup>. No deben olvidarse tampoco las importantes funciones que ostenta la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nombramientos, inspección, sanciones, consultas y toda la materia referida a la resolución de los recursos gubernativos contra la calificación del registrador. El carácter del registrador como funcionario público y su posición de subordinación jerárquica respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado es puesto de manifiesto de forma taxativa por la RDGRN, de 11 de febrero de 2008 (RJ 2008/2788) al afirmar que:

«el registrador no puede en el ejercicio de su función calificadora desconocer la doctrina expuesta por su superior jerárquico –Dirección General de los Registros y del Notariado–, aun cuando disienta de ella, pues el registrador no es un juez del que es carácter insoslayable su independencia, sino un funcionario público que debe ejercer su función con plena sumisión a los principios de legalidad y jerarquía, siendo así que el primero le impone acatar las resoluciones de la DGRN cuando resuelve recursos frente a calificaciones negativas y el segundo funda esa sumisión a tal órgano superior, pues el registrador ejerce una función pública en el ámbito de una Administración jerarquizada»<sup>71</sup>.

Sin poner en tela de juicio en ningún caso el carácter de funcionarios que ostentan los registradores, no puede negarse que éstos desempeñan sus respectivas funciones, de naturaleza pública, pero desde una perspectiva que presenta un cierto carácter privado. El artículo 222.7 LH afirma que «los registradores en el *ejercicio profesional de su función pública* deberán informar a cualquier persona que lo solicite en materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes las soliciten»<sup>72</sup>.

No puede negarse tampoco que, en diversos preceptos de la Ley Hipotecaria y del Reglamento Hipotecario, se establece que los

<sup>70</sup> Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 536 RH, los registradores de la propiedad «en virtud del carácter de funcionarios públicos que les reconoce el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, tienen los derechos reconocidos por las leyes administrativas. Como funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidatorias de Distrito Hipotecario que vengan determinadas en la demarcación registral».

<sup>71</sup> En idéntico sentido se pronuncia la RDGRN, de 13 de noviembre de 2006 (RJ 2006/7160).

<sup>72</sup> También en el artículo 332.7 RH se utiliza, respecto de los registradores, la expresión «ejercicio profesional de su función pública». Con todo, no puede negarse que la vertiente profesional de los registradores aparece mucho más difusa que en el supuesto de los notarios, ya que en éstos es el propio artículo 1 RN que los define como funcionarios públicos y profesionales del Derecho.

registradores ejercen sus funciones «bajo su responsabilidad» (arts. 18, 99, 100 LH y 536 RH) y que, asimismo, la sección 1.<sup>a</sup> del Título XII de la LH se intitula «De la responsabilidad de los registradores» (artículos 296 a 312). Precisamente, en estos preceptos, se realiza una enumeración de errores del registrador, retrasos en el cumplimiento de plazos u omisiones que pueden dar lugar a responsabilidad y se fija un plazo de prescripción de un año para la acción de indemnización<sup>73</sup>. Además, en el artículo 296 LH se afirma que los registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas y, en segundo lugar, con sus demás bienes, de los daños y perjuicios que causen<sup>74</sup>.

En mi opinión, la voluntad del legislador ha sido otorgar la categoría de funcionario a los registradores porque obviamente es el Estado el que debe regular, entre otras cuestiones, la forma de acceso, la inspección, el escalafón, las incompatibilidades y la jubilación de unos profesionales que realizan unas funciones públicas de valoración jurídica. El registrador actúa en nombre propio con poderes recibidos del Estado<sup>75</sup>. Ahora bien, en los términos anteriormente comentados, no ha sido voluntad del legislador equiparar a los registradores de la propiedad con los demás empleados públicos de la Administración sino que, por el contrario, se les ha dotado de un régimen específico de responsabilidad, previsto en una ley especial como es la Ley Hipotecaria. Además, y como es sabido, el registrador es el dueño de la oficina, contrata y controla a sus empleados, que en ningún caso ostentan la condición de funcionarios públicos, y percibe unos honorarios de las personas físicas o jurídicas que acuden a él<sup>76</sup>. Por estas razones, no puede considerarse que, en caso de comisión de un hecho ilícito por parte de un registrador en el ejercicio de sus funciones, ello determine el nacimiento de la responsabilidad civil de la Administración de

<sup>73</sup> Véase GARCÍA-ÁLVAREZ, «La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Pùblicas», en QUINTANA LÓPEZ/CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, cit., p. 575.

<sup>74</sup> La finalidad de estos preceptos es facilitar al máximo el cobro de las indemnizaciones por parte de quienes resulten perjudicados. Así, PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil de los notarios y registradores. Estudio jurisprudencial» en MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pp. 863 y siguientes.

<sup>75</sup> Al respecto, José Luis LACRUZ BERDEJO/Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA/Agustín LUNA SERRANO/Jesús DELGADO ECHEVERRÍA/Francisco RIVERO HERNÁNDEZ/Joaquín RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil III bis. Derecho inmobiliario registral*. Segunda edición revisada y puesta al día por J. Delgado y J. Rams, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 288 y 289.

<sup>76</sup> Como acertadamente se ha afirmado, los registradores, sin negar el carácter de funcionarios públicos y por su régimen especial de retribución, son responsables directamente de los daños causados en el ejercicio de sus funciones con exclusión de la responsabilidad civil de la Administración. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas*, cit., p. 273, en nota 37.

acuerdo con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC<sup>77</sup>.

Y si ello es así, debe argumentarse de igual manera en los supuestos de comisión de un hecho ilícito delictivo. Si el registrador, aun a pesar de ostentar la categoría de funcionario, realiza una conducta constitutiva de infracción criminal en el ejercicio de sus funciones, ello no puede conllevar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, puesto que si ésta no responde, por las razones citadas, en supuestos de meros ilícitos civiles, tampoco deberá responder si estos ilícitos son constitutivos de infracción penal. En estos casos, al igual que en los notarios, únicamente nacerá la responsabilidad penal y civil directa del causante del daño y, si el daño ha sido ocasionado por un empleado del registrador, nacerá también la responsabilidad civil subsidiaria de éste en virtud de lo establecido en el artículo 120.4 CP<sup>78</sup>.

### 3.3 Los profesores de centros docentes públicos y privados concertados

Continuando con el análisis del elemento subjetivo del artículo 121 CP, debe comentarse también el particular supuesto de los profesores que prestan servicios en centros docentes. No existe ninguna duda de que, ante la comisión de hechos ilícitos delictivos cometidos por profesores de centros docentes públicos, nacerá la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración educativa correspondiente. Ello será así, claro está, siempre que pueda considerarse que el hecho dañoso es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Es indiscutible el hecho de que los profesores de centros docentes públicos, o bien ostentan la categoría de funcionarios, ya sean titulares o interinos, o bien son contratados por la Administración, de manera que la aplicación del artículo 121 CP en este aspecto no ofrece demasiadas controversias<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Es también de esta opinión, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 280. Para el mencionado autor, a idéntica solución debe llegarse respecto de los notarios.

<sup>78</sup> Parcialmente en contra, ROCA GUILLAMÓN, «Com. art. 121», en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 845 y siguientes y, en particular, 849. Según dicho autor, no debería excluirse el supuesto de que la Administración fuera condenada, como responsable civil subsidiaria, en supuestos extremos en que por la excepcional cuantía de la indemnización resultare insuficiente el sistema de fianzas, todo ello, para relacionar la persistencia del sistema actual de responsabilidad civil de los registradores con el principio contemplado en el artículo 106.2 CE.

<sup>79</sup> Aunque normalmente se piense en el supuesto de daños causados por profesores de educación primaria o secundaria, no debe excluirse el caso de hechos ilícitos dañosos cometidos por profesores de Universidad, ya sean éstos funcionarios o contratados. La SAP, Málaga, de 8 de noviembre de 2011 (JUR 2012/75197) declara la responsabilidad

Además, algunas Comunidades Autónomas han dado un paso más y han atribuido a los profesores de centros públicos, en el ejercicio de sus funciones, la consideración de autoridad, con lo cual se refuerza aún más, si cabe, el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 121 CP. Así, la Comunidad de Madrid dictó la Ley 2/2010, de 15 de junio, de *Autoridad del Profesor*<sup>80</sup> en cuyo artículo 5 se afirma que «los directores y demás miembros del equipo directivo, así como los profesores tendrán, en el ejercicio de las potestades de gobierno, docentes y disciplinarias que tengan atribuidas, la condición de autoridad pública, y gozarán de la protección reconocida a tal condición por el ordenamiento jurídico».

No existen tampoco dudas, pero en este caso en un sentido diferente, respecto de los centros docentes privados. Los hechos dañosos que revistan carácter de infracción criminal cometidos por profesores de colegios privados no pueden conllevar la responsabilidad civil de la Administración, toda vez que falta de forma clara el elemento subjetivo del artículo 121 CP. Podrá nacer, en su caso, la responsabilidad civil subsidiaria del titular del centro docente privado en virtud de lo dispuesto en el artículo 120.4 CP.

Por el contrario, mayores problemas existen cuando se trata de hechos delictivos causados por docentes de colegios concertados. Es importante destacar que el artículo 108.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de *Educación* (en adelante, LOE)<sup>81</sup> afirma que «son centros privados concertados los centros privados acogidos al régimen de conciertos legalmente establecido»<sup>82</sup>. Nótese que la propia Ley define a los centros concertados como centros educativos de carácter privado, lo que parece conllevar la inaplicación del artículo 121 CP. Sin embargo, el propio artículo 108.4 afirma que «la prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados». Con todo, y a pesar de la equiparación mencionada, el artículo 121 CP exige, para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración que los causantes del daño sean «autoridad, agen-

---

penal y civil de un profesor de Universidad que solicita tener relaciones sexuales con una alumna para obtener el aprobado en una asignatura. La sentencia no se pronuncia sobre la responsabilidad civil subsidiaria de la Universidad, puesto que ésta última «no ha sido parte en ningún momento del procedimiento». Con todo, parece evidente que, de haber sido parte, hubieren concurrido los presupuestos para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del centro docente universitario con base en el artículo 121 CP.

<sup>80</sup> BOE núm. 238, de 1 de octubre de 2010.

<sup>81</sup> BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006.

<sup>82</sup> Sobre la relación entre los centros concertados y la responsabilidad civil de la Administración, véase Beatriz DÍAZ MADRERA, «Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la educación» en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo II, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, pp. 940 y siguientes.

tes y contratados de la misma o funcionarios públicos» y es claro que, en líneas generales, no se cumple dicho elemento subjetivo en el supuesto de profesores de centros concertados, puesto que éstos son contratados por los titulares de los centros docentes<sup>83</sup>.

No obstante, y como se ha manifestado con anterioridad, ante ciertos problemas de convivencia detectados en los centros docentes, algunas Comunidades Autónomas han optado por otorgar a los profesores de centros públicos la consideración de autoridad. Sigue de que dicha fórmula se ha querido también trasladar a los docentes de centros concertados. Así, por ejemplo, se ha dictado la Ley 2/2011, de 1 de marzo, *de autoridad del profesor y de la convivencia en los centros educativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja*<sup>84</sup> que, en su artículo 5, dispone que «los directores y demás miembros del equipo directivo, así como los profesores de los centros docentes públicos y centros privados concertados, en el ejercicio de las potestades de gobierno, docentes y disciplinarias que tengan asignadas, tendrán la consideración de autoridad pública y gozarán de la protección reconocida a tal condición por el ordenamiento jurídico»<sup>85</sup>.

En consecuencia, podría parecer que en el supuesto de hechos ilícitos delictivos cometidos en el ejercicio de sus funciones por profesores de centros concertados que ostenten la categoría de autoridad reconocida por Ley, debería aplicarse no el artículo 120.4 CP, sino el artículo 121 CP, toda vez que el causante del daño tiene la consideración de autoridad pública, aunque es dependiente de un titular privado. A pesar de todo, dicha solución presenta algunos inconvenientes. Debe destacarse que, al menos potencialmente, en el supuesto de hechos ilícitos delictivos cometidos por profesores de centros docentes concertados que ostenten la condición de autoridad por atribución de una Ley, cabe la posibilidad de aplicar dos preceptos.

Por un lado, el artículo 120.4 CP continuaría teniendo campo de aplicación, puesto que el profesor es un empleado del titular del centro docente. Por tanto, y tal como afirma el precepto, son res-

<sup>83</sup> En este sentido, el artículo 117.5 LOE afirma, respecto de los centros privados concertados, que «los salarios del personal docente serán abonados por la Administración al profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, con cargo y a cuenta de las cantidades previstas en el apartado anterior. A tal fin, el titular del centro, en su condición de empleador en la relación laboral, facilitará a la Administración las nóminas correspondientes, así como sus eventuales modificaciones».

<sup>84</sup> BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2011.

<sup>85</sup> En similares términos véase la Ley gallega 4/2011, de 30 de junio, *de convivencia y participación de la comunidad educativa* (BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011), la ley asturiana 3/2013, de 28 de junio, *de medidas de autoridad del profesorado* (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 2013) y la Ley 3/2014, Castilla y León, de 16 de abril, *de autoridad del profesorado* (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2014).

ponsables civilmente en defecto de los que lo sean criminalmente «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Como puede observarse, el supuesto contemplado encaja perfectamente en el ámbito de aplicación de la norma.

Por otro lado, ya se ha comentado que al ostentar la condición de autoridad atribuida por Ley, también resulta de aplicación el artículo 121 CP, con la consiguiente declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración educativa competente. Ahora bien, dejar que sea la Administración la que deba indemnizar la totalidad de la cuantía indemnizatoria no parece que sea razonable, toda vez que, de acuerdo con la LOE, los centros concertados son privados. Pero tampoco parece oportuno el hecho de que sea el titular del centro docente el que deba cargar con toda la responsabilidad civil subsidiaria, puesto que si el legislador ha querido atribuir la condición de autoridad a los profesores de centros concertados, este hecho ha de afectar también a las normas de responsabilidad civil. Por ello, en mi opinión, debería declararse la responsabilidad subsidiaria y solidaria de la Administración correspondiente y la de la persona, natural o jurídica, titular del centro docente.

Pues bien, de todo lo comentado con anterioridad, puede afirmarse, en primer lugar, que los hechos ilícitos dañosos constitutivos de infracción criminal cometidos por profesores de centros docentes públicos en el ejercicio de sus funciones conllevará la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente en virtud de lo dispuesto en el artículo 121 CP<sup>86</sup>.

En segundo lugar, respecto de los centros privados concertados, cabe entender que, en líneas generales, debe ser de aplicación el artículo 120.4 CP, toda vez que los profesores de dichos centros no ostentan ni la condición de autoridad ni la de empleados públicos y, en consecuencia, no concurre el elemento subjetivo para aplicar el artículo 121 CP<sup>87</sup>. La excepción a esta regla será la de aquellas Comunidades Autónomas que por Ley hayan establecido, en los términos anteriormente comentados, que los profesores de los centros privados concertados gozan de la consideración de autoridad pública.

<sup>86</sup> Así lo afirma, Carlos LASARTE ÁLVAREZ / Patricia LÓPEZ PELÁEZ/M.<sup>a</sup> Fernanda MORETÓN SANZ, *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 105.

<sup>87</sup> Al respecto, María Luisa ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada, Comares, 2000, p. 464.

Finalmente, respecto de los centros privados, y con mayor razón que los centros concertados, la responsabilidad civil subsidiaria por hechos ilícitos delictivos cometidos por su profesorado debería atribuirse únicamente al titular del centro y, en ningún caso, a la Administración<sup>88</sup>.

#### 4. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 121 CP. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para que se produzca el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración es necesario que el responsable del delito haya actuado en el ejercicio de sus cargos o funciones y que la lesión, además, sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos<sup>89</sup>. En este sentido, puede decirse que aquello que será normal es que el nacimiento de la responsabilidad subsidiaria de la Administración nazca cuando el funcionario ha desbordado o extralimitado su función causando un perjuicio a terceros, puesto que es evidente que si el empleado ha ajustado su actuación a la diligencia debida difícilmente nacerá la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración<sup>90</sup>. En consecuencia,

<sup>88</sup> Al respecto debe recordarse que los titulares de los centros docentes privados tienen libertad no sólo para su creación, sino también para su organización y dirección, gozando de autonomía para establecer el régimen interno del centro, para seleccionar a su profesorado, para determinar los procedimientos de admisión de alumnos, para establecer las normas de convivencia que estimen convenientes, así como para fijar su régimen económico. En este sentido, ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, cit., pp. 41 y 42. En consecuencia, y ante la amplitud de atribuciones que se otorgan a los titulares de dichos centros, no parece que, ante hechos delictivos cometidos por personal de un colegio privado, deba responder la Administración Pública.

<sup>89</sup> Con todo, en algunas ocasiones, debe destacarse que la cuestión relativa a la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el funcionamiento de sus servicios públicos no llega a sustanciarse en el proceso penal. Ello puede deberse al hecho de que las acusaciones no lo planteen al tratarse de cantidades indemnizatorias relativamente pequeñas. Tal es el caso, por ejemplo, de la STS (2.<sup>a</sup>) de 11 de febrero de 2014 (JUR 2014/45229) donde se declaró la responsabilidad penal de un inspector de la policía nacional por un delito de detención ilegal y se le condenó a las penas correspondientes y a indemnizar a la víctima en 6000 euros por los daños morales ocasionados sin que en ningún momento se cuestionara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. En otras ocasiones, la ausencia de condena a la Administración, se debe a que ésta ya ha satisfecho, con anterioridad al juicio, la cuantía indemnizatoria. Este es el supuesto contemplado en la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 5, Palma de Mallorca, de 12 de febrero de 2014 (JUR 2014/63412) que condenó a unos policías nacionales que conducían ebrios un vehículo oficial y que, después de atropellar mortalmente a una ciclista, se dieron a la fuga. En este caso, los perjudicados no reclamaron al haber sido indemnizados por el Consorcio de Compensación de Seguros.

<sup>90</sup> La STS (2.<sup>a</sup>) de 1 de abril de 2013 (RJ 2013/7272) afirma que «lo normal será que todos aquellos delitos en los que el funcionario ha desbordado o extralimitado su función, causando un perjuicio a terceros, deban dar lugar a la aparición de responsabilidad subsidiaria a cargo del Estado o de la Administración que corresponda». En idéntico sentido, se expresa la STS (2.<sup>a</sup>) de 7 de febrero de 2013 (RJ 2013/8381).

aquellas extralimitaciones que estén relacionadas o conectadas con las tareas o funciones del agente causante del daño justifican la responsabilidad civil de la Administración contemplada en el artículo 121 CP y no pueden invocarse como razón de exclusión de la misma<sup>91</sup>.

Es lógica la exigencia de dichos requisitos, ya que la Administración no responde de todos los hechos ilícitos dañosos que cometan sus empleados, sino sólo en aquellos supuestos en que exista una conexión con el servicio público<sup>92</sup>. Como se ha comentado con anterioridad, tanto el artículo 106.2 CE como el artículo 139.1 LRJPAC delimitan el ámbito objetivo de los daños indemnizables circunscribiéndolos a los derivados del funcionamiento de los servicios públicos, precisando el artículo 139.1 LRJPAC que dicho funcionamiento puede ser normal o anormal. Con todo, y por generosa que sea la formulación legal, es claro que la cobertura de la Administración no puede ser indefinida, centrándose en los límites del servicio público y excluyendo la actividad privada de los funcionarios<sup>93</sup>.

La responsabilidad civil de la Administración en el ámbito penal presenta, como ya ha podido observarse, ciertas peculiaridades y una de ellas es, precisamente, el hecho de que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración prevista en el artículo 121 CP sólo pueda surgir como consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio público. No parece posible la existencia de un funcionamiento normal de la Administración que dé lugar a una condena subsidiaria de ésta, ya que debe partirse de la premisa que para que pueda exigirse la responsabilidad civil de la Administración por la vía del artículo 121 CP, es necesario que la conducta del sujeto causante del daño sea constitutiva de infracción criminal y ello excluirá la posibilidad del funcionamiento normal del servicio público<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Así lo afirma con acierto, Francisco SOTO NIETO, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad», Madrid, *La Ley*, núm. 1549, 26 de septiembre de 1986, pp. 959 y 960.

<sup>92</sup> En otro caso, como es evidente, el sujeto causante del daño responderá como cualquier particular. En este sentido, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Pùblicas», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1953 y 1954. Sobre esta cuestión, véase la STS (2.<sup>a</sup>) de 16 de enero de 2013 (RJ 2013/966) donde se exonerá a la Administración Pública, como responsable civil subsidiaria, de un asesinato cometido por un operario de un retén de incendios a un compañero suyo, cuando ambos se encontraban en su puesto de trabajo, al considerar que el acto cometido por el empleado público era ajeno al ejercicio de sus funciones.

<sup>93</sup> Sobre esta cuestión, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 407.

<sup>94</sup> Como se ha afirmado con acierto, el delito, por naturaleza, nunca forma parte de los fines del Estado. Por tanto, nunca podría nacer la responsabilidad civil subsidiaria si de principio se excluyera la misma cada vez que se comete una infracción por parte del funcionario.

No obstante lo anterior, la delimitación de cuando un empleado público actúa en el ejercicio de sus funciones y cuando el daño es una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos no siempre aparece de forma clara. Así, en la STSJ, Andalucía, de 14 de diciembre de 2006 (JUR 2007/222570)<sup>95</sup> se exoneró de responsabilidad civil subsidiaria al Estado por un homicidio imprudente cometido por un sargento del ejército contra el dueño de un bar. El suboficial cometió el delito dentro de su horario profesional y vestido de uniforme, pero utilizando un arma particular estando, en el momento de los hechos, bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Se declaró como probado que, tres meses antes de la comisión del hecho delictivo, al acusado se le diagnosticó un cuadro de ansiedad depresiva que le llevó a estar ingresado en el hospital militar durante quince días. Asimismo, y hasta el día de los hechos, estaba sometido a tratamiento médico con apoyo psicológico semanal. El tratamiento médico recetado no le impedía, en principio, el desarrollo normal de su actividad como militar. Según la sentencia:

«al salir el acusado hacia el bar en que se perpetraron los hechos, encontrándose de servicio, no actuaba dentro de las funciones propias que, como inherentes a su obligación, desempeñaba, ni tenía por qué portar armas, ni tampoco era preceptivo, ya que noaría ser el militar sancionado por no llevarlas, por lo que resulta absurdo que se pretenda la existencia de un incumplimiento por parte de sus superiores, al permitirle salir del cuartel, sin haber quedado franco de servicio, porque ni consta que en aquel momento hubieran superiores presentes, ni éstos tienen facultad para impedir la salida a un inferior a un local público.»

El criterio mantenido en esta sentencia no puede compartirse ya que, por un lado, ha quedado acreditado que el acusado, en el momento de los hechos, se encontraba de servicio, vestido de uniforme y bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Ello significa que o bien salió bebido del acuartelamiento o bien el rato que estuvo fuera del recinto militar fue considerable, puesto que el grado de intoxicación etílica que presentaba era tan elevado que significó que se apreciara la atenuante prevista en el artículo 21.1 CP. Por

Al respecto, F. GARCÍA VICENTE/F. SOTO NIETO/J. DE LAMO RUBIO/J. M. GUILLÉN SORIA, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 241 y 242.

<sup>95</sup> La sentencia del Tribunal Superior de Justicia es totalmente confirmada por la STS (2.ª) de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/3655). Con todo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo no entra a dilucidar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ya que el recurso de casación se interpuso por parte de la defensa del condenado y, a juicio del Alto Tribunal, ésta no tiene legitimación para sostener en casación la condena del Estado en materia de responsabilidad civil.

otro lado, no debe olvidarse que el acusado estuvo ingresado cerca de quince días en el hospital militar y que, en el momento de los hechos, aún estaba sometido a tratamiento médico.

El verdadero problema que se plantea en relación con este caso, y ciertamente no es menor, es la circunstancia de que el daño se occasionara con un arma privada<sup>96</sup>. Es incuestionable que si el hecho ilícito se hubiera cometido con el arma reglamentaria no habría ninguna duda respecto de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado pero, en relación con este punto, no debe olvidarse que también existen pronunciamientos de la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Supremo en que se declara la responsabilidad civil directa de la Administración, en este caso por aplicación de los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, por daños causados por un arma privada perteneciente a un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así, por ejemplo, en la STS (3.<sup>a</sup>) de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1605) se declaró la responsabilidad civil directa de la Administración por los daños occasionados por un menor a quien se le disparó accidentalmente la pistola privada que su padre, policía nacional, guardaba en un cajón de un armario, causando lesiones graves a otro adolescente. Según el Tribunal Supremo:

«el título de imputación de la Administración que definiría en este supuesto la relación de causa a efecto entre ella y el resultado producido y el daño causado que habrá de indemnizar, se encuentra en la concesión u otorgamiento al funcionario de policía de la titularidad de un arma que no es la reglamentaria, y que se le concede, a sabiendas de los riesgos que ello comporta, como consecuencia de la confianza que en aquél deposita la Administración»<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> A pesar del carácter no reglamentario del arma, debe destacarse que al acusado, precisamente por su condición de militar, no se le exigieron los requisitos establecidos por los particulares para la obtención de la licencia como, por ejemplo, el examen psicotécnico. El hecho de tramitar la licencia a través de sus superiores y la circunstancia de conocer éstos la situación psicológica del acusado debían conllevar algún tipo de actuación por parte de las autoridades militares competentes y es también la falta de diligencia en este aspecto lo que revela un funcionamiento anormal del servicio público.

<sup>97</sup> La mencionada sentencia es criticada por Javier BARCELONA LLOP, *Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1485 y 1486. Según dicho autor, el Tribunal Supremo retuerza el título de imputación del deber de resarcir hasta convertir a la Administración en una especie de garante universal de todo evento lesivo que pueda guardar alguna conexión con el servicio público. Ciertamente, parece que la sentencia, al declarar en este supuesto la responsabilidad civil de la Administración, se excede. Una cuestión es que se declare la responsabilidad civil del padre, lo cual es evidente y, cosa distinta, es que la negligencia del padre sea también imputable a la Administración.

En cambio, como ha podido observarse, la jurisdicción penal no aprecia que el daño causado por un militar que seguía un tratamiento psicológico, encontrándose de servicio en el momento del hecho ilícito, vistiendo el uniforme reglamentario, bajo la influencia de bebidas alcohólicas pero con un arma privada sea una consecuencia del servicio público y, en consecuencia, exonera al Estado como responsable civil subsidiario.

Sin embargo, el criterio mantenido en la anterior resolución difiere notablemente del seguido en la STS (2.<sup>a</sup>) de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002/2775). En ésta se condena al Estado como responsable civil subsidiario por las lesiones causadas por un cabo del ejército contra un soldado profesional. En concreto, se afirma que entre los dos militares existía una situación de tensión que duraba varios meses y que desembocó en una pelea mutuamente aceptada por ambos. Ésta tuvo lugar un día al terminar la jornada laboral y en una casa abandonada que existía en las inmediaciones del cuartel. Una vez enzarzados en la pelea, el cabo efectuó una llave de judo, volteó al soldado y éste se golpeó en la cabeza con una piedra, causándole diversas lesiones. La Audiencia condenó al acusado a las penas correspondientes, pero exoneró de responsabilidad civil al Estado al apreciar que la lesión no era consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos<sup>98</sup>.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo al considerar que:

«aparecen cumplidos los requisitos necesarios para que el artículo 120.3 CP sea aplicado (...). Por otra parte, como también alega el recurrente, el hecho de autos deriva de un deficiente funcionamiento del servicio –ver artículo 121 CP– ya que, como declaró en el juicio oral el teniente superior común del agredido y del agresor, él conocía que el cabo era temperamental, habiendo oído que había tenido problemas debido a su carácter, a pesar de lo cual ni siquiera se enteró de la existencia de una situación de tensión entre ambos que duraba varios meses y que era conocida»<sup>99</sup>.

<sup>98</sup> Según la SAP, Zaragoza, de 26 de octubre de 1999 (ARP 1999/3162) se exonerá al Estado como responsable civil subsidiario por cuanto que el hecho ilícito dañoso «tuvo lugar fuera del recinto militar, entre dos militares profesionales terminado el horario de trabajo y a causa de la enemistad sufrida por razones ajenas al servicio de armas. No era superior jerárquico el acusado puesto que aunque ambos en la plana mayor prestaban sus servicios, tenían distintos destinos». La sentencia cuenta con un Voto Particular de un magistrado que entiende que debía declararse la responsabilidad civil del Estado.

<sup>99</sup> Por el contrario, la SAP, Huesca, de 19 de julio de 2012 (ARP 2012/924) niega la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio de Defensa por la muerte de un soldado profesional producida por un compañero suyo en el interior del acuartelamiento militar donde residían. A pesar de que se declara probado que el acusado entró bebiendo a las dos de la madrugada en el interior del cuartel, que armó un notorio alboroto en su habitación y que mantenía unas malas relaciones con la víctima, que sus superiores desconocían, no se considera que todo ello tenga suficiente entidad causal para determinar la responsabilidad

Respecto de esta sentencia deben realizarse dos precisiones. Por un lado, no puede compartirse el primer argumento que se da en la resolución en el sentido de que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 120.3 CP para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Si una cosa aparece clara es que el artículo 120.3 CP no puede aplicarse en este caso, puesto que se requiere que los delitos se hayan cometido dentro de los establecimientos de los que sean titulares las personas físicas o jurídicas responsables<sup>100</sup>. En el supuesto que se comenta, el delito se comete fuera del acuartelamiento militar y ello determina, en consecuencia, la necesaria inaplicación del artículo 120.3 CP. Por otro lado, sin embargo, debe considerarse acertado el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, en contra de la opinión sostenida por la Audiencia, de que el daño padecido por el soldado es consecuencia de un mal funcionamiento de los servicios públicos y ello por varias razones.

En primer lugar, el hecho de que la situación de tensión entre los dos militares fuese conocida por numerosos miembros de la unidad, menos para los mandos militares, denota una falta de control impropia de una institución militar. En segundo lugar, el cabo, como superior, en ningún caso debía aceptar de participar en una pelea sino que tenía que denunciar los hechos a los superiores correspondientes y, en tercer lugar, no debe olvidarse que la pelea fue consecuencia directa de la dinámica agresiva que existía entre ambos militares fruto de su permanencia en el acuartelamiento. Es claro, a mi entender, que la suma de todos estos factores determina la aplicación del artículo 121 CP y la consiguiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

En otros supuestos, el hecho de si el acto ilícito delictivo cometido por el funcionario debe considerarse o no como una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos aparece de forma más clara. Así, en la STSJ, Navarra, de 16 de febrero de 2004 (JUR 2004/111844) se declara como probado que el acusado, empleado de una oficina de Correos, mató a un compañero suyo de trabajo en una parada de autobús después de concluir la jornada laboral. El acusado padecía una esquizofrenia paranoide que se encontraba en pleno brote en el momento de la comisión de los hechos. La Audiencia impuso a aquél una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico de veinte años y le condenó

---

civil subsidiaria del Estado. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y, con posterioridad, por el Tribunal Supremo.

<sup>100</sup> Al respecto, CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, cit., p. 285. Ciertamente, si el hecho ilícito delictivo se hubiera cometido dentro del cuartel, la aplicación del artículo 120.3 CP no presentaría demasiadas dudas.

a las consiguientes responsabilidades civiles, absolviendo al Estado como responsable civil subsidiario<sup>101</sup>. Interpuesto recurso de apelación, el Tribunal Superior declara no haber lugar al mismo y confirma la absolución del Estado como responsable civil al afirmar que:

«la acción criminal no fue ejecutada en el desempeño del servicio postal en que el acusado participaba, ni en el ejercicio de los cometidos propios del cargo o puesto de trabajo que tenía encomendado. Tampoco su desarrollo, ni la formación recibida o los medios suministrados para llevarlo a cabo, ni la confianza generada por su pertenencia a la empresa para la que prestaba sus servicios, le proporcionaron facilidad alguna en su ejecución. Es más, como ya antes se ha indicado, en el ánimo del acusado estuvo en todo momento presente la idea de ejecutar su acción mortal fuera del lugar de trabajo y de la jornada laboral (...). La agresión mortal de que se trata no presenta en suma la necesaria conexión funcional, espacio-temporal o instrumental con el servicio público de la entidad Correos y Telégrafos en cuya prestación participaba como empleado su autor, produciéndose al margen de la actividad potencialmente sometida a la dirección e intervención de dicha entidad»<sup>102</sup>.

En el recurso de apelación presentado por las acusaciones, se hacía especial incidencia en la omisión de los controles médicos que la sociedad Correos y Telégrafos venía obligada a realizar con sus empleados al inicio y durante el transcurso de la relación laboral. El Tribunal, acertadamente, argumentó que siendo cierta la omisión de dichos reconocimientos médicos, la orientación de éstos se centraba sólo en comprobar la aptitud profesional de los empleados en relación con las funciones encomendadas, no siendo posible exigir que los exámenes detectaran desequilibrios menta-

<sup>101</sup> Como es sabido, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, *de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*, el Organismo Autónomo Correos y Telégrafos ha pasado a denominarse Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima con un capital social que pertenece íntegramente al Estado.

<sup>102</sup> En cambio, sí se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos en la SAP, Madrid, de 9 de febrero de 2009 (ARP 2009/346) puesto que el acusado, funcionario de Correos, «en el momento de los hechos estaba atendiendo al público en la oficina a la que pertenece, función que hace habitualmente y fue precisamente al atender a esta señora que preguntaba donde era el lugar donde podía recoger un envío, quejándose de la tardanza y de que la mandaban de un lugar a otro, cuando el acusado salió de detrás del mostrador donde se encontraba hacia la zona donde está el público, agarrándola y agrediéndola, acción que le provocó unas lesiones». En este caso, acertadamente, la sentencia concluye que se dan todos los presupuestos exigidos por el artículo 121 CP incluyendo, claro está, el hecho de que el delito cometido por el funcionario se haya cometido en el ejercicio de sus cargos o funciones y que la lesión, además, sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. Asimismo, en la SAP, Navarra, de 17 de diciembre de 2001 (JUR 2002/45949) se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de las vejaciones injustas cometidas por un conserje de instituto a las mujeres de la limpieza.

les. A todo ello se debía añadir que la actuación del acusado con sus demás compañeros era normal, más allá de un comportamiento introvertido por parte de aquél.

## 5. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 121 CP

Es indiscutible que la producción de un daño que deriva de una infracción criminal, imputable a un empleado público, genera una responsabilidad civil de la Administración que, a diferencia del régimen general previsto en la LRJPAC, no tiene carácter directo sino subsidiario<sup>103</sup>. La subsidiariedad de dicha responsabilidad se encuentra en el propio redactado del artículo 121 CP, a diferencia de los distintos supuestos contemplados en el artículo 120 CP donde, al menos de forma expresa, no se establece su carácter subsidiario aunque es evidente que éste puede fácilmente deducirse de su contenido.

En numerosas ocasiones se ha considerado que la responsabilidad civil de la Administración prevista en el artículo 121 CP y la regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC son distintas<sup>104</sup>. Precisamente uno de los motivos que se dan para justificar dicha distinción es que una normativa tiene carácter subsidiario y la otra tiene carácter directo. Sin lugar a dudas, es discutible si la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración prevista en el artículo 121 CP puede llegar a identificarse con la responsabilidad civil regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC. Con todo, es innegable que, aun para los que defienden que la naturaleza de ambas responsabilidades es distinta, no puede resultar

<sup>103</sup> El hecho de que la responsabilidad civil de la Administración por delitos de sus funcionarios sea subsidiaria y, en cambio, en la legislación general sea directa es criticado, entre otros, por YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 284.

<sup>104</sup> En este sentido, Manuel REBOLLO PUIG, «La reclamación de la indemnización», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 90 y 91. El mencionado autor afirma que «la responsabilidad administrativa *ex delicto* declarada por el juez penal no es propiamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, la regulada en los artículos 139 y ss. de la LRJPAC». Nótese que, para identificar a la responsabilidad civil prevista en el artículo 121 CP utiliza la terminología «responsabilidad administrativa *ex delicto*». Dicha denominación no puede compartirse ya que, en todo caso, será una responsabilidad civil *ex delicto* y todo ello porque es el propio artículo 121 CP *in fine* el que dispone que «si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario».

indiferente que sea la misma Administración Pública el sujeto pasivo de una u otra acción<sup>105</sup>.

En mi opinión, ambas responsabilidades civiles participan de una misma naturaleza<sup>106</sup>. Cuando un empleado público comete una infracción criminal en el ejercicio de sus funciones, ello puede conllevar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 CP, el nacimiento de la responsabilidad civil de la Administración. Con todo, y según la jurisprudencia, el tribunal penal únicamente puede, en lo que se refiere a la cuestión civil, aplicar los artículos del Código Penal. No le está permitido aplicar los preceptos de la LRJPAC ni de otras normas administrativas. Dicho argumento, sin embargo, no puede compartirse, en los términos que, con posterioridad, se verán.

Ahora bien, ello no debe entenderse en el sentido de que son dos tipos de responsabilidad civil distintas, puesto que lo que se ventila es la misma responsabilidad civil de la Administración. Es cierto que, como se ha comentado, en el Código Penal la responsabilidad civil es subsidiaria y, en la LRJPAC es directa, pero ello no distorsiona la naturaleza común de ambas responsabilidades. Esta diferencia, ciertamente peculiar, obedece a cuestiones históricas y a la particular regulación que, de la responsabilidad civil *ex delicto*, ha realizado nuestro legislador.

Es indudable que la regla de la subsidiariedad supone un agravio para el perjudicado por el delito, ya que resulta que cuando la actuación del empleado público es más grave, por ser su conducta constitutiva de infracción criminal, la Administración responde de forma subsidiaria. En cambio, cuando la conducta del funcionario no es delictiva, aquélla responde de forma directa<sup>107</sup>. Sin embargo, esta problemática se da exactamente de la misma forma, y es igualmente criticable, en los supuestos regulados en el artículo 120 CP y en el artículo 1903 CC. En el primer caso, la responsabilidad civil de los sujetos enumerados en el precepto es subsidiaria y, en el segundo, es directa, pero ello no significa que la responsabilidad civil extracontractual en uno y otro supuesto sea distinta. De forma similar sucede con la responsabilidad civil de la Administración<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> En este sentido, ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 819 y siguientes.

<sup>106</sup> Como se ha afirmado con acierto, desde un punto de vista analítico, la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas son categorías equivalentes. Así, GÓMEZ LIGÜERRE, *Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 16.

<sup>107</sup> Al respecto, Miguel CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 190 y 191.

<sup>108</sup> A nivel general, YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pp. 280 y 281. Como acertadamente pone de manifiesto

Sin duda sería deseable que ésta respondiera de la misma forma con independencia de si la conducta del agente es o no constitutiva de infracción criminal, pero el legislador no ha optado por este posicionamiento. La jurisprudencia de las dos Salas del Tribunal Supremo implicadas en la cuestión es clara y terminante y se ciñen escrupulosamente a lo dispuesto en sus respectivos sistemas normativos. En consecuencia y en los términos explicados, la subsidiariedad de la responsabilidad civil *ex delicto* de la Administración no cambia su naturaleza respecto de la prevista en la LRJPAC.

Por último, apuntar que el artículo 121 CP *in fine* afirma que «si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario». Por tanto, si se quiere ejercitar en el proceso penal la responsabilidad civil del empleado causante del daño, se exige que la pretensión se dirija también contra la Administración, porque de esta forma ésta no podrá ser condenada subsidiariamente sin ser oída<sup>109</sup>. Es un claro supuesto de litisconsorcio pasivo necesario entre el sujeto penalmente responsable y la Administración Pública en la que esté integrado<sup>110</sup>.

### **III. LOS PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN EL ARTÍCULO 120.3 CP**

No obstante lo comentado con anterioridad, el hecho de que la responsabilidad civil prevista en el artículo 121 CP y la responsabilidad civil de la Administración regulada en la LRJPAC participen de una misma naturaleza no significa que, en caso de absolución de la Administración como responsable civil subsidiaria por no concurrir los requisitos previstos en el artículo 121 CP, no pueda ser aquélla igualmente condenada como responsable civil subsidiaria.

Por un lado, es evidente que pueden faltar los presupuestos exigidos por el artículo 121 CP, pero pueden darse los contemplados en el artículo 120.3 CP. En este caso, nacerá también la responsabilidad civil de la Administración que, al igual que en el artículo 121 CP,

---

dicho autor, la llamada responsabilidad patrimonial del Estado no deja de ser responsabilidad civil, si bien con principios propios y matices particulares.

<sup>109</sup> Véase QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LA LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La responsabilidad civil ex delicto*, cit., p. 176.

<sup>110</sup> En este sentido, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Pùblicas», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., p. 1956.

tendrá carácter subsidiaria. El artículo 120.3 CP afirma que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

«las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.»

Debe resaltarse que, en algunas ocasiones, se ha cuestionado el hecho de que las distintas Administraciones Públicas puedan ser declaradas responsables civiles subsidiarias en aplicación de lo dispuesto en el artículo 120.3 CP con el argumento de que aquéllas sólo pueden ser condenadas civilmente, en el proceso penal, por aplicación del artículo 121 CP. Este criterio no puede compartirse. Es cierto, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, que el fundamento de aplicación del artículo 121 CP reside en actuaciones constitutivas de delito cometidas por empleados públicos, entendiendo dicho concepto en un sentido amplio. Pero la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración no debe limitarse únicamente a las infracciones criminales cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. El artículo 120.3 CP permite, sin forzar su literalidad, que cuando los delitos se cometan en un establecimiento público y se produzcan precisamente por una infracción de las normas reglamentarias, pueda declararse la responsabilidad civil de la Administración Pública correspondiente. Por ello, hoy es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de interpretar que la Administración Pública puede ser condenada como responsable civil subsidiaria por aplicación tanto del artículo 120.3 como del 121 CP<sup>111</sup>. En este sentido, la STS (2.<sup>a</sup>) de 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10172) declara que:

<sup>111</sup> La STS (2.<sup>a</sup>) de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011/2779) afirma que «el Estado puede incurrir en responsabilidad civil subsidiaria en los supuestos previstos en los artículos 120.3 y 121 CP que son distintos y sin ninguna primacía de uno sobre otro». Asimismo, la STS (2.<sup>a</sup>) de 13 de junio de 2003 (RJ 2003/8553) declara que «los artículos 120.3 y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el artículo 121 lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el artículo 120.3, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado».

«Constituiría un privilegio inconstitucional, opuesto a los principios de igualdad y tutela judicial efectiva, interpretar que el Estado está dispensado de la responsabilidad civil subsidiaria en vía penal, a través del artículo 120.3, mientras se exige dicha responsabilidad a las restantes personas jurídicas. La expresión «personas naturales o jurídicas» es eminentemente amplia y abarcadora, cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella. De ahí que se haya estimado que entre las primeras figura el Estado o cualquier ente Público por los delitos cometidos en órganos o establecimientos de los que aquéllos ostenten la titularidad.»

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene exigiendo, para aplicar el artículo 120.3 CP, la existencia de diversos requisitos. En primer lugar, que los hechos delictivos se hayan cometido en un establecimiento del que sea titular o esté contratado por el Estado o demás organismos públicos concertados. En segundo lugar, que sea verificable y constatable la vulneración de la Ley u otras disposiciones reglamentarias. Finalmente, que la citada vulneración esté relacionada con el hecho punible cometido, es decir, que la omisión sea causalmente influyente en la producción del hecho enjuiciado<sup>112</sup>.

La aplicación del artículo 120.3 CP tiene particular interés cuando se trata de hechos dañosos, que revistan carácter de infracción criminal, cometidos por presos respecto de otros presos o bien a los propios funcionarios del centro penitenciario<sup>113</sup>. En una gran mayoría de casos, los daños causados por reclusos, ya sea dentro o fuera del centro penitenciario, son constitutivos de infracciones criminales y, en consecuencia, la vía procedente de reclamación será la penal conforme al artículo 120.3 CP. En mi opinión, el artículo 121 CP no tiene campo de aplicación en estos supuestos, ya que el sujeto activo del delito no reviste el carácter de autoridad, agente, contratado o funcionario público al servicio de las distintas Administraciones, pero el hecho de no poder aplicar el mencionado precepto no excluye que pueda existir responsabilidad civil por parte de la Administración si la actuación delictiva se ha producido, precisamente, por una infracción de las normas de cuidado por parte de aquélla<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> Al respecto, véanse, entre otras, las SSTS (2.<sup>a</sup>) de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/3629) y de 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011/417).

<sup>113</sup> Véase sobre esta cuestión M.<sup>a</sup> Asunción TORRES LÓPEZ/Estanislao ARANA GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 688.

<sup>114</sup> Al respecto debe recordarse la importancia creciente, en los últimos años, de la Administración Penitenciaria. En este sentido, el Preámbulo del Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio, *por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Minis-*

La STS (2.<sup>a</sup>) de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/3629), en un supuesto de agresiones sexuales cometidas por dos internos de un centro penitenciario sobre su compañero de celda, afirma que:

«Hay que recordar que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado u otros entes públicos por hechos ocurridos en las prisiones tiene dos fuentes de creación no excluyentes y, por el contrario armónicas porque se refieren a situaciones y conductas diferentes. Estas dos fuentes están constituidas por el artículo 120.3 CP y el artículo 121 CP. La responsabilidad civil subsidiaria con apoyo en el artículo 120.3 CP se justifica por dos notas, una positiva y otra negativa: a) el escenario donde se comete el hecho delictivo, un centro penitenciario gestionado por el Estado o, en este caso, por la Generalitat en virtud de la transferencia operada en su día y b) como nota negativa la ausencia de cualquier vínculo laboral administrativo entre el agente del hecho delictivo y el ente público. La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás organismos públicos con apoyo en el artículo 121 del mismo texto, tiene como núcleo esencial de anclaje la dependencia funcional del autor del delito con los entes públicos citados en dicho artículo, con independencia, del lugar o escenario en el que se cometa el delito»<sup>115</sup>.

Ahora bien, para que sea de aplicación el artículo 120.3 CP, no es suficiente que se den una serie de irregularidades en el cumplimiento de las previsiones reglamentarias, sino que éstas deben tener la suficiente entidad causal entre la infracción reglamentaria y el resultado dañoso, de forma que sin la mencionada infracción no se hubiera cometido el delito. Y todo ello aunque no pueda concretarse la persona que favoreció, con su conducta, la producción del hecho dañoso<sup>116</sup>.

Sin embargo, debe destacarse que, en el ámbito penitenciario, existe un especial deber de cuidado por parte de la Administración competente, puesto que ésta ostenta una clara posición de garante respecto de los internos. La Administración tiene la obligación legal de velar por la integridad de los presos, así como mantenerlos en condiciones de dignidad y seguridad. Por tanto, siempre que se produzcan peleas o agresiones en el interior de un centro peniten-

---

*terio del Interior* afirma que ya no se trata sólo de coordinar a los más de 20.000 funcionarios de prisiones y 50.000 internos que hay en España, sino también de controlar a los presos que se encuentran en libertad condicional y aquellos que se acogen al sistema de penas alternativas.

<sup>115</sup> En similares términos, pueden verse las SSTS (2.<sup>a</sup>) de 8 de enero de 2007 (RJ 2007/626) y 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/5626).

<sup>116</sup> Así lo afirma la STS (2.<sup>a</sup>) de 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012/4586) al considerar que «lo expuesto permite concluir que en el caso a examen se dio un fallo en materia de previsiones legales y/o reglamentarias de seguridad, por parte de alguien –no importa quién ni de qué nivel– que favoreció en términos objetivos la realización de los hechos delictivos».

ciario, y especialmente cuando éstas se realicen con armas, lo que por desgracia no es del todo infrecuente, es muy probable que nazca una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pùblica por aplicación de lo dispuesto en el artículo 120.3 CP, al poder considerarse que aquélla ha infringido los reglamentos de policía correspondientes<sup>117</sup>.

En numerosas ocasiones, la defensa de la Administración se basa, por un lado, en afirmar la ruptura del nexo causal al concurrir la actuación de un tercero, único causante del daño y sólo a él imputable y, simultáneamente, negando la infracción reglamentaria a ella imputada<sup>118</sup>. Por otro lado, se alega también la necesidad de conjugar el deber de vigilancia que incumbe a la Administración penitenciaria con el respeto al derecho a la intimidad produciéndose, en consecuencia, la ruptura del nexo causal. Como se ha afirmado con acierto, si bien es verdad que los daños son imputables directamente al causante del hecho ilícito, para que su actuación rompa el nexo causal que imputa el daño a la Administración correspondiente, se requiere que la actuación de ésta no haya sido todo lo diligente que exigen las normas<sup>119</sup>.

Por tanto, puede afirmarse que, cuando se trata de hechos ilícitos dañosos constitutivos de delito cometidos por internos en el interior de un establecimiento penitenciario, la Administración Pùblica sólo podrá exonerarse de responsabilidad civil, en atención

<sup>117</sup> En la STS (2.<sup>a</sup>) de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/5626) se afirma que «es evidente, que en un ámbito como el carcelario, donde las tensiones personales entre los internos pueden ser de cierta intensidad, se requiere un especial cuidado para que instrumentos que pueden ser utilizados como armas no queden al alcance de aquéllos sin ningún control. Por todo ello resulta evidente que si se hubieran previsto adecuadas medidas de control sobre los instrumentos de la especie del que fue utilizado en el presente hecho, el delito no hubiera podido ser cometido». Véase también, en similares términos, la STS (2.<sup>a</sup>) de 5 de junio de 2001 (RJ 2001/7187).

<sup>118</sup> Respecto del nexo causal, en la STS (2.<sup>a</sup>) de 2 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7655) se afirma que «no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el artículo 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal –más o menos directa– entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a hacer efectiva la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad».

<sup>119</sup> Así, TORRES LÓPEZ/ARANA GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria», en QUINTANA LÓPEZ/CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pùblica. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, cit., pp. 693 y 694.

a lo dispuesto en el artículo 120.3 CP, probando que su actuación se ha ajustado escrupulosamente a la normativa penitenciaria<sup>120</sup>.

Respecto de hechos ilícitos dañosos, y constitutivos de infracción criminal, cometidos por presos fuera del establecimiento penitenciario y en el transcurso de un permiso carcelario, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha manifestado, en numerosas ocasiones, que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración penitenciaria no se basa en el hecho de haber otorgado un permiso que, con posterioridad se ha demostrado que no debía otorgarse, sino que la relación causal debe basarse en un conjunto de negligencias o infracciones imputables a la Administración y que determinen la aplicación del artículo 120.3 CP.

Sobre esta cuestión, reviste particular interés la STS (2.<sup>a</sup>) de 8 de enero de 2007 (RJ 2007/626) en la que se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat de Catalunya, como titular de las competencias en materia penitenciaria, por diversos delitos de asesinato y violación cometidos por dos presos fugados del Centro penitenciario de Lleida. En concreto, se declaró como hechos probados que entre los dos acusados existía un plan de fuga y que, aprovechando que uno de ellos tenía un permiso, el otro se causó en la cárcel una lesión intencionada. Ante la ausencia de funcionamiento de la máquina de Rayos X del centro penitenciario por ser fin de semana, hecho que era conocido por los acusados, se trasladó al herido a un hospital por parte de dos Mossos d'Esquadra, uno de ellos en prácticas, a pesar de la peligrosidad de la persona trasladada. Una vez realizada la visita médica y al entrar en el vehículo policial, apareció el otro acusado realizando varios disparos contra los policías e iniciando ambos presos su fuga que causó también, posteriormente, un asesinato y una violación. La Audiencia condenó a los acusados por la comisión de diversos delitos, pero absolió a la Administración de cualquier responsabilidad civil subsidiaria. Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia al afirmar que:

«Queremos resaltar que la imputación del riesgo y responsabilidad civil subsidiaria no se basa en el pronóstico equivocado sobre el permiso ya que, por sí mismo, no es un factor desencadenante causal. Por otro lado cualquier imputación objetiva de responsabilidad a una decisión equivocada, pondría en riesgo el sistema de rehabilitación del que forma parte importante la concesión de per-

<sup>120</sup> Por ejemplo, niega la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración *ex artículo 120.3 CP*, la STS (2.<sup>a</sup>) de 27 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1930) en un supuesto en que se produce un motín carcelario que provoca daños de distinta gravedad a diversos funcionarios de una prisión. En este caso, se considera que la actuación administrativa se ajustó a la normativa reglamentaria, puesto que «la situación fue sobrevenida y espontánea, y por ello, impredecible».

misos para una gradual reinserción social en el momento del cumplimiento de la condena (...). La relación causal que declaramos, tiene su origen no en un posible pronóstico equivocado en la concesión del permiso, sino en el cúmulo de negligencias reglamentarias que han quedado reflejadas y que son la causa eficiente de la consumación de una fuga violenta, planeada gracias a la laxitud en el cumplimiento de las normas de prevención y custodia.»

#### **IV. ¿QUÉ SUCEDE CUANDO NO CONCURREN NI LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 120.3 NI LOS DEL 121 CP?**

Llegados a este punto, cabe preguntarse qué sucede, a efectos de responsabilidad civil, cuando no concurren ni los presupuestos requeridos en el artículo 121 ni los del artículo 120.3 CP, pero la sentencia penal es condenatoria<sup>121</sup>. En estos casos, la jurisprudencia entiende que el juzgador penal no puede pronunciarse acerca de las responsabilidades civiles de la Administración, puesto que no concurren los requisitos previstos en las normas civiles del Código Penal. Tal podría ser el caso, por ejemplo, y continuando con el supuesto anteriormente comentado, de hechos ilícitos delictivos cometidos por un preso cuando se encuentra en libertad condicional o bien disfrutando de un permiso carcelario que, al concederse, se ha ajustado a la legalidad penitenciaria<sup>122</sup>.

En supuestos como éste, es evidente que nacerá la responsabilidad civil y penal del causante del delito. Sin embargo, más problemática se plantea la cuestión relativa al nacimiento de la responsabilidad civil de la Administración en el proceso penal, ya que no puede ser de aplicación ni el artículo 121 CP, por no ser el causante del daño empleado público, ni tampoco puede aplicarse el artículo 120.3 CP, al no cometerse el hecho delictivo en el propio centro penitenciario. Ante la imposibilidad de aplicar dichos preceptos, la jurisprudencia penal entiende, de forma casi unánime, que procede la absolución de la Administración como responsable civil subsidiaria, ya que para que ésta pueda aplicarse es necesario que su componente fáctico se identifique con alguno de los supues-

<sup>121</sup> La sentencia penal debe ser condenatoria, ya que cuando el tribunal penal dicta sentencia absolutoria no podrá realizar ningún pronunciamiento acerca de la responsabilidad civil *ex delicto*, a salvo, claro está, de los supuestos contemplados en el artículo 118 CP en relación con el artículo 119 CP. En este sentido, NADAL GÓMEZ, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, cit. pp. 197 y 198.

<sup>122</sup> En el supuesto de que la concesión del permiso carcelario no se ajustara a la legalidad penitenciaria, concurrirían entonces los presupuestos para aplicar el artículo 120.3 CP.

tos contemplados en los artículos 120 y 121 CP<sup>123</sup>. En concreto, en la STS (2.<sup>a</sup>) de 20 de julio de 2009 (RJ 2009/6999) se declara que:

«en cualquier caso, sí se puede afirmar que la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado reacia a declarar la responsabilidad civil de la Administración con respecto a los delitos cometidos por los internos cuando disfrutan de un permiso de salida (...). La responsabilidad civil del Estado sólo procedería por tanto declararla en el ámbito penal en los casos extraordinarios en que concurriera una negligencia patente y palmaria por parte de los funcionarios previamente a la concesión del permiso o con posterioridad al quebrantamiento de la condena por parte del penado, por no tomarse medidas elementales para su reintegro al Centro.»

Ello no significa que el perjudicado por el delito no tenga derecho, en estos supuestos, a recibir una indemnización de la Administración, pues como afirma la STS (2.<sup>a</sup>) de 8 de enero de 2007 (RJ 2007/626):

«cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza sea traicionada.»

La jurisprudencia contenciosa-administrativa también ha ratificado este criterio. Así, por ejemplo, la STS (3.<sup>a</sup>) de 4 de junio de 2002 (RJ 2002/6292) considera, de forma similar con la anteriormente citada, que:

«la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos que objetivamente debe asumir la sociedad en la concesión de los beneficios penitenciarios de esta naturaleza»<sup>124</sup>.

La doctrina fijada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo debe considerarse acertada, puesto que no resulta concebible que, ante la comisión de hechos delictivos realizados por un preso en libertad condicional o bajo un determinado permiso y, por tanto, con una estrecha relación con la Administración Penitenciaria, no

<sup>123</sup> Al respecto, Francisco SOTO NIETO, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Inexistencia», Madrid, *La Ley*, 2003-4. Para el mencionado autor, no cabe la extensión analógica de los artículos 120 y 121 CP, pero entiende que sí pueden aceptarse criterios de flexibilidad en la conceptualización de sus elementos.

<sup>124</sup> En similares términos, véase la SAN de 5 de marzo de 2008 (RJCA 2008/226).

sea ésta la que asuma también las consecuencias del hecho ilícito dañoso.

Sin embargo, no termina de comprenderse, y resulta criticable, porqué en estos casos la jurisdicción penal no puede pronunciarse sobre las consecuencias civiles del delito y remite al perjudicado a la jurisdicción contenciosa-administrativa. No parece que ello sea muy razonable a la luz de los principios de tutela judicial efectiva y de economía procesal, pero lo cierto es que así se viene interpretando, de forma casi unánime, por la jurisprudencia penal.

En este sentido, son habituales pronunciamientos como el contemplado en la STS (2.<sup>a</sup>) de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006/3334) en el tristemente célebre caso del asesino de la baraja. Éste era un soldado profesional del ejército en situación de baja laboral. Al intentar los perjudicados que se declarara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, el Tribunal Supremo la niega al considerar que:

«aún cuando haya de ser reconocida la viabilidad de una acción civil con cargo al Estado, hay que proclamar que no es la emprendida la vía procesal adecuada para el resarcimiento pretendido (...). Es decir, que habiendo actuado el acusado al margen de su cargo o función, la reclamación indemnizatoria de los perjudicados no podrá efectuarse al amparo del artículo 121 CP, en la vía penal, sino en la Contencioso-Administrativa conforme al artículo 139 LRJPAC.»

Como puede observarse, el Tribunal Supremo absuelve a la Administración como responsable civil subsidiaria, pero deja la puerta abierta a que los perjudicados acudan a la jurisdicción contenciosa-administrativa en reclamación de la oportuna indemnización por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos<sup>125</sup>.

Particularmente interesante resulta también la SAP, Toledo, de 18 de mayo de 2007 (ARP 2007/547) que niega la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por el homicidio cometido por un inmigrante ilegal. La Audiencia considera que:

«debe ser desestimada la solicitud de declaración de responsabilidad subsidiaria del Estado por presunta culpa «in vigilando» por el solo hecho de encontrarse el acusado ilegalmente en España y no controlada su situación como refiere la acusación particular en sus

<sup>125</sup> En cambio, parece que niega esta posibilidad la SAP, Málaga, de 30 de junio de 2006 (JUR 2007/17529), en un supuesto de homicidio imprudente cometido por un sargento del ejército español, al afirmar que «en consecuencia, ante la apariencia externa de normalidad psicológica del imputado, y al hecho de que el control del Estado debería haberse extendido a la posesión de un arma privada, no puede generar *ninguna* responsabilidad de los entes públicos».

conclusiones elevadas a definitivas. Tal pretensión no tiene encaje posible en ninguno de los apartados del artículo 120 CP o en el artículo 121 del mismo texto legal (...). No concurre, en el caso que nos ocupa, relación de dependencia entre el Estado y el acusado, ni este último es autoridad, agente, funcionario público o personal contratado asimilado al mismo, al que directa o indirectamente estuviera confiado un servicio público, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo pueda ser interesada»<sup>126</sup>.

Una vez expuesto lo anterior, debe analizarse si dicho argumento, que es el mayoritario en la jurisprudencia actual, tiene un claro sustento legal y lo cierto es que la respuesta debe ser negativa. No existe, a mi parecer, fundamento que impida al juez penal, mediando una sentencia condenatoria, pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración en supuestos que no tengan cabida en los artículos 120 y 121 CP.

En concreto, en el caso de delitos cometidos por presos bajo libertad condicional no se dan, ciertamente, los presupuestos de dichos artículos, pero cabría entender que el juez penal puede declarar, de concurrir los presupuestos previstos en la LRJPAC, la responsabilidad civil de la Administración correspondiente. Ninguna norma lo impide. Es más, el artículo 112 LECrim afirma que «ejercitada sólo la acción penal se entenderá utilizada también la civil» y el párrafo segundo del artículo 742 LECrim aún concreta más al declarar que «también se resolverán en la sentencia *todas* las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio».

En consecuencia, partiendo siempre de que la sentencia penal sea condenatoria, parece que el juez penal debería pronunciarse sobre todos los aspectos civiles, incluyendo, claro está, la responsabilidad civil de la Administración correspondiente. Al no tener encaje la actuación de la Administración en ninguno de los supuestos previstos en los artículos 120 y 121 CP, el juez penal debería analizar la actuación de aquélla a la vista de los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

<sup>126</sup> En parecidos términos, véase también la SAP, Almería, de 9 de octubre de 2006 (RJ 2007/128938). En esta sentencia se exonera de cualquier responsabilidad civil a la Administración por un delito, entre otros, de homicidio cometido por un paciente del Servicio Andaluz de Sanidad (SAS) que padecía una esquizofrenia residual con períodos reactivos y delirios sexuales que anulaban su conocimiento en lo atinente a conductas sexuales. La Audiencia analiza los artículos 120 y 121 CP y llega a la conclusión que la conducta de la Administración no es subsumible en ninguno de estos preceptos y, en consecuencia, la exonera de cualquier responsabilidad civil en sede penal, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acudir con posterioridad a la jurisdicción contenciosa-administrativa en demanda de la responsabilidad civil directa que pueda corresponder a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de acuerdo con las normas de la LRJPAC.

Además, ello evitaría que la víctima, ante la más que probable insolvencia del causante del daño, tuviera que acudir a un posterior proceso contencioso-administrativo en solicitud de la correspondiente responsabilidad civil de la Administración. Es evidente que el juez penal puede y debe aplicar no sólo las normas del Código Penal sino también, cuando proceda, las del resto del ordenamiento jurídico, incluidas las administrativas, pero es igualmente evidente que, en la actualidad, dicha interpretación no se realiza en absoluto por parte de los tribunales penales<sup>127</sup>.

Por ello, a mi juicio, debe resaltarse la STSJ, Sala Civil y Penal, Castilla y León, Burgos, de 7 de febrero de 2011 (JUR 2011/128938) que supone, prácticamente, una única excepción a la interpretación de que los Tribunales penales sólo pueden aplicar normas que se encuentren dentro del Código penal, aunque ventilen aspectos correspondientes a la responsabilidad civil. En esta sentencia se declara la responsabilidad civil del Estado como consecuencia del homicidio perpetrado por un interno de un centro penitenciario sobre su compañero de celda. La sentencia analiza, de forma particularmente interesante, como encaja la responsabilidad civil de la Administración Pública en el proceso penal. En este sentido, afirma que:

«resulta de ello que la responsabilidad patrimonial del Estado por lesión de los derechos de los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos a la que se refiere el artículo 106.2 de la Constitución, sea normal o anormal según puntualiza el 139.1 LRJPAC, es exigible en la vía penal por la habilitación que los artículos 108 y concordantes de la LECrim confiere a las acusaciones, y lo sería, en consecuencia, aunque desaparecieran del Código Penal sus artículos 120 y 121, cuya inclusión en él es rigurosamente superflua, e incluso perturbadora, una vez reguladas en el Civil y en el derecho administrativo las responsabilidades de esa naturaleza (...). Consecuentemente, desde el punto de vista procesal, toda responsabilidad que se pueda exigir al Estado por vía administrativa puede exigirse también por vía penal, siempre que en la relación de causalidad medie un delito, aunque este delito no sea imputable a los funcionarios o servidores del Estado.»

Lo que se afirma en esta resolución, que comparto en su totalidad, es muy difícil de encontrar en una sentencia penal, ya que éstas se limitan a aplicar, en relación con las cuestiones relativas a

<sup>127</sup> Véase YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1139 y siguientes. El mencionado autor no analiza, en estas páginas, la responsabilidad civil de la Administración, sino propiamente los preceptos del Código civil, pero el argumento es igualmente válido. Para él, el problema estriba en la comodidad que supone para los jueces penales aplicar sólo unos pocos artículos acerca de la responsabilidad civil colocados en el Código penal, olvidando el resto de preceptos que se encuentran fuera de él.

la responsabilidad civil, los pocos artículos que, en esta materia, aparecen regulados en el Código Penal. Y, aunque es prácticamente unánime el reconocimiento que merece el hecho de que en nuestro proceso penal pueda acumularse la acción civil, ya que ello representa un inestimable beneficio desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva<sup>128</sup>, no acaba de entenderse que se niegue a la víctima, por parte del juez penal, un pronunciamiento acerca de las responsabilidades civiles de la Administración ante un supuesto de hecho que no tiene cabida en el campo de aplicación de los artículos 120 y 121 CP.

## V. CONCLUSIONES

La responsabilidad civil de la Administración en el proceso penal aparece regulada, únicamente, en dos artículos del Código punitivo. Por un lado, el artículo 121 CP se aplica en el supuesto de hechos ilícitos constitutivos de delito cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. El elemento subjetivo de aplicación del artículo 121 CP debe entenderse referido no sólo a funcionarios públicos, interinos y contratados, sino también al personal que trabaja en la Administración aunque no sea de forma permanente y a todas aquellas personas que, por disposición de la Ley, ostentan el carácter de autoridad. Por esta razón, y ante la circunstancia de que algunas Comunidades Autónomas han otorgado, recientemente, la consideración de autoridad pública a los profesores de centros privados concertados, debe entenderse que, ante hechos delictivos cometidos por éstos en el ejercicio de sus funciones, debe también responder subsidiariamente la Administración si bien, en mi opinión, de forma solidaria con el titular del centro educativo.

Por el contrario, la actuación de todos aquellos profesionales que desempeñan privadamente funciones de carácter público, como los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, no puede conllevar la aplicación del artículo 121 CP por no encontrarse aquéllos integrados en la organización administrativa. En consecuencia, para declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, es necesario que el hecho causante del daño sea una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos.

<sup>128</sup> Así lo afirma CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., p. 335.

Por otro lado, debe destacarse que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración no se limita sólo a las infracciones criminales cometidas por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, puesto que el artículo 120.3 CP permite, sin forzar su tenor literal, que cuando los delitos se cometan en un establecimiento público y se produzcan precisamente por una infracción de las normas reglamentarias, pueda declararse la responsabilidad civil de la Administración correspondiente. En este sentido, revisen particular interés los hechos dañosos cometidos por internos de un centro penitenciario respecto de otros presos o bien a los propios funcionarios de la prisión ya que, en una gran mayoría de ocasiones, su actuación será constitutiva de delito.

Por último, cabe preguntarse qué sucede, a efectos de la responsabilidad civil de la Administración, cuando no concurren ni los presupuestos requeridos en el artículo 121 ni los del artículo 120.3 CP, pero la sentencia penal es condenatoria. Esta concreta circunstancia puede suceder, por un lado, cuando la infracción criminal no es cometida por un funcionario público, lo que determina la inaplicación del artículo 121 CP y, por otro, cuando el delito no se comete en el interior de un establecimiento público, lo que conlleva la imposibilidad de aplicar el artículo 120.3 CP. En estos casos, la jurisprudencia penal, de forma casi unánime, entiende que la Administración Pública no puede resultar condenada civilmente en el proceso penal, aunque se afirma la posibilidad de que la víctima pueda acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa en demanda de la responsabilidad civil directa que pueda corresponder a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, en el presente trabajo, se defiende la posibilidad de que, en estos supuestos puntuales, sea el propio juez penal el que determine la responsabilidad civil de la Administración aplicando la normativa prevista en la LRJPAC y de esta forma, evitar que, ante la más que probable insolvencia del causante del daño, la víctima del delito se vea en la necesidad de iniciar otro proceso, en este caso, contencioso-administrativo, para verse resarcido de unos daños que, perfectamente, pueden ser declarados en la vía penal.



# Naturaleza jurídica de la venta judicial a la luz de la doctrina italiana y española

**JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ**

Profesor Doctor de Derecho civil

Universidad de Sevilla

## RESUMEN

*La venta judicial constituye una compleja figura jurídica, de perfiles eminentemente procesales, que encierra igualmente importantes aspectos sustantivos que no reciben una regulación específica por parte del Código Civil español. Esta ausencia de regulación positiva de los aspectos sustantivos de la venta judicial hace que la determinación de su naturaleza jurídica sea una cuestión especialmente controvertida y aún abierta en el Ordenamiento español, pues resulta necesario integrar tal ausencia con la figura que le sea más afín posible. A estos efectos, especial interés presenta el estudio de la doctrina italiana, que en los albores de la entrada en vigor del vigente Código Civil italiano de 1942 discutió largo y tendido sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial, cristalizando tal fructífero debate en la inclusión en el referido texto legal de seis artículos específicamente destinados a la regulación de los aspectos sustantivos de la denominada «vendita forzata» (arts. 2919 a 2924) –de ahí que se trate de una cuestión ya superada en el país transalpino–. En el presente estudio pretendemos dar cuenta de las distintas teorías doctrinales que se han erigido en torno a la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial en España y en Italia, intentando llegar a una solución de conjunto que sirva de guía interpretativa en la resolución de aquellos vacíos legales que en el caso del Ordenamiento Jurídico español, a diferencia del italiano, siguen existiendo en lo que respecta a los aspectos sustantivos de la venta judicial; esto es, pretendemos llegar a una solución que resulte «útil», más allá de «verdadera».*

## PALABRAS CLAVE

*Venta judicial. Naturaleza jurídica. Laguna normativa. Analogía.*

## ABSTRACT

*The so-called «judicial sale» is a complex legal figure, with eminently procedural profiles, which also contains important substantive aspects that do not receive a specific regulation by the Spanish Civil Code. This lack of a regulation of the substantive aspects of the judicial sale makes the determination of its legal status or nature a particularly controversial and still open matter in the Spanish legal system, as it is necessary to integrate such absence with the figure that is most affine. For this purpose, special interest presents the study of the Italian doctrine, that at the dawn of the entry into force of the current Italian Civil Code of 1942 discussed at length about the legal nature of the judicial sale, crystallizing such fruitful debate on the inclusion in the aforementioned legal text of six articles specifically aimed at regulating the substantive aspects of the so-called «vendita forzata» (articles 2919-2924) –hence it is a matter already outdated in Italy–. In the present paper we try to expose the various doctrinal theories that have emerged around the contested legal nature of the judicial sale in Spain and Italy, trying to reach an overall solution to serve as interpretative guidance in resolving those loopholes in the case of the Spanish legal system, unlike the Italian, still exist in regard to the substantive aspects of the judicial sale; that is, we aim to reach a solution that is «useful» beyond «true».*

## KEY WORDS

*Judicial sale. Legal nature. Normative vacuum. Analogy.*

**SUMARIO:** 1. *Premisas: La importancia de la naturaleza jurídica como posterius y no prius ante la laguna normativa española. La fructífera experiencia del ordenamiento italiano.*–2. *Teorías doctrinales erigidas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial: Privatistas y publicistas.* 2.1 *Teorías privatistas o contractualistas: Su exposición, argumentación y crítica.* 2.1.1 *Formulación.* 2.1.2 *Dificultad de las tesis privatistas: la explicación de la ausencia de voluntad del deudor ejecutado y las «forzadas» tesis sostenidas para superarla.* 2.1.2.1 *Primera categoría de teorías tendentes a superar la ausencia de voluntad del deudor: el vendedor es el órgano ejecutivo (exposición y crítica).* 2.1.2.2 *Segunda categoría de teorías tendentes a superar la ausencia de voluntad del deudor: el vendedor es el acreedor ejecutante (exposición y crítica).* 2.2 *Teorías publicistas.* 2.2.1 *Teorías puramente publicistas o procesalistas.* 2.2.2 *Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación por analogía del régimen jurídico de figuras sustantivas.* 2.2.3 *Teorías procesalistas que otorgan cierta relevancia a los aspectos sustantivos: la teoría del «trasferimento coattivo» de Pugliatti y su respuesta a la principal insuficiencia de las posturas puramente publicistas (la explicación de la posición del tercero rematante y la naturaleza de la oferta).* 2.3 *Teorías que tratan de homogeneizar los aspectos procesales y sustantivos de la venta judicial afirmando su compleja naturaleza.*–3. *Nuestra postura: relectura de la posición de Díez-Picazo; una posición sincrética, que no ecléctica.*–4. *Bibliografía.*

## 1. PREMISAS: LA IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA JURÍDICA COMO *POSTERIUS* Y NO *PRIUS* ANTE LA LAGUNA NORMATIVA ESPAÑOLA. LA FRUCTÍFERA EXPERIENCIA DEL ORDENAMIENTO ITALIANO

Una de las cuestiones que más controversia ha suscitado la venta judicial en el seno de la doctrina es la concerniente a su naturaleza jurídica<sup>1</sup>. Controversia que en el caso de España debe su razón de ser a la inexistencia de una regulación sustantiva propia y específica del referido instituto, lo que determina la necesidad de integrar tal ausencia con la figura que le sea más afín posible<sup>2</sup>.

Prueba de lo anterior, es la experiencia del Ordenamiento Jurídico italiano, en el seno de cuya doctrina la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la denominada «*vendita forzata*», es una viva constante bajo la vigencia del CC italiano de 1865, si bien queda superada con la aparición del Código de 1942 actualmente en vigor, en el que ya sí existe una regulación específica de los efectos de la «*vendita forzata e della assegnazione*», en los artículos 2919 a 2924<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzados», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 1956, p. 95. En sentido análogo, también SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Navarra, 1986, p. 68. En tiempos más recientes, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000, p. 64. También, RIVAS TORRALVA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2012, p. 387. En sentido parecido, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzadas*, Madrid, 2008, p. 234. Por parte de la doctrina italiana, MAZZARELLA, F., voz «*Vendita forzata*», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLVI, Milano, 1993, p. 552. También TRAVI, A., «*Vendita dei beni pignorati*», en Azara, A., y Eula, E. (Directores), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 20.<sup>º</sup> (UN-Z), Torino, 1975, p. 636. Asimismo, JACCHERI, E., «*Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflesioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)*», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 3, 1993, p. 793. Finalmente y en tiempos más recientes, LUISO, F. P., *Diritto Processuale Civile*, vol. III, *Il Processo Esecutivo*, 6.<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, p. 155. También CRIVELLI, A., TENERIFFA, N., «*Vendita e assegnazione*», en *Diritto Processuale Civile. Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2012, pp. 451 y ss.

<sup>2</sup> En este mismo sentido, FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, p. 37.

<sup>3</sup> Acerca de la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial en el seno de la doctrina italiana vid. con detalle nuestro trabajo: *La vendita in sede di espropriazione forzata tra autonomia contrattuale e interessi di rilievo pubblicistico*, Milano, 2014, pp. 6-118. CERINO-CANOVA, A., «*Vendita forzata ed effetto traslativo*», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, p. 149, nota n. 47. También JACCHERI, E., *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflesioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)*..., cit., pp. 793 y 794. En el mismo sentido, TRAMONTANO, R., «*La natura giuridica della vendita forzata*», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1995, p. 1131. Asimismo, TEDOLDI, A., voz «*Vendita e assegnazione forzata*», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, tomo XIX, Torino, 1999, pp. 653 y ss. Por parte de la doctrina española, también destaca la superación de la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial, gracias a la regulación de sus específicos efectos sustantivos, FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*..., cit., p. 45, nota n. 135.

En definitiva, es en Italia donde puede decirse que se inicia y se desarrolla en mayor medida el debate en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, de un modo tan fructífero que llega a cristalizar, como decimos, en el propio texto del CC italiano de 1942, con una regulación expresa de los aspectos sustantivos de la misma. Y ello es lo que justifica que tomemos como modelo continuo de referencia precisamente la experiencia del Ordenamiento italiano (señaladamente, el desarrollo doctrinal que antecede a la promulgación del CC italiano de 1942).

Antes de adentrarnos en el estudio de la polémica naturaleza jurídica de la venta judicial que, como tendremos ocasión de ver, gira en torno a las similitudes y diferencias entre venta judicial y la venta ordinaria, debemos hacer una serie de advertencias en lo que a la naturaleza jurídica en general se refiere por nuestra más autorizada doctrina. A este respecto, como bien señala Espejo Lerdo de Tejada, el empeño por desentrañar la naturaleza jurídica de cualquier institución jurídica «puede parecer vano o superfluo, excesivamente técnico o demasiado intrincado, incluso contraproducente y perjudicial para la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas de la figura». No obstante, estos posibles riesgos, a nuestro parecer, no deben hacernos desdeñar el estudio de tal materia, lo cual nos servirá como «clave de interpretación y sistematización»<sup>4</sup>. Además, los riesgos mencionados pueden evitarse teniendo muy presente la advertencia de Jordano Barea, a saber, que la cuestión de la naturaleza jurídica de una determinada institución jurídica no constituye un *prius* del que obtengan consecuencias para su régimen jurídico, sino más bien un *posteriorius* extraído del estudio del conjunto de su regulación positiva<sup>5</sup>.

La naturaleza jurídica de la venta judicial que en estas líneas desarrollamos no pretende ser la fórmula mágica que llene los vacíos legales que esta figura presenta en el ámbito sustantivo, sino tan solo servir de guía interpretativa para la resolución de los concretos problemas que se presentan mediante la aplicación del conjunto de datos normativos con los que sí contamos. Esto es, y empleando de nuevo las palabras de Espejo Lerdo de Tejada, «no se trata de forzar los datos normativos para tratar de que encajen en una tesis preconcebida, sino de integrar dichos datos en una explicación clara, sencilla y coherente que facilite su asimilación y

Nótese el CC italiano vigente de 1942 se ocupa de los denominados «*Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*», en la Sección 3.<sup>a</sup> del Título IV («*Della tutela giurisdizionale dei diritti*»), del Libro VI («*Della tutela dei diritti*»).

<sup>4</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005, p. 19.

<sup>5</sup> JORDANO BAREA, J., «Una reelección sobre la posesión», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, n.<sup>o</sup> 4, 1986, p. 1048.

sistematización»<sup>6</sup>. En otros términos, siguiendo a Jordano Barea, «de la naturaleza jurídica de una figura o institución, así entendida, no se puede decir que sea verdadera o falsa, sino más o menos buena, según su virtualidad explicativa o didáctica: si explica todo o casi todo, será magnífica; si explica poco o nada, será pésima». Pretendemos, precisamente, que nuestro análisis de la naturaleza jurídica se justifique en base a su valor explicativo respecto de aquellos vacíos legales que en el caso del Ordenamiento Jurídico español, a diferencia del italiano, siguen existiendo en lo que respecta a los aspectos sustantivos de la venta judicial; esto es, que sea «útil», más allá de «verdadera»<sup>7</sup>.

Hechas estas advertencias, procede ahora adentrarnos en el estudio y sistematización de las principales posturas doctrinales que sobre la cuestión han venido sosteniéndose. Posturas que básicamente pueden sintetizarse bajo las siguientes preguntas: ¿puede la enajenación realizada mediante pública subasta como consecuencia de un proceso de ejecución dineraria llamarse venta? ¿Puede hablarse de la existencia de una venta judicial? De ser así, ¿como tipología de la venta ordinaria o como categoría independiente? Como puede apreciarse, se trata de preguntas de difícil respuesta, en la medida en que nos enfrentamos a una figura compuesta por aspectos procesales y sustantivos; regulada principalmente en la normativa procesal, pero con importantísimas repercusiones en el ámbito sustantivo: se transmite la propiedad del bien objeto de enajenación forzosa<sup>8</sup>, se paga un precio por tal bien, y con ello se salda todo o parte de una deuda inicialmente insatisfecha<sup>9</sup>. En definitiva, siempre se tiene como referencia, como punto de partida, a la propia venta ordinaria, ya que nos encontramos ante una figura en la que existe un cambio de cosa por precio: estos son precisamente los pilares que componen la definición legal de compraventa existente en el artículo 1445

<sup>6</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 20.

<sup>7</sup> En similar sentido PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956, p. 66.

<sup>8</sup> Acerca de la cuestión de la transmisión del derecho de propiedad a través de la venta judicial, con enorme detalle en tiempos recientes *vid.*, nuestro trabajo: *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor, 2015; también ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La tercería de dominio y el sistema español de transmisión de los derechos reales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 54, 2013-2014, pp. 237-366; y recientemente *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, Cizur Menor, 2015.

<sup>9</sup> Esta naturaleza peculiar y heterogénea de la venta judicial, la cual incide en la disciplina procesal y también sustantiva, es destacada acertadamente por JACCHERI, E., *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflesioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)*..., cit., p. 795. Destaca igualmente los principales efectos sustantivos (además de los procesales) que trae consigo la venta judicial PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 251.

del CC, a cuyo tenor, «por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente». De ahí que acertadamente Franco Arias afirme que la compraventa de Derecho privado constituya «un dato esencial que la doctrina mayoritaria utiliza para delimitar la esencia de la venta en el marco del procedimiento de apremio»<sup>10</sup>.

Por todo lo expuesto, adentrarse en la naturaleza jurídica de la venta judicial supone hacer un ejercicio de comparación entre ésta y la venta ordinaria. Ejercicio, que tendremos ocasión de ir vislumbrando a través del estudio de las distintas posturas doctrinales que existen en torno al particular, de lo cual nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

## 2. TEORÍAS DOCTRINALES ERIGIDAS EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA JUDICIAL: PRIVATISTAS Y PUBLICISTAS

Muchas son las posturas que pueden encontrarse acerca de la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de la venta judicial, cada cual con un matiz específico, si bien por razones de claridad expositiva, trataremos de sistematizarlas agrupándolas en dos grandes categorías: a saber, las teorías que podríamos denominar privatistas, y las teorías publicistas<sup>11</sup>. Toda labor de sistematización corre el riesgo de incurrir en una excesiva simplificación, de lo que

<sup>10</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 37.

<sup>11</sup> Por parte de la doctrina española, y a grandes rasgos éste es el método seguido por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966, pp. 59-121; autor a quien debemos la primera y más brillante sistematización de las teorías existentes en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial. Es también el método seguido por FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 37-50. Asimismo, *vid.*, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 68-89. Igualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Granada, 1998, pp. 79-107. En el mismo sentido, RIVAS TORRALVA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pp. 387-389. También ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate*, Barcelona, 1998, p. 150. En tiempos más recientes, MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, Valencia, 2004, pp. 1724-1727. Igualmente, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*, Granada, 1999, pp. 198-216. De la misma forma, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000, pp. 63-90. Asimismo, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008, pp. 234-243. En el seno de la doctrina italiana, también se sigue este método por parte de: BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione», en *Il Codice Civile Commentario*, dirigido por SCHLENSINGER, P., Milano, 1988, pp. 2-30; MAZZARELLA, F., «Vendita forzata», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLVI, Milano, 1993, pp. 552-556; TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., pp. 636-638.

trataremos de huir incluyendo la necesaria y detallada exposición de las diversas posturas.

Debemos advertir respecto a este punto, que la terminología referida encuentra variaciones que a la postre vienen a sistematizar las teorías en base a criterios muy parecidos, tales como aquellos autores que prefieren hablar de posturas contractualistas antes que privatistas, así como de teorías procesalistas en lugar de publicistas.

## 2.1 TEORÍAS PRIVATISTAS O CONTRACTUALISTAS: SU EXPOSICIÓN, ARGUMENTACIÓN Y CRÍTICA

### 2.1.1 Formulación

Las teorías privatistas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, también denominadas «contractualistas», son aquellas que tienen en común el identificar la venta judicial con un contrato, concretamente con el de compraventa<sup>12</sup>. Es evidente, que esa identidad entre la enajenación forzosa llevada a cabo mediante subasta en el seno del proceso de ejecución y la venta ordinaria existe desde el punto de vista de su función económica, pues en ambas tiene lugar un cambio de cosa por precio cierto; idéntica función económica que justificaría su mismo tratamiento jurídico<sup>13</sup>. Como indica Tramontano en similares términos, los partidarios de la postura privatista afirman que a la identidad de función económica de la venta voluntaria y judicial (ambas consisten en un cambio de cosa por precio), debe corresponder la identidad de función jurídica, por lo cual la indiscutible naturaleza contractual de la venta voluntaria determinaría la naturaleza también contractual de la misma venta judicial<sup>14</sup>. Por tanto, siguiendo a Guasp Delgado,

<sup>12</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata», en Scialoja, A., Branca, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bolgona-Roma, 1964, p. 103.

<sup>13</sup> CARNELUTTI fue de los primeros en hacer hincapié en la semejanza económica entre la enajenación forzosa llevada a cabo mediante la subasta judicial y la venta ordinaria. Entiende que el cambio de bienes por dinero se consigue por la venta y por el arriendo, siendo el medio económico adoptado por el proceso para convertir en dinero los bienes embargados la venta (CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, tomo II, Padova, 1932, pp. 221 y ss.). La identidad de función económica entre la venta judicial y la venta ordinaria se presenta comúnmente como primer argumento de las teorías privatistas por parte de los autores. *Vid.*, en este sentido: GUTIÉRREZ DE CABIDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 59; FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 37; DE STEFANO, F., «Gli effetti della vendita forzata dopo la riforma del processo esecutivo», en *Esecuzione Forzata*, n.º 4, 2007, pp. 657 y ss.; también GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Madrid, 2006, p. 651; JACCHERI, E., *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)*..., cit., p. 794.

<sup>14</sup> TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 1131. También en este sentido *vid.*, SATTA, S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, vol. III,

existe en ambas instituciones una coincidencia en su efecto principal, a saber, la transmisión de un bien a una persona y la adquisición del mismo por otra distinta<sup>15</sup>.

Como argumento adicional a favor de esta postura privatista también se erige la propia definición legal que el Código civil, tanto español como italiano, dan de la compraventa<sup>16</sup>. En efecto, el artículo 1445 CC define al contrato de compraventa ordinario como aquel en el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que le represente»; el artículo 1470 del CC italiano, por su parte, afirma que «la compraventa es el contrato que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa o la transmisión de algún otro derecho a cambio de un precio correspondiente»<sup>17</sup>. Siguiendo una interpretación literal de tales definiciones, es evidente que la venta judicial o enajenación forzosa tiene perfecta cabida en las mismas: en ella existe una entrega de una cosa (bien subastado), a cambio de un precio (el precio de remate que definitivamente pague el adjudicatario).

A lo anterior, también cabría sumar los numerosos preceptos de nuestro panorama normativo que al hacer referencia a la enajenación forzosa aluden a ella expresamente con el término «venta»<sup>18</sup>. En el ámbito español, por lo que concierne al CC, pueden destacarse los artículos siguientes:

– El artículo 1459 CC, que en sede de prohibiciones legales de vender, emplea como sinónimos la venta ordinaria y la judicial,

*Processo di esecuzione*, Milano, 1959-1965, p. 177; CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 139; MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata», Rescigno, P. (Dir.), en *Trattato di Diritto Privato*, 1.<sup>a</sup> Ed., Torino, 1985, p. 224.

<sup>15</sup> GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1955, p. 480. Esta identidad entre la venta ordinaria y judicial en cuanto a sus efectos de transmisión de un bien por una persona y adquisición del mismo por otra, también es destacada por CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General de Derecho*, n.º 584, 1993, p. 4378: «La primera (venta en subasta) es igual a la segunda (venta privada) una vez acordada, porque genera también la transmisión de bienes o derechos (...).». En esta misma línea también VELA SÁNCHEZ, A. J., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal*, Navarra, 2009, p. 66.

<sup>16</sup> El argumento de la identidad de ambas instituciones partiendo de la definición legal de compraventa es destacado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 59. También GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651, destacan este argumento (no por ello pueden calificarse como partidarios de la postura privatista, ya que únicamente destacan este argumento de la postura privatista para después rebatirla). De la misma forma, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 64.

<sup>17</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo.

<sup>18</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651, también destacan este frecuente empleo por parte de la legislación positiva vigente del término «venta» para referirse a la enajenación forzosa que tiene lugar mediante subasta en el seno del proceso de ejecución, como argumento a favor de la tesis privatista.

haciendo referencia a ella bajo el término de «subasta judicial». En efecto, siguiendo el tenor del referido precepto, se afirma que «no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial...»; es decir, se da por hecho que la enajenación por subasta judicial es una compraventa en toda regla.

– El artículo 1489 CC, concerniente al saneamiento por vicios ocultos y evicción en el ámbito de las ventas judiciales.

– Artículo 1640 CC, referente al ejercicio del derecho de tanto y retracto por parte de los condueños en la venta judicial<sup>19</sup>.

Por lo que respecta a la LEC española, se suele emplear con mayor frecuencia el término «subasta»<sup>20</sup>, como comprensivo de la enajenación forzosa que tiene lugar en el seno del procedimiento de ejecución dineraria; si bien, en el ámbito preciso de su regulación, pueden encontrarse alusiones al vocablo «venta» en los siguientes preceptos:

– Artículo 558. 1 LEC, que en el seno de la regulación de la «oposición a la pluspetición», afirma que fuera del caso de que la oposición esté exclusivamente fundada en pluspetición o exceso y el ejecutado ponga a disposición del Tribunal, para su inmediata entrega por el Secretario judicial al ejecutante, la cantidad que considera debida, «la ejecución continuará su curso, pero el producto de la venta de bienes embargados, en lo que excede de la cantidad reconocida como debida por el ejecutado, no se entregará al ejecutante mientras la oposición no haya sido resuelta». Como puede apreciarse, se habla expresamente de «venta» de los bienes embargados.

– Artículo 643. 1 LEC, donde en relación a la subasta de bienes muebles, se afirma que la subasta consistirá en «la venta de uno o varios bienes o lotes de bienes, según lo que resulte más conveniente para el buen fin de la ejecución».

– Artículo 652. 1 LEC, de nuevo en el ámbito de la subasta judicial de bienes muebles, en el que se indica que «finalizada la

<sup>19</sup> Este argumento de las tesis privatistas en torno a la venta judicial basado en la literalidad de ciertos preceptos del CC es destacado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 62.

<sup>20</sup> Ha de advertirse, que el término subasta, según la generalidad de la doctrina, suele tener dos acepciones legales: a saber, una primera en sentido estricto, conforme a la cual, sería «sólo la fase del procedimiento de apremio encaminada a determinar, mediante pública licitación, el precio en que los bienes inmuebles van a ser vendidos, e individualizar la persona que los adquiere» (MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 62 y 63; por tanto sería el acto procesal anterior a la propia enajenación forzosa); y en sentido amplio, incluiría tanto el acto procesal anterior, como la propia enajenación o transmisión posterior del bien. Al referirnos a la subasta, estamos manejando esta segunda acepción amplia en la que se incluye por parte de la Ley la enajenación o venta forzosa con la que se lleva a cabo la transmisión del bien al adjudicatario, a cambio del pago del precio del mismo por su parte.

subasta, se liberarán o devolverán las cantidades consignadas por los postores excepto la que corresponda al mejor postor, la cual se reservará en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación y, en su caso, como parte del precio de la venta». Se identifica, pues, la enajenación forzosa llevada a cabo en el seno de la subasta con el término venta.

– Artículo 653. 1 LEC, que al referirse a la quiebra de la subasta de bienes muebles establece que «si ninguno de los rematantes a que se refiere el artículo anterior consignare el precio en el plazo señalado o si por culpa de ellos dejare de tener efecto la venta, perderán el depósito que hubieran efectuado y se procederá a nueva subasta, salvo que con los depósitos constituidos por aquellos rematantes se pueda satisfacer el capital e intereses del crédito del ejecutante y las costas». Se habla, como puede apreciarse, de carencia de efectos de «la venta», lo cual es ciertamente significativo<sup>21</sup>.

Lo expuesto anteriormente, por lo que respecta a la legislación española. Pasemos ahora a analizar el empleo del término «venta» en el seno del Ordenamiento Jurídico italiano. El CC italiano, como ya se ha anticipado, cuenta con una regulación específica en relación con los efectos «sustantivos» (arts. 2919 a 2929) de la venta judicial, a la que denomina «venta forzosa o forzada»<sup>22</sup>. Es decir, en los referidos artículos 2919 a 2924 se habla en todo momento de «venta», añadiendo el adjetivo «forzada o forzosa».

Y lo mismo sucede en el «Codice di Procedura Civile» (el equivalente a la LEC en Italia; en adelante CPC italiano), en el Título II («*Dell'espropriazione forzata*»), del Libro III («Del processo di esecuzione»), se habla en todo momento de «venta» a secas y de «venta forzada o forzosa»; concretamente en los Capítulos I («*Dell'espropriazione forzata in generale*»), II («*Dell'espropriazione mobiliare presso il debitore*»), III («*Dell'espropriazione presso terzi*») y IV («*Dell'espropriazione immobiliare*»); que abarcan los artículos 483 y ss. del CPC italiano.

<sup>21</sup> MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II..., cit., p. 1724, destaca también este argumento de las teorías privatistas, apoyado en el vigente texto de la LEC. Bajo la vigencia de la LEC anterior de 1881, también se empleaba por parte de la doctrina este mismo argumento; *vid.* al respecto, ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate...*, cit., pp. 55 y 56.

<sup>22</sup> El CC italiano habla expresamente de «vendita forzata» en todo momento en los referidos artículos 2919 a 2929. La mejor doctrina italiana alude expresamente en la argumentación de las posturas privatistas al hecho del dato legislativo, en el que parece aludirse siempre a la figura de la venta ordinaria en la regulación de la venta judicial; así *vid.* PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 265 y 266. Cabe advertir, no obstante, que el autor está refiriéndose al CC italiano de 1865 (la obra que citamos es del año 1935), no al vigente de 1942; si bien, la argumentación viene a ser la misma que se emplea con este último, de ahí que aludamos a ella.

Si se tratase la venta judicial de una verdadera venta ordinaria, podríamos distinguir como contrato que es, unos elementos personales, reales y formales. Los elementos personales, vendedor y comprador, quedarían encarnados por el deudor (o en su defecto por el Secretario judicial<sup>23</sup> responsable de la ejecución, en el caso de España; y el propio Juez, en el caso de Italia) y por el rematante, respectivamente. Los elementos reales vendrían constituidos por la cosa objeto de subasta judicial, previamente embargada, y el precio finalmente pagado por el rematante para adquirirla. Finalmente, en lo que respecta a la forma, ésta será libre en consonancia con el principio «espiritualista» que rige en nuestro Ordenamiento Jurídico en materia contractual<sup>24</sup>.

### 2.1.2 Dificultad de las tesis privatistas: la explicación de la ausencia de voluntad del deudor ejecutado y las «forzadas» tesis sostenidas para superarla

Como ya sabemos, los partidarios de la tesis privatista en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, la identifican con la compraventa ordinaria, esto es, con un contrato. Ahora bien, partiendo de la noción básica de contrato, conforme a la cual éste viene constituido por la concurrencia de, al menos, dos voluntades (en el caso de la compraventa, la voluntad del vendedor y la del comprador), ¿cómo se explica la calificación como contrato de una institución, la enajenación forzosa mediante subasta judicial, en la que la voluntad del que se tiene por vendedor –el deudor ejecutado– no existe? Es más, la venta judicial, no sólo se decreta con ausencia de la referida voluntad del deudor, sino incluso en contra de la misma. He aquí la gran dificultad, a nuestro juicio, como ahora tendremos ocasión de demostrar, insalvable con la que tropiezan las tesis privatistas<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Con la reforma operada en la LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, el Secretario Judicial asume el protagonismo absoluto en el seno de la subasta judicial, ya que es él quien aprueba el remate y la adjudicación del bien subastado mediante decreto.

<sup>24</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 59-61, sigue esta lógica en la delimitación de los elementos propios de la venta judicial en base a la clásica exposición de los mismos que suele hacerse por parte de la doctrina civilista.

<sup>25</sup> Son numerosos los autores que destacan esta dificultad prácticamente insalvable a la que se enfrentan los partidarios de la naturaleza contractual de la venta judicial. Así, por parte de la doctrina más clásica en la materia, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69. Por su parte, ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, 1996, p. 902. Igualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 91. Coincidente resulta tam-

Para superar esta clara insuficiencia que arrojan las tesis privatistas o contractualistas en torno a la venta judicial, los autores partidarios de la misma han ido creando diversas teorías que nuestro parecer se antojan ciertamente artificiosas como tendremos ocasión de demostrar. Las referidas teorías, siguiendo la sistematización acogida por Tramontano en este punto<sup>26</sup>, pueden agruparse en dos grandes categorías: aquellas que sitúan la figura del vendedor en el propio órgano judicial ejecutivo, y las que lo circunscriben en el acreedor ejecutante.

#### 2.1.2.1 PRIMERA CATEGORÍA DE TEORÍAS TENDENTES A SUPERAR LA AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL DEUDOR: EL VENDEDOR ES EL ÓRGANO EJECUTIVO (EXPOSICIÓN Y CRÍTICA)

En esta categoría encontramos en primera posición, siguiendo un orden rigurosamente cronológico, a la denominada «teoría de la representación genérica» sostenida por Carnelutti, quien entiende que la Ley concede al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución el poder de representar al ejecutado en el contrato de venta; esto es, el órgano competente (actualmente en España el Secretario judicial y en Italia el Juez), procede a la venta de los bienes en representación del ejecutado. Así pues, la venta judicial sería un verdadero contrato de compraventa en el que el comprador es el rematante adjudicatario y el vendedor el deudor ejecutado, el cual actúa por representación de éste en virtud del poder de representación que le viene conferido por la Ley<sup>27</sup>.

La teoría de la representación genérica, presenta un gran inconveniente criticado por una gran parte de la doctrina más autorizada, cual es el hecho de que se opone a uno de los pilares característicos propios del instituto de la representación: a saber, ¿cómo puede concebirse un supuesto de representación en el que el representante actúa no sólo sin tener presente el interés del representado, sino incluso pudiendo ir en contra del mismo? El órgano jurisdiccional encargado de la ejecución actúa en interés del acreedor ejecutante, pues la venta judicial trae causa de un proceso de ejecución dinaria ante el incumplimiento voluntario de una deuda no satisfecha por el deudor ejecutado. ¿Cómo puede decirse, pues, que actúa en

---

bien en esta crítica la doctrina italiana, *vid.* TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 1131.

<sup>26</sup> TRAMONTANO acuña una inédita sistematización de las teorías privatistas existentes, poniendo el acento en el sujeto que ocupe la posición del «supuesto» vendedor. A estos efectos, *vid.*, TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 1131.

<sup>27</sup> CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile. Vol. II, Processo di esecuzione*, Padova, 1931, pp. 221 y ss.

representación del deudor ejecutado? Como indica Galgano, el representante debe contratar «en interés del representado»: no puede utilizar el poder de representación que le ha sido conferido para realizar, en lugar del interés del representado, su propio interés (o el interés de un tercero –como sucede en el caso de la venta judicial–)<sup>28</sup>.

Carnelutti, mediante su construcción dogmática viene a crear un nuevo concepto de representación, concretamente y siguiendo sus palabras, entiende el autor que existe representación «cuando el Ordenamiento Jurídico permite que un derecho sea ejercitado o que una obligación sea cumplida por otro que no sea su titular o, más concretamente, el titular del interés que sustancialmente constituye la esencia del derecho o de la obligación»<sup>29</sup>.

Pero lo anterior no deja de ser una *fictio iuris*, una creación insostenible y exclusivamente concebida para amoldar el instituto de la representación a la tesis que defiende en torno a la naturaleza jurídica. Reiteramos, que no puede existir «representación» sin que a través de la misma el representante actúa en interés del representado<sup>30</sup>.

En este mismo sentido, merece la pena destacar lo dicho por Pugliatti, abierto opositor a la tesis de la representación de Carnelutti, quien advierte que la finalidad primordial de la representación está en servir a los intereses del representado y, sin embargo la actividad del órgano jurisdiccional en la ejecución, aunque recae sobre el interés del representado, nunca puede afirmarse que tienda a tutelar dicho interés<sup>31</sup>. La función de la representación y de la ejecución son claramente diversas: en la representación se actúa en interés del representado, mientras que en la ejecución se trata de resolver un conflicto de intereses (al resolver un conflicto de intereses, el órgano jurisdiccional debe actuar al margen de los sujetos cuyos intereses se enfrentan)<sup>32</sup>.

A pesar de tratarse de una teoría superada, como ahora tendremos ocasión de ver, hasta por el mismo Carnelutti, existen autores en la doctrina española que se adhieren a tal postura, señaladamente López Ortiz, quien considera la subasta judicial como un contra-

<sup>28</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. II, 2.<sup>a</sup> Ed., Padova, 2010, pp. 430 y 431.

<sup>29</sup> CARNELUTTI, F., «Postilla», en *Rivista Trimestrale di Diritto en Procedura Civile*, 1932; traducción obtenida de MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 67, nota n. 33.

<sup>30</sup> En similar sentido, TEDOLDI, A., *Vendita e assegnazione forzata...*, cit., p. 4.

<sup>31</sup> PUGLIATTI, S., «Vendita forzata e rappresentanza legale», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, pp. 294 y ss.

<sup>32</sup> PUGLIATTI, S., «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1933, I, pp. 425 y ss.

to privado en el que el órgano judicial interviene en forzosa representación<sup>33</sup>.

Acabamos de afirmar, que el propio Cornelutti da por superada su teoría de la representación, y ciertamente así lo hace, pues la descarta, quizás como respuesta a las múltiples e insalvables críticas de la que la misma fue objeto, pasando a una nueva teoría que califica como de «sustitución material del juez u órgano ejecutivo, o de representación legal del órgano ejecutivo»<sup>34</sup>. Esta segunda teoría viene a constituir una clara variante de la anterior, pues conforme a la misma se entiende que a través del embargo, el deudor ejecutado queda incapacitado, sustituyéndole en el ejercicio de sus facultades el órgano ejecutivo. En virtud de este planteamiento, la venta judicial seguiría siendo un contrato de compraventa, celebrado no por el adjudicatario y el deudor (representado por el órgano ejecutivo), sino por el adjudicatario y el propio órgano ejecutivo, que desde el embargo ocupa el lugar del deudor ejecutado. Tratándose de un contrato en el que una de las partes es el órgano jurisdiccional ejecutivo, el autor lo inserta en la categoría de contrato de «Derecho público».

A pesar de que mediante esta teoría Cornelutti logra huir de su preconizada «representación voluntaria», vuelve a caer en lagunas pantanosas, ya que reitera la existencia en cualquier caso de un contrato. En efecto, esta segunda postura de Cornelutti, es también objeto de sólidas críticas.

En primer lugar, porque al decretarse el embargo, el deudor ejecutado no pasa a encontrarse en una suerte de «situación de incapacidad (o mejor dicho, de falta de legitimación) respecto al objeto embargado». Tanto en el Ordenamiento español como en el italiano, el embargo constituye el primero de los pasos del proceso ejecutivo, a través del cual se individualiza el concreto bien sobre el que recaerá el posterior procedimiento de apremio con el que dicho bien se convertirá en dinero. Pero una vez decretado por parte del Secretario judicial, el sujeto propietario del bien en cuestión sigue ostentando todas las facultades integrantes de tal derecho, a saber y en virtud del artículo 348.1.º CC, las de goce (integradas por el uso y disfrute) y disposición (enajenar, gravar e hipotecar). Así se desprende del conjunto de la regulación del embargo por parte de la LEC (el Capítulo III, del Título IV –De la ejecución dineraria–, arts. 584 a 629).

<sup>33</sup> LÓPEZ ORTIZ, L., «Los contratos procesales», en *RGLJ*, n.º 197, 1954, p. 84.

<sup>34</sup> CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, vol. III, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, 1960, pp. 35 y 36.

En Italia, lo anterior quizá no resulte con tanta claridad, en la medida en que el deudor embargado, una vez decretado el embargo, en virtud del artículo 492.1.<sup>o</sup> del CPC italiano debe abstenerse de realizar actos directos sobre el bien objeto de embargo, teniendo a sustraerse de la garantía que el mismo supone para el acreedor ejecutante. Siendo así, se califican de ineficaces frente al acreedor ejecutante, todos los actos de disposición respecto al bien objeto de embargo; pero se trata de una ineficacia relativa, pues el acto en sí mismo sí es válido respecto del resto de terceros<sup>35</sup>. En definitiva, en Italia, el embargo sí comporta verdaderas limitaciones para el deudor ejecutado, si bien tampoco pueden llegar a calificarse como constitutivas de un estado de falta de legitimación respecto del objeto *stricto sensu* por parte del sujeto en cuestión; de ser así, no podrían ejercitarse facultades alguna y los actos dispositivos serían plenamente eficaces, no sólo frente al acreedor ejecutante, sino también respecto a todo tercero<sup>36</sup>.

En segundo lugar porque si lo que se pretende es explicar de alguna forma el papel que ocupa el órgano jurisdiccional en la venta judicial, no resulta necesario acudir, tal y como apunta acertadamente Bonsignori, al concepto de sustitución o de representación legal por incapacidad del ejecutado, sino que basta acudir a su propia potestad jurisdiccional en virtud de la cual puede coactiva y unilateralmente enajenar el bien<sup>37</sup>.

Y finalmente, incluso en el caso de que aceptemos la «supuesta» incapacidad a la que queda sometido el deudor ejecutado a partir del embargo, tampoco estaríamos en presencia de un verdadero sustituto o representante legal de este último, ya que no actúa en su interés, sino en el del acreedor ejecutante<sup>38</sup>.

En el escenario español, existe una clara variante de esta segunda teoría de «sustitución material del órgano ejecutivo», acuñada por Carreras Llansana, que propugna una actuación sustitutiva del órgano ejecutivo en base no a la incapacidad o falta de legitimación del ejecutado respecto del objeto, lo que traería consigo una actuación sustitutiva del órgano ejecutivo, sino en virtud de la legitimación que para el ejercicio de tales actos sobre el bien objeto de

<sup>35</sup> Así lo afirma expresamente DI PIRRO, M., *Codice di Procedura Civile illustrato. Dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e tavelle*, Piacenza, 2012, pp. 598 y ss.

<sup>36</sup> Así lo afirma MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 105, quien considera que no es verdad que el deudor se convierta en incapaz como consecuencia del embargo ni deba ser asistido de un administrador legal. Asimismo, MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata», en Rescigno, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, 2.<sup>a</sup> Ed., Torino, 1998, p. 266. E igualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., pp. 92 y 93.

<sup>37</sup> BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione...*, cit., p. 7.

<sup>38</sup> MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 105.

subasta obtiene de la potestad jurisdiccional de la que es titular. Es decir, el órgano ejecutivo se encuentra a su juicio legitimado para enajenar, celebrando un contrato de compraventa con el rematante, en virtud de su potestad jurisdiccional; potestad pública que le permite actuar como sustituto del responsable en los contratos que integran la realización forzosa<sup>39</sup>. Al despacharse la ejecución, el órgano ejecutivo (Secretario judicial en España y Juez en Italia) queda investido de una potestad pública que le faculta para realizar válidos actos en el patrimonio del deudor ejecutado. Vende los bienes de este último, celebrando un contrato de compraventa, que podríamos calificar como público o procesal<sup>40</sup>. Esta conexión entre la potestad jurisdiccional del Juez y los contratos que realiza en sustitución del deudor es lo que a juicio de Carreras constituye la «legitimación»<sup>41</sup>.

Se aprecia, pues, la diferencia entre la teoría de la sustitución de Cornelutti y la de Carreras Llansana: mientras el primero habla de sustitución como consecuencia de la situación de representación legal que traería consigo la «supuesta incapacidad» del ejecutado a partir del embargo; el segundo aboga por la sustitución como consecuencia del ejercicio sobre el patrimonio del deudor de válidas facultades dispositivas en virtud de la potestad pública jurisdiccional de la que es titular.

La postura de Carreras Llansana tampoco está exenta de críticas por parte de la doctrina española. En ese sentido, comenzando por Gutiérrez de Cabiedes, considera que esta teoría «tampoco satisface plenamente»: en primer lugar, porque no se define lo que se entiende por sustitución material; y en segundo lugar porque en su construcción «se toman conceptos y pareceres que han sido dados para la legitimación procesal, no para la civil». Respecto a esta última objeción, incluso en el caso hipotético de que existiesen

<sup>39</sup> CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pp. 76 y ss. En el seno de la doctrina italiana, encontramos una teoría similar acuñada por DE MARTINI, A., «Profilo contrattuale della vendita forzata nella esecuzione singolare e fallimentare», en *Giurisprudenza Completa della Cassazione Civile*, n.º 3, 1948, pp. 189 y ss. La diferencia de planteamiento por parte de DE MARTINI radicaría en calificar a la compraventa celebrada de «contrato de Derecho privado», a diferencia de CARRERAS LLANSANA, quien lo configura como contrato procesal o de Derecho público.

<sup>40</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 72. Nótese que las teorías de sustitución material del órgano ejecutivo dan lugar a la configuración de la venta judicial como un contrato procesal o de Derecho público, que por ello pudieran ser incluidas bajo el epígrafe correspondiente a las teorías publicistas. No obstante, por razón del orden lógico en la evolución del pensamiento de los autores, creemos conveniente incluirlas en el apartado de las teorías privatistas, también denominadas contractualistas como ya hemos tenido ocasión de advertir.

<sup>41</sup> La legitimación, afirma CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes...*, cit., p. 90, «entraña poder que deriva de una posición relativa con respecto al objeto; entraña inicialmente justificación de la potestad de realizar determinados actos, pero por extensión pasa a significar esa potestad en sí misma».

dos legitimaciones, una civil y otra procesal, la legitimación del Juez para vender sería en todo caso procesal, pues se da dentro de un proceso y produce en él directa e inmediatamente sus efectos jurídicos. Por último, objeta el referido autor que el concepto de legitimación, ya procesal o material, «es una cualidad propia y específica de las partes para poder obrar eficazmente, pero nunca del órgano»<sup>42</sup>. En otros términos y siguiendo en este último punto a Solchaga Loitegui, «no hace falta acudir a facultades o poderes propios de otros sujetos (las partes), para fundamentar algo que el juez puede por sí; ni se podría afirmar que el Juez es al mismo tiempo parte a los efectos de la venta»<sup>43</sup>.

Las insuficiencias apuntadas que traen consigo las teorías de la representación genérica y de sustitución material del Juez, acuñadas por Carnelutti, dan lugar a la aparición de nuevas teorías «privatistas o contractualistas», que en línea de principios, siguen afirmando la identidad de la venta judicial con el contrato de compraventa. No obstante, siguen enfrentándose al mismo obstáculo que las teorías anteriores, a saber, ¿cómo se explica la ausencia de voluntad o consentimiento por parte del deudor ejecutado, supuesto vendedor de seguir los esquemas contractualistas? A este respecto encontramos en siguiente lugar la denominada «teoría de la expropiación del poder de disposición» del deudor ejecutado, propuesta por Chiovenda<sup>44</sup>.

La inteligencia de la antedicha teoría parte de la distinción realizada por August Thon, entre la facultad dispositiva de un derecho y el derecho mismo del que se dispone. Dicha facultad dispositiva es independiente al derecho del que se dispone, no forma parte del mismo. Thon realiza el siguiente paralelismo ilustrativo acerca de su pensamiento<sup>45</sup>: la fuerza del que lanza una piedra es una manifestación del poder físico que no tiene nada que ver con la piedra lanzada<sup>46</sup>.

Siendo así, a través de la ejecución forzosa, concretamente a partir del embargo, el órgano ejecutivo lleva a cabo una expropia-

<sup>42</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 73. SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 93, coincide en la misma crítica que GUTIÉRREZ DE CABIEDES. En empleo de un razonamiento similar, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 205, nota n. 51.

<sup>43</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 71.

<sup>44</sup> La teoría de CHIOVENDA que analizaremos viene reflejada en el estudio: CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, pp.85-104.

<sup>45</sup> Vid. THON, A., *Reschtnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pp. 325 a 330, citado por CHIOVENDA en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1954, p. 342.

<sup>46</sup> CHIOVENDA, G., *Sulla natura dell'espropriazione forzata...*, cit., p. 85.

ción de la facultad de disposición autónoma, lo cual le faculta para enajenar el derecho de propiedad del bien embargado al tercero adjudicatario; no obstante, lo que se expropia es la facultad dispositiva, no el derecho subjetivo de propiedad que sigue perteneciendo al titular (deudor ejecutado). Pues bien, esta facultad de disposición es la que faculta al órgano expropiante para transmitir el derecho de propiedad en sí mismo.

En este proceso de expropiación en que se cifra la venta judicial, se distinguen dos momentos: uno primero, donde se lleva a cabo la expropiación de la facultad de disposición del deudor ejecutado titular del derecho objeto de venta judicial o forzosa y la atribución de dicha facultad a una persona (el órgano ejecutivo) diversa del titular; y uno segundo, consistente en el acto a través del cual la persona investida de la facultad de disposición (el órgano ejecutivo) ejerce dicha facultad, disponiendo del derecho a favor de una tercera persona (el rematante adjudicatario)<sup>47</sup>.

Conforme a lo anterior, la venta judicial sería un contrato de compraventa celebrado entre el órgano ejecutivo y el tercero adjudicatario, actuando el primero como disponente del derecho de propiedad sobre el bien objeto de venta en virtud de la previa expropiación de la facultad de disposición autónoma llevada a cabo a través del embargo. Es un contrato celebrado por el Estado, pero con características especiales, sobre todo en lo que hace al objeto, ya que enajena un bien perteneciente a un sujeto privado, cuya facultad de disposición ha sido adquirida por el Estado<sup>48</sup>. Es decir, de nuevo una teoría contractualista, que explica la ausencia de consentimiento del propietario de la cosa vendida a través de la expropiación de la facultad de disposición «autónoma» que lleva a cabo el órgano ejecutivo en virtud del poder que le confiere la propia Ley al iniciarse el proceso ejecutivo; y no en virtud de la representación genérica de tal órgano que preconiza Carnelutti<sup>49</sup>.

¿Y cómo se explica esta expropiación de esa «autónoma» facultad de disposición por parte del Estado? A juicio de Chiovenda, ello no debe sorprender, ya que de la misma manera que la capaci-

<sup>47</sup> CHIOVENDA, G., *Sulla natura dell'espropriazione forzata...*, cit., p. 90.

<sup>48</sup> CHIOVENDA, G., *Sulla natura dell'espropriazione forzata...*, cit., p. 100.

<sup>49</sup> En sentido análogo son numerosos autores los que exponen la teoría de CHIOVENDA y con ello damos prueba de la importancia del pensamiento en cuestión; entre otros los siguientes: TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., p. 637. También MAZZARELLA, F., *Vendita forzata...*, cit., p. 555. Igualmente JACCHERI, E., *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)...*, cit., p. 794. Por parte de la doctrina española, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 74. Asimismo, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., pp. 81 y 82. Y en tiempos más recientes, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 69.

dad genérica de obrar puede ser modificada por un órgano jurisdiccional concurriendo algún tipo de enfermedad mental o incapacidad de autogobierno de la persona; con más razón puede también recortarse o expropiarse una concreta facultad jurídica perteneciente a un sujeto quedando ello justificado por el hecho de constituir una actuación necesaria en aras al buen fin del proceso ejecutivo, a la sazón pilar fundamental de la potestad jurisdiccional (no sólo juzgar, sino también hacer ejecutar lo previamente juzgado)<sup>50</sup>.

En el seno de la doctrina italiana, a destacar el acogimiento de la teoría expropiatoria de Chiovenda por parte de Cicu y Messineo, quienes se declaran expresos seguidores de Chiovenda. En efecto, los referidos autores consideran que en el proceso de ejecución en el que tiene lugar la venta judicial o forzosa se distinguen dos momentos: uno primero, en el que la autoridad judicial expropia al deudor el poder de disposición del derecho (de propiedad) que después venderá; y uno segundo posterior en el que se procede a la venta, que puede calificarse como compraventa verdadera y propia, voluntaria y contractual: las partes de este contrato, que intervienen cada una de ellas con su propia voluntad son, de un lado el tercero adquirente, y del otro lado la pública autoridad, que vende no en nombre y por cuenta del deudor expropiado, sino en nombre propio, en virtud del poder de disposición que le pertenece después de habérselo quitado al deudor (actuando en interés del acreedor expropiante)<sup>51</sup>.

Esto en lo que hace a la exposición de la teoría de Chiovenda y la doctrina que se acoge a la misma, veamos ahora las críticas a la misma, las cuales, a nuestro parecer, ponen de manifiesto lo insostenible de la misma.

En primer lugar, la premisa de la que parte el planteamiento de Chiovenda, a saber, la separación entre el poder de disposición en virtud del cual se posee el derecho de propiedad sobre el bien objeto de embargo y posterior venta judicial y el derecho mismo, es difícilmente sustentable. Toda facultad jurídica es parte integrante de un derecho subjetivo, y no puede concebirse sin el mismo de manera autónoma; cierto es que la facultad puede desgajarse de un derecho subjetivo pleno pasando a constituirse en torno a la misma un derecho subjetivo más limitado, si bien en ese caso el derecho inicialmente pleno habrá perdido tal facultad. Poniendo como referente el derecho de propiedad, de todos es sabido que constituye el derecho real más pleno, integrado conforme a la definición legal

<sup>50</sup> CHIOVENDA, G., *Sulla natura dell'espropriazione forzata...*, cit., p. 95.

<sup>51</sup> CICU, A., MESSINEO, F., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXIII, Milano, 1971, pp. 27 y 28.

dada por el artículo 348 CC español y el paralelo artículo 832 del CC italiano, por las facultades de disposición y goce. No obstante, estas facultades pueden desgajarse, pasando a constituir un derecho real limitado, distinguiéndose entonces la «nuda propiedad» y el derecho real limitado en cuestión: por ejemplo, el derecho real limitado de usufructo consiste en la constitución de un derecho real en torno a la facultad de goce. Ahora bien, ese derecho subjetivo de propiedad (nuda propiedad) del que se desgaja la facultad de goce con la que se constituye el derecho real de usufructo, carece ya de dicha facultad jurídica; no puede ya ejercitarse el uso y disfrute respecto del bien objeto del derecho de propiedad (nuda propiedad) en cuestión.

Coincidén en apuntar esta primera crítica gran parte de la más autorizada doctrina española e italiana. Comenzando por la española, Gutiérrez de Cabiedes considera que «la separación entre derecho subjetivo en general y poder de disposición del mismo es artificial y contraria al propio concepto del derecho subjetivo»<sup>52</sup>. En sentido análogo, Solchaga Loitegui rechaza la teoría de la expropiación del poder de disposición por insuficiente, «sobre todo, porque parte de una separación arbitraria y contraria al propio concepto del derecho subjetivo, entre éste en general y el poder de disposición del mismo»<sup>53</sup>. Y en el seno de la doctrina italiana, por todos puede citarse principalmente a Pugliatti, quien sostiene que la facultad de disposición no es cosa distinta que el derecho de cuyo contenido forma parte, en la medida en que el derecho subjetivo no es otra cosa que una *facultas* resultante de la síntesis de toda una serie de singulares facultades, entre las que se comprende la facultad dispositiva; un derecho subjetivo, conforme al pensamiento del autor, sin las facultades integrantes del mismo no puede existir, sino como mera forma vacía, como mera abstracción<sup>54</sup>.

En segundo lugar, también puede objetarse a la tesis de Chiovenda lo apuntado acertadamente por Gutiérrez de Cabiedes, a saber, que incluso en el caso de que se considere la facultad de disposición como una facultad genérica perteneciente a la personalidad de todo sujeto, en virtud de la cual dispone de todos los derechos subjetivos de los que es titular (cada uno de ellos integrados por otra paralela facultad dispositiva integrante del mismo), tampoco resulta sostenible hablar de la expropiación de tal facultad gené-

<sup>52</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 77.

<sup>53</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69.

<sup>54</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 286.

rica, ya que, como el mismo autor de esta teoría afirma, «es un derecho de la personalidad y éstos por naturaleza son inalienables»<sup>55</sup>.

Como tercera crítica a la tesis de la expropiación del poder de disposición en la que también coinciden los autores puede indicarse que la referida teoría presupone una hipotética situación de limitación de la capacidad genérica de obrar a través del embargo. Ciertamente, conforme al planteamiento del autor, la facultad de disposición forma parte integrante del general derecho de la personalidad, y a partir del embargo, se produce la restricción de ese derecho, expropiándose una facultad integrante del mismo que pasa a formar parte del Estado, representado por el órgano ejecutivo. Esto es, apareja al embargo como efecto, la privación del poder de disposición. Y ello es plenamente insostenible en base al Derecho positivo español e italiano vigente, pues como ya hemos tenido ocasión de demostrar en páginas anteriores, el titular del bien objeto de embargo sigue manteniendo intactas a pesar de su traba las facultades integrantes del derecho de propiedad sobre el que tiene por objeto a tal bien<sup>56</sup>.

En cuarto lugar, cabe preguntarse ¿qué sentido tiene hablar de una expropiación de la facultad de disposición por parte del Estado, con el fin último de transmitir el derecho de propiedad mismo al tercero adjudicatario, cuando podría directamente expropiar el derecho de propiedad en sí mismo? Como bien indica Pugliatti en este punto, si se reconoce la posibilidad de una intervención estatal autónoma en la expropiación de la facultad dispositiva, no concurre razón alguna para negar la expropiación del derecho subjetivo *in toto*<sup>57</sup>. En otros términos, si se puede admitir la expropiación de la facultad de disposición y la atribución al órgano público (órgano ejecutivo) en virtud de la Ley, para que pueda transmitir a un tercero el derecho de propiedad mismo del que proviene dicha facultad dispositiva, puede también y de manera mucho más simple (eliminando una inútil ficción) afirmarse la propia expropiación del derecho de propiedad mismo<sup>58</sup>. Una nueva insuficiencia, pues, de la

<sup>55</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79.

<sup>56</sup> Coincidien en destacar la referida crítica los siguientes autores: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 76. También SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., pp. 92 y 93; Asimismo, MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 106. Igualmente, MAZARELLA, F., *Vendita forzata...*, cit., p. 555.

<sup>57</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 286. Se suma a la crítica también TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., p. 637.

<sup>58</sup> PUGLIATTI viene a sostener los mismos términos, pero para justificar finalmente que el Estado está facultado para transmitir coactivamente el bien a una tercera persona, sin necesidad de hacerse previamente propietario de ese bien o titular de la facultad de disposición sobre el mismo. Ello forma parte de la denominada «teoría del trasferimento coattivo» acuñada por el referido autor, de la que nos ocuparemos posteriormente al analizar las denominadas «posturas o teorías publicistas». Así, *vid.* PUGLIATTI, S., *Esecuzione*

teoría de la expropiación del poder de disposición de Chiovenda, que resulta, como ya anticipamos al iniciar la exposición de las críticas a la misma, ciertamente insostenible.

### 2.1.2.2 SEGUNDA CATEGORÍA DE TEORÍAS TENDENTES A SUPERAR LA AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL DEUDOR: EL VENDEDOR ES EL ACREDOR EJECUTANTE (EXPOSICIÓN Y CRÍTICA)

Como ya advertimos al iniciar la exposición de las posturas que venimos a denominar como «contractualistas», la dificultad esencial que las mismas presentan no es otra que la justificación de la ausencia de voluntad del deudor ejecutado. Decíamos, igualmente y siguiendo en este punto el razonamiento sistemático de Tramontano, que este obstáculo se pretende salvar por parte de los autores, intentando individuar la figura del vendedor en el órgano ejecutivo (planteamientos analizados en el epígrafe precedente), o en el mismo acreedor ejecutante<sup>59</sup>. Pues bien, es este segundo grupo de teorías doctrinales, a saber, aquellas que pretenden salvar la ausencia de voluntad del deudor ejecutante individualizando la figura del vendedor en el acreedor ejecutante, de la que pasamos a ocuparnos en el presente apartado.

En base a lo anterior, debemos partir de la denominada «teoría del mandato voluntario» sostenida por Mirabelli<sup>60</sup> y posteriormente por Tendi<sup>61</sup>, en virtud de la cual se entiende que el deudor, al obligarse, implícitamente otorga su voluntad para la constitución de un contrato de mandato especial para vender en favor del acreedor respecto de todo su patrimonio, quedando este último facultado para ejercitar ese *ius vendendi* sobre el mismo (el patrimonio en su conjunto) para el cumplimiento de tal obligación. Es decir, implícitamente al obligarse, todo deudor asume la eventualidad de que ante el incumplimiento de la obligación asumida y en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal, el acreedor quedará facultado para vender cualquiera de los elementos activos de su patrimonio; y la actuación del acreedor queda legitimada en virtud de un contrato de mandato especial voluntariamente celebrado por el propio deudor a su favor, si bien tal voluntad en la cele-

<sup>59</sup> TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 286. En términos similares, coincide en apuntar esta crítica MAZZARELLA, F., *Vendita forzata...*, cit., p. 555. Igualmente, BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione...*, cit., p. 10, justifica la posibilidad de expropiar directamente el derecho subjetivo mismo, en ejercicio a la potestad jurisdiccional con la que cuenta el Estado.

<sup>60</sup> MIRABELLI, G., *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889, p. 308.

<sup>61</sup> TENDI, G. B., *Trattato teorico pratico della compravendita*, II, Firenze, 1906, p. 73.

bración del contrato no es expresa o *ad hoc*, sino que se deduce implícitamente de la voluntad inicialmente prestada al asumir la obligación<sup>62</sup>.

Teoría que nos parece ciertamente insostenible desde muchos puntos de vista. En primer lugar, porque en el empeño por explicar la ausencia de voluntad del vendedor, haciendo radicar la misma en la actuación en concepto de mandatario por el acreedor, se deja al margen la intervención y el papel del órgano ejecutivo. ¿Cómo se explica el impulso procesal a cargo del órgano ejecutivo sin el cual la transmisión del bien objeto de venta judicial no se produce?

En segundo lugar, la teoría doctrinal del mandato voluntario se opone a una serie de principios básicos integrantes de la esencia del contrato de mandato. En efecto, como bien indica Díez-Picazo en consonancia con el resto de la doctrina, la relación jurídica que nace del contrato de mandato «encuentra su base y su fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre mandante y mandatario»<sup>63</sup>. Asimismo, el contrato de mandato puede celebrarse, de acuerdo con el artículo 1710 del CC español (no existe artículo paralelo en el CC italiano) de manera expresa o de manera tácita; siendo tácito aquel mandato «que resulte de *facta concludentia*, es decir, de hechos del mandante y del mandatario que presupongan necesariamente la voluntad de celebrar el contrato»<sup>64</sup>. Siendo así, ¿cómo puede deducirse una voluntad tácita por parte de todo deudor al obligarse en aras a la constitución de un contrato que trae consigo una relación jurídica basada en la confianza y fidelidad? No parece que ello sea factible bajo ningún punto de vista. Es más, ese vínculo de confianza y fidelidad que subyace bajo el contrato de mandato alcanza una importancia tal que viene a repercutir poderosamente en todo el régimen jurídico de la institución; entre otros aspectos, influye en lo que a las causas de terminación de la relación se refieren: en general, toda pérdida de confianza debe generar una posible finalización de la relación, de ahí que exista como singularidad de esta figura contractual la posibilidad de que el mandante pueda revocar el mandato unilateralmente en cualquier momento<sup>65</sup> (ex arts. 1732.1.º y 1733 del CC español;

<sup>62</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 272.

<sup>63</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, 1.ª Ed., Navarra, 2010, p. 475. En el mismo sentido, en la doctrina italiana *vid.* por todos GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. II..., cit., p. 699.

<sup>64</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 473.

<sup>65</sup> Coincidir en destacar el peso que tiene la confianza subyacente en el contrato de mandato como fundamento de su posible revocación unilateral en cualquier momento por parte del mandante: DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 475. Igualmente, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956, p. 375.

y 1722.2.<sup>º</sup> y 1723.1.<sup>º</sup> del CC italiano<sup>66</sup>). En base a ello y retomando la crítica a la «teoría del mandato voluntario», ¿cómo puede concebirse la existencia de un contrato de mandato que no resultará revocable por parte del mandante –en el caso de la venta judicial, el deudor ejecutado–, cuando el mandato debe ser revocable por naturaleza? Ciento es que puede pactarse la irrevocabilidad del mandato (posibilidad admitida doctrinal y jurisprudencialmente en España, y en sede de Derecho positivo en Italia –ex art. 1723.1.<sup>º</sup> del CC italiano–), si bien en el caso de la venta judicial es evidente que ese pacto es inexistente, de forma que llegaríamos a una suerte de mandato irrevocable impuesto forzosamente lo cual se opone frontalmente a la esencia misma de la figura contractual en cuestión.

Finalmente, de seguir la «teoría del mandato voluntario», entrarían en conflicto la regulación procesal y sustantiva de la venta judicial (tanto en España como en Italia, como ahora tendremos ocasión de ver), en lo que respecta a la posibilidad de que el adjudicatario, «supuesto» comprador conforme al esquema contractualista que rebatimos, sea el propio acreedor ejecutante (recordamos que es el que ocuparía la posición de «mandatario»). Desde el plano procesal, tanto en España como en Italia, pueden actuar como postor y eventual adjudicatario del bien objeto de venta judicial, el respectivo acreedor ejecutante<sup>67</sup>. Mientras que en el plano sustantivo y acudiendo a la regulación del contrato de mandato,

<sup>66</sup> Nótese que el CC italiano contiene una importante variante en sede positiva respecto del CC español, a saber, contempla expresamente la posibilidad de que el mandato sea irrevocable, únicamente cuando así se haya pactado expresamente por mandante y mandatario. Es decir, se permite la posibilidad de renuncia a la revocabilidad con la que por esencia y regla general cuenta a su favor el mandante. En ese caso, como puede apreciarse por el tenor del precepto descrito, el mandato no podrá revocarse, salvo que concurra causa que lo justifique. Con ello se da muestra de que el mandato es natural y esencialmente revocable, aunque puede excepcionalmente pactarse su irrevocabilidad, si bien fruto de su carácter natural es la posibilidad incluso en ese caso de revocarse cuando concurra justa causa. En el Ordenamiento Jurídico español el pacto de irrevocabilidad del mandato no se contempla positivamente en el CC, si bien la generalidad de la doctrina y jurisprudencia (ha sido un tema objeto de la correspondiente polémica, cuya exposición excede de los contornos de nuestra crítica a la «teoría del mandato voluntario» en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial) entiende que «es posible pactar expresamente su irrevocabilidad, pues se alega que la revocación es un derecho del mandante que puede ser renunciado conforme al artículo 4 del CC español» (ESPÍN CÁNOVAS, D., «Derecho Civil Español», vol. III, *Obligaciones y Contratos*, 3.<sup>a</sup> Ed., Madrid, 1969, p. 572; quien cita a su vez en apoyo de la postura en cuestión a CASTÁN, destacando como opositor al planteamiento mayoritario –es decir, en contra de la posibilidad de pactar la irrevocabilidad del mandato–, a SÁNCHEZ ROMÁN y MANRESA). En sentido análogo y en tiempos más recientes afirma DE PABLO CONTRERAS, P., «El mandato», en Martínez de Aguirre Aldaz, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, p. 723.

<sup>67</sup> En el Ordenamiento Jurídico español, la posibilidad de que el acreedor ejecutante actúe como postor en la subasta judicial y pueda llegar a ser adjudicatario se deduce de los artículos 647. 2.<sup>º</sup>; 650. 2.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup>; 65; 670. 2.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup>; y 671 de la LEC. En el Ordenamiento Jurídico italiano dicha posibilidad se establece de manera aún más expresa en el artículo 579. 1.<sup>º</sup> del CPC.

existe tanto en España como en Italia igualmente una prohibición genérica impuesta al mandatario de adquirir por compra los bienes propiedad del mandante<sup>68</sup>. Si el acreedor ejecutante debe ser el mandatario conforme a la «teoría del mandato voluntario» del deudor ejecutante (propietario y mandante), ¿cómo casa el supuesto admitido procesalmente con la prohibición sustantiva expuesta? Se trata de una contradicción definitivamente insuperable, sobre todo en lo que concierne a las ventas judiciales como ahora veremos. En efecto, a pesar de lo polémico de la interpretación de la prohibición de vender a la que estamos haciendo referencia, de lo que no existe duda alguna es que la prohibición impera con toda fuerza (así lo entiende la doctrina de forma uniforme y pacífica) en el ámbito de las ventas judiciales o subastas; fruto de ello es el propio tenor literal del artículo 1459.2.º del CC español y del respectivo artículo 1471.4.º del CC italiano, en los que se hace expresa mención a la prohibición del mandatario de adquirir bienes del mandante particularmente en subasta pública o judicial. Asimismo, una breve ojeada al Derecho comparado refuerza lo anterior, particularmente en lo que hace a los Códigos Civiles francés y holandés en los cuales lo que se prohíbe expresamente al mandatario es «resultar adjudicatario» y ello bajo pena expresa de nulidad.

Expuesta y rechazada la teoría contractualista del «mandato voluntario», pasamos a analizar la segunda de las tesis contractualistas que tratan de salvar la ausencia de voluntad del deudor ejecutado individualizando la figura del vendedor en el acreedor ejecutante, cual es la denominada «teoría de la prenda del acreedor» sobre el patrimonio del deudor de Rocco<sup>69</sup>. De acuerdo con esta teoría, la actuación judicial a través de la cual se lleva a cabo la venta forzosa del bien objeto de embargo se explica «como la realización del derecho de prenda general del acreedor, adquirido sobre los bienes del deudor»<sup>70</sup>. La inteligencia del planteamiento sería la siguiente: el deudor al incumplir la obligación voluntariamente asumida, concede correlativamente al acreedor una acción ejecutiva y con ella un *ius vendendi* sobre todos los bienes del deudor; y ¿cómo se configura técnicamente ese derecho a vender sobre

<sup>68</sup> La prohibición de comprar bienes propiedad del mandante que corre a cargo del mandatario se establece, en el caso de España, en el artículo 1459. 2.º CC español. En el caso de Italia, la anterior prohibición se contiene en el artículo 1471. 4.º CC italiano.

<sup>69</sup> ROCCO, A., *Il fallimento*, (ristampa dell'edizione del 1917), Milano, 1962, pp. 31 y ss.; también por parte del mismo autor: «Studi sulla teoria generale del fallimento», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1910, pp. 674 y ss. Teoría de la prenda del acreedor seguido igualmente por cierta doctrina alemana, concretamente por KOHLER, J., *Prozessrechtliche forschungen*, 1882; citado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79, nota n. 172.

<sup>70</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79.

los bienes del deudor? como una suerte de derecho de prenda del acreedor sobre dichos bienes. Derecho de prenda, que como derecho real de garantía, concede un derecho a la realización cuya ejecución corre a manos del órgano ejecutivo en virtud de su potestad jurisdiccional. Se justifica así la actuación del órgano ejecutivo, quien ejerce el derecho a la realización sobre el patrimonio del deudor del que es titular el acreedor en virtud de un derecho de prenda general sobre el mismo.

Con ello cerramos el razonamiento del referido autor italiano, a nuestro juicio refutable desde muchos puntos de vista, fundamentalmente porque con él se desnaturalizarían los rasgos definitorios del derecho de prenda, esto es, se crearía una prenda *ad hoc* con características que nada tienen que ver con las propias de la prenda configurada legalmente. Veamos a qué nos referimos.

En primer lugar, la prenda, como derecho real de garantía, se constituye en virtud de un contrato de naturaleza real<sup>71</sup>. ¿Existe ese contrato en el caso de la venta judicial? ¿Acaso puede decirse que el deudor al asumir voluntariamente su obligación presta paralelamente su consentimiento a la constitución de un eventual y futuro derecho de prenda «general» sobre su patrimonio para el caso en que incumpla? En absoluto. Además, se trata de un contrato necesariamente real, es decir, que el traspaso posesorio es condición *sine qua non* para la constitución del derecho de prenda; traspaso que no se da en la venta judicial. El deudor ejecutado no pierde la posesión del bien hasta que no se hace efectiva la transmisión del derecho embargado y posteriormente vendido judicialmente; la transmisión posesoria no es ni mucho menos efecto directo de la traba del embargo, antes bien, el bien embargado sigue en manos del deudor, quien no pierde facultad alguna sobre el derecho de propiedad que recae sobre el mismo, como ya hemos tenido ocasión de reiterar en páginas anteriores. Por tanto, el derecho de prenda en sentido técnico no vería la luz en ningún caso en el seno de la venta judicial.

Asimismo, otro de los rasgos definidores del derecho de prenda, es que constituye un derecho real de garantía que tiene por

<sup>71</sup> El traspaso posesorio como requisito de perfección del contrato constitutivo del derecho de prenda viene determinado en el artículo 1863 CC español. Así se dispone igualmente en el CC italiano, concretamente en su artículo 2786. 1º Entrega de la cosa como elemento constitutivo de la prenda a la que también hace referencia la doctrina de forma unánime; entre otros, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.<sup>a</sup> Ed., Madrid, 2001, p. 59. En el mismo sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La prenda», en Clemente Meoro, M. (Coord.), *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 2.<sup>a</sup> Ed., Valencia, 2001, p. 442. E igualmente por parte de la doctrina italiana, GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. III, 2.<sup>a</sup> Ed, Padova, 2010, pp. 335 y 336.

objeto únicamente bienes de naturaleza mobiliaria<sup>72</sup>; ¿cómo se explicaría la existencia de ese «supuesto derecho de prenda general» sobre aquellos bienes integrantes del patrimonio del deudor que sean inmuebles; debería hablarse entonces de una hipoteca (derecho real limitado de garantía indicado para los bienes inmuebles, para cuya constitución exige de su inscripción en el Registro de la Propiedad)? Nueva insuficiencia insalvable de la teoría de Rocco.

Por otra parte, la prenda, como derecho real de garantía, necesaria y únicamente puede recaer sobre un específico bien, no sobre un conjunto indeterminado de bienes; y concede un *ius prelationis* en lo que respecta a la venta del bien en cuestión respecto a los restantes acreedores. El sentido que tiene la garantía real no es otro que afectar un específico bien al cumplimiento de un crédito, de modo que ante su incumplimiento, podamos dirigirnos directa y privilegiadamente contra el mismo. Ninguno de estos rasgos concurre en la venta judicial, en la que se estaría afectando a una generalidad de bienes (el patrimonio activo en su conjunto), sin ostentar privilegio especial sobre ninguno de ellos de cara al ejercicio del «supuesto» *ius vendendi* del acreedor ejecutante<sup>73</sup>. Basten estas líneas para apreciar lo insostenible del planteamiento de Rocco.

Hasta aquí la exposición de las posturas que tratan de re conducir la venta judicial a esquemas contractualistas<sup>74</sup>, las cuales entendemos insostenibles, pues la falta de consentimiento de una de las «supuestas» partes contractuales (esencial para que exista la idea de contrato), el deudor ejecutado vendedor, no puede ser salvada bajo ningún concepto.

<sup>72</sup> La prenda es un derecho real de garantía exclusivamente mobiliario, así se dispone de manera expresa en el CC español, en su artículo 1864. Y así lo dispone igualmente el artículo 2784. 2.<sup>o</sup> del CC italiano.

<sup>73</sup> Coincide en destacar esta crítica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 81 y 82. Del mismo modo, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 69 y 70. Igualmente, LUQUE TÓRRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 205, nota n. 51. En sentido similar, por parte de la doctrina italiana, PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 295 y 296.

<sup>74</sup> Junto a los autores expuestos a lo largo de este apartado, también pueden incluirse en el apartado de «los contractualistas», a los siguientes: RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Cáceres, 1997, pp. 176 y 177; NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, p. 304; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, T. III, vol. 1, Barcelona, 1966, pp. 616 y 617; DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1959, p. 190; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pp. 201 y 202; GIMENO PÉREZ LEÓN, F. J., «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la subasta (procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Adjudicación en primera subasta de la finca y aprobación del remate. Posterior comparecencia del deudor hipotecario aportando documentos privados justificativos del pago de la deuda y ulterior otorgamiento de carta de pago por entidad acreedora», en *La Ley*, n.<sup>o</sup> 552, 1990, pp. 6399-6401.

## 2.2 TEORÍAS PUBLICISTAS

Analizadas las que hemos venido a denominar como «teorías privatistas o contractualistas», que hacen girar la naturaleza de la venta judicial en torno a la noción de contrato y, particularmente, el contrato de compraventa; y estudiadas sus insalvables insuficiencias, entre las que destaca la injustificable ausencia de la voluntad del «supuesto» vendedor ejecutado, pasamos ahora a desarrollar el segundo gran bloque de teorías en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, a saber, las llamadas «teorías publicistas o procesalistas».

En efecto, ante las deficiencias demostradamente insuperables que se derivan de la pretendida inclusión de la venta judicial en los esquemas del contrato de compraventa, comienzan a erigirse mayoritariamente posturas doctrinales que intentan comprender y definir la esencia de la venta judicial en base exclusivamente al propio proceso<sup>75</sup>; de ahí su denominación.

Si las posturas contractualistas hacen girar la venta judicial en torno a la noción de contrato, las publicistas o procesalistas la explican desde el proceso, haciendo hincapié en el elemento de imperio que distingue la actuación del órgano ejecutivo<sup>76</sup>. Lo que caracteriza, pues, a la venta judicial, conforme a este planteamiento, es su carácter procesal, por tanto público, siendo primordial la actuación que el órgano ejecutivo lleva a cabo en virtud de la potestad jurisdiccional del que es titular. Como bien indica Mazzamuto, el acento recae ahora sobre la imparcialidad del órgano ejecutivo, sobre el procedimiento como típica manifestación de la actividad jurisdiccional, y sobre el interés público que preside la actuación ejecutiva y que ya de por sí sirve para distinguir claramente la venta judicial de la venta ordinaria<sup>77</sup>.

Estas son las premisas que presiden la inteligencia de las nuevas posturas doctrinales, si bien no todas ellas pueden ser agrupadas unitariamente bajo las mismas, pues muchas tienden, a nuestro juicio y como tendremos ocasión de demostrar, acertadamente, a otorgar cierta relevancia a los innegables aspectos sustantivos que encierra la venta judicial, no circunscribiéndose, pues, exclusivamente al proceso. En este sentido y con el inevitable riesgo de caer en simplificaciones excesivas, podemos sistematizar las teorías doctrinales de los autores en cuatro grandes categorías:

<sup>75</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 40 y 41.

<sup>76</sup> TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., pp. 1131 y 1132.

<sup>77</sup> MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata* (2.<sup>a</sup> ed.), cit., pp. 266 y 267.

- Aquellas teorías que podemos calificar como «puramente publicistas o procesalistas», en la medida en que sólo parten del proceso y sólo otorgan relevancia a la actuación del órgano ejecutivo.
- Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación por analogía del régimen de figuras sustantivas.
- Las teorías que partiendo del proceso, comienzan a otorgar cierta relevancia a los aspectos o efectos sustantivos que la venta judicial trae consigo.
- Y finalmente, las teorías que afirman claramente la naturaleza jurídica compleja (procesal-sustantiva) de la venta judicial, intentando homogenizar los aspectos procesales y sustantivos de la misma.

Esta es la sistematización que acuñamos y que pasamos ahora a desarrollar mediante la exposición de los distintos y numerosos planteamientos doctrinales.

### 2.2.1 Teorías puramente publicistas o procesalistas

En este primer bloque incluimos a todos aquellos autores que sólo ven en la venta judicial una suerte de acto procesal llevado a cabo de forma unilateral por el órgano ejecutivo, a través del cual se produce la entrega de la cosa al tercero adjudicatario; de modo que la actuación de las restantes personas intervenientes lo único que hacen es integrarse en la formación del acto «directa o indirectamente, ayudando a que el acto cumpla su finalidad, pero sin añadir o restarle su valor, que depende en exclusiva del órgano jurisdiccional»<sup>78</sup>. En base a esta inteligencia, el único texto legal que debe servir como referencia en relación a la venta judicial es la Ley de Enjuiciamiento Civil (o el equivalente *Codice di Procedura Civile* italiano), en consonancia con la naturaleza puramente procesal predictable de la institución en cuestión.

Por parte de la doctrina española, el primero de los autores que puede citarse en el seno de este primer grupo es a Gutiérrez de Cabiedes, que como ya hemos reiterado en páginas precedentes, es de los primeros que lleva a cabo en España una exhaustiva exposición sistemática de las posturas principales existentes acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial. El referido autor, como bien indica Franco Arias<sup>79</sup>, reduce la venta judicial a la resolución judicial mediante la que el órgano ejecutivo lleva a cabo la enajenación

<sup>78</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 97.

<sup>79</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 43.

forzosa del bien. Esta resolución es la que opera la entrega de la cosa, no instantáneamente, sino condicionada a la concurrencia de una serie de hechos futuros establecidos legalmente (pago del precio y entrega del bien al tercero rematante). Es exclusivamente el órgano ejecutivo el que solo y unilateralmente, sin contar para nada con la voluntad del rematante, lleva a cabo la enajenación. De esta forma, la venta judicial se presenta como un verdadero acto procesal, unilateral y jurisdiccional que depende exclusivamente del órgano jurisdiccional ejecutivo<sup>80</sup>.

Se entiende, así, la definición que Gutiérrez de Cabiedes da de la enajenación forzosa que tiene lugar a través de la venta judicial, como «un acto procesal de carácter dispositivo, que la Ley liga a la aprobación del remate, en que fijados los sujetos, el objeto y el precio a través de la subasta anterior, el Juez, en virtud de su jurisdicción y competencia y en cumplimiento de las Leyes transfiere el dominio al mejor postor previamente conocido en la subasta, una vez que éste entregue el precio que se comprometió a satisfacer y se cumplan las otras condiciones señaladas por la Ley<sup>81</sup>».

Se niega, de este modo, la necesidad de acudir a figuras o institutos extraños para justificar la actuación del órgano ejecutivo, el cual actúa exclusivamente en cumplimiento de su función jurisdiccional en su fase decisoria o ejecutiva. Asimismo, se califica la actuación de los restantes sujetos intervenientes (acreedor ejecutante, deudor ejecutado y rematante) en base a la noción de «condición suspensiva», en la medida en que la adquisición de los derechos que forzosamente se transmiten dependerá del acontecimiento que constituya la condición: en nuestro caso, afirma el autor, la consignación del precio y la entrega de la cosa<sup>82</sup>.

Badenes Gasset, por su parte, rechaza igualmente de forma tajante el encaje de la venta judicial en los esquemas del contrato de compraventa<sup>83</sup>, pues es «obvio que el Juez no es un vendedor, que la relación que tiene lugar no es la propia de un contrato de compraventa y que el adquirente no es un auténtico comprador»<sup>84</sup>. Partiendo de ese rechazo inicial a las tesis contractualistas de la

<sup>80</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 96 y ss.

<sup>81</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 120

<sup>82</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 108. SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 73, se opone a la explicación que GUTIÉRREZ DE CABIEDES da de la posición de los restantes sujetos cuya intervención es necesaria para el buen fin de la venta judicial, y ello en base a que en coherencia con tal planteamiento, a su juicio, erróneo, lo lógico sería afirmar que nos encontraríamos ante una adquisición originaria y no derivativa como proclama GUTIÉRREZ DE CABIEDES.

<sup>83</sup> BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, tomo I, 3.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 1995, p. 258.

<sup>84</sup> BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, tomo I, cit., p. 259.

venta judicial, acoge fielmente a la postura sostenida por Gutiérrez de Cabiedes, en la medida en que a su parecer, «la estructura del acto alienativo y los efectos producidos por la aprobación del remate en cuanto a la consignación del precio y la entrega de la cosa enajenada, excluyen que en la regulación de la enajenación forzosa pueda afirmarse la existencia de una compraventa otorgada por el Juez y el rematante de la subasta»<sup>85</sup>.

Guasp y Aragoneses siguiendo esta misma orientación que sólo explica la venta judicial en los términos del proceso y, por tanto, en base exclusiva a la normativa procesal, entienden que la venta judicial puede ser calificada como un verdadero «acto procesal y, más concretamente, un acto de instrucción del proceso de ejecución, puesto que es un acto de realización forzosa según se deduce de su concepto»<sup>86</sup>.

Resulta interesante observar los motivos por los cuales los referidos autores rechazan con toda claridad la asimilación de la venta judicial a una compraventa voluntaria, esto es, a un negocio jurídico privado. En efecto, no se limitan a resaltar el archiconocido y básico argumento de la injustificable ausencia de voluntad del deudor ejecutado «supuesto vendedor», sino que van más allá, negando la posibilidad misma de la existencia de la categoría genérica de «negocio jurídico» en el ámbito procesal. A este respecto, afirman los autores que «no hay en el Derecho procesal verdaderos negocios jurídicos», ya que las partes del supuesto negocio se ven intermedias constantemente por la voluntad del órgano judicial correspondiente, lo que impide atribuir a sus declaraciones de voluntad los efectos jurídicos inmediatos que son propios de los negocios jurídicos. Afirmación que resulta aún más evidente en relación al contrato, que supone por esencia una igualdad entre los contratantes, «al cual repugna el principio de la jerarquía subjetiva, característica de la institución procesal». No hay, pues, verdaderos negocios jurídicos ni contratos procesales<sup>87</sup>.

El enunciado argumento toca una controvertida cuestión hoy en parte superada, que ha sido objeto de verdaderos ríos de tinta por parte de la doctrina clásica, cual es la posible admisibilidad de la figura del «negocio jurídico procesal». Siguiendo a Vittorio, puede decirse que se trata de una figura elaborada por primera vez por la doctrina alemana, bajo la influencia de la pandectística. Figura que fue acogida por gran parte de la doctrina procesalista italiana más influyente, si bien en la actualidad puede decirse que ha sido rele-

<sup>85</sup> BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, tomo I, cit., p. 259.

<sup>86</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 650.

<sup>87</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 651.

gada a un «mero expediente definitorio de un tipo de acto procesal (las denominadas “declaraciones de voluntad”), sin ningún tipo de influencia directa sobre su tratamiento»<sup>88</sup>. En definitiva, en la actualidad, la generalidad de la doctrina procesalista, tanto española como italiana, sólo habla de la existencia de hechos y actos jurídicos procesales, entendiendo por estos últimos en consonancia con De la Oliva Santos, Díez Picazo Giménez y Vegas Torres, las conductas humanas voluntarias, susceptibles de exteriorización y provistas de una determinada eficacia jurídica dentro de la órbita procesal<sup>89</sup>. Por todo ello, nos parece acertada la observación de Guasp y Aragoneses sobre este extremo, sin que por ello nos declaramos partidarios de las posturas puramente publicistas o procesalistas. Además, se trata de una cuestión sobre la que volveremos en breve al rebatir ciertos aspectos del planteamiento de Pugliatti que seguidamente veremos.

En esta misma línea y pasando a la escena doctrinal italiana, puede citarse a Satta, quien sólo concibe la venta judicial en los términos exclusivos y excluyentes del proceso, hasta el punto de que, como posteriormente tendremos ocasión de reiterar con más desarrollo, llega a calificar al tercero rematante oferente como «auxiliar del órgano judicial», al que este último se dirigiría para obtener el dinero necesario para la consecución del fin esencial del proceso ejecutivo, a saber, la satisfacción del acreedor ejecutante<sup>90</sup>. En efecto, el referido autor italiano considera que la naturaleza jurídica de la venta judicial debe buscarse en sus caracteres propios, en lo que tiene de específico. Y en este caso, la especificidad proviene de que el órgano ejecutivo realiza por sí mismo la transferencia de los bienes en ejercicio de su poder jurisdiccional, sin necesidad de ninguna forma auxiliar, ni privada, ni pública<sup>91</sup>.

Bonsignori, por su parte, configura la venta judicial como un puro proceso judicial ejecutivo, al que consecuentemente no resultará aplicable bajo ningún concepto el régimen de los contratos (ni

<sup>88</sup> DENTI, D., voz «Negozio processuale», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXVIII, 1978, p. 138.

<sup>89</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal. Introducción*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2008, p. 319.

<sup>90</sup> SATTA, S., *La rivendita forzata*, Milano, 1933, pp. 78 y ss.

<sup>91</sup> SATTA, S., *L'esecuzione forzata*, 1954, pp. 124 y ss.; citado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 88. Nótese que el caso de SATTA es ciertamente curioso, pues como tendremos ocasión de comprobar y de acuerdo con CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 143, en torno a 1937 comienza a alejarse claramente de su postura inicialmente publicista en sus trabajos, saliendo así de los moldes estrictamente procesales y otorgando relevancia a los innegables aspectos sustantivos de la venta judicial.

siquiera en relación con la oferta que realiza el rematante<sup>92</sup>, por mucho que suponga una declaración de voluntad)<sup>93</sup>.

Asimismo, Mandrioli lleva reiterando desde antiguo y hasta tiempos actuales que el efecto traslativo de la venta judicial se produce en virtud de un conjunto de actos pertenecientes todos ellos al procedimiento ejecutivo. Si bien la actuación fundamental no es otra que la llevada a cabo por el órgano judicial que es quien verdaderamente, en representación del Estado, transmite el bien en cuestión. Para llegar a estas conclusiones, parte de la afirmación de las indefectibles diferencias que existen entre la venta judicial y el contrato de compraventa ordinario, principalmente por la ausencia de voluntad por parte del vendedor. Nos encontramos, pues, a juicio del autor, con una venta efectuada por el órgano jurisdiccional que se inserta exclusivamente en la disciplina procesal<sup>94</sup>.

## 2.2.2 Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación por analogía del régimen jurídico de figuras sustantivas

Junto al primer grupo de teorías que hemos venido a agrupar bajo la denominación de «puramente publicistas o procesalistas», existe una segunda categoría, que si bien puede también calificarse como publicista, admite una posibilidad, a nuestro juicio, fundamental en lo que se refiere al efecto final que se deriva de la misma, cual es la aplicación analógica del régimen de determinadas figuras sustantivas en base a la identidad de función económica existente entre las mismas. En efecto, se trata de autores que aunque conciben la venta judicial en términos exclusivamente procesales, dejan una puerta abierta a la posible aplicación por analogía de la normativa sustantiva, en aquellos supuestos en los que exista una laguna en la regulación procesal. Con ello, implícitamente, por mucho que algunos de los autores lo nieguen, se está afirmando la existencia de un plano sustantivo en el seno de la venta judicial: de lo contra-

<sup>92</sup> Seguidamente comprobaremos que la posible aplicación del régimen de los contratos, sobre todo en la que a su posibilidad de impugnación por el régimen general de vicios del contrato se refiere, a la oferta realizada por el rematante en cuanto manifestación libre de la voluntad, constituye una nutrida polémica que toca de lleno con figuras correspondientes a la más elemental teoría general del Derecho.

<sup>93</sup> BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione...*, cit., pp. 22-24.

<sup>94</sup> MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, Torino, 2011, pp. 67 y 68. Junto a los referidos autores, en el seno de la doctrina italiana también pueden destacarse como puramente procesalistas o publicistas a los siguientes: MORTARA, L., *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1929, p. 364; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1964, pp. 82 y 83; según cita de CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., p. 88, nota n. 49.

rio, jamás podría admitirse la aplicación de una normativa de carácter sustantivo.

Encabeza esta tendencia a la admisibilidad de la aplicación por analogía del régimen de figuras sustantivas, particularmente el de la compraventa voluntaria o contractual por razón de su identidad de función económica con la venta judicial, Franco Arias. El referido autor, en su significativa obra sobre «el procedimiento de apremio», parte de una realidad innegable, a saber, que tanto la venta judicial cuanto la compraventa voluntaria o venta contractual pretenden regular una actividad humana básicamente idéntica: la del intercambio de bienes. Siendo así, las diferencias entre ambas figuras residen en la diversidad de circunstancias que en cada uno de los casos envuelven a esta actividad común. Como bien indica el autor, son muchas las modalidades de cambio que se recogen en el conjunto de nuestro Ordenamiento Jurídico, si bien el legislador va dotando de una estructura normativa más exhaustiva a las más relevantes. Pero no deja de tratarse, en todos los casos, de modalidades de intercambio, que precisamente por ello necesariamente tienen evidentes puntos en común: el objeto básico, como decimos, es el mismo. Conjuntos normativos que, no obstante, son independientes y autónomos entre sí, en base a las particulares circunstancias que caracterizan a cada una de las modalidades de intercambio que regulan; pero el hecho de tratarse de distintos conjuntos normativos no quiere decir que sean conjuntos «disjuntos», de modo que «pueden existir normas aplicables a modalidades de ámbitos diferentes».

En otros términos, existen distintas modalidades de cambio, cada una de las cuales cuenta con su propia normativa específica, pero su objeto común hace aconsejable, a juicio de Franco Arias, «acudir, en caso de laguna legal en alguna de estas normativas, al análisis de las restantes en busca de criterios que solucionen casos análogos».

No obstante, resulta innegable, que no todas estas modalidades de cambio son objeto de una regulación normativa con el mismo grado de profusión; antes bien, existen determinadas modalidades que por razón de su mayor antigüedad y por su frecuente uso en el tráfico jurídico-económico reciben una mayor atención por parte del legislador. Este es precisamente el caso de la compraventa voluntaria o contractual, que cuenta con la más amplia regulación del conjunto del Ordenamiento Jurídico, un total de más de ochenta artículos del Código Civil español. Partiendo de ello, será claramente dicho régimen contractual al que tendremos que acudir en mayor medida ante lagunas existentes en la regulación de la venta

judicial (será ciertamente necesario, en la medida en que la normativa procesal deja abierta muchas lagunas no resueltas).

Franco Arias reafirma una y otra vez que la venta judicial o enajenación forzosa viene constituida por una estricta conjunción de actos procesales insertados, por razón de su misma naturaleza, todos en el proceso. Pero acierta, a nuestro juicio, en destacar dos elementos de suma importancia: de un lado, la posibilidad aconsejable de acudir por analogía a la regulación de la compraventa voluntaria para colmar las lagunas legales de la propia regulación de la venta judicial, pues se trata de una modalidad de cambio que persigue el mismo objetivo (intercambio de bien por dinero), y que además es la que cuenta con una regulación más completa; y de otro lado, la necesidad de otorgar la misma relevancia a todos los actos procesales que integran el procedimiento de apremio: no sólo debe centrarse la atención en la actividad del órgano ejecutivo, pues de lo contrario se obtendría una visión meramente parcial de la figura en cuestión<sup>95</sup>.

En sentido parecido, Alonso Sánchez, califica a la venta judicial como «un acto procesal de ejecución o realización coactiva llevada a cabo por el órgano ejecutor en el ejercicio de su función jurisdiccional», pero que no obstante, produce los mismos efectos que una compraventa privada: la transmisión de la propiedad de un bien; pero reitera la autora, que es el correspondiente acto procesal de adjudicación definitiva el que opera la enajenación de los bienes ejecutados. Por razón de este efecto traslativo del dominio común, «en aquellos aspectos sustantivos de la misma no previstos en la legislación procesal», podrá acudirse a las previsiones de la legislación civil correspondientes a la compraventa voluntaria<sup>96</sup>.

De nuevo, pues, nos encontramos ante una voz proclamada como procesalista (califica a la venta judicial inicialmente como exclusivo acto procesal llevado a cabo por el órgano ejecutivo), que a pesar de lo cual admite la aplicación de la normativa propia de la compraventa contractual o voluntaria por analogía. Tanto es así, que como acabamos de ver, la propia autora hace referencia a la existencia de «aspectos sustantivos» de la venta judicial, que serán a los que se le deberán aplicar el régimen sustantivo de la compraventa voluntaria. Aplicación analógica que basa, al igual que hace Franco Arias, en el común objeto que las figuras en presencia persiguen: intercambio de bien por precio.

<sup>95</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 46-49.

<sup>96</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, Madrid, 1999, pp. 190 y 191.

Montero Aroca y Flor Matíes, por su parte, rechazan de la misma forma la teoría contractualista aportando al respecto los clásicos argumentos ya conocidos de que la venta judicial «se realizaría sin el consentimiento del propietario del bien, más aún, en contra de su voluntad», siendo difícil, por no decir imposible, desde luego, concluir que el Juez sea el vendedor, entre otras cosas porque él no es el propietario, ni lo es el Estado. Excluidas las explicaciones de Derecho privado, acogen una postura publicista o procesalista, si bien yendo un paso más allá. En efecto, afirman los referidos autores, que la explicación procesalista, en su sentido más estricto, se reduce a decir que «es una operación pura de Derecho público emanada de un órgano del Estado que actúa en cuanto tal»; pero con este razonamiento, a juicio de los autores, se sigue dejando sin aclarar la esencia de la figura, de ahí que el paso siguiente sea matizar que se trata de una «transferencia coactiva», esto es, «de una transferencia de derechos *inter vivos*, onerosa que se realiza sin atender (o en contra) del titular del derecho, y que es unilateral del Juez, aunque esté condicionada por la existencia de otro acto unilateral, como es la declaración de voluntad del adquirente». Con este matiz, Montero Aroca y Flor Matíes se adhieren a la célebre teoría del «*trasferimento coattivo*» acuñada por Pugliatti, de la que nos ocuparemos con profundidad más adelante; si bien no la acogen plenamente, pues acto seguido pasan a definir a la venta judicial o enajenación forzosa, reproduciendo lo dicho por Gutiérrez de Cabiedes, conforme a la cual ésta puede definirse como «el acto procesal por el que el órgano jurisdiccional transmite a un tercero el bien realizado en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener dinero con el que satisfacer la pretensión del acreedor ejecutante». Y decimos que no acogen plenamente la teoría de Pugliatti, porque la anterior definición no casa plenamente con la inteligencia del autor italiano entendida en su conjunto: Pugliatti, como veremos seguidamente, reputa la venta judicial como una suerte de conjunción de un acto procesal por parte del órgano ejecutivo y un negocio jurídico unilateral por parte del rematante (conforme al razonamiento de la «teoría del acto-procedimiento»). Montero Aroca y Flor Matíes, como acabamos de ver, nada dicen acerca de la existencia de un negocio jurídico unilateral por parte del rematante; antes bien, de acuerdo con Gutiérrez de Cabiedes, parecen calificar la postura de ese tercero rematante como una «condición» a la que se ve sometida la actuación del órgano judicial.

Montero Aroca y Flor Matíes, no obstante, no sólo se quedan en reiterar la naturaleza meramente procesal de la venta judicial, y

afirmar su posible inclusión «matizada» (por los motivos ya expuestos) en la categoría del «*trasferimento coattivo*», sino que siguen avanzando, a nuestro juicio de manera acertada, admitiendo la posible aplicación por analogía del régimen jurídico de todas aquellas figuras jurídicas que tengan por objeto el intercambio de un bien por un precio, ante la existencia de lagunas legales en el régimen propio de la venta judicial. En este sentido, afirman que en la venta judicial «existe la utilización de un bien por su valor en cambio, por lo que tienen que existir semejanzas con los otros supuestos en los que se produce el mismo fenómeno económico (compraventa civil y mercantil, expropiación forzosa, contrato de compraventa administrativa), y de ahí que, en ocasiones, pueda acudirse a las normas reguladoras de esos fenómenos para aplicarlas por analogía, sobre todo cuando se tiene en cuenta que algunas de esas normas, y la doctrina jurídica formada respecto de ellas, están muy desarrolladas, pero insistimos en que se trata de una actividad procesal que sólo se explica con relación a la potestad jurisdiccional»<sup>97</sup>.

Finalmente, puede citarse igualmente a Moral Moro, quien de nuevo vuelve a calificar la venta judicial como «un acto procesal dentro del proceso de ejecución, de transmisión coactiva de los derechos a un tercero, que no es parte en el proceso». Como acto procesal, su regulación debe buscarse ante todo en las normas consecuentemente procesales y, sólo en caso de laguna existente en tales normas acudir a la aplicación por analogía de otras normas similares de otros ámbitos (no sólo procesales)<sup>98</sup>. Esto es, parte de una explicación de la venta judicial en los exclusivos términos del proceso, pero admite la aplicación de normativa sustantiva ante lagunas en la regulación legal procesal.

Esta apertura a la aplicación por analogía del régimen jurídico sustantivo de figuras afines, entre las que destaca, como no, la compraventa, es el denominador común que yace bajo el planteamiento de todos los autores expuestos. Y veremos al exponer nues-

<sup>97</sup> MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, cit., pp. 1725-1727. En tiempos más recientes y por parte de la mejor doctrina civilista se alzan voces que se suman al razonamiento de MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, esto es, que consideran que la explicación de la venta judicial no puede hacerse desde la base de conceptos del Derecho Civil, que a lo sumo podrán emplearse a título de simple afinidad o analogía: *vid. en este sentido a DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft*, Gómez Laplaza, M. C. (coord.), Madrid, 2012, pp. 13-44.

<sup>98</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 88. Dentro de la doctrina procesalista también puede incluirse como partidario de la postura publicista aunque con admisión de la aplicación del régimen de la compraventa voluntaria por analogía a MORENO CATENA, V., y otros, *Derecho Procesal*, tomo I (vol. II) *Proceso Civil* (2), Valencia, 1992, p. 26.

tra propia postura, que el resultado final al que se llega es prácticamente el mismo: debemos necesariamente acudir al régimen sustantivo de la compraventa, pero no por el simple hecho de que exista una laguna que colmar, sino porque hay aspectos sustantivos innegables en torno a la venta judicial, que precisamente por ello, escapan del alcance de la normativa puramente procesal, tal y como tendremos ocasión de demostrar en las páginas sucesivas.

### 2.2.3 **Teorías procesalistas que otorgan cierta relevancia a los aspectos sustantivos: la teoría del «trasferimento coattivo» de Pugliatti y su respuesta a la principal insuficiencia de las posturas puramente publicistas (la explicación de la posición del tercero rematante y la naturaleza de la oferta)**

En esta tercera categoría de posturas publicistas o procesalistas de la naturaleza jurídica de la venta judicial se sitúa Pugliatti y su novedosa y exitosa teoría del «*trasferimento coattivo*». Y prueba de la acogida de la teoría en cuestión es que a día de hoy sigue siendo un referente para muchos autores en la categorización de la venta judicial. Adentrémonos en la explicación de la teoría en cuestión y analicemos sus virtudes y también sus insalvables dificultades.

En torno a los años treinta, en Italia la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial es objeto de verdaderos ríos de tinta, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en sede de las teorías «privatistas o contractualistas». En efecto, la mayor parte de los más reconocidos maestros procesalistas (Carnelutti, Chiovenda) se esfuerzan por justificar la ausencia de voluntad del «supuesto vendedor» en la venta judicial movidos por el empeño en ajustar la institución a los esquemas del contrato, concretamente del contrato de compraventa voluntario. Pues bien, es precisamente Pugliatti, de los primeros en rechazar esta inteligencia, apostando decididamente por abandonar toda concepción privatista de la venta judicial y acogiendo, así, una postura publicista que comienza a explicar la figura bajo el marco del proceso de ejecución y, en definitiva, bajo el imperio de la pública potestad jurisdiccional que justifica la actuación del órgano ejecutivo<sup>99</sup>. Y lo original del autor no es sólo que apuesta por excluir todo planteamiento privatista o contractualista (lo cual también hace Satta en su pensamiento inicial, como ya hemos visto), sino que lo hace sin negar (sólo en

<sup>99</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 298.

parte, como ahora se verá) su compleja naturaleza predominantemente procesal, pero también sustantiva, que le lleva a construir una categoría general *ad hoc*, a saber, la del denominado «*trasferimento coattivo*»<sup>100</sup>, en la que no sólo tiene cabida la venta judicial, sino todos aquellos casos en los que se produce una transmisión de un derecho sin contar con la voluntad de su titular, en virtud de la actuación de un órgano con potestad pública para llevarlo a cabo. Veamos cuáles son los elementos o pilares en torno a los cuales construye Pugliatti su teoría.

En primer lugar, se parte de la ausencia de voluntad por parte del «propietario expropiado» en la venta judicial. A este respecto, afirma el autor que el deudor no manifiesta su voluntad en la transmisión de su derecho a un tercero, y toda voluntad implícita por su parte es completamente inexistente. Es más, no sólo falta su voluntad, sino que el deudor se ve obligado a someterse al proceso ejecutivo con todas sus consecuencias, entre las que se encuentra la pérdida de su derecho de propiedad sobre la cosa, que le viene expropiado y atribuido a un tercero<sup>101</sup>.

El segundo elemento viene constituido por la explicación o justificación de la actuación del órgano ejecutivo en la transmisión del derecho que no le pertenece. En efecto, normalmente, los derechos se transmiten por parte de sus respectivos titulares en virtud de una idónea manifestación de voluntad, aunque cuando un fin público así lo requiere, dicha transmisión puede llevarse a cabo sin contar con tal voluntad o yendo en contra de la misma, en virtud de la manifestación de voluntad de un órgano del poder público<sup>102</sup>. Esto es, la manifestación de voluntad del titular del derecho transmitido se ve sustituida por un procedimiento complejo, resultante de una serie coordinada de actos; procedimiento que en su conjunto da lugar a la transmisión del derecho realizado forzosamente.

De este segundo elemento se deriva el hecho de que la adjudicación que tiene lugar a través de la venta judicial no es un negocio jurídico *iusprivatista*, sino antes bien, un acto de naturaleza *iuspunicista*, en la medida en que proviene de un órgano público que, en representación del Estado y en el ejercicio de los poderes que le son propios, lleva a cabo una transmisión forzosa de derechos pertenecientes al deudor<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Nótese que la «teoría del trasferimento coattivo» se desarrolla y construye con gran solidez en su obra *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, pero se acuña con anterioridad al hilo de la crítica de la tesis de CARNELUTTI de la representación, así como en otros trabajos: *Vendita forzata e rappresentanza legale...*, cit.; «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata»... cit.; *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931.

<sup>101</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 301 y 302.

<sup>102</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 302.

<sup>103</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 303 y 304.

El tercer y último elemento es el carácter derivativo de la transmisión forzosa que se lleva a cabo a través de la venta judicial. Es derivativa, porque el derecho en cuestión se transmite íntegramente, con todas las limitaciones y cargas que lo gravan: al tercero se le transmite exactamente lo que tiene el deudor expropiado<sup>104</sup>.

Estos son los elementos básicos en torno a los cuales se construye la teoría del «*trasferimento coattivo*», que en síntesis y en consonancia con Gutiérrez de Cabiedes, puede definirse «como una transferencia de derechos entre vivos, normalmente a título oneroso, efectuada sin el concurso de la voluntad del derecho y quizá también en contra de ésta». Figura que no sólo comprende a la enajenación forzosa que se produce a través de la venta judicial, sino también a las transmisiones en favor de la Administración en virtud de la expropiación forzosa<sup>105</sup>.

Llegados a este punto, veamos las autorizadas voces doctrinales que se muestran partidarias de esta teoría; adentrémonos en las principales críticas que se oponen a la misma; y finalmente, desarrollemos la construcción teórica adicional (la denominada «teoría del acto-procedimiento») con la que Pugliatti se enfrenta a la principal dificultad de las tesis publicistas, a saber, la explicación de la posición jurídica del rematante oferente (de esta respuesta extraemos la mayor relevancia que Pugliatti concede a los aspectos sustantivos de la venta judicial).

Comenzando por la autorizada doctrina que se suma a la teoría del «*trasferimento coattivo*», puede citarse en primer lugar a Micheli, uno de los más reconocidos comentaristas de los preceptos del Código Civil italiano de 1942 que tienen por objeto la regulación sustantiva de ejecución forzosa. El referido autor, considera que a través de la venta judicial se produce una transmisión realizada por el órgano ejecutivo de un derecho perteneciente al deudor, en virtud de un poder autónomo y propio proveniente de su función jurisdiccional. La transmisión forzosa se produce, a su juicio, no mediante una declaración de voluntad, sino a través de un procedimiento en el que prevalece el poder supremo correspondiente al órgano ejecutivo. Ahora bien, lo difícil, según Micheli, es clasificar el tipo de transmisión en cuestión, para lo cual acude a la teoría del «*trasferimento coattivo*» de Pugliatti, cuyas críticas recibidas (expuestas todas por Micheli), no deben hacer obviar la valía de la categoría en cuestión, a su parecer, de enorme utilidad constructiva<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 312.

<sup>105</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 90.

<sup>106</sup> MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., pp. 107-109.

En este mismo sentido, Travi afirma que todas las teorías contractualistas tienden a infravalorar injustificadamente la función y actuación del órgano jurisdiccional ejecutivo, el cual goza en todo proceso contencioso de una posición de supremacía respecto a los restantes sujetos que intervienen en el mismo (partes y terceros intervenientes). En base a lo anterior, resulta oportuno renunciar al empleo del esquema del contrato, y concebir a la venta judicial como un acto unilateral del órgano ejecutivo, a través del cual se produce una transmisión coactiva (un «*trasferimento coattivo*») de un derecho del deudor. Transmisión coactiva que el órgano judicial no lleva a cabo en virtud del ejercicio de un derecho o poder de otro (del deudor o del acreedor), sino mediante el ejercicio de un poder propio, por cuenta propia y en su propio nombre<sup>107</sup>.

Por parte de la doctrina española más reciente, resulta destacable la postura ya analizada de Montero Aroca y Flor Matíes, quienes estiman que la venta judicial no es sólo una actuación «pura de Derecho público emanada de un órgano del Estado que actúa en cuanto tal»; sino que hay que ir más allá para explicar la verdadera esencia de la figura, matizando que se trata de una «transferencia coactiva», esto es, «de una transferencia de derechos *inter vivos*, onerosa que se realiza sin atender al titular del derecho, y que es unilateral del Juez, aunque esté condicionada por la existencia de otro acto unilateral, como es la declaración de voluntad del adquirente»<sup>108</sup>. Postura que parece casar plenamente con la inteligencia de Pugliatti, si bien no es del todo así, como ya advertimos y ahora tendremos ocasión de comprobar, ya que no coincide en la explicación de Pugliatti sobre la posición del tercero rematante y su oferta de adquisición.

Analizados los adeptos a la teoría del «*trasferimento coattivo*», pasemos a enunciar las críticas de las que este planteamiento es objeto.

Lo primero que debe decirse en este punto es que todas las críticas que se arrojan contra la postura de Pugliatti giran en torno a un mismo y solo elemento, a saber, el de la inclusión dentro de la categoría del «*trasferimento coattivo*» de la expropiación forzosa junto a la propia venta judicial. En efecto, como acabamos de ver, Pugliatti intenta explicar la naturaleza jurídica de la venta judicial mediante la creación de una categoría *ad hoc*, la del «*trasferimento coattivo*», en la que tendrían cabida todos y cada uno de aquellos supuestos en los cuales existe una transmisión coactiva de un dere-

<sup>107</sup> TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., p. 637.

<sup>108</sup> MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, cit., pp. 1725-1727.

cho, en virtud de una potestad pública y sin contar (y aún yendo en contra) de la voluntad del titular de dicho derecho. Siendo así, pasan a asimilarse desde los moldes de la novedosa categoría figuras ciertamente heterogéneas, tales como la venta judicial y la expropiación. Pues bien, es precisamente esta asimilación de figuras heterogéneas de la que parte la teoría de Pugliatti lo que se rechaza frontalmente por diversos autores. Desarrollemos en mayor medida dichas críticas, a través de las cuales se pone de relieve la gran distancia insalvable existente entre una y otra figura jurídica (venta judicial y expropiación forzosa).

En primer lugar, siguiendo a Satta<sup>109</sup>, a Zanzucchi, así como a Vocino<sup>110</sup>, la teoría del «*trasferimento coattivo*» debe descartarse en la medida en que no pueden agruparse bajo una misma categoría a dos figuras ciertamente dispares, la venta judicial y la expropiación forzosa, en la medida en que en la primera de ellas existe un verdadero y propio ejercicio de la tutela jurisdiccional de los derechos, llevado a cabo mediante el concurso de los órganos jurisdiccionales; mientras que la segunda hipótesis se cifra en una exclusiva actividad administrativa. En otros términos, la primera gran diferencia existente entre la venta judicial y la expropiación forzosa viene dada por el distinto ámbito en el que se desenvuelven: en el caso de la venta judicial, el estrictamente procesal; y la expropiación forzosa, el administrativo.

En segundo lugar, de acuerdo con Cerino-Canova, la venta judicial y la expropiación forzosa tampoco pueden incluirse bajo una misma categoría, ya que persiguen funciones totalmente distintas. La venta judicial persigue la obtención de una determinada suma de dinero para satisfacer al acreedor ejecutante, mientras que la expropiación forzosa trata de procurar un determinado bien<sup>111</sup>.

A nuestro juicio, la presente crítica debería matizarse en el sentido siguiente: la distinción entre la venta judicial y la expropiación forzosa se cifra más bien en la diversa finalidad que se persigue en uno y otro instituto, a saber, en la venta judicial, la satisfacción del interés del acreedor que ve incumplido su crédito; mientras que en la expropiación forzosa, la consecución de una utilidad pública o interés social, de acuerdo con el artículo 33. 3 de la Constitución Española.

En tercer lugar, atendiendo igualmente a Cerino-Canova, los procedimientos a través de los cuales se llevan a cabo la venta judicial y la expropiación forzosa son totalmente distintos, entre otros

<sup>109</sup> SATTA, S., *La rivendita forzata...*, cit., pp. 76 y ss.

<sup>110</sup> ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile...*, cit., pp. 83 y ss.

<sup>111</sup> CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 151, nota n. 54.

aspectos y destacadamente puede señalarse la completa disparidad existente entre la determinación del precio (venta judicial) y el justiprecio (expropiación forzosa)<sup>112</sup>.

Finalmente, acudiendo de nuevo a Cerino-Canova, puede decirse que el tipo de transmisión que se opera en la venta judicial y en la expropiación forzosa ostenta una naturaleza totalmente opuesta: derivativa en la venta judicial y originaria en la expropiación forzosa<sup>113</sup>. En efecto, para constatar esta evidente diferencia entre una y otra figura, baste acudir a la diversa forma en que opera el denominado «efecto purgativo» (la cancelación de cargas que pesen sobre el bien una vez producida la transmisión) en uno y otro caso. En la venta judicial hay una adquisición derivativa del derecho objeto de venta, en la medida en que el efecto purgativo predictable de la misma sólo se refiere a los derechos y trabas que se hayan constituido con posterioridad a la constitución del crédito cuyo incumplimiento inicial da lugar al nacimiento de la ejecución; mientras que en la expropiación forzosa, la adquisición del derecho es originaria, pues el efecto purgativo es absoluto (el bien se adquiere por la Administración ningún tipo de cargas), tal y como se desprende del artículo 8 de la Ley de Expropiación Forzosa española<sup>114</sup> y el artículo 25 (L), apartado primer de la Ley de Expropiación Forzosa italiana («*Testo unico sulle espropiazioni per pubblica utilità* (D. P. R. 327/2001)»)<sup>115</sup>. Ello da clara muestra que la naturaleza de la transmisión en la venta judicial sigue la máxima *nemo plus iuris transferre potest* (el rematante no puede adquirir más derechos en el proceso de ejecución que los que el propio ejecutado tuviera); mientras que en la expropiación forzosa se produce una suerte de adquisición originaria, donde el derecho entra inmaculado en manos de la Administración pública.

Finalmente, cabe destacar a Bonsignori, que detallando todas y cada una las críticas anteriormente expuestas, se muestra no obstante partidario de la teoría del «trasferimento coattivo» de Pugliatti, si bien circunscribiendo la categoría a las ventas judiciales y adju-

<sup>112</sup> CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 151, nota n. 54.

<sup>113</sup> CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 151, nota n. 55.

<sup>114</sup> El artículo 8 de Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, dispone: «La cosa expropiada se adquirirá libre de cargas. Sin embargo, podrá conservarse algún derecho real sobre el objeto expropiado, si resultase compatible con el nuevo destino que haya de darse al mismo y existiese acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho».

<sup>115</sup> El artículo 25 (L), apartado primero del *Testo unico sulle espropiazioni per pubblica utilità* (D. P. R. 327/2001), establece: «L'espropriazione del diritto di proprietà comporta l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti, reali o personali, gravanti sul bene espropriato, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata».

dicaciones forzosas<sup>116</sup>; esto es, excluyendo de la misma a las restantes figuras, particularmente la expropiación forzosa (precisamente por la disparidad ya analizada que existe entre la misma y la venta judicial).

Este talón de Aquiles del pensamiento de Pugliatti (la inclusión en la categoría de figuras heterogéneas), que ya desde tempranos inicios es criticado, como hemos tenido ocasión de comprobar, por reputados autores (señaladamente, Satta), no pasa inadvertido al padre de la criatura. En efecto Pugliatti toma buena nota de ello, y en su reconocida obra *«Esecuzione forzata e diritto sostanziale»*, trata de hacerle frente rebatiéndola en el sentido que ahora exparemos.

El referido autor admite las diferencias existentes entre las distintas figuras que tendrían cabida bajo la categoría por él creada, pero ello no justifica su negación, en la medida en que sí existen una serie de elementos esenciales que son comunes a las figuras en cuestión, y es eso lo que hace precisamente factible y útil la categoría general. Veamos cuáles son esos esenciales elementos comunes: ambas instituciones son idóneas para llevar a cabo la transmisión coactiva (sin el consentimiento de su titular) de un derecho; en ambas, el traspaso del derecho se efectúa mediante la actividad de un órgano público, jurisdiccional o administrativo; y el poder en virtud del cual se lleva a cabo la transmisión coactiva es ciertamente idéntico, ya competía al órgano jurisdiccional o al órgano administrativo, originario y permanente, cuyo ejercicio está condicionado a la existencia de una serie de presupuestos predeterminados legalmente<sup>117</sup>. En otros términos y siguiendo a Franco Arias, «existen diferencias entre las diferentes figuras que componen el *«trasferimento coattivo»*, pero eso no excluye la existencia de elementos esenciales comunes, en base al cual el concepto general ha sido constituido en un intento de sintetizarlos en un esquema general»<sup>118</sup>.

De lo que no cabe duda es que la categoría creada por Pugliatti tiene vocación de generalidad, de modo que el hecho de abarcar supuestos heterogéneos es, hasta cierto punto, inevitable; lo principal es que existan notas esenciales comunes de las que pueda deducirse dicha categoría general. Baste acudir a categorías generales tales como la del «negocio jurídico», en la que tienen cabida figuras muy distintas (contrato o testamento), pero bajo las cuales subyace la nota común de tratarse de supuestos en los que existe una manifestación de voluntad que trae consigo una serie de efectos

<sup>116</sup> BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione...*, cit., pp. 26 y 27.

<sup>117</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 305 y 306.

<sup>118</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 42.

jurídicos que pueden predeterminarse por el propio sujeto en cuestión. No obstante, tal y como afirma De Castro, «las construcciones teóricas no tienen valor *a priori* y se justifican por su utilidad»<sup>119</sup>. ¿Puede decirse que la noción de «*trasferimento coattivo*» sea verdaderamente útil en la explicación de la naturaleza jurídica de la venta judicial? Entendemos que no. Acudiendo de nuevo al símil de la categoría general del negocio jurídico, la utilidad principal de la misma reside en determinar las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad, con las que colmar las lagunas del texto codificado, librando así el limbo jurídico en el que se encuentran muchas figuras de enorme importancia<sup>120</sup>. ¿A través de la noción de «*trasferimento coattivo*» podemos solventar las lagunas jurídicas que envuelven muchas de las cuestiones –principalmente sustantivas– que encierra la venta judicial? En absoluto, porque de nada nos servirá acudir, por ejemplo, al régimen de la expropiación forzosa para cubrir lagunas de enorme importancia en torno a la venta judicial tales como el saneamiento por evicción y vicios ocultos, el momento traslativo, el traspaso del riesgo, etc. De hecho, los términos en los que se plantea la teoría del «*trasferimento coattivo*» no sólo es que no faciliten la superación de tales lagunas, sino que incluso dificultan su resolución, pues en ningún caso posibilitan acudir a la regulación general del contrato de compraventa voluntario, figura mucho más afín con la venta judicial que la expropiación forzosa. Por todo ello y desde este punto de vista, nos parece una construcción ciertamente estéril (nada soluciona)<sup>121</sup>.

Pero es que además, la teoría de Pugliatti se enfrenta a un escollo que no logra superar, común a todas las construcciones publicistas o procesalistas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, a pesar de que su esfuerzo por solventarlo sea ciertamente loable. Y decimos loable, porque, como tendremos ocasión de ver, construye una nueva teoría adicional en la que por primera vez parece otorgarse cierta relevancia a la esfera sustantiva de la venta judicial (la denominada teoría del «*atto-procedimento*»).

En efecto, todas y cada una de las teorías procesalistas o publicistas hacen aguas al enfrentarse a la explicación de la posición del tercero rematante y a la calificación de su oferta. Si las teorías contractualistas no pueden explicar la ausencia de voluntad del vende-

<sup>119</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 2002 (reimpresión), p. 23.

<sup>120</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., p. 23.

<sup>121</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 90 y 91, nota n. 206, también critica este punto controvertido e insuperable del pensamiento de PUGLIATTI de identificación bajo el mismo ropaje de figuras sumamente heterogéneas, tales como la venta judicial y la expropiación forzosa.

dor, las publicistas tampoco pueden justificar la posición del rematante. Y es que el rematante actúa libre y voluntariamente, ofreciendo un determinado precio, de modo que desde el análisis aislado de su figura en nada se diferencia del comprador de la compraventa voluntaria.

Se trata de una cuestión sobre la que mucho se ha escrito, si bien puede afirmarse que existen tres teorías fundamentales erigidas en torno al particular, incluyendo la propia de Pugliatti (la denominada teoría del *atto-procedimento*). Las dos primeras están en consonancia con el pensamiento puramente procesalista o publicista de la venta judicial, mientras que la explicación dada por la teoría de Pugliatti parece dar un paso más otorgando cierta relevancia, como decimos, a determinados aspectos sustantivos.

La primera de las teorías sostenidas acerca de la problemática cuestión de la calificación jurídica del tercero rematante y de la oferta por él realizada es la acuñada por Zanzucchi, quien asimila la oferta realizada por el tercero rematante con la interposición de una suerte de demanda judicial. La inteligencia del planteamiento sería la siguiente: si la venta judicial trae causa de la demanda ejecutiva inicialmente interpuesta por el acreedor ejecutante, parece lógico que, en correspondencia, la oferta para adquirir el bien por parte del rematante sea igualmente una demanda<sup>122</sup>.

El razonamiento nos resulta inaceptable, ya que, siguiendo a Micheli, el tercero rematante, al realizar su oferta, no pretende obtener una prestación determinada por parte del órgano jurisdiccional. Antes bien, lo que ejercita el rematante es su genérica capacidad de obrar, manifestando su libre voluntad de adquirir el bien objeto de subasta judicial<sup>123</sup>. En efecto, como indica Travi, el que interpone una demanda judicial ejercita una pretensión o exigencia a su favor, con la que denuncia un daño provocado por una lesión o violación y pretende que se lleven a cabo las medidas necesarias para reintegrar dicha situación lesiva. Ello no es predictable del oferente en la venta judicial, el cual no asume la cualidad de parte (de ahí que no tenga la posibilidad de interponer una demanda judicial), de modo que su actuación no es sino un acto procesal<sup>124</sup>, esto es, una manifestación de voluntad de un sujeto que produce una serie de efectos jurídicos en el proceso, predeterminados legalmente.

En el ámbito de las posturas puramente procesalistas o publicistas, encontramos una segunda explicación de la posición del ter-

<sup>122</sup> ZANZUCCHI, M. T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1945, p. 97.

<sup>123</sup> MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 109.

<sup>124</sup> TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., pp. 637 y 638.

cero rematante, acuñada en este caso por Satta, quien considera que el mismo puede equipararse a la figura de un «auxiliar del órgano ejecutivo», al que este último se dirige para obtener el dinero necesario para satisfacer la pretensión del acreedor ejecutante, cual es el fin que persigue el proceso ejecutivo en su conjunto<sup>125</sup>.

Esta postura también resulta rechazable, pues como bien apunta Michelini, el rematante no recibe por parte del órgano ejecutivo ningún encargo que deba cumplir; actúa no en virtud de una obligación (como lo haría si fuese un auxiliar del órgano jurisdiccional), sino en ejercicio de una libre voluntad de adquirir<sup>126</sup>. Esto es, y siguiendo en este caso a Travi, el rematante pretende adquirir el bien en su propio interés, y no por interés del órgano judicial y por el buen fin del proceso ejecutivo. Ciertamente ejerce una función de enorme importancia en el seno del proceso de ejecución (puede incluso calificársele de «instrumento del proceso»), ya que sin la existencia de oferta, la venta judicial no puede llegar a culminarse, pero ello es, sin duda, insuficiente para transformarlo en un auxiliar del órgano ejecutivo. Es un verdadero tercero procesal, de forma que permanece totalmente al margen de la actuación del órgano jurisdiccional<sup>127</sup>.

Llegamos así y en tercer lugar a la que hemos anteriormente calificado como «loable» construcción del Pugliatti en torno a la calificación jurídica de la posición del rematante y su oferta. Veámos en qué consiste esta construcción y justifiquemos porqué la calificamos de «loable».

Uno de los elementos concurrentes en la venta judicial, según Pugliatti, es la manifestación de voluntad que realiza el rematante al ofrecer un determinado precio para la adjudicación de la cosa subastada; manifestación de voluntad, que a su parecer, tiene una indudable naturaleza privada. De este modo, existe una conjunción de dos manifestaciones plenamente distintas, a saber, la referida del rematante, privada y fruto del libre ejercicio de una genérica facultad por parte del sujeto; y la del órgano ejecutivo, que por el contrario tiene una naturaleza jurídica claramente pública, fruto del ejercicio de un poder propio del órgano público en cuestión. Se trata, pues, de una realidad compleja, compuesta por un acto procesal prevalente (la actuación del órgano judicial ejecutivo) y un negocio jurídico unilateral (oferta realizada por el tercero rematante).

<sup>125</sup> SATTA, S., *La rivendita forzata...*, cit., pp. 78 y ss. Nótese que SATTA abandona posteriormente su pensamiento inicialmente procesalista puro, de modo que rechaza consecuentemente la presente teoría del «auxiliar del órgano ejecutivo» como explicación de la figura del tercero rematante.

<sup>126</sup> MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., pp. 111 y 112.

<sup>127</sup> TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., p. 637.

te) difícilmente calificable desde un punto de vista jurídico. Y decimos acto procesal prevalente, porque de acuerdo con Pugliatti, la actuación del órgano ejecutivo tiene eficacia por sí misma para llevar a cabo la transmisión del derecho objeto de venta, mientras que la manifestación de voluntad del oferente sólo tiene la potencial eficacia de que la adjudicación en cuestión se realice a su favor.

Podría pensarse que nos encontramos ante un contrato público, celebrado entre un sujeto privado y la Administración pública. Pero ello, según Pugliatti, no es sostenible por una serie de razones fundamentales:

– En primer lugar, porque la venta judicial no es fruto de un acto bilateral, sino de uno unilateral prevalente condicionado jurídicamente en cuanto al despliegue de su plena eficacia por otro acto unilateral de menos importancia. En efecto, tal y como acabamos de apuntar (opinión que no compartimos), lo que produce verdaderamente el efecto transmisivo es la actuación del órgano ejecutivo; el tercero rematante no concurre a la formación del acto en el que se sustancia la venta judicial, porque su manifestación de la voluntad en la realización de la correspondiente oferta constituye sólo un presupuesto de la adjudicación llevada cabo por el órgano ejecutivo<sup>128</sup>.

– Si se tratase de un contrato, ambas partes actuarían en ejercicio de un determinado derecho subjetivo o facultad; mientras que en la venta judicial, el órgano ejecutivo actúa en virtud de un poder público, su función jurisdiccional, con la que crea una relación jurídica a cuyos efectos permanece ajeno.

– En el contrato de Derecho público, la manifestación de voluntad por parte de la Administración conserva su carácter negocial, mientras que en la venta judicial nos encontramos ante una actuación de carácter puramente procesal (acto procesal en sentido técnico).

Descartada la posibilidad de tratarse de un contrato de Derecho público por los motivos expuestos, ¿cómo puede explicarse esta realidad compleja que engloba un acto procesal prevalente y un negocio jurídico unilateral? A través de la teoría creada por la doctrina administrativa del «*atto-procedimento*» (acto-procedimiento), que precisamente acoge aquellas actuaciones complejas constituidas por un procedimiento de carácter público y una actuación privada de naturaleza negocial<sup>129</sup>. Como indica Micheli en este

<sup>128</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 42, arroja una crítica similar en torno a la posibilidad de conceptuar la venta judicial como un contrato de Derecho público.

<sup>129</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 313 y ss.

punto (partidario de la postura de Pugliatti), «la venta judicial vendría constituida por una conjunción o coordinación de actos; de un lado la oferta de carácter negocial, y de otro el procedimiento judicial». De aquí se deriva, según Micheli, una importantísima consecuencia: al mantener la oferta su autonomía negocial, quedará sujeta a todas las causas de impugnación de los negocios jurídicos: la incapacidad y vicios del consentimiento<sup>130</sup>.

Hasta aquí la exposición de la teoría del «*atto-procedimento*», pasemos ahora a destacar sus virtudes (de ahí que la vengamos calificando como «*loable*») para posteriormente adentrarnos en su crítica, para lo cual debemos detenernos, necesariamente, en la calificación jurídica de las actuaciones que componen la venta judicial.

Lo más destacable de la construcción de Pugliatti en torno a la explicación de la posición jurídica del rematante oferente es que constituye la superación de las posturas extremadamente procesalistas, en la medida en que parte del reconocimiento de un aspecto puramente privado o sustantivo de la venta judicial, cual es la declaración de voluntad que libremente manifiesta el rematante al ofrecer un precio por la adjudicación del bien subastado. Las teorías de la «*demandा judicial*» sostenida por Zanzucchi, o del «auxiliar del órgano ejecutivo» acuñada por Satta (en su pensamiento inicial), que la doctrina agrupa como puramente procesalistas, pretenden dar una insuficiente explicación unilateral de una institución, la venta judicial, que constituye una realidad compleja: procesal y sustantiva.

Esto es, Pugliatti es el primero en admitir, después de un imperante pensamiento puramente procesalista o publicista, que la venta judicial no puede explicarse en términos exclusivamente procesales, ya que de lo contrario, estaríamos negando un aspecto esencial en la venta judicial, a saber, el sustantivo o material. Así lo destacan igualmente autorizadas voces de la doctrina italiana.

Cerino-Canova considera que la teoría del «*atto-procedimento*» es la primera en mostrar la necesaria sensibilidad hacia una perspectiva sustantiva de la venta judicial que va más allá de la meramente procesal. No puede reducirse la oferta realizada por el tercero rematante al proceso, porque el proceso no lo explica todo. De ahí que la teoría del «*atto-procedimento*» sea la primera en advertir las lagunas de una explicación unilateral del fenómeno, dando respuesta y poniendo de relieve la compleja realidad de la que la venta

<sup>130</sup> MICELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., pp. 110 y 111.

judicial se compone: una combinación de la oferta como acto propio de Derecho sustantivo y el procedimiento ejecutivo<sup>131</sup>.

De la misma forma, Mazzamuto indica que la teoría del «*atto-procedimento*» constituye la respuesta más acertada a la compleja realidad en que consiste la venta judicial, pues es capaz de coordinar de manera rigurosa los aspectos públicos y privados, procesales y sustantivos, de la figura en cuestión, superando así los excesos a los que llevan las teorías de inspiración puramente publicista<sup>132</sup>.

A pesar de lo elogioso de la novedosa teoría, encuentra insuperables obstáculos que la hacen objeto de crítica por parte de cierta doctrina. Adentrémonos en dicha crítica y demos posteriormente nuestro parecer al respecto.

En este sentido, debemos comenzar por Cerino-Canova, quien después de aplaudir el hecho de que la teoría del «*atto-procedimento*» sea la que tenga por primera vez presentes los aspectos procesales y sustantivos de la venta judicial, considera que sólo se reduce a un «un buen programa de estudio» de la institución, en la medida en que trae causa de la más genérica teoría del «*trasferimento coattivo*», la cual resulta para el autor insostenible por los motivos ya analizados anteriormente: esto es, por tratarse de una categoría general que acoge figuras que poco tienen que ver la una con la otra (la expropiación forzosa y la venta judicial). En otros términos, Cerino-Canova reputa la teoría del «*atto-procedimento*» como válida en cuanto al enfoque del que parte (público-privado, haciendo ver la naturaleza compleja de la institución), pero rechazable al derivar de la más genérica teoría del «*trasferimento coattivo*» a la que se opone por los motivos ya estudiados. En definitiva, las insuficiencias de la teoría del «*trasferimento coattivo*» se transmiten a su derivada teoría del «*atto-procedimento*».

Tramontano, por su parte, es más original en su crítica a la teoría del «*atto-procedimento*», acuñando argumentos *ad hoc*, independientes respecto de los ya reiterados respecto a la más genérica teoría del «*trasferimento coattivo*». Ya el propio planteamiento de la crítica nos parece más acertado, en la medida en que una cosa es la explicación de la naturaleza jurídica de la venta judicial en su conjunto que se realiza mediante la teoría del «*trasferimento coattivo*», y otra distinta la calificación de la posición del rematante oferente. Si distinta es la *ratio* de las teorías, también sus respectivas críticas deben serlo.

<sup>131</sup> CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., pp. 149 y 150. En términos similares y desde esta misma perspectiva elogia la teoría del «*atto-procedimento*» TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 1135.

<sup>132</sup> MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata* (2.<sup>a</sup> ed.), cit., pp. 266 y 267.

El referido autor se opone a la teoría del «*atto-procedimento*», pues no es posible explicar de modo convincente la inserción de una categoría contractual en el seno de un procedimiento jurisdiccional, y ello en base a dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque los requisitos psicológicos del acto negocial (conciencia y voluntad no viciada de error, violencia o dolo) difieren de los requisitos de validez de los actos procesales, para los que no tienen ninguna relevancia ni la causa ni los motivos; y en segundo lugar, porque el sistema de oposición a los actos procesales ejecutivos se articula de una forma totalmente diversa respecto al régimen de nulidad y anulabilidad de los contratos, de modo que no sería posible, ni coherente configurar una duplicidad de medios de impugnación, en función de la relevancia sustantiva o procesal del acto en cuestión, todos ellos parte del mismo procedimiento ejecutivo<sup>133</sup>.

Llegados a este punto, expongamos nuestro parecer acerca de la teoría del «*atto-procedimento*», esto es y en definitiva, detallemos nuestra explicación acerca de la posición del tercero rematante oferente.

A nuestro entender, la teoría del «*atto-procedimento*» resulta insostenible por los motivos que se indican a continuación:

1.º Porque la venta judicial no sólo es fruto de la conjunción aislada de dos elementos, la adjudicación y el precio ofrecido por el rematante, sino que es consecuencia del proceso ejecutivo en su conjunto.

2.º Porque se parte de una perspectiva que tiene presente los aspectos sustantivos, pero considerando como preferentes los aspectos procesales, hasta el punto de que Pugliatti afirma que la transmisión es resultado de la exclusiva actuación procesal de adjudicación del bien. Ello no es así, pues tanta importancia tiene el aspecto procesal en el origen, como el sustantivo en la consecuencia. La misma importancia guarda la adjudicación que la oferta por el rematante: ambos elementos son esenciales para el buen fin de la venta judicial. De poco serviría una adjudicación a cargo del órgano ejecutivo si no hay tercero que pretenda adquirir el bien ofreciendo el pago de un determinado precio.

3.º Debemos analizar la naturaleza aislada de cada uno de los elementos constitutivos de la teoría del «*atto-procedimento*», pues creemos errada la calificación que de los mismos lleva a cabo.

<sup>133</sup> TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., pp. 1135 y 1136.

Comencemos con la adjudicación por parte del órgano ejecutivo. Se trata, sin lugar a dudas, de un acto procesal en sentido estricto, esto es, de una manifestación de voluntad por parte del órgano jurisdiccional a la que el Derecho anuda una serie de efectos jurídicos predeterminados legalmente y que tienen lugar en el seno del proceso.

Desde esta perspectiva, coincidimos con la teoría del «*atto-procedimento*», que también califica la actuación del Juez como de acto procesal.

En lo que hace a la oferta realizada por el rematante, entendemos que no puede calificarse como negocio jurídico unilateral bajo ningún concepto; y ello, por las razones siguientes:

*a)* Porque en el ámbito jurídico-procesal, como ya hemos tenido ocasión de aclarar, no resulta aplicable el esquema negocial. Ya comentamos al analizar la postura puramente publicista de Guasp y Aragoneses de la que nos mostramos partidarios en este punto, que «no hay en el Derecho procesal verdaderos negocios jurídicos», porque las partes del supuesto negocio se ven intermediadas constantemente por la voluntad del órgano judicial correspondiente, lo que impide atribuir a sus declaraciones de voluntad los efectos jurídicos inmediatos que son propios de los negocios jurídicos. Afirmación que resulta aún más evidente en relación al contrato, que supone por esencia una igualdad entre los contratantes, «al cual repugna el principio de la jerarquía subjetiva, característica de la institución procesal». No hay, pues, verdaderos negocios jurídicos ni contratos procesales<sup>134</sup>.

*b)* Porque aún admitiendo la figura del negocio jurídico procesal, tampoco nos encontraríamos ante tal figura, ya que la oferta en sí misma no reúne tal calificación, en la medida en que no constituye una manifestación de voluntad a través de la que su autor pretenda autorregular sus propios intereses, estableciendo una norma de conducta vinculante para su satisfacción<sup>135</sup>, sino una mera manifestación de voluntad cuyos efectos quedan predeterminados y ordenados legalmente en el seno del proceso. A este respecto afirma Cariota Ferrara, que «no son negocios jurídicos unilaterales las manifestaciones de voluntad (oferta, aceptación, negativa) destinadas a encontrarse o combinarse con las manifesta-

<sup>134</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651.

<sup>135</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 12.<sup>a</sup> Edición, Madrid, 2012, p. 460.

ciones de voluntad de otras partes»<sup>136</sup> (en nuestro caso la manifestación de voluntad en que se cifra la actuación del órgano ejecutivo). Siempre se tratará de un acto jurídico, que en este caso y por llevarse a cabo en el seno del proceso, puede reputarse como acto jurídico procesal.

En base a lo anterior, consideramos que la oferta realizada por el rematante no es sino un nuevo «acto procesal», de los distintos que componen el proceso ejecutivo en su conjunto. Concretamente, y siguiendo la clasificación que de los actos procesales llevan a cabo Oliva Santos, Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, constituye una verdadera «declaración de voluntad», a saber, un acto jurídico que, por medio del lenguaje expresa un querer al que el Derecho enlaza efectos jurídicos determinados en la órbita del proceso<sup>137</sup>.

Antes vimos, siguiendo a Micheli<sup>138</sup>, que una de las importantes consecuencias que se derivan de la calificación de la oferta del rematante como negocio unilateral es la aplicación a la misma de las causas generales de impugnación de los negocios jurídicos. Habiendo calificado ahora dicha oferta como acto jurídico procesal, ¿quiere ello decir que las causas generales de impugnación de los negocios jurídicos no le serían aplicables? En absoluto, ya que al tratarse el acto jurídico, ante todo y sobre todo, de una manifestación de voluntad, por razón de ese preciso componente voluntarista del que también goza el negocio jurídico, le serán de aplicación las causas de impugnación de éste: falta de capacidad y vicios del consentimiento (error, violencia, dolo e intimidación).

Así lo entiende la más autorizada doctrina clásica, principalmente De Castro, Enneccerus, Kipp y Wolf. En efecto, De Castro, apoya la opción referida en el artículo 1090 del CC español, que establece la aplicación del régimen de los contratos a las obligaciones derivadas de la Ley, en los aspectos no regulados por ella misma. En base a lo anterior, afirma De Castro que «si el Código Civil entiende que obligaciones que no tienen por base la voluntad individual, ello no obstante, se someterán a las reglas de dicho Libro, y por tanto también a la de los contratos, con mucha más razón habrá de admitirse que estas últimas se aplicarán a las otras obligaciones nacidas de declaraciones de voluntad, pero no de un

<sup>136</sup> CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, Traducción de Albaladejo García, M., Madrid, 1956, p. 110.

<sup>137</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal. Introducción...*, cit., p. 321.

<sup>138</sup> MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 110. *Vid. nota n. 175.*

contrato. Nada impide, por tanto, que se acuda a la aplicación analógica de las disposiciones legales sobre contratos y testamentos y de los principios que las inspiran, respecto a los demás supuestos en que juega la autonomía de la voluntad»<sup>139</sup>. Esto es, se admite la aplicación, por analogía (basada en el elemento voluntarista común a los actos jurídicos y contratos) del régimen de los contratos, negocio jurídico bilateral por antonomasia, a los actos jurídicos.

Ennecerus, Kipp y Wolff, por su parte, consideran que lo que nosotros hemos reputado como «actos jurídicos», guardan una gran similitud con los negocios jurídicos, pues contienen la exteriorización de un acontecimiento del espíritu, a saber, de una voluntad (aunque en el caso del acto, el efecto jurídico se produce *ex lege* y no *ex voluntate*). Por consiguiente, afirman los autores alemanes, «en tanto prepondere esta naturaleza coincidente con las declaraciones de voluntad, habrá que tratarlos por analogía de éstas, o sea que habrá que aplicar, por lo regular, lo que se refiere a la capacidad de celebrar negocios jurídicos, a la representación, al error, al dolo, a la violencia, al consentimiento y a la ratificación, a la invalidez y a la impugnación, como asimismo a la perfección»<sup>140</sup>.

En definitiva, la oferta realizada por el rematante podrá impugnarse por la ausencia de los requisitos esenciales de la voluntad del negocio jurídico, a saber, la falta de capacidad, el error, la violencia, la intimidación y el dolo.

Llegados a este preciso punto, debemos retomar el rechazo que expresa Tramontano a la posible aplicación régimen de impugnación de los negocios jurídicos a la oferta del rematante en base al elemento voluntarista, pues ello supondría admitir la duplicidad de medios de impugnación, en función de la relevancia sustantiva o procesal del acto en cuestión, todos ellos parte del mismo procedimiento ejecutivo. Discrepamos de esta posición, porque esta posible dualidad de medios de impugnación es un indefectible reflejo de la compleja ambivalencia procesal y sustantiva, constitutiva de la venta judicial; y asimismo, existen defectos puramente sustantivos cuya impugnación desde una órbita procesal (precisamente la falta de capacidad, el error, la violencia, intimidación y el dolo), de no serles de aplicación el régimen igualmente sustantivo, quedarían sin respuesta legal.

<sup>139</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., p. 22.

<sup>140</sup> ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, tomo I-2.º (Parte General), Traducción de la 39.ª Edición alemana de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Barcelona, 1950, p. 12.

## 2.3 TEORÍAS QUE TRATAN DE HOMOGENEIZAR LOS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS DE LA VENTA JUDICIAL AFIRMANDO SU COMPLEJA NATURALEZA

Constatadas las insuficiencias a la que llevan los excesos de las teorías contractualistas y procesalistas, así como la falta de explicación satisfactoria de la postura del tercero rematante, incluso por aquellos que comienzan a dar cierta relevancia a los aspectos sustantivos de la venta judicial, existe un grupo de autores, que, por fin, pretenden superar tales extremos afirmando la indudable naturaleza compleja, procesal y sustantiva, de la institución objeto de estudio.

El primero en dirigir esta dirección es Satta, quien curiosamente se retracta de su pensamiento inicialmente publicista mediante una sincera autocrítica, pasando a desligarse tanto de los procesalistas, como de los contractualistas. Es concretamente en 1937 cuando replantea y recomponen su pensamiento, atenuando su anterior visión exclusivamente procesal de la venta judicial y subrayando adecuadamente su innegable relevancia material<sup>141</sup>. Significativas de la nueva y más acertada inteligencia del autor son las siguientes palabras pronunciadas por Satta: «existen una serie de efectos sustantivos de la venta judicial que resultan innegables, a saber, la transmisión de la propiedad y la obligación de pagar el precio; surgiendo así una relación jurídica que se instaura entre el deudor y el adjudicatario»<sup>142</sup>.

Como puede apreciarse, el autor resalta uno de los más importantes efectos sustantivos que encierra la venta judicial: el efecto traslativo, que se cifra en la entrega de la cosa y el pago del precio; y decimos uno de los importantes efectos sustantivos de la venta judicial, porque olvida el autor el importantísimo «efecto purgativo» que ésta también trae consigo, esto es, la virtualidad de cancelar todos aquellos derechos y trabas posteriores a la traba del embargo del que trae causa la venta judicial. No obstante, lo verdaderamente relevante es la toma de conciencia por parte de Satta del sustrato no sólo procesal, sino también sustantivo, que compone la venta judicial.

Asimismo, otro aspecto destacable del nuevo pensamiento de Satta gira en torno a la última frase pronunciada, a saber, que el efecto traslativo que deriva de la venta judicial se entabla entre el

---

<sup>141</sup> Así lo destaca CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., pp. 141-143.

<sup>142</sup> SATTA, S., *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, p. 191.

deudor y el adjudicatario. En efecto, afirma el nacimiento de una relación jurídica sustantiva que sólo implica al deudor y al rematante, no al órgano judicial ejecutivo ni al acreedor ejecutante. Nos adherimos plenamente a este fundamental extremo destacado por Satta, ya que es evidente que si de efecto traslativo estamos hablando, los afectados son el propietario de la cosa transmitida (deudor) y el sujeto que paga el precio por la misma (rematante adjudicatario). Lo anterior guarda una relevancia que va más allá del mero ámbito civil, pues tiene unas importantísimas consecuencias en el orden fiscal y sobre las que mucho se ha discutido en la jurisprudencia española: *grosso modo*, puede decirse que si consideramos transmitente a los efectos de la transmisión realizada mediante la venta judicial al deudor, y éste tiene la condición de empresario, la referida transmisión quedará sujeta al Impuesto del Valor Añadido y no al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas<sup>143</sup>.

El siguiente de los autores que con mayor claridad afirma sin tapujos la naturaleza compleja, no sólo procesal sino también sustantiva, de la venta judicial, es Cerino-Canova. El referido autor, resalta los excesos en los que caen las tradicionales posturas contractualistas y procesalistas: las primeras exaltan el fenómeno de cambio de cosa por precio, mientras que las segundas centran la exclusiva atención en el poder público. Ambas son insuficientes, las contractualistas, porque la venta judicial no puede explicarse desde el contrato, en la medida en que no puede justificarse la falta de voluntad del vendedor, ni puede relegarse a un papel meramente instrumental a la actuación del órgano ejecutivo; y las publicistas porque el proceso no puede absorber absolutamente todo, particularmente la relevante posición del tercero oferente que pretende ser adjudicatario del bien<sup>144</sup>.

A juicio de Cerino-Canova las anteriores observaciones hacen que debamos apostar por una armonización recíproca de los aspectos procesales y sustantivos de la venta judicial<sup>145</sup>; ambas esferas deben conciliarse necesariamente: respectivamente, el proceso y la actuación del poder público, de un lado, y el cambio de un derecho por un precio, por otro. La negación de esta compleja realidad que encierra la venta judicial trae consigo una visión parcial y limitada del fenómeno: compuesto por aspectos

<sup>143</sup> Sobre esta cuestión *vid.* con detalle nuestro estudio: «El transmitente en la subasta judicial: confirmación de una doctrina jurisprudencial uniforme en sede fiscal que resuelve una controvertida cuestión sustantiva», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 32, 2013, pp. 385-398.

<sup>144</sup> CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., pp. 86-92.

<sup>145</sup> CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., p. 91.

procesales y sustantivos. En efecto, la venta judicial se desarrolla en el proceso y por el proceso, pero ostenta una eficacia material ampliamente descrita por el CC italiano de 1942, lo que refleja la doble matriz, sustantiva y de forma que la inspira (también se deriva dicha naturaleza compleja o dual de la existencia de dos textos legales, el *Codice di Procedura Civile* y el CC italiano, procesal y civil, respectivamente, que se encargan de regular la figura en cuestión)<sup>146</sup>.

Sin duda alguna, Cerino-Canova es de los primeros autores en reafirmar de manera más incisiva la compleja naturaleza jurídica de la venta judicial, en base a la crítica de los excesos de las tradicionales teorías contractualistas y publicistas. No obstante, su elogiable postura se queda simplemente en eso: en un acertado enfoque. ¿Pero ello a qué conduce? Lo fundamental en la calificación de la naturaleza jurídica no es otra cosa que la determinación del régimen jurídico aplicable a aquellos aspectos que carezcan de una concreta regulación legal; y ello no parece obtener una respuesta en el pensamiento de Cerino-Canova.

Finalmente, dentro de la doctrina española, debe destacarse la posición de Luque Torres, quien considera que la subasta o venta judicial es una figura jurídica eminentemente procesal, a la que acompañan ciertos aspectos sustantivos, lo cual nos conduce a su naturaleza mixta. El carácter público y procesal es el que prevalece sobre todos los demás, a juicio de la autora, si bien ello no nos debe llegar a negar la aplicación en ciertos casos de la normativa de la compraventa contractual, en aquellos aspectos en los lleguen a coincidir<sup>147</sup>.

Se trata de una postura tendencialmente procesalista, pues afirma la existencia de aspectos sustantivos, pero los relega a una posición secundaria respecto de los aspectos procesales. Lo fundamental no es sólo esta última afirmación, sino la admisibilidad de la aplicación analógica (no utiliza literalmente este término, aunque se sobreentiende) del régimen jurídico de la compraventa para aquellos aspectos en los que coincidan. Quizá hubiera sido más preciso afirmar la aplicación por analogía del régimen de la compraventa contractual para aquellos casos no regulados expresamente por la normativa procesal y ello en base a la identidad de razón que existe en ambas figuras.

<sup>146</sup> CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 144.

<sup>147</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 215.

### 3. NUESTRA POSTURA: RELECTURA DE LA POSICIÓN DE DÍEZ-PICAZO; UNA POSICIÓN SINCRÉTICA, QUE NO ECLÉCTICA

La extensa exposición y sistematización de las numerosas posturas sostenidas acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial dan muestra de su importancia, si bien, de nada nos servirá su tratamiento, si de la misma no pueden extraerse pautas generales (marcos jurídicos a los que acudir) para la resolución de problemas carentes de regulación específica<sup>148</sup>.

Siendo así, es hora de que demos cuenta de nuestra postura y que justifiquemos precisamente la importancia anteriormente anunciada.

A este respecto, tal y como se desprende de la rúbrica del presente epígrafe, acogemos la posición sostenida por Díez-Picazo al hilo de su estudio de la denominada categoría de los «contratos forzados». Posición del célebre autor que hacemos nuestra en cuanto a su breve esencia, y que ampliamos y matizamos, de ahí que hagamos referencia a una «relectura» de dicho pensamiento. Y siguiendo con la explicación de los elementos que componen el encabezamiento del presente apartado, afirmamos que se trata de una posición sincrética y no ecléctica, en la medida en que, como bien apunta Gutiérrez de Cabiedes, no pretendemos quedarnos simplemente en un término medio conciliador pero inexacto, sino por el contrario, tratamos de superar los extremos equivocados de las distintas posturas relatadas en las páginas anteriores, llegando a lo que nosotros reputamos como solución útil<sup>149</sup>. Adentrémonos con detalle en la postura de Díez-Picazo, pues.

Díez-Picazo se enfrenta a la cuestión de la naturaleza jurídica de la venta judicial, como decimos, al hilo del estudio de los «llamados contratos forzados», categoría que rechaza y que trae causa de la progresiva intervención del Estado en el Derecho patrimonial en la época contemporánea. Intervención que genera la aparición de figuras «extravagantes» para el Derecho clásico de los Códigos civiles, porque desbordan los moldes conceptuales clásicos elaborados por la ciencia jurídica. Una de ellas es precisamente el denominado «contrato forzoso», entendiendo por tal a todos aquellos casos en el contrato se impone a los contratantes. Si lo que se impone es el contenido de dicho contrato, nos encontraremos pro-

<sup>148</sup> En esta misma línea, VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», en *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 25, 2010, p. 101.

<sup>149</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 78, nota n. 169.

piamente ante los calificados «contratos normados», que son efectivamente contratos. Cuando se impone no el contenido, sino el origen mismo de la relación jurídica contractual que no nace de un acto de las partes, sino de su imposición forzosa, nos encontramos ante el verdadero contrato forzoso sobre el que los autores se plantean su calificación jurídica y situación sistemática<sup>150</sup>. Pues bien, dentro de esta genérica categoría es donde la doctrina suele incluir igualmente a la denominada venta forzosa o venta judicial, que es lo que a nosotros interesa.

Decimos que Díez-Picazo rechaza la figura del «contrato forzoso», pues ve en ella una confusión entre el acto originador y la relación jurídica nacida del mismo: se llama contrato más a la relación jurídica que el negocio bilateral crea que al negocio creador en sí<sup>151</sup>.

De aquí ya podemos extraer la primera premisa fundamental para construir nuestro pensamiento en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial: como bien indica Díez-Picazo, una construcción rigurosa del tema debe fundarse en una distinción clave entre el acto de constitución y la relación jurídica que de él surge<sup>152</sup>. La razón de la confusión de estos dos elementos claramente identificables es que el acto de constitución alcanza en el sistema de los conceptos jurídicos un valor preeminente, de modo que absorbe la relación, que es, en realidad, su efecto, pasando a formar con ella una unidad conglomerada. Pero acto y relación son conceptos distintos. Es evidente que existe entre ambos un nexo evidente, pero ello no puede traer como consecuencia que pasen a formar una sola unidad. De modo, que no es posible confundirlos, ni siquiera en aquellos casos en que convivan temporalmente<sup>153</sup>.

Aclarada esta distinción esencial entre el acto constitutivo y la relación jurídica nacida del mismo, es hora de aplicarla al contrato de compraventa en torno a cuya comparativa gira desde el origen la polémica acerca de la naturaleza de la venta judicial. En la compraventa ordinaria, el acto originador es un negocio jurídico bilateral, un contrato, que da lugar a la creación autónoma y voluntaria de una determinada relación jurídica, que podemos denominar de venta, en la medida en que se trata de un «*vinculum iuris*» que da lugar a la entrega de un derecho a cambio de un precio en dinero. Este es el caso más prototípico y clásico del tráfico jurídico, a saber, la relación jurídico-privada que nace de un acto de la autono-

<sup>150</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Los llamados contratos forzados...*, cit., pp. 85-90.

<sup>151</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Los llamados contratos forzados...*, cit., p. 99.

<sup>152</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Los llamados contratos forzados...*, cit., pp. 101 y 102.

<sup>153</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Los llamados contratos forzados...*, cit., p. 103.

mía de las partes. No obstante dicha relación jurídica también puede nacer excepcionalmente sin que la voluntad de sus titulares haya sido tenida en cuenta, sin que lo hayan querido. En estos casos hay una voluntad superior que impone la relación, sin que a las partes les quede más remedio que acatarla. Es la actuación del Estado la que crea e impone la relación de carácter privado entre dos sujetos<sup>154</sup>. Por tanto, la misma relación jurídico-privada puede nacer, tanto de un contrato, como de una actuación pública estatal; y reiteramos que en ambos casos la relación jurídica nacida será exactamente la misma.

Partiendo de lo anterior, ¿cuál es el acto constitutivo y la relación jurídica nacida en la venta judicial? En el caso de la venta judicial, el acto constitutivo es el proceso de ejecución y la relación jurídica nacida es la propia de venta: un cambio de un bien por un precio en dinero. Esto es, el proceso ejecutivo en su conjunto da lugar al nacimiento de una relación jurídica privada, que podemos calificar de venta, en la medida en que la relación de venta hace referencia, como decimos al «*vinculum iuris*» que da lugar a la entrega de un derecho a cambio de un precio en dinero.

En efecto, como bien indica Díez-Picazo en este punto la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta; es decir, puede negarse la existencia de venta contractual, pero no la de venta judicial, desde el momento en que venta es todo vínculo jurídico que trae consigo la transmisión de un derecho a cambio de un determinado precio en dinero<sup>155</sup>.

Por tanto, lo verdaderamente problemático de la venta judicial no es calificar la relación jurídica, que indudablemente es de venta, sino el acto originador de la misma. Dicho acto originador no es un contrato, pues no hay concurrencia de dos voluntades libremente expresadas, sino el propio proceso de ejecución en su conjunto, compuesto por una serie de actos jurídicos procesales. Por este motivo, según Díez-Picazo la venta judicial, puede además llamarse «procesal», pues nace del mismo proceso ejecutivo. De no ser así, de no considerarse que la compraventa de los bienes del deudor ejecutado nace de este complejo de actos jurídicos procesales que se denomina proceso de ejecución, no podrá encontrársele solución satisfactoria al problema.

En base a lo anterior, no debe parecer disonante hablar de venta judicial para distinguirla de la venta contractual, y de ahí nuestra

<sup>154</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Los llamados contratos forzados...*, cit., pp. 104-106.

<sup>155</sup> CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General del Derecho*, n.º 584, 1993, p. 4378, coincide en destacar que lo que distingue a la venta judicial de la contractual es precisamente el acto constitutivo, el origen de la relación jurídica de venta.

continua alusión a la terminología en cuestión a lo largo de estas páginas. Como bien indica Díez-Picazo, quiere decirse simplemente que, de la misma manera que la compraventa nace de un acto de las partes (contrato), no hay dificultad teórica insuperable para admitir que la compraventa puede también nacer de un proceso (en este caso, de ejecución)<sup>156</sup>.

En definitiva, debemos distinguir el acto constitutivo de la relación jurídica que de él nace; y partiendo de dicha distinción, pueden distinguirse igualmente las «compraventas contractuales» de las «compraventas judiciales»: las primeras serían las relaciones jurídicas de venta (cambio de cosa por precio) que nacen de un contrato; mientras que las segundas consistirían en relaciones jurídicas, igualmente de venta (también hay cambio de cosa por precio), nacidas en este caso del proceso de ejecución (compuesta por una serie de actos jurídicos procesales).

Detallemos en mayor medida la calificación jurídica de cada una de esas actuaciones que en su conjunto componen la venta judicial, para posteriormente especificar el régimen jurídico aplicable a las cuestiones no resueltas en nuestro Derecho positivo vigente.

Comencemos por la calificación jurídica de las actuaciones integrantes de la venta judicial. Como acabamos de ver, entendemos que la venta judicial nace del proceso de ejecución. Siendo ello así, todo aquello que no sea la relación jurídica de venta, esto es, el cambio de la cosa por el precio, forma parte del proceso. En efecto, el proceso de ejecución comienza con un acto jurídico procesal que consiste en el ejercicio de la acción ejecutiva a través de la interposición de la correspondiente demanda, prosigue con las actuaciones llevadas a cabo por el órgano judicial encargado de la ejecución y finaliza con la oferta realizada por el rematante que pretende ser adjudicatario del bien y la definitiva adjudicación del mismo por parte del órgano ejecutivo. Todas y cada una de estas actuaciones constituyen actos jurídicos procesales, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en páginas anteriores: manifestaciones de voluntad que llevan aparejadas efectos jurídicos predeterminados legalmente y que se desenvuelven en la órbita del proceso. Todos estos actos jurídicos procesales que conforman el proceso ejecutivo tienen la misma importancia, pues la falta de uno de ellos impide el buen fin de la venta judicial. De ahí que no debamos centrar el análisis de la naturaleza de la venta en ninguno de tales actos

<sup>156</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Los llamados contratos forzados...*, cit., p. 95, nota n. 38, única referencia específica a la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial. MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzadas...*, cit., pp. 239-242, se muestra absolutamente partidaria de la postura de DÍEZ-PICAZO.

considerados aisladamente: ni en la adjudicación, ni sólo en la oferta o pago del precio. Reiteramos, todos y cada uno de ellos guarda la misma importancia como actos jurídicos integrantes del acto originador de la relación jurídica de venta.

Ahora bien, en lo que respecta a la relación jurídica que nace de dicho proceso de ejecución, la misma es una relación jurídica privada, no procesal, y de venta, al cifrarse en el cambio de una cosa por un precio en dinero<sup>157</sup>.

Expuesta la calificación jurídica de la venta judicial en su conjunto, queda por determinar la cuestión más importante, sin la cual el estudio de la naturaleza jurídica carecería de sentido: a saber, la determinación del cuerpo legal que aplicaremos ante la existencia de determinadas lagunas en la regulación positiva existente de la venta judicial. Lagunas legales que se observan principalmente en relación a cuestiones sustantivas de la institución objeto de estudio, y particularmente en España, en la que no existe una paralela regulación a la existente en los artículos 2919 a 2924 del CC italiano concerniente a los efectos sustantivos de la venta judicial.

¿Qué régimen traslativo resulta aplicable a la transmisión que tiene lugar a través de la venta judicial? ¿Se trata de una transmisión originaria o derivativa? ¿Qué ocurre con la evicción y los vicios ocultos? ¿Y con el instituto de la resolución por incumplimiento? Como puede apreciarse, se trata de cuestiones puramente sustantivas, que por ello mismo plantean el lógico interrogante de si resultará aplicable a tales casos el régimen jurídico de la compraventa contractual o voluntaria. En otros términos, ¿podemos aplicar a los aspectos no regulados de la venta judicial de naturaleza sustantiva o material el completo régimen jurídico que de la compraventa contractual dan los respectivos Códigos Civiles español e italiano? La respuesta debe ser afirmativa y la aplicación que se lleve a cabo en tal caso, se hará por analogía. Veamos por qué.

Como es sabido, la aplicación analógica de la regulación normativa de una determinada institución exige la concurrencia de una serie de elementos: en primer lugar, la ausencia de un régimen jurídico propio de la institución a la que se aplicará la regulación por analogía; y en segundo lugar, la existencia de una «identidad de razón» entre ambas figuras<sup>158</sup>. Así se desprende del artículo 4.1 del CC

<sup>157</sup> Este carácter complejo de la venta judicial, nacida del proceso y que da lugar a una relación jurídica propia de venta que trae consigo tres fundamentales efectos jurídico-privados (el traslativo, el purgativo y la extinción de la acción por incumplimiento o lesión del crédito) se apuntaba ya por el propio PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 176 y 177. En este mismo sentido, también, CAPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, 2.<sup>a</sup> edición, Torino, 2012, p. 316.

<sup>158</sup> VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, tomo I, 4.<sup>a</sup> Edición, Valladolid, 1935, pp. 113 y 114; 212 y 213. CASTÁN TOBENAS, J., *Derecho Civil*

español, a cuyo tenor: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Las lagunas legales en el caso de la venta judicial son evidentes, queda, pues, por determinar si se da dicha identidad de razón entre la compraventa contractual y la judicial. Para ello, debemos constatar la existencia de elementos esenciales coincidentes entre las figuras en presencia; coincidencia que sí concurre entre la compraventa contractual y judicial en relación a los siguientes extremos:

a) Tanto en la venta contractual como en la judicial, la relación jurídica que nace es la misma: una relación jurídica de venta consistente en el intercambio de un bien por un precio en dinero.

b) La posición del adquirente, comprador o rematante adjudicatario, según se trate de la venta contractual o judicial, respectivamente, en esencia viene a ser la misma en ambas figuras: tanto en uno como en otro caso se trata de una persona que voluntariamente quiere adquirir la cosa, ofreciendo un determinado precio por ella<sup>159</sup>.

Constatada la identidad de razón entre la venta contractual y judicial, podemos afirmar sin ambages la aplicación por analogía del régimen jurídico de la compraventa a la venta judicial para aquellos problemas o situaciones no resueltas por la regulación positiva de la misma<sup>160</sup>. Si bien, como acertadamente apunta Mondéjar Peña, tal aplicación analógica obliga a «discriminar aquellas consecuencias propias del contrato de compraventa que no son susceptibles de aplicación por la propia naturaleza de estas adquisiciones, lo cual resulta preciso sobre todo cuando se trata de aplicar reglas que tienen su fundamento en la voluntad y conducta del ejecutado, pues la incidencia de éstas en el proceso de ejecución, habida cuenta su carácter forzoso queda reducida a la mínima expresión»<sup>161</sup>.

español común y foral, tomo I, 7.<sup>a</sup> Edición, Madrid, 1949, pp. 370 y 371. Un estudio reciente y monográfico sobre la «analogía» puede verse en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Analogía e interpretación extensiva», en *Anuario de Derecho Civil*, n.<sup>o</sup> 3, 2012, pp. 1001-1073.

<sup>159</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995»..., cit., p. 903, destaca igualmente la gran semejanza existente entre la venta contractual y la venta judicial desde la perspectiva del comprador-adjudicatario.

<sup>160</sup> Esta identidad de razón justificativa de la aplicación a la venta judicial del régimen jurídico de la compraventa contractual, en base al primero de los elementos comunes aludidos (transmisión de la cosa por precio), viene destacado por VERDERA SERVER, R., *Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial...*, cit., p. 101. En el mismo sentido puede también verse a PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e Diritto sostanziale...*, cit., p. 317.

<sup>161</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzadas...*, cit., p. 242.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, 1947, pp. 409 y ss.
- ALONSO SÁNCHEZ, B.: *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, Madrid, 1999.
- ARANDA RODRÍGUEZ, R.: «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 2, 1996, pp. 885-906.
- BADENES GASSET, R.: *El contrato de compraventa*, tomo I, 3.ª edición, Barcelona, 1995.
- BONSIGNORI, A.: «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione», en *Il Codice Civile Commentario*, dirigido por Schlensinger, P., Milano, 1988.
- CAPONI, B.: *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, 2.ª edición, Torino, 2012.
- CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, traducción de Albaladejo García, M., Madrid, 1956.
- CARNELUTTI, F.: *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, tomo II, Padova, 1932.
- «Postilla», en *Rivista Trimestrale di Diritto en Procedura Civile*, 1932.
- *Instituciones del Proceso Civil*, vol. III, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, 1960.
- «Lezioni di diritto processuale civile», Vol. II, *Processo di esecuzione*, Padova, 1931.
- *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931.
- CARRERAS LLANSANA, J.: *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español común y foral*, tomo I, 7.ª edición, Madrid, 1949.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Analogía e interpretación extensiva», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, 2012, pp. 1001-1073.
- CERINO-CANOVA, A.: «Vendita forzata ed effetto traslativo», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, pp. 152 y ss.
- *Offerte dopo l'incanto*, Padova, 1975.
- CHIOVENDA, G.: «Sulla natura dell'espropriazione forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, pp. 85-104.
- CICU, A., MESSINEO, F.: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXIII, Milano, 1971.
- CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1959.
- CRIVELLI, A., TENERIFFA, N.: «Vendita e assegnazione», en *Diritto Processuale Civile. Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2012, pp. 451 y ss.
- CUBELLS ROIG, E.: «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General del Derecho*, n.º 584, 1993, pp. 4371-4384.
- CUENA CASAS, M.: *La función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 2002 (reimpresión).
- DE DIEGO, C.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1959.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción*, 3.ª ed., Madrid, 2008.
- DE LA PLAZA, M.: *Derecho Procesal Civil Español*, II, 2.ª parte, 3.ª ed., Madrid, 1955.

- DE MARTINI, A.: «Profili contrattuale della vendita forzata nella esecuzione singolare e fallimentare», en *Giurisprudenza Completa della Cassazione Civile*, n.º 3, 1948, pp. 189 y ss.
- DE PABLO CONTRERAS, P.: «El mandato», en Martínez de Aguirre Aldaz, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, pp. 723 y ss.
- DE STEFANO, F.: «Gli effetti della vendita forzata dopo la riforma del processo esecutivo», en *Esecuzione Forzata*, n.º 4, 2007, pp. 657 y ss.
- DENTI, V.: voz «Negozio processuale», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXVIII, 1978, pp. 138-145.
- DI PIRRO, M.: *Codice di Procedura Civile illustrato. Dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e tabelle*, Piacenza, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Los llamados contratos forzados», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 1956, pp. 85-117.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 6.ª ed., Navarra, 2007.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, 1.ª ed., Navarra, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, I, 12.ª edición, Madrid, 2012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft*, Gómez Laplaza, M. C. (coord.), Madrid, 2012, pp. 13-44.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, T., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, tomo I-2.º (Parte General), Traducción de la 39.ª Edición alemana de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Barcelona, 1950.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005.
- «La tercería de dominio y el sistema español de transmisión de los derechos reales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 54, 2013-2014, pp. 237-366.
- *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, Cizur Menor, 2015.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Derecho Civil Español*, vol. III, *Obligaciones y Contratos*, 3.ª ed., Madrid, 1969.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982.
- FRANCO ARIAS, J.: *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987.
- GALGANO, F.: *Trattato di Diritto Civile*, vol. II, 2.ª ed., Padova, 2010.
- *Trattato di Diritto Civile*, vol. III, 2.ª Ed, Padova, 2010.
- GIMENO PÉREZ LEÓN, F. J.: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la subasta (procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Adjudicación en primera subasta de la finca y aprobación del remate. Posterior comparecencia del deudor hipotecario aportando documentos privados justificativos del pago de la deuda y ulterior otorgamiento de carta de pago por entidad acreedora», en *La Ley*, n.º 552, 1990, pp. 6399 y ss.
- GUASP DELGADO, J.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1955.
- GUASP, J., ARAGONESES, P.: *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Madrid, 2006.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966.
- HERCE QUEMADA, V., y GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Madrid, 1979.
- JACCHERI, E.: «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflesioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 3, 1993, pp. 793-1020.

- JORDANO BAREA, J.: «Una reelección sobre la posesión», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, n.º 4, 1986, p. 1035-1058.
- KOHLER, J.: *Prozessrechtliche forschungen*, 1882.
- LOIS ESTÉVEZ, J.: «Teoría de la expropiación procesal», en *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 1102 y ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «La prenda», en Clemente Meoro, M. (Coord.), *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Valencia, 2001, pp. 442 y ss.
- LÓPEZ ORTIZ, L.: «Los contratos procesales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 197, 1954, pp. 55-85.
- LUISO, F. P.: «Diritto Processuale Civile», vol. III, *Il Processo Esecutivo*, 6.ª ed., Milano, 2011.
- LUQUE TORRES, G.: *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*, Granada, 1999.
- MANDRIOLI, C.: *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, Torino, 2011.
- MAZZAMUTO, S.: «L'esecuzione forzata», en Rescigno, P. (Dir.), en *Trattato di Diritto Privato*, 2.ª ed., Torino, 1998
- «L'esecuzione forzata», Rescigno, P. (Dir.), en *Trattato di Diritto Privato*, 1.ª ed., Torino, 1985.
- MAZZARELLA, F.: voz «Vendita forzata», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLVI, Milano, 1993, pp. 552-584.
- MICHELI, G. A.: «Esecuzione Forzata», en Scialoja, A.; Branca, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bolgona-Roma, 1964.
- MIRABELLI, G.: *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I.: *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008.
- MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J.: *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, Valencia, 2004.
- MORAL MORO, M. J.: *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000.
- MORENO CATENA, V., y AA. VV.: «Derecho Procesal», tomo I (vol. II), *Proceso Civil* (2), Valencia, 1992.
- MORTARA, L.: *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1929.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: «El transmitente en la subasta judicial: confirmación de una doctrina jurisprudencial uniforme en sede fiscal que resuelve una controvertida cuestión sustantiva», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 31, 2013, pp. 329-346.
- *La vendita in sede di espropriazione forzata tra autonomia contrattuale e interessi di rilievo pubblicistico*, Milano, 2014.
- *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor, 2015.
- NADAL GÓMEZ, I.: *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.ª ed., Madrid, 2001.
- PUGLIATTI, S.: «Vendita forzata e rappresentanza legale», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, pp. 294 y ss.
- «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1933, I, pp. 425 y ss.
- *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956.
- PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil Español*, T. III, vol. 1, Barcelona, 1966.

- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Cáceres, 1997.
- RIVAS TORRALVA, R. A.: *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2001.
- *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Barcelona, 2012.
- ROBLEDO VILLAR, A.: *La subasta judicial: el remate*, Barcelona, 1998.
- ROCCO, A.: «Studi sulla teoria generale del fallimento», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1910, pp. 674 y ss.
- ROCCO, A.: *Il fallimento*, (ristampa dell’edizione del 1917), Milano, 1962.
- SANTOS REQUENA, A. A.: *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Granada, 1998.
- SATTA, S.: *Commentario al Codice di Procedura Civile*, vol. III, *Processo di esecuzione*, Milano, 1959-1965.
- *La rivendita forzata*, Milano, 1933.
- *L’esecuzione forzata*, Milano, 1937.
- *L’esecuzione forzata*, 1954.
- SOLCHAGA LOITEGUI, J.: *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Navarra, 1986.
- TEDOLDI, A.: voz «Vendita e assegnazione forzata», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, tomo XIX, Torino, 1999, pp. 653-682.
- TENDI, G. B.: *Trattato teorico pratico della compravendita*, II, Firenze, 1906.
- THON, A.: *Reschtnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878.
- TRAMONTANO, R.: «La natura giuridica della vendita forzata», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1995, pp. 1129-1143.
- TRAVI, A.: voz «Vendita dei beni pignorati», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 20.º (UN-Z), Azara, A., y Eula, E. (Directores), Torino, 1975, pp. 636-641.
- VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo I, 4.ª edición, Valladolid, 1935.
- *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, 4.ª edición, Valladolid, 1937.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal*, Navarra, 2009.
- VERDERA SERVER, R.: «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», en *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 25, 2010, pp. 81-106.
- ZANZUCCHI, M. T.: *Manuale di Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1945.
- ZANZUCCHI-VOCINO: *Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1964.



# BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Universidad de Málaga

## Libros \*

**AZOFRA VEGAS, Fernando: *La hipoteca flotante*, Dykinson, Madrid, 2015, 572 pp.**

1. Presentación. El libro objeto de esta recensión constituye la monografía más completa que, hasta la fecha, se ha elaborado acerca de la hipoteca global o flotante en España, figura que fue introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, a través del nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, cuya finalidad principal fue, según indica la propia Exposición de Motivos, posibilitar que se garantice con una sola hipoteca una pluralidad de obligaciones independientes, de cualquier naturaleza, permitiendo mezclar la garantía de obligaciones presentes con otras obligaciones puramente futuras, sin conexión causal entre sí, ni necesidad de acuerdo novatorio como exigía la legislación anterior.

La hipoteca flotante tiene como objetivo último facilitar la financiación a corto y medio plazo de empresas y autónomos a través de los mecanismos de la flexibilidad y del ahorro de costes –fiscales, arancelarios y financieros–, excluyendo tener que acudir a la constitución de tantas hipotecas, sucesivas y/o simultáneas, como obligaciones se pretendan garantizar; y ha servido, en el contexto de crisis económica que ha acompañado a los primeros años de su andadura, como se expone detalladamente en el texto del libro, de eficaz instrumento para lograr la refinanciación preconcursal de las empresas en riesgo de insolvencia, en muchas de cuyas operaciones ha intervenido el autor, lo que le permite abordar las numerosas cuestiones y problemáticas que la realidad financiera ha venido planteando y poner de manifiesto las carencias de la normativa vigente.

El libro del que tratamos tiene su origen en la tesis doctoral de Azofra Vegas, convenientemente adaptada a los cambios legislativos que han afectado de una u otra forma a la hipoteca desde su lectura hasta la edición, sobre todo en materia de protección de los consumidores, ejecución hipotecaria, preconcurso y concurso; y constituye la culminación de una serie de trabajos de su autor acerca de la evolución de la hipoteca en España y su progresiva adaptación a las necesidades del mercado, entre los que destacan: «Hipotecas flotantes» e «Hipotecas en mano común» en RCDI núm. 707 y 725 (años 2008 y 2011), «La hipoteca recargable: realidad o mito» y «la hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango de la recarga» en *La Ley* núm. 7162 y 7167 (año 2009), «Homologación judicial de los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos» en el libro colectivo «Problemas actuales del concurso de acreedores» Civitas (2014). Esta espe-

---

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

cialización aporta a la obra una sólida base teórica multidisciplinar –civil, mercantil, procesal, registral y financiera–, que se plasma en un análisis profundo de la institución; a la vez que, como ya se ha indicado, un importante componente práctico derivado de la condición de abogado en ejercicio del autor. Pero Azofra Vegas no se limita a identificar certeramente los principales problemas que la insuficiente regulación de la garantía flotante plantea en la práctica, sino que acomete con valentía soluciones integrativas con la normativa vigente, incluso a los temas más complejos, y propone soluciones legislativas de *lege ferenda*, algunas de las cuales no deberían ser ignoradas por el legislador.

Sobre la interpretación del autor de las cuestiones principales de este nuevo tipo de hipoteca y de las soluciones que propone, la mayoría de las cuales comarto, me pronunciaré a lo largo de este comentario, pero es conveniente señalar previamente dos aspectos del pensamiento del autor que se traslucen de la lectura del texto e influyen en su forma de abordar los problemas que plantea esta institución. El primero, su convencimiento acerca de que el derecho real de hipoteca es ante todo un instrumento para la seguridad del acreedor y, por tanto, éste debe gozar de un amplio poder dispositivo unilateral sobre la garantía, lo que le lleva en materia de hipotecas flotantes a extenderlo al ámbito modificativo; no ponderando suficientemente, a mi entender, que la legislación española es bastante protectora de los derechos del deudor hipotecante, no sólo en materia de consumidores sino con carácter general (ej. aplicación a los empresarios la normativa sobre condiciones generales de la contratación, concesión a todo deudor la facultad de subrogar en la titularidad de la hipoteca a un nuevo acreedor, etc), lo que debe conducir a un régimen de codisposición de los actos modificativos de la hipoteca. Y el segundo aspecto consiste en un fuerte rechazo a algunos de los principios y/o rigideces del sistema registral español o, por mejor decir, de su interpretación por parte de los registradores de la propiedad y por la Dirección General de Registros y del Notariado; rigideces con alguna de las cuales se puede estar de acuerdo, de hecho la reforma de la Ley 41/2007 tiene como finalidad principal flexibilizar la estructura de la hipoteca tradicional española –ordinaria y de máximo–, pero que, a mi juicio, le llevan a alguna conclusión no admisible en el actual marco normativo.

2. Contenido. La estructura de la obra «La Hipoteca flotante» se divide en quince capítulos, que se pueden clasificar en tres grupos temáticos: los cinco primeros (I a V), referidos al ámbito institucional de la hipoteca flotante, los cinco siguientes (VI a X), que inciden en su aspecto dinámico, y los cuatro últimos (XI a XIV), que abordan su relación con otras instituciones jurídicas; reservando el capítulo final (XV) a las conclusiones y propuestas legislativas.

Capítulos dedicados al ámbito institucional de la hipoteca flotante: (I) Antecedentes doctrinales y jurisprudenciales de la hipoteca flotante y su génesis legislativa, en el que el autor apunta la desacralización del rigor del principio de accesoriadidad que esta hipoteca supone y lamenta que la Ley 41/2007 no acogiera la tesis de la limitación del contenido inscribible del derecho real de hipoteca y la integración completamente extraregistral del título en la ejecución hipotecaria. (II) Derecho comparado, en el que se examinan distintas legislaciones nacionales bajo la sistemática del predominio de una concepción estricta o laxa del principio de accesoriadidad. (III) Tipología, capítulo en el cual se enumeran las distintas subespecies de hipoteca flotante que tienen cabida en el artículo 153 bis LH y se esboza la teoría de la

facultad del acreedor a la «distribución» unilateral de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas. (IV) Los elementos de la hipoteca flotante, en el que se analizan en profundidad la obligación garantizada, el posible acreedor hipotecario, la figura del deudor y del hipotecante no deudor, el plazo propio de esta hipoteca y las implicaciones de la imperativa responsabilidad máxima hipotecaria. (V) La indiferenciabilidad de la hipoteca flotante, en el que el autor destaca que constituye un rasgo natural de esta figura y se inclina por la posibilidad de la renuncia a la misma no sólo por convenio de las partes en el momento de la constitución, sino también, posteriormente, de forma unilateral por parte del acreedor.

Capítulos dedicados al aspecto dinámico de la garantía: (VI) La cesión de los créditos cubiertos por esta hipoteca, capítulo en el que se analiza el carácter de la cesión del crédito hipotecario en general, inclinándose el autor por su carácter declarativo y por la innecesidad de previa inscripción de la cesión para que el cesionario pueda operar la ejecución hipotecaria; y la cesión concreta de los créditos garantizados por la hipoteca flotante, enumerándose los distintos supuestos posibles, y posicionándose el autor a favor del carácter verdaderamente hipotecario de todos esos crédito desde su nacimiento, no obstante la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria, y en contra de la cesión de la hipoteca al margen de los créditos. (VII) La subrogación legal en la hipoteca por parte de los terceros que paguen el/los créditos garantizados, en el que se examinan los distintos supuestos posibles tales como la subrogación por el fiador, por el vendedor con retención o descuento del precio, o por el deudor hipotecario o el tercer poseedor al tiempo de la ejecución de una carga posterior. (VIII) La problemática de la pluralidad de acreedores, en el que el autor aborda los distintos supuestos planteados por la práctica financiera tales como la hipoteca «en mano común», la hipoteca «por capas», la hipoteca «por cuotas variables» o el acrecimiento de los coacreedores en la hipotecas flotantes en comunidad romana, inclinándose por la admisibilidad de todos ellos. (IX) La ejecución de la hipoteca, capítulo en el que se estudian los requisitos de la ejecución directa hipotecaria, especialmente el título ejecutivo, la posibilidad de la ejecución parcial de la hipoteca en caso de pluralidad de obligaciones (de la que el autor es abiertamente partidario), las limitaciones del procedimiento extrajudicial y la restricción, a su entender, del ámbito de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado. (X) La cancelación de la hipoteca, en el que se analizan los efectos que sobre la misma tiene la indiferenciabilidad y se aborda la posibilidad de reutilización de la hipoteca por el deudor a favor de un nuevo acreedor.

Capítulos dedicados a la relación de la hipoteca flotante con otras instituciones jurídicas: (XI) Especialidades en materia de consumidores, capítulo en el que el autor muestra la inidoneidad de la hipoteca flotante para la financiación de consumidores y, acertadamente, plantea la cuestión de la necesidad de repetir la información y la evaluación de la solvencia del deudor cada vez que se conceda un nuevo crédito que vaya a estar garantizado con una hipoteca flotante preexistente. (XII) Concurso y preconcurso, en el que se analizan los problemas de la calificación concursal de los créditos garantizables por una hipoteca flotante, singularmente en presencia del denominado «valor razonable de la garantía real», así como las especialidades de este tipo de hipoteca a la hora de determinar las mayorías para la aprobación de los acuerdos de refinanciación y la vinculación consecuencia de su homologación judicial, y las excepciones a la protección frente a la rescisión concursal respecto de los créditos garantizados contraídos después de la constitución de

la hipoteca. (XIII) Los títulos hipotecarios flotantes, que se admiten sólo en el caso que se haya individualizado la porción de la responsabilidad hipotecaria del crédito o créditos que el acreedor quiera titulizar. (XIV) Las garantías mobiliarias flotantes, que el autor admite en las mismas circunstancias y con los mismos requisitos objetivos y subjetivos que los aplicables a las hipotecas inmobiliarias flotantes. Y (XV) el capítulo final dedicado a exponer cuarenta conclusiones y a realizar una extensa propuesta articulada de lo que, a juicio del autor, debería ser la reforma legal que llenara las lagunas normativas de la hipoteca flotante.

Como se observa del resumen anterior, Azofra Vegas aborda decididamente y con amplitud de argumentos todas las aristas e implicaciones de esta compleja figura hipotecaria, de las que, dados los estrechos márgenes de este comentario, me limitaré a reseñar las conclusiones más importantes, incidiendo en aquellas que no comparto, no con ánimo crítico sino por ser más ilustrativas para el lector de la complejidad de la materia. Prescindiré, igualmente, del examen de las afirmaciones de carácter general hipotecario contenidas en la obra, algunas superadas por la práctica procesal hoy mayoritaria –la inscripción de la cesión del crédito hipotecario para operar la ejecución– o por la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado –el ámbito de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado–, porque ello nos alejaría del tema central del libro y haría excesivamente extensa esta recensión.

3. Consideraciones críticas referidas en el ámbito institucional. Define acertadamente el autor la característica más destacada de la hipoteca flotante, la indiferenciabilidad, como aquella nota que permite no individualizar o distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos garantizados presentes y/o futuros, todos los cuales, por tanto, quedarán garantizados individualmente hasta donde alcance el límite de la misma. A este respecto, señala Azofra Vegas, que, en presencia de la indiferenciabilidad, el pago, la condonación o la extinción de otro modo de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas no extingue ni reduce la hipoteca flotante, pero sí excluye el crédito o créditos respecto al que se producen de la cobertura hipotecaria. Ni siquiera tiene lugar la cancelación de la hipoteca, como señala el autor, por pago de todas las obligaciones existentes en un momento dado, si la cláusula de globalización comprende la garantía de obligaciones futuras del tipo que fueren; sin perjuicio del derecho que reconoce al deudor a la denuncia «pro futuro» de la hipoteca global, es decir, a solicitar del acreedor su cancelación en tal supuesto, derecho que, frente a la opinión negativa de una importante corriente doctrinal, el autor abiertamente defiende y cuyo criterio comparto.

A pesar de este rasgo natural y propio de la hipoteca flotante, se reconoce en la obra la posibilidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones o los acreedores por acuerdo entre la partes, en lo que estoy totalmente de acuerdo; pero luego el autor introduce un derecho del acreedor a desglosar unilateralmente la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas en cualquier momento de la vida de la hipoteca, en caso de cesión de algún crédito o sector de la garantía y en el supuesto de ejecución parcial, aun cuando no existiera pacto expreso en ese sentido, y sin necesidad del consentimiento del deudor, en lo que no puedo estarlo. Frente a los argumentos de Azofra Vegas en el sentido que, de no reconocerse este derecho al acreedor, se estaría dificultando la movilización de los préstamos hipotecarios garantizados con hipoteca flotante a través de la titulización hipotecaria, y que si el acreedor unilateralmente puede cancelar parcialmente

una hipoteca, también debe poder distribuirla; entiendo que, si la hipoteca flotante se ha instaurado fundamentalmente para favorecer la financiación de los empresarios, no parece razonable exacerbar las facultades del acreedor en contra de los intereses del deudor, al que puede interesar tener garantizada una obligación o grupo de obligaciones con preferencia respecto de otras que pueden gozar, por ejemplo, de otro tipo de garantías, cuando, además, en el caso de obligaciones puramente futuras esa distribución es inútil en la práctica ya que, sin el posterior consentimiento negocial del deudor, no podrán contraerse nuevas obligaciones realmente garantizadas con la hipoteca. A este respecto, debe tenerse en cuenta que según los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, toda modificación de las hipotecas que no derive del acaecimiento de un hecho pactado y acreditable, exige un convenio entre el acreedor y el hipotecante, y según el artículo 123 de la misma Ley Hipotecaria, constituida una hipoteca sobre una finca, la posterior distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas en que la misma se divida, exige el acuerdo entre el acreedor y el deudor.

Otro punto de discrepancia es la consideración del autor acerca de la aplicación de la indiferenciabilidad incluso en el supuesto de que la suma de las cuantías del principal de todas las obligaciones garantizadas, siendo todas presentes, sea igual a la responsabilidad hipotecaria total; porque considero que, en tal caso, al no poder plantear el acreedor reclamación alguna por encima del importe inicial o del máximo pactado de cada obligación, a cada una de ellas le corresponderá inevitablemente una cuota en dicha responsabilidad hipotecaria equivalente a su principal, lo que excluye naturalmente la indiferenciabilidad.

Coincido plenamente con el criterio del autor en cuestiones tan importantes como la innecesidad de la existencia de una obligación inicial o de arranque para poder constituir la hipoteca flotante; su susceptibilidad para garantizar todo tipo de obligaciones, incluso las puramente futuras (derivadas de contratos futuros) determinadas simplemente por su denominación, con tal de que gocen de tipicidad legal o reconocimiento jurisprudencial; o el mantenimiento del rango de la garantía, aun existiendo titulares posteriores de cargas o gravámenes, cuando se contratan nuevas obligación incluidas en la cláusula de globalización. E igualmente estoy de acuerdo en sus conclusiones acerca de la posibilidad de constituir hipoteca flotante en cobertura de obligaciones previamente garantizadas con hipoteca ordinaria, en presencia de la indiferenciabilidad, porque, en tal supuesto, la hipoteca flotante no atribuye una porción de responsabilidad concreta a cada obligación y puede ser finalmente ejecutada para el cobro de otras obligaciones garantizadas, deviniendo, en consecuencia, en ineficaz su garantía.

4. Consideraciones críticas en el aspecto dinámico. En cuanto a la problemática de la pluralidad de acreedores, que cobra especial relevancia en la hipoteca flotante al no transmitirse por accesoriad el tipo de titularidad de la obligación a la hipoteca en presencia de pluralidad de obligaciones con titularidades diversas, se expone en la obra un estudio detallado de toda la panoplia de supuestos posibles, mostrándose el autor partidario a que las partes puedan articular la titularidad sobre el derecho real de hipoteca de manera diversa a la titularidad o cotitularidad existente sobre los créditos garantizados, conviniendo para ello una titularidad solidaria, de comunidad romana por cuotas o de comunidad germánica «en mano común» y sin ser necesaria la fijación de cuotas ni en el primer ni en el tercer supuesto. Indudablemente Azofra Vegas tiene razón en estas afirmaciones, que tanta polémica han sus-

citado doctrinalmente y en la práctica registral, pero creo que, como he defendido desde que se planteó en la práctica esta cuestión, en realidad, las mismas se quedan cortas ya que, como ha afirmado la Dirección General de Registros y del Notariado en resoluciones de 9 de junio de 2011 y de 24 de octubre de 2014, «*es posible constituir una titularidad activa sobre el derecho real de hipoteca de tipo colectivo (sería una cuarta categoría de titularidad), sin distribución de cuotas, en garantía de un conjunto de créditos independientes pero vinculados entre sí por un destino unitario a través de un pacto de sindicación, y dotados de un régimen unificado en sus condiciones financieras que requiere del acuerdo de todos o parte de los coacreedores conforme a las reglas del acuerdo de sindicación de sus créditos, y la existencia de una entidad legitimada para el ejercicio de las acciones correspondientes –el Banco Agente–» y «*la titularidad activa derivada de esa sindicación de créditos no se puede configurar como una estricta titularidad en mano común, que requeriría la unanimidad para el ejercicio de todas las facultades de los acreedores por aplicación de los artículos 392 a 406 del Código Civil, sino que viene determinada por lo que se pacte en orden al régimen de gestión, administración y disposición de los derechos de crédito, en cuya configuración colectiva se permite un amplio juego al principio de autonomía de la voluntad*».*

Respecto a lo que el autor denomina «hipoteca por capas», que implica la existencia de un grupo de acreedores preferentes que se resarcirían de sus créditos antes de aquellos que no lo son con el producto de la ejecución o en proporción diferente a la cuantía de sus respectivos créditos, estando reconocido en el derecho español el pacto de posposición de la hipoteca –art. 241 RH–, no encuentro inconveniente en su admisión; como tampoco al pacto asociado de redistribución de las cuotas *internas* en caso de pago a los acreedores preferentes o dentro del mismo grupo, siempre que la titularidad sea colectiva, solidaria o «en mano común» y la redistribución el resultado o efecto directo de los términos en que fue constituida la hipoteca. Pero lo que no cabe admitir, a mi juicio, es el pacto de acrecimiento cuando la titularidad de la hipoteca se constituye en comunidad romana, cuyas cuotas serían variables, ya que, en tal supuesto, la responsabilidad hipotecaria a que cada acreedor tiene derecho viene limitada por su propia cuota, de tal manera que la flotabilidad sólo opera dentro de cada cuota entre los distintos créditos de cada acreedor, pero no entre las distintas cuotas que constituyen, en realidad, hipotecas autónomas. La admisión del cuarto tipo de titularidad colectiva a que antes he hecho referencia, con un régimen de disposición y ejecución por las mayorías que se pacten, hace en la práctica superflua esta categoría de «comunidad romana con cuotas variables» al superar los inconvenientes tanto de la comunidad por cuotas de la extinción parcial de la hipoteca en caso de extinción de alguna de las obligaciones garantizadas, como los de la comunidad en mano común de la necesidad de acuerdo de todos los acreedores para proceder a la ejecución, inconvenientes que han constituido el motivo que impulsó su construcción doctrinal.

En materia de la cesión de créditos, la naturaleza diversa de la pluralidad de obligaciones que son susceptibles de ser garantizadas simultánea o sucesivamente con la hipoteca flotante (presentes, simplemente futuras o condicionales y puramente futuras), unido a la multiplicidad de tipologías posibles en su combinación y a la vida extraregistral de las obligaciones aseguradas, provoca que el análisis de la cesión de los respectivos créditos garantizados o garantizables y de las relaciones jurídicas subsiguientes, sobre todo en el

supuesto de hipoteca global que garantiza obligaciones puramente futuras, alcance cotas de enorme complejidad. Toda esta problemática es abordada por Azofra Vegas, cuyos criterios comparto plenamente, salvo en dos trascendentales cuestiones. La primera, que esa desvinculación o vida independiente de los créditos garantizados individual o genéricamente con la hipoteca flotante, implica, como señala Encarna Cordero Lobato, que en cuanto a aquellos que no consten reflejados en el Registro de la Propiedad no se pueda hablar propiamente de créditos hipotecarios y que, en consecuencia, esos créditos sólo presumiblemente garantizados con esta hipoteca, al contrario de aquellos que lo son con la hipoteca ordinaria, son transmitidos sin la garantía a menos que así se indique expresamente en el momento de la cesión, no operando en otro caso la accesoriiedad porque el crédito no se ha incorporado a la hipoteca y, además, porque en la hipoteca flotante, la falta de correspondencia entre crédito y responsabilidad hipotecaria, en defecto de distribución, matiza esa accesoriiedad a efectos de la cesión. La segunda, que si la cesión comprende únicamente todos o un tipo de créditos puramente futuros encuadrables en la cláusula de globalización, a mi juicio, lo que de hecho se está llevando a cabo, más que una propia cesión de créditos, es una cesión total o parcial del contrato que, como tal, exigirá el consentimiento del deudor hipotecario como tiene declarado el Tribunal Supremo.

Por último, en lo que respecta a la ejecución hipotecaria, comparto las conclusiones del autor acerca, por un lado, de la necesidad de aportar en caso de ejecución hipotecaria los correspondientes títulos ejecutivos de cada obligación vencida e impagada, sin necesidad de su previa constancia registral y sin que sea suficiente la aportación de la certificación bancaria del saldo final líquido exigible que tendría un carácter meramente contable; y, por otro lado, de la admisión de la ejecución parcial de la hipoteca flotante para el cobro de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, subsistiendo la cobertura respecto de las demás obligaciones en la responsabilidad hipotecaria remanente, no sólo en el supuesto de previa distribución de la misma o de pacto expreso que lo regule, sino también realizando una interpretación integradora de las normas procesales.

En resumen, como se infiere de todo lo expuesto, «La Hipoteca Flotante» aborda una materia extremadamente compleja, con una casuística casi inagotable y en la que, ante la insuficiencia normativa, las soluciones a los problemas que la operativa de la hipoteca plantea son inseguras y susceptibles de confrontación doctrinal. Por eso, mi conclusión personal, más allá de las discrepancias mostradas en puntos concretos, es la de felicitar al autor por su enorme esfuerzo expositivo y doctrinal, por su calidad argumentativa, y por las soluciones prácticas que ofrece al devenir de esta nueva figura hipotecaria, lo que hacen del libro un referente imprescindible para todo aquel que quiera adentrarse en el estudio de esta nueva garantía hipotecaria.

Comparto la opinión del autor acerca de que la hipoteca flotante constituye un logro evidente en el objetivo de *«facilitar la diversidad de los productos financieros ofertados»* y una aportación relevante *«en la deseable integración de los mercados hipotecarios»*, y le agradezco su predisposición, académica y profesional, por exprimir todo el jugo, toda la potencialidad, de la misma y contribuir a que no se frustren esas expectativas y se erija en un instrumento eficiente para la financiación empresarial.

Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES  
Registrador de la Propiedad

**BASOZÁBAL ARRUE, Xabier: *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, 251 pp.**

1. Aunque no contaba yo con la publicación de este libro, no me ha extrañado. El profesor Basozabal, a pesar de que hasta ahora no había dedicado una monografía a la responsabilidad civil, había escrito muchas páginas sobre la materia; entre otras, las que tuvieron que ocuparse de la vidriosa cuestión del deslinde de la responsabilidad civil respecto de otros conceptos en los que también concurre el resultado de *responder de un daño*. Algo me hacía pensar que Basozabal iba a caer pronto, y de lleno, en las tentadoras garras de lo que hoy a veces denominamos también *Derecho de daños*.

Cuando conocí esta obra del profesor Basozabal, y sin todavía abrirla, me suscitó curiosidad la última parte del título, esto es, la que, como si de un subtítulo se tratara, dice «parte general».

Creo que muchas cosas faltaban por decirse en nuestra doctrina (y este libro lo acredita) sobre la responsabilidad objetiva. Por cierto, con la muy justificada puntualización de que se está hablando de la responsabilidad extracontractual. Digo esto último porque, aunque no se trate de una terminología indiscutible o indiscutida, creo que también tiene sentido utilizar la expresión *responsabilidad objetiva* para referirse a la contractual; en este punto, me remito a Bruno Rodríguez-Rosado, «Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la *strict liability*», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 4 (octubre-diciembre, 2014), pp. 155-187.

Pero sigo con lo de una cierta intriga sobre el significado de «parte general» en el título de la monografía objeto de la presente recensión. Desde luego, si acudo ahora a la palabra *intriga* no es en los sentidos en los que la define la reciente vigesimotercera edición del *Diccionario de la lengua española*, de 2014, sino como sustantivo derivado de la acepción 1 del mismo Diccionario para el verbo *intrigar*; esto es, «inspirar viva curiosidad».

La lectura del libro del profesor Basozabal, desde luego, disipa la duda que, acaso sin motivo, me asaltó inicialmente. Pero resulta que, además (y de ahí lo quizás injustificado de mi observación), el examen cuidadoso del índice de la monografía (pp. 9-11) permite entender con claridad, y darle explicación, lo de «parte general». Quiero decir que el propósito del autor supera con creces lo que podría haberse esperado de un título que se limitara a decir *Responsabilidad extracontractual objetiva*. De lo que se trata en este caso es de una *teoría general* sobre la «forma», «modalidad» o «tipo» de responsabilidad que ya estamos acostumbrados a apelidar, en castellano, con el adjetivo de *objetiva*.

Dicho sea de paso, creo que hoy estaremos todos (o muchos) de acuerdo en que la expresión *responsabilidad objetiva* no es la más afortunada forma de dar nombre a lo que con tal expresión queremos decir en Derecho; entre otras cosas, porque la acepción 1 que el Diccionario atribuye al adjetivo *objetivo*, *va* (que es la que más vendría a cuento), calificando al sustantivo *responsabilidad*, no expresa con exactitud el significado de *responsabilidad sin culpa*. El vocablo *objetivo*, y sus derivados, conducen frecuentemente, a mi juicio, a peligrosas ambigüedades. Por ejemplo, en el libro que ahora reseño se alude (y no por culpa del autor, sino reproduciendo palabras de la jurisprudencia) a «comportamientos objetivamente culposos», locución en la que creo que sobra lo de «objetivamente»: si una conducta se califica como culposa, o bien se trata de una apreciación *subjetiva*, o bien el adverbio *objetivamente* constituye una redundancia. En todo caso, volviendo a *responsabilidad*,

*dad objetiva*, no parece que haya razones para renegar de ese nombre, ya suficientemente afincado entre nosotros. Entiendo que también podremos estar de acuerdo en que, salvo que acudamos a *responsabilidad sin culpa*, ninguna otra denominación parece convincente; Basozabal (p. 13, nota) se adhiere a la idea de que la expresión en inglés *strict liability* no puede traducirse por «responsabilidad estricta». Estoy de acuerdo, porque considero muy forzada la interpretación del adjetivo como «enteramente ajustada a la ley», aunque es lo que se desprende del Diccionario. Y decir *responsabilidad en sentido estricto* sería un tanto rebuscado.

2. He expresado ya mi opinión de que el libro del profesor Basozabal constituye una *teoría general* de la responsabilidad objetiva, que yo echaba en falta.

Muchísimo se ha escrito sobre ese tipo de responsabilidad, desde que se introdujo en nuestro ordenamiento civil. La Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, de 24 de diciembre de 1962, sobre todo, desencadenó el efecto de que la figura encontrara un tratamiento, aunque entonces modesto, en las obras de carácter general. Y también dio lugar a monografías que todos recordamos; me refiero a las de Francisco Soto Nieto (*La responsabilidad civil en el accidente automovilístico: responsabilidad objetiva*, de 1969) y de Mariano Fernández Martín-Granizo (*Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, de 1972). En la actualidad, y no podía ser de otro modo, los llamados *régimen especiales de responsabilidad objetiva* han merecido la debida atención en las obras generales de Derecho civil y en no pocos libros de más específico alcance. Entre estos últimos, hablo tanto de obras que también podrían calificarse de «generales» sobre la responsabilidad civil, como de las que tienen por objeto el estudio de concretos sectores en los que la responsabilidad civil concurre. En cuanto a los libros *generales* a los que acabo de referirme, me limito ahora a la cita de uno que me parece justo destacar: *Tratado de responsabilidad civil*, coordinador Fernando Reglero Campos, 4.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2008. En lo que respecta a estudios *sectoriales* (con un cierto abuso de esta palabra), procede la mención de *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, editores Pablo Salvador Coderch y Fernando Gómez Pomar, Civitas, Cizur Menor, 2008; con su *Apéndice 2009*, en la misma editorial, 2010.

Las abundantes obras que, cualquiera que sea su radio de acción, versan sobre responsabilidad objetiva permiten decir, a mi juicio, que en España contamos con un acervo doctrinal sobre la materia que puede calificarse de magnífico. No obstante (lo apuntaba antes), creo que se echaba de menos un estudio dedicado precisamente a lo que está en la raíz del *sistema* de responsabilidad civil que da título y contenido al libro de Basozabal. Es decir, el fundamento de la responsabilidad objetiva y los argumentos conceptuales para la instauración de ese *régimen* en un ordenamiento jurídico. Esto último, sobre todo, si lo que se propone es la adopción de una «cláusula general» de responsabilidad sin culpa. No diré que esos propósitos no se encuentren en nuestra doctrina, porque el significado, el fundamento y los criterios de aplicación de la responsabilidad objetiva se encuentran tratados, con mayor o menor intensidad, en cuantas obras versan sobre ese *sistema*, en tanto en cuanto legalmente ya establecido. Así ocurre en la valiosa obra colectiva, coordinada por Reglero Campos, que he mencionado poco más arriba. Lo que ocurre (e insisto en que se trata de una apreciación) es que quizás no se había prestado suficiente atención a lo que he venido llamando *una teoría general* que, precisamente por serlo, contemplara la responsabilidad objetiva

desde un punto de vista, por así decirlo, más dogmático o «de principios». Es posible que eso obedezca (al menos en parte) a la a mi juicio viciosa utilización, por parte de la jurisprudencia, de expresiones con las que ya nos hemos familiarizado tanto que siguen formando parte de nuestro discurso. Me refiero, por ejemplo, a expresiones tan equívocas como son las de «una cierta objetivación de la responsabilidad», «mártices objetivos o cuasiobjetivos» o «responsabilidad por riesgo» (lo que es peor, «teoría del riesgo»).

3. El trabajo se abre con un capítulo primero que, bajo la rúbrica «Composición de lugar», constituye una visión panorámica de la presencia de la responsabilidad objetiva en el Derecho español (incluida la jurisprudencia), en el francés, en la tradición anglosajona y en el contexto jurídico germánico. Es una muy justificada base del apartado 7 de ese capítulo (el último, pp. 44-51), en el que se anticipa lo que luego va a ser el núcleo de la obra; es decir, la posibilidad de adoptar una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas y la responsabilidad de la empresa a la luz de los arts. 147 y 148 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

Con todo acierto, a mi entender, porque de esa forma se hace más fácil el desarrollo del resto de la obra, Basozabal (p. 51) distingue entre cuatro modelos prácticos de «imputación subjetiva» en la responsabilidad civil extracontractual, que afectan de modo directo y principal a las reglas de la prueba. Siguiendo sus palabras, son: el modelo de culpa probada (regla general), que exige que el demandante pruebe la culpa del demandado; el de culpa con inversión de la carga de la prueba (en los casos señalados por la jurisprudencia), en el que la posibilidad de que el demandante pruebe su diligencia para exonerarse de la responsabilidad debería ser una hipótesis real y no sólo un recurso retórico; el de la responsabilidad por producto defectuoso, en el que el demandante debe probar el defecto del producto y el demandado puede acogerse a las causas de exoneración tasadas, algunas de las cuales contienen juicios de diligencia/ negligencia; y, por fin, el modelo de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas, en el que al demandante le basta con probar que el daño es realización del riesgo propio de la actividad a la que se ha ligado la responsabilidad agravada y el demandado sólo puede alegar causas tasadas de fuerza mayor. El autor explica que aunque su trabajo se centra en el último de los modelos, ha considerado aconsejable partir de la distinción entre las cuatro posibilidades, pues –añade– «en la actualidad parece difundirse con ligereza la idea de que el paso de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva no es algo nítido, ni siquiera escalonado, sino que se explica como un *continuum* en el que no es posible delimitar con exactitud dónde termina una forma de responder y dónde comienza la otra».

De ahí que, poco más adelante (p. 53), Basozabal exponga en síntesis lo que constituye el objetivo de su trabajo: «Si “responsabilidad objetiva” es una categoría con un contenido razonablemente homogéneo como para merecer un tratamiento legal y doctrinal más armonizado, o si es preferible seguir tratando por separado cada supuesto, como hasta ahora». Porque, añade, »si se encontrara una morfología común a los supuestos de responsabilidad objetiva, se reforzaría la convicción de que existen condiciones suficientes para que prospere una cláusula que recogería los elementos típicos y los sintetizaría para acoger a nuevos supuestos».

Termina el capítulo primero con el anuncio del *esquema de trabajo* adoptado por el autor, es decir, de la estructura del libro: en primer lugar, el estu-

dio de los elementos de la responsabilidad objetiva (su fundamento y su estructura), objeto de los capítulos segundo y tercero; análisis de en qué medida el esquema lógico de esos dos capítulos se encuentra presente en nuestro ordenamiento –en la legislación y en la jurisprudencia– (materia del capítulo quinto). En medio, por exigencias del razonamiento, se encuentra el capítulo cuarto, en el que –también se anuncia– se somete a examen la oportunidad o no de una cláusula general de responsabilidad objetiva. Y, en fin, el autor anuncia sus conclusiones sobre las necesidades actuales de la responsabilidad objetiva entre nosotros, con propuestas de interpretación y *lege ferenda*; se trata, señalo por mi parte, del apartado 3 y último del capítulo quinto.

Como acabo de decir, el autor habla de «propuestas de interpretación y *lege ferenda*». Es un extremo que debe subrayarse, porque, en efecto, Basozabal no se limita a hacer sugerencias de *iure condendo*, sino que en ocasiones formula propuestas relativas al Derecho positivo español actual; son varios los lugares en los que el autor se refiere a la tarea del legislador y del juez.

4. El capítulo segundo (pp. 55-77) gira en torno a la observación de que no existe un único argumento o principio que justifique la responsabilidad objetiva, sino un conjunto de criterios que, al combinarse, avalan su reconocimiento legal o jurisprudencial. Y son esos argumentos los que se examinan a continuación, para terminar con un resumen de las «propuestas» (pp. 68-72) y la opinión que al autor le merecen. Esto último, bajo el título «Verificación de las propuestas», donde Basozabal desarrolla su criterio a partir de un ejemplo concreto: el de la demolición de un edificio con explosivos, sea en un despoblado, sea dentro de un núcleo urbano.

5. El capítulo tercero (pp. 75-147) trata sobre «Elementos de la responsabilidad objetiva». Más que de requisitos, puntuiza el autor, podría hablarse de *elementos naturales* cuya concurrencia ayuda a percibir el «aire de familia» de la responsabilidad objetiva, sin que constituyan presupuestos de la pretensión como lo son el daño o la relación de causalidad (p. 83). El *núcleo* del capítulo se encuentra en el estudio de cuatro conceptos o cuestiones. En primer lugar, el *fin de protección de la norma* (pp. 85-109), a mi juicio la parte más «comprometida» de la obra y quizá la más brillante. En segundo término, las *causas de exoneración* (pp. 109-132), donde la fuerza mayor se desglosa en fenómenos de la naturaleza de carácter extraordinario, hechos derivados de terrorismo, motín o tumulto, caso fortuito y acto de un tercero. En tercer lugar, el *daño cubierto (bienes jurídicos, personas y cuantías)*. Y como cuarto extremo, el de *sujeto responsable*. Termina el capítulo con un último párrafo (p. 147) que constituye un afortunado «engarce» con el contenido del capítulo siguiente.

6. El capítulo cuarto (pp. 149-161) versa sobre «Cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas». El profesor Basozabal hace la advertencia de que a lo que él se refiere es a la que suele denominarse «solución pequeña» (cláusula general «residual» que se encargue de las actividades de riesgo extraordinario que no hayan merecido la atención del legislador). Y concluye expresando su opinión en contra (p. 161, aunque ya lo había anticipado en p. 147).

7. El capítulo quinto del libro lleva por rúbrica la de «La responsabilidad objetiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» (pp. 163-245) y tiene dos partes bien diferenciadas. Los apartados 1 y 2 versan sobre la llamada «doctrina del riesgo» y su presencia en unos cuantos *grupos de casos* de nuestra jurisprudencia (pasos a nivel, explosiones por fugas de gas, incen-

dios, animales, etc.). Dentro de esa primera parte, considero particularmente acertada la observación inicial del autor (pp. 163-166) de que en la reciente jurisprudencia se advierten dos ideas de fondo dominantes: la que Basozabal llama «modificación de las reglas de la carga de la prueba», esto es, la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 217.6 LEC (extremo en el que, a mi juicio, la Sala Primera tiene todavía mucho que profundizar), y el criterio de la elevación de los estándares de diligencia exigible.

8. En el apartado 3 del último capítulo (lo que sería una «segunda parte» del mismo), el profesor Basozabal formula una «Reflexión final y algunas conclusiones» (pp. 239-245). Adoptando también aquí sus palabras, destaco:

«El reconocimiento de una cláusula general de responsabilidad objetiva choca con algunas circunstancias que explican las dificultades que ha tenido para abrirse camino: en primer lugar, no es fácil sentir la necesidad de adoptar una cierta herramienta, cuando para llegar al mismo resultado existen otras vías que ya ofrece el ordenamiento jurídico, y hay que reconocer que un sistema de culpa presumida que dificulte la prueba de la diligencia del demandado puede ser incluso más beneficioso para la víctima que el sistema de responsabilidad objetiva, aunque sea a costa de deformar el concepto de diligencia. En segundo lugar se encuentra la dificultad intrínseca para dar un criterio práctico que determine cuándo un riesgo debería considerarse anormalmente peligroso; hasta ahora las propuestas no han sido aceptadas y parece que, *lege ferenda*, sería mejor acometer la cuestión desde la perspectiva de la responsabilidad de la empresa. Nuestra jurisprudencia apenas ha aportado en esta línea.»

«La justificación del fenómeno de la responsabilidad objetiva no es algo que pueda entenderse exclusivamente desde la necesidad de proteger a las víctimas atribuyendo el daño residual a las empresas, sino que resulta igualmente necesario contemplar el interés (en alguna medida, también general) de que esas empresas salgan adelante y plantear si conviene que se privilegien dándoles la posibilidad de calcular con mayor seguridad el riesgo que asumen.»

«Las ventajas de una responsabilidad objetiva rectamente entendida son la rapidez y automaticidad con que la víctima debería poder cobrar dentro de los límites de la norma. Por el modo peculiar de aplicar esta responsabilidad por parte de nuestra jurisprudencia, salvo parcialmente en el sector de los vehículos a motor, aún no hemos podido beneficiarnos de esa ventaja potencial. La sencillez de la responsabilidad objetiva sólo debería ceder en casos patentes, bien para que se responda sin límite por culpa grave o dolo del causante del daño, bien para que el causante quede exonerado por culpa grave o exclusiva de la víctima. Si no se prueba ninguno de estos extremos, o si no se sabe qué ocurrió, la norma se aplica en su objetividad.»

«Sería una cosa buena promover que los daños causados en transportes urbanos e interurbanos contaran todos con el mismo “estatuto de responsabilidad”: fin de protección, causas de exoneración, principios de prueba y, en su caso, límites cuantitativos.»

«Como es poco probable que un legislador que no parece urgido por modernizar el Código civil en materia –pongamos– de compraventa, lo esté para dar una configuración más moderna, técnica y eficaz a la responsabilidad objetiva, no parece arriesgado prever que debería ser la jurisprudencia la que se tome en serio su papel de crear una doctrina clara, por sectores, que supla esas directrices.»

«La jurisprudencia no debería ver el *continuum* entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva como algo deseable. El esfuerzo que hace falta es el de tratar cada supuesto en su sede: si ha de juzgar conforme a la regla de culpa presumida, la posibilidad del demandado de probar su diligencia ha de ser real; si no, seguirá deformando la responsabilidad por culpa. Si, por el contrario, se trata de aplicar una norma objetiva, debería abandonar la retórica sobre el fundamento de este tipo de responsabilidad, que es algo que corresponde al legislador; la labor propiamente jurisprudencial consistirá en aplicar la norma conforme a su lógica objetiva y desarrollar por sectores los elementos necesarios para su correcta aplicación: el fin de protección, las causas de exoneración, los límites en la protección y, en su caso, las reglas de prueba.»

9. La bibliografía de la que se sirve el autor es, a mi juicio, la oportuna. No veo que sobre nada. En cuanto a la que pueda faltar, no incurriré, precisamente en este caso, en el «riesgo» de proponer ninguna concreta mención. Lo que está claro es que el profesor Basozabal no pretende hacer ningún alarde de erudición y que las opiniones que cita, para mostrar su acuerdo o su disconformidad, son –salvo en casos en los que también lo exige el discurso–, de patente actualidad.

10. Mención especial, en mi opinión, merecen las referencias jurisprudenciales. El autor acredita lo que, a mi juicio, corresponde; esto es, no quedar subyugado por pasajes de sentencias, sino atenerse a lo que *quieren decir*, en función de la *ratio decidendi* de sus fallos. Y llamo la atención sobre el hecho de que las resoluciones del Tribunal Supremo son, en su mayor parte, de la última década. Algunas veces se trata de casos de responsabilidad contractual, pero con doctrina aplicable a la extracontractual; suele tratarse de sentencias que no tienen necesidad de abordar la cuestión de las diferencias entre ambas.

11. En suma, entiendo que estamos en presencia de una obra muy oportuna, muy original en su objeto y en su estructura y, además, llena de sugerencias. Pido que se me perdone el egoísmo de esperar que a esta «parte general» siga una «parte especial», en buena medida ya insinuada.

Ricardo DE ÁNGEL YÁGUEZ  
Catedrático Emérito de Derecho civil  
Universidad de Deusto

**CASTRESANA, Amelia (coord.): *Defectos en el cumplimiento de la pres-tación: Derecho romano y Derecho privado europeo*, Ratio legis, Salamanca, 2014, 236 pp.**

El volumen que nos ocupa es resultado de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad entre 2010 y 2013 y desarrollado por investigadores españoles y alemanes, dirigido por la coordinadora del libro. Este hecho explica algunas de las características del libro, como es su carácter bilingüe alemán-español (a pesar de que por el título no cabría en principio pensar tal cosa) y su tal vez excesiva fijación con respecto al proyecto de normativa común de compraventa europea (CESL),

recortado y, finalmente, retirado por la Comisión Europea en diciembre de 2014. A pesar de estos hándicaps, con todo, el libro ofrece algunas interesantes aproximaciones a diversas manifestaciones del fenómeno de los defectos en el cumplimiento de la prestación y sus posibles soluciones desde una perspectiva histórica y comparada, y, dada la presumible poca repercusión inicial que podría esperarse entre los investigadores más centrados en los desarrollos más modernos del Derecho civil (dado el fuerte componente romanista de la mayoría de los trabajos recogidos) y la relativa marginalidad de la editorial en que aparece, tal vez resulte conveniente ofrecer al menos una pequeña nota en estas páginas para llamar la atención sobre algunas de sus aportaciones, con el fin al menos de despertar la curiosidad de los estudiosos del problema del incumplimiento de la prestación y destacar la contribución que un enfoque histórico-comparativo puede hacer a una mejor comprensión de ese fenómeno.

El volumen recoge siete trabajos, cuatro de ellos en castellano y tres en lengua alemana, a cargo de autores de distintas nacionalidades. Dejaremos aquí de lado (no por falta de calidad o interés, sino simplemente por encontrarse algo más alejados del objetivo central de estas páginas) los trabajos más estrictamente romanísticos, como son los de Patricio-Ignacio Carvajal Ramírez («Un estado de la cuestión en torno a D. 41.4.2.15. La compraventa de un impúber sin autorización del tutor», pp. 13-43), Rolf Knütel («Paulus und der Erwerb des Käufers *ex causa lucrativa*», pp. 109-124) y Martin Schermaier («Ein Zweck – viele Mittel: Käuferschutz bei Nichterfüllung im römischen Recht», pp. 125-163). También el primero de los dos que presenta la coordinadora del volumen («Die rechtliche Bedeutung des (Ver-)Schweigens (Unter Berücksichtigung bestimmter Informationspflichten des Verkäufers», pp. 45-72), ya que, por un lado, aunque en principio este trabajo parte del problema del incumplimiento del deber de información por parte del vendedor a la hora de concertar un contrato de compraventa y su enfoque en el Derecho español vigente y en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Derecho de Obligaciones, con la vista puesta en la regulación de los PECL, en realidad el artículo se centra en el estudio del modo en que las fuentes romanas afrontan la problemática del silencio del vendedor y si ello puede considerarse una infracción del deber de información, con las consiguientes consecuencias jurídicas; y, por otro lado, porque el núcleo del contenido de este artículo puede encontrarse asimismo en el segundo trabajo presentado por la misma autora, al que sí vamos a dedicar una mayor atención.

En efecto, en el trabajo titulado «Las definiciones de la propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea» (pp. 73-107; también publicado, a su vez, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* 5 [2013], pp. 103-124), la profesora Castresana hace un curioso recorrido por algunas de las definiciones iniciales de la CESL con un enfoque ciertamente peculiar, como es el de contribuir a una semasiología común del lenguaje del Derecho privado europeo, sin la cual, a su juicio, resulta imposible aproximarse a una cierta unificación, o siquiera una verdadera armonización, de las normas e instituciones jurídico-privadas nacionales. Para ello, propone un método de análisis retrospectivo de los términos con que se construyen los documentos armonizadores del Derecho europeo, con el fin de ubicarlos en los «macromodelos» o «modelos históricos de integración» (T. Giaro) en que han de encuadrarse las normas e instituciones para poder llegar a adoptar soluciones dogmáticas satisfactorias y auténticamente

integradoras. Son conceptos, pues, como *fides (bona)*, *obligatio*, *contractus*, *culpa*, *dolus*, *damnum*, etc., los que, en su dimensión histórica, facilitarían –a su juicio– formar un vocabulario jurídico común que permita una comunicación efectiva entre juristas de diversas procedencias y tradiciones jurídicas nacionales. Algunos de esos conceptos, desde su punto de vista, están contemplados en las definiciones del artículo 2 de la propuesta de CESL, y el objetivo de su trabajo es, de algún modo, «deconstruir» tales definiciones, desvelando los hilos –en ocasiones ciertamente remotos– que conectan tales conceptos con la experiencia jurídica romana formalizada en los textos contenidos en la Compilación justiniana. La autora se centra en las definiciones de «contrato» [art. 2 a) CESL], «buena fe contractual» [art. 2 b) CESL], «pér-dida» [art. 2 c) CESL] y «condiciones generales de contratación» [art. 2 d) CESL], buscando para todos ellos precedentes y desarrollos estrictamente romanos (que no romanísticos). Con relación a la definición de «contrato» del Instrumento Opcional, señala, con todo, que «el Derecho romano no conoció nada de lo aquí enunciado» (p. 77), sobre la base de la explicación del profesor Guzmán Brito (pero que en última instancia se remonta al magisterio del profesor Álvaro D'Ors) de que los romanos nunca tuvieron doctrinas generales del contrato, ni siquiera en la sistemática gayano-justiniana, sino que siempre se dejaron guiar por doctrinas particulares, lo que no obsta, a juicio de la autora, para considerar que la historia retrospectiva del modo en que los romanos fueron entendiendo el término *contractus*, en virtud de una compleja experiencia muy apegada a los tipos concretos, resul-te de sumo interés para descubrir la formación jurisprudencial de la semasiología jurídica propuesta actualmente en Europa. Tras analizar ese recorrido histórico, la autora se inclina por la idea de que ya para Gayo (sobre todo el Gayo maduro de las *res cottidianaे*) la esencia del contrato residía en el acuerdo de voluntades que fija y expresa el acto convencional y es por sí mismo generador de obligaciones, con lo que quedaría así conformada la semántica del contrato que se encuentra en la definición del artículo 2 a) CESL (lo que, a primera vista, casa mal con las premisas de que se había partido). En este análisis de la evolución histórica del concepto de *contractus* en las fuentes romanas la autora viene a coincidir, en definitiva, con la opinión dominante en la romanística reciente [*vid.* a este respecto, p. ej., J. Paricio, *Contrato: la formación de un concepto*, Cizur Menor, 2008; o J. J. de los Mozos Touya, «La formación de un concepto de contrato en el Derecho romano: de Labeón a Teófilo», *SCDR* 28 (2015), pp. 727-738]. Más atención presta la autora, sin embargo, a la definición de «buena fe contractual», que resulta sin duda mucho más compleja y encierra en sí una histórica y filosófica mucho más densa. Entra el trabajo aquí en un extenso desarrollo de las variadas ramificaciones a que conduce la exigencia de honradez, franqueza y consideración de los intereses de la otra parte en la relación contractual, centrándose principalmente en el análisis del deber de corrección y los deberes de información que acompañan a cada una de las partes contratantes, pero más aún al vendedor, discutiendo sobre todo las consecuencias derivadas del silencio del vendedor con respecto a circunstancias conocidas por él y que afectan a las condiciones objetivas del mercado en que opera; la autora hace referencia a los debates al respecto reflejados en Cic. *off.* 3.50 ss., a la sanción del deber de información del vendedor a través de las acciones edilicias y a las discusiones entre los jurisconsultos clásicos (Trebacio, Labeón o Pomponio frente a Juliano) respecto a la posibilidad de utilizar la acción contractual para exigir al vendedor una responsabilidad *ex fide bona* en el caso

de infracción de ese deber de información fuera de las relaciones de mercado. Todo ello resulta sin duda una sugestiva ilustración de cómo esa *Generalklausel* (*la bona fides*) vino trabajosamente concretizada por el *ius controversum* romano, lo que sin duda hubo de influir a través de su recepción por Justiniano en las concepciones modernas de la figura. Sin embargo, lo que no se acaba de ver a través del desarrollo del texto es su conexión con la formulación concreta que se encuentra en el tenor de la CESL y de qué modo esos viejos debates filosóficos y jurisprudenciales podrían aclarar mejor los términos en que debería moverse una propuesta así y podrían servir para un mejor entendimiento entre juristas de distinta cultura y tradición jurídica. Menos aún se ve esa conexión en relación con las otras dos definiciones aquí más brevemente discutidas: la noción de «pérdida», vinculada al concepto romano de *damnum*, y, sobre todo, la de «condiciones generales de contratación», para el que se quiere ver un precedente en la *lex contractus* tal como aparece descrita por primera vez en el *De agri cultura* de Catón el Viejo (primera mitad del s. II a. C.), de modo bastante forzado, a mi juicio.

Sin pretender objetar el indudable valor histórico-crítico que pueda ostentar el trabajo, no obstante, todo él viene lastrado, a mi modo de ver, por la debilidad del planteamiento teórico en que se sustenta. Por una parte, las insuficiencias del método histórico para la interpretación del Derecho comunitario han sido repetidamente puestas de manifiesto [*cfr.* T. Repgen, «Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des *ius commune*?», en *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1997 (Stuttgart, 1998), pp. 9 ss.; C. Baldus, «Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la “falta de conformidad de escasa entidad”», *ADC* 59/4 (2007), pp. 1611 ss.]: el Derecho de la Unión se basa en el predominio de la lógica funcionalista, y en ese terreno la historia solo puede ocupar un lugar secundario frente a criterios más apegados a la efectividad de las soluciones; el fin integrador ha de prevalecer sobre la exactitud histórica y el respeto a la tradición; de ahí que los enfoques de índole comparatista, e incluso el análisis económico del Derecho, ocupen un lugar protagonista a la hora de buscar formulaciones más armonizadoras. Eso no significa, obviamente, que el análisis histórico –y particularmente el romanístico– carezca de todo valor (*vid.* Baldus, *op. cit.*, pp. 1634-1637), pero hay que situarlo dentro de sus debidos límites, sin que pueda convertirse nunca en elemento preeminent, cuando no monopolizador, de una interpretación que se pretende «auténtica» a la hora de dotar de un sentido realmente armonizador a los términos de que se valen los documentos normativos (o paranormativos) que se vienen elaborando últimamente en el ámbito europeo. Pero es que, además, por otro parte, ese planteamiento resultaría en todo caso ilusorio, si no directamente falaz, si se tiene en cuenta que el Derecho romano no es sino una de las tradiciones jurídicas (ciertamente la más extendida y egre-gia, pero solo una de ellas) de las que se nutre el Derecho europeo; no puede prescindirse, por tanto, de las otras tradiciones (singularmente, del *common law*) a la hora de tratar de dotar de sentido armonizador a las propuestas normativas, como si Europa solo estuviera integrada por naciones del círculo jurídico románico (y prescindiendo de las hondas diferencias existentes incluso en el seno de la propia tradición romano-germánica). La comprensión del lenguaje con el que se escribe el nuevo Derecho europeo no puede limitarse a una reconstrucción de la genealogía romanista que lo acompaña; sin duda esta forma parte del abanico de significados que encierran los nuevos textos jurídicos con vocación armonizadora y unificadora (incluso en

ocasiones tal vez a nivel inconsciente), pero no se trata de la única veta para su explicación, e incluso en ocasiones ni siquiera la más idónea. No debe olvidarse que el Derecho contractual europeo es ante todo un Derecho del mercado y para el mercado, y que ahí ganan un peso creciente las propuestas normativas derivadas de la *lex mercatoria* transnacional, a veces plasmadas en documentos cerrados con valor legal (como la CISG y otros textos de Derecho uniforme) o informativo (como los PICC u otros instrumentos de *soft law*, entre los que caben los PECL, el DCFR, e incluso hoy ya la propia CESL), las cuales muchas veces están bien alejadas de la tradición románica, por costumbre algo alérgica al libre juego de las fuerzas del mercado. Por todos estos motivos, y otros que podrían aducirse, resulta a mi juicio algo aventurado un tipo de trabajo como el que nos presenta la autora, sin perjuicio de reconocer lo meritorio del esfuerzo.

Un enfoque algo distinto es el que nos presenta el artículo firmado por Ana Zaera García («*La mora creditoris*: presupuestos del incumplimiento», pp. 165-191). Aquí se trata de un trabajo de tipo histórico-dogmático, en el que nos presenta la evolución de la figura de la mora del acreedor desde sus antecedentes romanos hasta los nuevos desarrollos del Derecho trasnacional o de *soft law* europeo, pasando por las soluciones codicísticas nacionales. El texto ofrece una rápida panorámica de la situación en el Derecho romano, donde la figura fue alcanzando ciertos perfiles dogmáticos de forma casuística sin que llegara a concebirse nunca en Roma como una figura exactamente simétrica a la de la *mora debitoris* (cfr. R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town, 1990; reimpr. 1996, p. 820) en la medida en que en ella no se exigió la existencia de culpa en el acreedor para que fuera considerado incursio en mora y, por tanto, se le transfiriera el riesgo de incumplimiento imprevisto de la prestación. A continuación la autora entra a valorar el juego de la *mora accipiendo* en el marco de un principio más amplio que rige el Derecho de obligaciones, cual es el principio de colaboración entre las partes, y en particular el deber del acreedor de facilitar al deudor la realización de su prestación como una carga que pesa sobre aquel, en la medida en que es la parte más beneficiada del cumplimiento de la obligación, y destaca cómo los autores romanos ya vieron la existencia de este deber incluso con anterioridad al mejor encuadramiento dogmático de la *mora credendi*. Por fin, en el último apartado de su trabajo, estudia la regulación de la *mora creditoris* en diversos ordenamientos nacionales, así como en los documentos de Derecho uniforme y en las propuestas de unificación del Derecho contractual europeo. Parte en su estudio de las mismas premisas que en el *ius commune* servían como fundamento a las consecuencias de la mora del acreedor, esto es, el debido ofrecimiento de la prestación por parte del deudor y la falta de colaboración del acreedor que se traduce en la falta de recepción o el rechazo de la prestación ofrecida (*mora accipiendo*) por parte del acreedor que motiva la imposibilidad de ejecutar la prestación. La autora señala correctamente la existencia de un doble régimen en los ordenamientos codificados: por un lado, el sistema francés (al que sigue el Derecho español), que rechaza el paralelismo trazado por el Derecho común entre *mora creditoris* y *mora debitoris*, y renuncia a una regulación expresa de la primera, dando en su lugar como solución al deudor la posibilidad de recurrir a la consignación de la cosa debida como vía para liberarse de la obligación; por el otro, el sistema alemán (al que siguen el italiano, el holandés y otros), que, siguiendo la doctrina de Friedrich Mommsen, introduce en el código una regulación específica de la mora del acreedor (*Gläubigerverzug*, §§ 293 ss. BGB), pero diversa

de la propia del *ius commune*, puesto que en ella la presencia de una *iusta causa* en la falta de colaboración del acreedor en el cumplimiento no juega ningún papel. Frente a esta dualidad presente en el *civil law* se encuentra la regulación del *common law*, donde no se reconoce ninguna especificidad dogmática a la falta de colaboración del acreedor, sino que simplemente se considera como una forma más de *breach of contract* y, por tanto, implica las consecuencias propias de cualquier incumplimiento por alguna de las partes en la relación contractual. Esta última solución del *common law* –que, con todo, en sus aspectos prácticos no difiere tanto de la que existía en el *ius commune*– es la predominante en los textos del Derecho uniforme, que permiten al deudor liberarse con la consignación o venta de las mercancías correctamente ofrecidas por el mero retraso del acreedor en recibirlas o en efectuar el pago, sin necesidad de alegar motivo alguno. Los documentos del *soft law* europeo (PECL, DCFR, CESL), en cambio, aunque tampoco dan una regulación específica a la *mora creditoris*, sí contemplan casos en que la existencia de un motivo justificado para el rechazo del acreedor (v. gr. no conformidad del ofrecimiento) podrían determinar la exclusión de las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte de este. El trabajo traza en unas breves pinceladas un boceto de este complejo panorama, ofreciendo algunas apreciaciones dignas de interés. Hubiera sido deseable, a juicio de este recensiónista, brindar alguna aclaración respecto a los desarrollos del *ius commune* en relación con los del Derecho romano antiguo, en la medida en que las soluciones del Derecho codificado vienen determinadas por el contraste con esas aportaciones de la doctrina europea. Asimismo, con relación al problema de la falta de colaboración del acreedor, hubiera sido apreciable un deslinde más preciso entre las causas que dan lugar a la *mora credendi* respecto de otras situaciones en que se produce una imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa imputable al deudor (es lo que en la doctrina francesa se ha llamado «*le fait du créancier*», muy bien estudiado entre nosotros por Lamarca Marqués), ya que no siempre las consecuencias de esa falta de colaboración se re conducen al régimen de la *mora creditoris*. Por último, se echa en falta en el trabajo una mirada algo más detenida y crítica sobre la regulación del problema en la PMCC española, demasiado continuista al respecto, a nuestro juicio.

Por fin, el último trabajo –y tal vez el más complejo– del volumen corresponde al profesor Reinhard Zimmermann (director del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*) y versa sobre «la limitación de responsabilidad por daños en el Derecho contractual europeo» (pp. 200-236). Con su magisterio habitual, el autor despliega a lo largo de sus páginas un ensayo de su conocido método de la «Textstufenforschung» aplicado a los textos del nuevo Derecho privado europeo (tanto del Derecho uniforme como del *soft law* y el Derecho privado comunitario), esta vez con relación a los artículos 161 a 163 CESL, referidos precisamente a la extensión del daño indemnizable como consecuencia del incumplimiento contractual, y la necesaria limitación de la responsabilidad del deudor incumplidor. El egregio romanista alemán da cuenta de las diversas teorías que en la doctrina jurídica europea se han ido generando a lo largo de la historia para afrontar esta problemática, las cuales entran en juego tanto en los diversos ordenamientos nacionales vigentes como en las propuestas de unificación del Derecho privado europeo e internacional. Por un lado, la teoría de la previsibilidad, acuñada por la doctrina francesa desde Pothier y acogida en el *Code civil* (arts. 1150 y 1151) –y de ahí en el art. 1107 CC español, conservado en

el nuevo art. 1208 PMCC– y que no difiere sustancialmente de la «rule of remoteness» del *common law*, de modo que el deudor solo responde de aquellos daños que estuvieran previstos en el contrato o que él hubiera podido prever en el momento de su conclusión, siempre que el incumplimiento no sea doloso, y señalando además un límite en cuanto al alcance de la pérdida indemnizable, puesto que esta solo puede referirse a la derivada de modo directo del incumplimiento del deudor, no a todas las consecuencias fácticas concatenadas a partir de esta. Esta doctrina de la imprevisibilidad vino acogida en el artículo 74 CISG y asimismo en los documentos del *soft law* europeo hasta llegar al artículo 161 CESL, que es la formulación más concisa de esta norma de las habidas hasta el momento. Por otro lado opera la doctrina del fin de protección del contrato, elaborada por Ernst Rabel con arreglo a lo dispuesto en el BGB (§ 823-2), que rechazó expresamente la inclusión del criterio de la previsibilidad y optó por obligar a indemnizar por daños al infractor de una norma que tiene por finalidad proteger a otro. Con relación a los límites de la indemnización entran en juego asimismo, por un lado, la idea del deber de limitar el daño que recae sobre el acreedor («duty to mitigate») –aunque no se trate puramente de un deber–, doctrina que ha encontrado un particular desarrollo en el *common law*, y, por otro lado, la de la concurrencia de la culpa del perjudicado, que es más propia del *civil law* (§ 254 BGB, § 1304 ABGB, art. 1227 CC italiano, art. 6:101 BW), si bien en algunos ordenamientos (como el francés o el español) su implementación se ha debido más que nada a un desarrollo jurisprudencial, de tal manera que se excluye el «todo o nada» que caracterizaba al Derecho romano (de modo que, si alguien sufría una pérdida por su culpa, no se concebía que estuviera sufriendo tal pérdida, con independencia de cuál fuera la actitud del causante del hecho dañoso, al actuar una suerte de *compensatio culpae*), y se entra a valorar la «negligencia coadyuvante» del acreedor que ha sufrido la pérdida por el incumplimiento del deudor junto a la responsabilidad de este; en el *common law*, en cambio, esta «contributory negligence» no constituía de por sí una regla general de justificación o defensa frente a la reclamación por daños contractuales, pero, a partir de 1945, se logró que fuese introducida en el sistema, si bien con reticencias en caso de que la culpa del perjudicado sea exclusivamente contractual. Los instrumentos del *soft law* europeo no han acogido esta doctrina de la negligencia coadyuvante (arts. 9:504 PECL y III.-3:704 DCFR), como tampoco la Convención de Viena (art. 80 CISG), y así se ha llegado, de modo similar, al artículo 162 CESL, que acoge la doctrina tradicional del «todo o nada», de manera que el deudor no será responsable de la pérdida sufrida por el acreedor en la medida en que este ha contribuido al incumplimiento o sus efectos. A su vez, el artículo 163 CESL, siguiendo lo establecido en los artículos 9:505 PECL, III-3:705 DCFR, 167 FS, 8:403 ACQP y 8:403 PICC, acoge la doctrina inglesa del «duty to mitigate» y descarga al deudor de responsabilidad por la pérdida del acreedor cuando este no adoptó las medidas necesarias para la mitigación de dicha pérdida, pero con la lógica salvedad (que sigue lo establecido en el art. 77 CISG) de que el acreedor puede recuperar cualquier gasto en que haya incurrido al intentar mitigar la pérdida. Zimmermann considera que estas normas de los artículos 162 y 163 CESL resultan problemáticas en diversos aspectos, en particular por su falta de claridad (que, a su juicio, deriva en parte de su intento de llegar a un compromiso entre *civil law* y *common law*, tratando de conciliar normas contradictorias), y propone al final de su trabajo una redacción alternativa que tenga en cuenta la doctrina de la negligencia coadyuvante.

te (que en el texto aquí publicado se denomina «contributiva») y elimine su distinción con la doctrina de la mitigación. Lástima que un esfuerzo tan meritorio y sugestivo haya quedado, al día de hoy, en una mera propuesta doctrinal destinada al debate intelectual y, tal vez, a cierta proyección jurisprudencial en el futuro.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS  
Catedrático de Derecho romano  
Universidad de Valladolid

**LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: *Derecho civil constitucional*, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, 648 pp.**

Por muy mudable que sea el Derecho, por muy cierta que sea la famosa frase de Kirchmann sobre el legislador y la basura, por más reglamentistas que sean hoy las leyes –con las consecuencias de fondo y forma que esto último implica–, el Derecho sigue teniendo un trasfondo conceptual estable. Pero esa dualidad se ha acentuado en nuestro tiempo: hay un Derecho vertiginosamente mudable y un Derecho sólidamente duradero. Y esa dualidad se traslada con toda evidencia a la literatura jurídica: se publican obras informativas que son más superficiales, y obras formativas que son más profundas.

Esta obra, *Derecho civil constitucional*, del profesor Ángel López, forma parte de las segundas. Y eso, para el lector, es enormemente reconfortante. Porque las obras informativas, para los que ejercemos una profesión jurídica de las que podríamos llamar «prácticas», por su propio contenido inquietan, cuando no aterran. Porque las normas nuevas –las recientes, quiero decir– suelen ser difícilmente comprensibles, y además suelen encajar mal en el resto del Ordenamiento jurídico.

Con la lectura de este *Derecho civil constitucional* sucede todo lo contrario: se tiene la agradable sensación de tocar fondo. El fondo son esas ideas y esas instituciones que, aunque sean de siempre, o quizá precisamente por serlo, son inagotables, y toda reflexión profunda sobre ellas –como las que contiene este libro– enriquecen el caudal acumulado a lo largo de siglos: el concepto de Derecho civil, la codificación, el derecho subjetivo, la igualdad, la delimitación del Derecho público y el Derecho privado, la propiedad, la herencia, la nacionalidad, el contrato...

De esas y otras cuestiones igualmente relevantes trata este libro. A la profundidad de su contenido se une la profundidad cronológica, porque se trata de una recopilación de trabajos dispersos que abarcan un largo periodo de tiempo: treinta y cinco años. El más antiguo de los trabajos recopilados se publicó en 1980. La inmensa mayoría han sido escritos en esta última década, y uno de ellos –el que cierra el volumen– estaba aún inédito.

La obra se estructura en diez bloques: «El binomio Código-Constitución», «Sujeto, Estado y derechos», «El derecho subjetivo», «La igualdad», «La Constitución económica», «Propiedad privada y herencia», «Reforma agraria andaluza», «Los oficios», «Varia» y «Epílogo» –que contiene el texto inédito al que se ha hecho referencia–. En total, veintiocho trabajos.

No tendría sentido dar cuenta aquí del contenido cada uno de los trabajos que forman este *Derecho civil constitucional*. Es el libro el que debe hablar por sí mismo. Sí quisiera referirme, recordando la condición de Vocal Perma-

nente de la Comisión General de Codificación del autor, a sus trabajos sobre la codificación, y también, por su carácter inédito, a su trabajo final sobre la incidencia de la globalización en el Derecho.

El profesor Ángel López no se escandaliza frente a la conocida tesis de Natalino Irti. No la rechaza frontalmente. Reconoce la irreemplazable función de las leyes especiales. Hace sólo una «matizada crítica» a la tesis de la descodificación. Se limita a atribuir al Código civil una «cierta centralidad». Es una posición razonable. No se puede pretender que el Código abarque todo el Derecho civil; podría hacerlo si se tratar de un Código «de Derecho constante» –al modo francés–, que sólo pretendiera una ordenación sistemática del todo el Derecho civil y alcanzara varios miles de páginas. Pero eso no quiere decir que los Códigos, y el Código civil en concreto, hayan perdido su razón de ser. Ni que la haya perdido la tarea de codificar, es decir, de regular las cosas con orden, con sistema y con claridad.

Es bonita la definición que Ángel López da del Código civil: es «la gramática esencial del Derecho privado». ¿Pero, por qué una gramática, que es una noción pertenece a otra esfera científica? El mismo lo aclara: «porque las gramáticas permiten acceder a las lenguas, y tras ellas, a los infinitos universos que cuentan». Esa sería, sí, una buena función del Código civil: como es evidente que no puede regular todo el Derecho privado, debe dar al menos sus claves, sus principios. En algunos puntos será más o menos exhaustivo; en otros debe formular sólo las reglas generales, y por ello las más iluminadoras. Si los títulos dedicados al Registro civil o al Registro de la propiedad, por ejemplo, no fueran tan deficientes, deberían cumplir esa función: servir de gramática de sus dos leyes especiales, que en tantos pasajes son esotéricas.

¿Y qué función debe tener el Código civil respecto de la materia mercantil? El tema no puede ser de mayor actualidad, porque el anteproyecto de Código de comercio elaborado por la Sección Segunda de la Comisión de Codificación es un largo texto de más de mil artículos (suponemos, porque enumera sus reglas de un modo exótico) que se ha redactado de espaldas al Código civil. Eso no sería grave si fuese necesario. Pero no lo es. El proyectado Código de comercio repite, con mínimas o nulas variaciones, docenas, si no cientos de artículos del Código civil.

La posición del profesor Ángel López no puede ser más ecuánime. Hay materias en que la mercantilización se ha generalizado, o es generalizable: el concurso, por ejemplo, o el contrato de sociedad. Algunos textos supranacionales que actualizan el Derecho de los contratos, como la Convención de Viena, se refieren a la compraventa de mercaderías, y sin embargo casi todas sus reglas sirven para modernizar la regulación de la compraventa civil. Pero el Código civil –según el autor– sigue siendo el sustrato común del Derecho privado, aunque sólo sea por razones tradicionales.

¿A qué viene entonces esta «rampante *lex mercatoria*», como dice expresivamente el profesor López? Y él mismo responde, en una discreta nota a pie de página: «es la estúpida querella corporativista de siempre, de nulo valor científico». Lo que está naciendo, advierte el autor, es «un nuevo Derecho privado». No tiene sentido discutir si ese nuevo Derecho es tuyo o es mío. Resulta evidente que es común. ¿Que la tradición no es razón suficiente para mantener el sustrato común en el Código civil? Sigamos entonces por el camino que han marcado algunos Derechos europeos, como el holandés o el italiano. Hagamos un solo texto legal. Pero en todo caso apartémonos de ese camino que toma el anteproyecto español de Código de comercio, que es la

dualidad, la repetición, la copia idéntica o aproximada, que sólo puede conducir al caos interpretativo.

Muy interesantes son también las reflexiones del autor sobre los ensayos de un Código civil europeo. Qué peligro si se hace –como se está haciendo– con prisa. La pluralidad jurídica es mala, de eso se dieron cuenta nuestros juristas-teólogos del siglo XVII, se dio cuenta Kant, y hasta un poeta como Dante, que soñó con un *imperium mundi*, una monarquía universal regida por un mismo emperador y unas mismas normas. Pero peor que la pluralidad es el atropello, la imposición de un Derecho nacional sobre otro –y de eso tenemos ya experiencia en España, en que hemos visto lo mal que encajan en nuestro sistema algunas directivas europeas que son puro y duro Derecho alemán–. Por eso, la conclusión del profesor Ángel López no puede ser más acertada y más ecuánime: no nos dedicuemos a «la construcción de un Código para Europa, sino de una Europa de los Códigos, que vaya caminando firmemente en la búsqueda de una armonización de fondo».

*Hic sunt leones*, titula muy expresivamente el autor al trabajo con que se cierra el libro, y que es el único que hasta el momento de la impresión de esta obra estaba inédito. Ese territorio desconocido y temible –*hic sunt leones*, escribían los cartógrafos antiguos cuando llegaban a una zona del mundo de la que lo ignoraban todo– es el de la globalización: es decir, el de ese mundo sin fronteras por el que campan descontroladamente los capitales financieros. Esa falta de control de las nuevas y crecientes transacciones transfronterizas deriva, como advierte el autor, de un *laissez faire* que ya conocíamos por la Historia, pero que ahora toma un nuevo cariz: los Estados no quieren y no pueden –las dos cosas a la vez– hacer nada para controlar el mercado globalizado, que se rige por normas propias, carentes de legitimación política. Si cabe hablar de un «Derecho de la globalización», dice el autor, sólo se podría definir como «el Derecho que el mercado global impone al Estado». Y como todo sector de la vida social que no está regulado por el Derecho –el Derecho propiamente dicho, es decir, el dictado por la autoridad legítima–, el mercado global se rige por la ley de la selva: el fuerte se come impunemente al débil. «En ausencia total del Derecho –escribe el autor– florecen las maniobras especulativas ocultas y las posiciones monopolísticas».

Este artículo final, que es muy certero en el diagnóstico, decepciona en el tratamiento. Pero la causa no está en la falta de perspicacia del autor, sino en la gravedad de la enfermedad, que no tiene cura, o no la tiene por ahora, con la actual estructura política mundial, en que los Estados llegan difícilmente a acuerdos –las pocas veces que llegan–, y la Organización de las Naciones Unidas –¿unidas o desunidas?– carece casi por completo de eficacia. El autor sugiere que trabajemos por decantar «una cultura jurídica común del globo». Pero a esas poderosas entidades financieras internacionales, a esas venales agencias de *rating* que califican la solvencia de los particulares y los Estados, ¿qué les importa la «cultura jurídica», si es que los juristas más sabios del globo llegan a decantar unos principios comunes? Aunque pueda parecer una consecuencia de la siempre pintoresca «teoría de la conspiración», lo cierto es que hay «entes» o «seres» que son más poderosos que los Estados, y hasta que esa jerarquía no se invierta, y sean éstos los que manden sobre aquellos, y no aquellos sobre estos, el problema seguirá sin solución, y los actores débiles del mercado global seguirán siendo devorados por los actores fuertes. Y no llevamos ese camino. Con la crisis económica han resurgido las fronteras entre Estados, que en estas últimas décadas se estaban desdibujando. Y el resurgimiento de las fronteras acentúa la desunión y el desacuerdo.

Siendo importante el contenido del libro que reseñamos, no lo es menos la intención con que se publica: es un homenaje de sus discípulos al profesor Ángel López, con motivo de su jubilación. El sentimiento que ha movido a los discípulos a promover esta obra se puede resumir en una frase de la *Semblanza* que la encabeza, y que firman todos ellos: «No es más que el reflejo del orgullo y la satisfacción personal por el privilegio de haberle tenido por nuestro Maestro y de habernos permitido realizar, junto al suyo, nuestro recorrido profesional y personal».

Antonio PAU  
Presidente de la Sección Primera, de Derecho civil,  
de la Comisión General de Codificación



## Revistas Españolas

### ISABEL ARANA DE LA FUENTE

Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### INTRODUCCIÓN

AGUSTINOY GUILAYN, Albert y LORENZO SÁNCHEZ, Elisa: «Derecho y redes sociales: cuestiones abiertas», en *RJC*, núm. 1, 2015, pp. 59 ss.

BAUTISTA ORTUÑO, Rebeca, y MIRÓ LLINARES, Fernando: «Por qué algunos siempre incumplen?: Infractores y multi-infractores en seguridad vial», en *InDret*, núm. 4, 2015.

BRANCÓS I NÚÑEZ, Enric: «Circulación escrituras públicas UE», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 519 ss.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «La interpretación evolutiva de la Constitución en Derecho privado (Más allá de la Constitución, pero por la propia Constitución)», en *RGLJ*, núm. 3, 2015, pp. 429 ss.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 173 ss.

DYSON, Matthew: «Respuestas del Derecho civil a las sentencias penales en Inglaterra y España», en *InDret*, núm. 3, 2015.

ESPLUGUES MOTA, Carlos: «¿Nuevos derroteros del Derecho internacional privado?: El caso de la normativa estatal americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus tribunales y autoridades», en *InDret*, núm. 2, 2015.

- FERNÁNDEZ VILLAVERDE, Jesús: «Imperio de la Ley y Crecimiento Económico: Teoría, Historia y Evidencia», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 219 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «En el 125 aniversario del C. C.: hablemos de su futuro», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 69 ss.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.ª Rosa: «Los Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: análisis del artículo 14», en *RGLJ*, núm. 3, 2015, pp. 493 ss.
- GARZÓN CLARIANA, Gregorio: «El Parlamento Europeo y la evolución del poder legislativo y del sistema normativo de la Unión Europea», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 43 ss.
- GOSALBO BONO, Ricardo: «Insuficiencias jurídicas e institucionales de la acción exterior de la Unión Europea», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 231 ss.
- LARSEN, Pablo: «Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica», en *InDret*, núm. 3, 2015.
- LESMES SERRANO, Carlos: «La seguridad jurídica preventiva en el siglo XXI», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 745 ss.
- MANGAS MARTÍN, Araceli: «El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 13 ss.
- PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado», en *RJNot*, núm. 94, 2015, pp. 107 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto *Derecho común* por el de *legislación civil*», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2611 ss.
- ROLDÁN BARBERO, Francisco Javier: «La aplicación territorial del derecho de la Unión Europea y el derecho internacional», en *RDUE*, núm. 51, 2015, pp. 453 ss.
- TEMBOURY REDONDO, Miguel: «Insolvencia y retroactividad normativa», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 165 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La sentencia del TC sobre el «Estatut», la situación del Derecho civil español y la huida hacia el Derecho mercantil», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 35 ss.

## DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ABAD ARENAS, Encarnación: «La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *RGLJ*, núm. 2, 2015, pp. 215 ss.
- ALASCIO CARRASCO, Laura: «Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de septiembre de 2014. Las resoluciones judiciales referentes a los menores deben motivarse adecuadamente, sin que sea suficiente una referencia genérica al interés del menor, por lo que no puede trasladarse automáti-

- camente un régimen de visitas propio de progenitores no custodios a los abuelos», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 565 ss.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Geogina Ivón: «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2933 ss.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «La situación actual de las parejas no casadas», en *InDret*, núm. 3, 2015.
- BALDELLOU PLAZA, Ángela: «Acerca del mercado del arte y las fundaciones culturales en España», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 91 ss.
- BELLO JANERO, Domingo: «Sentencia de 17 de septiembre de 2014. Inexistencia de intromisión ilegítima de intimidad por el carácter público de la persona afectada y los hechos que justifican la información», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 99 ss.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1345 ss.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Procesos de modificación judicial de la capacidad por causa de discapacidad (1)», en *AC*, núm. 11, 2015.
- CAZORLA, Carmen: «La retribución del tutor en relación con otros supuestos de administración», en *AC*, núm. 5, 2015.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «La Propuesta de Directiva sobre la «Sociedades Unius Personae» (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 105 ss.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio: «El principio general del libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 1807 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Indemnización por daños morales derivados de la publicación de resultados en buscadores que afectan al derecho al honor e intimidad y a la protección de datos personales», en *RDP*, núm. 2-3, 2015, pp. 3 ss.
- GIMÉNEZ COSTA, Ana: «Protección civil de la víctima de violencia de género», en *RJC*, núm. 1, 2015, pp. 85 ss.
- GOIRIA MONTOYA, Madalen: «El hogar educador: entre la libertad de enseñanza y la obligación de escolarizar», en *RDP*, núm. 5-6, 2015, pp. 37 ss.
- IGLESIAS MONJE, M.ª Isabel de la: «Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2459 ss.
- «Autonomía de la voluntad y el propio cuerpo», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 885 ss.
- IZQUIERDO SANS, Cristina: «Amparo constitucional y cuestión prejudicial, ¿un nuevo giro del Tribunal Constitucional? Comentario a la STC 212/2014, de 18 de diciembre», en *REDE*, núm. 55, 2015, pp. 107 ss.

- MONDÉJAR PEÑA, M.ª Isabel: «La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *RJUAM*, núm. 31, 2015, pp. 369 ss.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 195 ss.
- NANCLARES VALLE, Javier: «Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno de la unión de hecho», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 21859 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Computación en la nube: Big Data y protección de datos personales», en *InDret*, núm. 4, 2015.
- OJEDA RIVERO, Rafael: «El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo», en *InDret*, núm. 3, 2015.
- PÉREZ BERNÁRDEZ, Carmela: «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa», en *RDUE*, núm. 51, 2015, pp. 573 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Sentencia de 14 de enero de 2015. Contrato de sociedad civil. Momento de valoración del patrimonio social de sociedad en curso de extinción. A falta de pacto entre los socios, la valoración del patrimonio social debe realizarse en el momento de liquidación de la sociedad», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 355 ss.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: «La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva», en *InDret*, núm. 4, 2015.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María: «El consentimiento informado del adolescente en situaciones de grave riesgo: ¿autonomía privada vs. interés superior del menor?», en *RDP*, núm. 2-3, 2015, pp. 71 ss.
- RUBÍ PUIG, Antoni: «Agotamiento de derechos de autor, modificación física de ejemplares y principio *salva rerum substantia*: La tensión entre control e innovación descentralizada en el asunto Art & Allposters International BV y Stichting Pictoright», en *InDret*, núm. 4, 2015.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.ª Amparo: «Las fundaciones bancarias: el caso navarro», en *RJN*, núm. 58, 2014, pp. 47 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «La guarda de hecho en nuestro Código Civil», en *RJNot*, núm. 94, 2015, pp. 11 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en la grabación hecha por una trabajadora de la conversación que mantiene con el empleador en la puerta del centro de trabajo en un contexto de conflicto laboral y a efectos de utilización en juicio: conversación no concerniente a su «vida íntima» o a su «intimidad personal», cuya grabación se realiza por los interlocutores, no por un tercero», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 245 ss.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stéfano», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2587 ss.

SILLERO CROVETTO, Blanca: «¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 383 ss.

SIMÓN YARZA, Fernando: «¿Exención de un «deber» de abortar?: Sobre el registro navarro de objetores y el significado de la *objeción de conciencia*», en *RJN*, núm. 58, 2014, pp. 159 ss.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: «Los padrinos en el Derecho civil», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 229 ss.

VITERI ZUBIA, Ibon: «Sentencia de 4 de junio de 2014. Derechos fundamentales y libertades públicas: derecho al honor: intromisión ilegítima: caducidad de la acción: inicio del devengo: inclusión indebida de datos personales en un registro de morosos: a partir del momento en que el afectado conoce que sus datos han sido dados de baja», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 49 ss.

ZURITA MARTÍN, Isabel: «Guarda legal de personas incapaces y de hijos mayores incapacitados», en *RDC*, núm. 3, 2015, pp. 107 ss.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AGUILAR LOBATO, Sergio, y MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «La aplicación de la normativa MIFID y el artículo 79 quáter de la LMV en los contratos bancarios conforme a la interpretación efectuada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, por la SAN de 15-7-2013 y por la jurisprudencia del T. S.», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1694 ss.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Una invitación a los Estados miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 1 ss.

ALONSO NÚÑEZ, Manuel: «La calificación concursal de créditos con garantía personal de fianza», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 51 ss.

ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> Teresa: «La aceptación como fase del proceso de formación del contrato (Análisis de los problemas que suscita con apoyo en textos internacionales y europeos de Derecho contractual)», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1383 ss.

— «El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares)», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 31 ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Sentencia de 11 de noviembre de 2014. Procede la moderación de la pena en los casos de incumplimiento parcial del contrato con cláusula penal prevista para el caso de incumplimiento total del resto del precio pendiente de pago. Consideración de incumplimiento resolutorio el impago de dos pagarés consecutivos del precio aplazado», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 329 ss.

ANTÓN JUÁREZ, Isabel: «Problemas de la venta *on line* de productos de marca», en *RDCD*, núm. 16, 2015.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I.: «Sentencia de 16 de mayo de 2014. Compraventa de local fuera de ordenación urbana; resolución por incumplimiento; incidencia de las “representaciones” de las partes en la determinación de lo debido; anulación; excusabilidad del error; causa petendi», en *CCJC*, núm. 98 2015, pp. 35 ss.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Sentencia de 17 de abril de 2015. El asegurador no puede oponer, frente a la acción directa entablada por el perjudicado, la cláusula de exclusión contenida en la póliza, basada en la conducta dolosa del asegurado, al tratarse de una excepción personal a la que es inmune dicha acción», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 605 ss.

AVILÉS GARCÍA, Javier: «La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2669 ss.

BAHAMONDE MARTÍNEZ, Juan Manuel: «El procedimiento de liquidación del daño del artículo 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: aspectos procedimentales y sustantivos», en *InDret*, núm. 2, 2015.

BARRADA ORELLANA, Reyes: «El pago del precio en el instrumento opcional de la normativa común de compraventa europea», en *RJC*, núm. 2, 2015, pp. 329 ss.

BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «¿Abusivas por falta de transparencia (banca-ria)?: el control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios», en *RDP*, núm. 2-3, 2015, pp. 25 ss.

BARRÓN ARNICHES, Paloma de: «Sentencia de 2 de diciembre de 2014. Contrato de préstamo hipotecario con intereses de demora abusivos», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 221 ss.

BASTANTE GRANELL, Víctor: «La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2420 ss.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «La doble venta, la venta de cosa ajena y el Registro de la Propiedad», en *RJNot*, núm. 92-93, 2014-2015, pp. 11 ss.

BELUCHE RINCÓN, Iris: «El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral)», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 69 ss.

BENAVIDES VELASCO, Patricia: «Sentencia de 12 de noviembre de 2014. Validez sobre determinadas cláusulas estatutarias limitativas de derechos en las sociedades anónimas», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 149 ss.

BENITO OSMA, Félix: «Sentencia de 12 de marzo de 2015. Nulidad de un seguro de vida por falta de riesgo asegurado y la carencia de base técnica actuarial y de un interés técnico», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 449 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014. Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de explotación de publicidad en autobuses por alteración

extraordinaria de las circunstancias como consecuencia de la crisis económica, basada en una nueva consideración de la figura ajena a su carácter tradicional de cláusula peligrosa, de aplicación sumamente restrictiva o excepcional», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 345 ss.

- «Sentencia de 22 de octubre de 2014. Alcance de contrato de cesión de derechos de explotación de capítulos de serie televisiva, así como del formato correspondiente a dicha serie. Características de este último como obra protegida», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 287 ss.
- «Sentencia de 6 de marzo de 2015. Cuantificación de la compensación equitativa por copia privada sobre teléfonos móviles y tarjetas de memoria», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 429 ss.

BERNARD MAINAR, Rafael: «Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 11 ss.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 173 ss.

- «La cláusula penal y la protección de los consumidores», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 953 ss.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: «El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predispuestos de carácter abusivo», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1099 ss.

- «Representación sin poder y ratificación: en particular, la ratificación tácita», en *RDP*, núm. 1-2, 2015, pp. 19 ss.

BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> Amalia: «La estipulación a favor de terceros. Tratamiento en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo y compatibilidad con el derecho español», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 201 ss.

BOTANA, Gema: «La protección de los consumidores en Francia a través de las acciones colectivas», en *AC*, núm. 9, 2015.

- «Los contratos sobre aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico los más judicializados en protección de consumidores», en *AC*, núm. 11, 2015.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014. No procede estimar la pretensión de restitución del documento que contiene un aval a primer requerimiento formulada por el ordenante de esta garantía frente al beneficiario de la misma en el marco del procedimiento ordinario en que se declara la nulidad por dolo, del contrato que integra la relación subyacente o de valuta», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 313 ss.

BUSTO PUECHE, José Enrique: «La llamada representación indirecta», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2731 ss.

CABA TENA, Antonio: «La improcedente acumulación o falta de legitimación pasiva del acreedor, cuyo crédito también se impugna por otra causa, frente a la acción de impugnación de la cuantía del propio crédito del actor incidental: Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil

núm. 1 de Cádiz de 30 de septiembre de 2014», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 299 ss.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Sentencia del 4 de marzo de 2015. Transacción concluida entre el asegurado y el perjudicado otorgando éste saldo y finiquito de toda indemnización que provenga del siniestro acaecido», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 415 ss.

CACHÓN CÁRDENAS, Manuel Jesús, y REYNAL QUEROL, Núria: «Concurrencia de acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios», en *RJC*, núm. 2, 2015, pp. 425 ss.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 549 ss.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014. Responsabilidad del titular de velar por la calidad de los datos y de cancelar o rectificar de oficio los que le conste que sean no pertinentes, inexactos o incompletos. Insuficiencia del mero traslado de la solicitud al acreedor; responsabilidad de la empresa titular del fichero de morosos, procedencia, falta de respuesta al legítimo derecho de cancelación del interesado. Justificación razonable por el perjudicado de la impertinencia del dato registrado», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 163 ss.

— «El alquiler de viviendas para uso vacacional a partir de la Ley 4/2013, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Alquiler de Viviendas: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1199 ss.

CAÑIZARES LASO, Ana: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», en *RDC*, núm. 3, 2015, pp. 67 ss.

CARRASCO PERERA, Ángel: «Sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*. No moderación de cláusula penal por abandono del arrendatario, pero disminución de la renta como consecuencia de la crisis de mercado del sector de la hostelería», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 175 ss.

CASTAÑOS CASTRO, Paula: «Propuestas legislativas sobre la responsabilidad del hostelería», en *InDret*, núm. 2, 2015.

CASTILLA BAREA, Margarita: «Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2014. El incendio sufrido por la compradora en su fábrica de pizzas y precocinados se considera como un supuesto de fuerza mayor que le ocasiona la imposibilidad sobrevenida de cumplir el contrato y le exime de pagar el precio y de indemnizar a la vendedora los daños y perjuicios», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 289 ss.

CASTRO VÍTORES, Germán de: «Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2827 ss.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «De nuevo, sobre el fundamento del artículo 1851 CC. Un elogio, no exento de crítica, a nuestra reciente jurisprudencia: Comentario a la Sentencia del TS de 17 de marzo 2015 (RJ 2015,97830)», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 309 ss.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «Límites y limitaciones de la propiedad inmobiliaria. Su estado actual en materia de servidumbres.: Comentario a la Sentencia del TS de 27 de febrero 2015 (RJ 2015,600)», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 373 ss.

CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> Dolores: «A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa», en *InDret*, núm. 3, 2015.

COLINA GAREA, Rafael: «Sentencia de 18 de noviembre de 2014. Legitimación activa de asociación de afectados perjudicados por el retraso en la entrega de las viviendas adquiridas individualmente mediante compraventa: El retraso en la entrega de los inmuebles provoca un perjuicio evidente que debe ser indemnizado conforme a la regla *res ipsa loquitur*», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 183 ss.

CONDE, Jesús: «Incidente concursal sobre la declaración del carácter contingente del crédito por el inicio de actuaciones arbitrales y oposición por el concursado de la inexistencia del crédito por incumplimiento contractual del acreedor: Comentario a la sentencia núm. 37/2015 de 17 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 419 ss.

CORDERO LOBATO, Encarna: «Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014. El privilegio faccionario sobre el buque en el concurso. Ámbito objetivo de créditos incluidos, constancia registral, momento relevante para practicar la anotación preventiva, caducidad de la anotación y necesidad de que la misma subsista para mantener el privilegio», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 115 ss.

CORTÉS, Pablo: «Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo», en *InDret*, núm. 4, 2015.

CRESPO MORA, M.<sup>a</sup> Carmen: «Las obligaciones de medios y de resultado: recepción de la distinción por la propuesta CESL», en *RJUAM*, núm. 31, 2015, pp. 91 ss.

CRUZ RIVERO, Diego: «El control judicial de las cantidades reclamadas al prestatario en el préstamo bancario de dinero», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2045 ss.

CUADRADO PÉREZ, Carlos: «La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte II)», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2999 ss.

CUENA CASAS, Matilde: «La insolvencia de la persona física: prevención y solución», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 461 ss.

DÍAZ ALABART, Silvia: «La interpretación de la voluntad del fideicomitente en el fideicomiso de residuo», en *RDP*, núm. 1-2, 2015, pp. 3 ss.

— «Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares», en *RDP*, núm. 7-8, 2015, pp. 35 ss.

— «Representación sin poder y ratificación: en particular, la ratificación tácita», en *RDP*, núm. 5-6, 2015, pp. 3 ss.

DÍAZ MORENO, Alejandro: «A propósito del artículo 1738 CC y la ultra actividad del mandato: Comentario a la Sentencia del TS de 22 de enero de 2015», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 293 ss.

DOMÍNECH PASCUAL, Gabriel: «¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?: Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento», en *InDret*, núm. 4, 2015.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Sentencia de 6 de abril de 2015. Acción directa del subcontratista frente a la Administración Pública. Debe admitirse porque la cláusula contractual en que se renuncia a su ejercicio no está redactada con claridad», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 561 ss.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Sentencia de 4 de diciembre de 2014. Contrato de seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario: el deber de declaración del riesgo del tomador constituye un deber de contestación o respuesta a las preguntas formuladas por el asegurador. La forma en que se rellena el cuestionario puede servir para determinar si se hicieron las preguntas», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 239 ss.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 605 ss.

ESPIGARES HUETE, José Carlos: «Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014. Garantías «a primer requerimiento» y no suspensión de su ejecución por circunstancias relativas a la relación garantizada. No repercuten en la garantía la suspensión del pago del precio aplazado garantizado conforme al artículo 1502 del Código Civil», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 459 ss.

ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «CARPOOLING: C2C en el transporte de personas», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 161 ss.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Sentencia de 12 de marzo de 2015. La DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994 es aplicable a los arrendamientos con prórroga forzosa convencional nacidos bajo el RDL-1985», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 463 ss.

FEÁS COSTILLA, Javier: «El alquiler notarial: eficacia privilegiada de la escritura de arrendamiento», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 393 ss.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: Sentencia de 5 de febrero de 2015. Culpa extracontractual: accidente de circulación: indemnización de daños y perjuicios: muerte de hija de la conductora en accidente de circulación: fallecida conviviente con los dos progenitores, siendo uno responsable del accidente: atribución al progenitor no responsable del 50% de la indemnización asignada a los «padres» en el Grupo IV de la Tabla I del Sistema de Valoración y no la cantidad íntegra prevista para ellos», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 371 ss.

FERNÁNDEZ CANALES, Carmen: «El préstamo hipotecario ganancial y la crisis matrimonial», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2085 ss.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014. Sabotaje de bases de datos en el ámbito objetivo de la Ley de Competencia Desleal. Doctrina del daño «ex re ipso» y

obliga a la entidad demandada a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por los actos de sus trabajadores», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 69 ss.

FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M.ª: «La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales», en *RJUAM*, núm. 31, 2015, pp. 163 ss.

FERRANTE, Alfredo: «Cuestiones sobre constitución fraudulenta del título *ex art. 205 Ley Hipotecaria y caudales indivisos*», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 751 ss.

— «Muerte del lesionado antes de recibir la indemnización derivada de accidentes de circulación: La nueva solución española del «daño inmediato», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 65 ss.

FLAQUER RIUTORT, Juan: «Algunos problemas jurídicos derivados de las nuevas formas de comercialización hotelera a través de canales electrónicos», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 119 ss.

FLORES GONZÁLEZ, Begoña: «Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil Común», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2117 ss.

FRAGA MANDIÁN, Antonio: «Primera aproximación al proceloso mundo del nuevo Baremo», en *RCST*, núm. 51, 2015, pp. 15 ss.

FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: «Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos», en *Indret*, núm. 4, 2015.

FUENTES SORIANO, Olga: «La ejecución hipotecaria: nuevo motivo de oposición, nuevos problemas de tramitación», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 645 ss.

GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014. Contrato de cuentas en participación. Ante el incumplimiento del contrato de cuentas en participación por el gestor de la actividad empresarial procede la resolución del contrato con la obligación de éste de devolver la aportación del cuenta-partícipe con los intereses legales oportunos», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 257 ss.

GALLEGÓ CÓRCOLES, Ascensión: «Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014. Incumplimiento de la obligación de constituir garantías a los compradores de las cantidades anticipadas para la compra de vivienda directamente imputable a los administradores de la sociedad vendedora. Acumulación de acciones de resolución de contrato y reclamación de cantidad a la sociedad y de responsabilidad individual de administradores», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 219 ss.

GÁLVEZ CRIADO, Antonio: «El daño sobrevenido», en *Indret*, núm. 4, 2015.

— «El principio general del libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 1807 ss.

GANDOLFI, Giuseppe: «Los contratos de servicios en el Proyecto de la Academia de Pavía», en *RGLJ*, núm. 1, 2015, pp. 139 ss.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Indemnización por daños morales derivados de la publicación de resultados en buscadores que afectan al derecho al honor e intimidad y a la protección de datos personales», en *RDP*, núm. 2-3, 2015, pp. 3 ss.

GÁZQUEZ SERRANO, Laura: «Cuestiones generales acerca del nuevo sistema para la valoración de los daños y perjuicios personales causados en accidentes de circulación», en *AC*, núm. 11, 2015.

GIL MEMBRADO, Cristina: «Sentencia de 28 de abril de 2015. Contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Ineficacia del contrato de financiación», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 625 ss.

GILI SALDAÑA, M.<sup>a</sup> Angels: «Sentencia de 7 de mayo de 2014. Percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Recisión automática y reclamación al asegurador», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 19 ss.

— «Sentencia de 12 de enero de 2015. Nulidad de un contrato de seguro de vida «unit linked» multiestrategia por error vicio del consentimiento», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 307 ss.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Sentencia de 15 de diciembre de 2014. improcedencia de anulación por error de la inversión que contrató con la entidad demandada y la nulidad del contrato por incumplimiento de las normas administrativas que imponían deberes de información y de evaluación de los contratantes de productos especulativos», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 451 ss.

GÓMEZ PERALS, Miguel: «El arrendamiento turístico y la información territorial al servicio del ciudadano», en *RDP*, núm. 7-8, 2015, pp. 23 ss.

GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio: «El nuevo marco que configura la Directiva de daños en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de la infracción de las reglas de Derecho *antitrust*», en *RDCD*, núm. 16, 2015.

GONZÁLEZ OTERO, Begoña: «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2014. Actos desleales de menoscabo del crédito al realizar manifestaciones injuriosas e innecesarias del comportamiento profesional de la recurrente. Conducta desleal consistente en anunciar la cancelación de vuelos adquiridos por los pasajeros, con anterioridad al anuncio, por medio de agencias «on-line» y dirigidas a intimidar a los consumidores y clientes de la parte recurrente», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 55 ss.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 415 ss.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Algunos problemas y cuestiones prácticas planteadas tras las reformas legales sobre protección al deudor hipotecario: la interpretación y solución de la DGRN», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 907 ss.

— Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1565 ss.

- «Cuando el empresario responde casi solo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2342 ss.
- ¿Por qué es necesario otorgar un nuevo consentimiento para cancelar cuando ya se ha pagado el préstamo hipotecario?: la justificación histórica y jurisprudencial del artículo 179 RH», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2918 ss.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Enriquecimiento sin causa y ejecución hipotecaria (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015)», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 277 ss.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo)», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 129 ss.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «Sentencia de 15 de julio de 2014. Resolución del contrato de compra de acciones preferentes, no por la existencia de nulidad del contrato por error o vicio, sino por incumplimiento del contrato», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 73 ss.

- «La nulidad del contrato de arrendamiento de larga duración sin que se realice por unanimidad de los copropietarios», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2333 ss.

IGLESIAS MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel de la: «Derecho de alimentos *versus* gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1533 ss.

IRIBARREN BLANCO, Miguel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014. El concurso y posterior disolución de una sociedad anónima no afectan a la promesa de compraventa contraída sobre sus acciones. El cumplimiento es perfectamente posible en esas circunstancias y el descenso del valor de las acciones no es relevante. La extinción de la sociedad, al contrario de lo que se desprende de la postura del Tribunal Supremo, tampoco habría liberado de su compromiso a los sujetos obligados a comprar, dado que contractualmente tenían asignado ese riesgo», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 133 ss.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El *fresh start* introducido en el Derecho español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los empresarios y su internacionalización», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2585 ss.

- «La muerte del concursado y la responsabilidad del heredero», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3392 ss.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El régimen de segunda oportunidad introducido por el RD-ley 1/2015, de 27 de febrero», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2365 ss.

- «El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 982 ss.

- «Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1643 ss.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto José: «Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 181 ss.
- LÓPEZ AZCONA, M.ª Aurora: «El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios y sus (restrictivos) criterios delimitadores», en *RGLJ*, núm. 1, 2015, pp. 29 ss.
- LÓPEZ CÁNOVAS, Ángeles: «La «bona fides» como límite en la contratación bancaria de productos complejos», en *RDP*, núm. 7-8, 2015, pp. 3 ss.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: «El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 207 ss.
- LUNA YERGA, Álvaro, y XIOL BARDAJÍ, María: «*Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás?: Comentario a la STS, 1.ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*», en *InDret*, núm. 2, 2015.
- MACANÁS VICENTE, Gabriel: «La renuncia del abogado en el contrato de servicios: incumplimiento contractual e irrelevancia procesal», en *InDret*, núm. 3, 2015.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «La responsabilidad civil en el ejercicio en grupo de medicina», en *RJUAM*, núm. 31, 2015, pp. 253 ss.
- MARCO MOLINA, Juana: «El proceso de formación o conclusión del contrato», en *InDret*, núm. 3, 2015.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Nuevas medidas de defensa de los consumidores en materia de acciones colectivas, asistencia jurídica gratuita, costas y tasas judiciales», en *InDret*, núm. 4, 2015.
- «Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección», en *InDret*, núm. 3, 2015.
- MARÍN CASTÁN, Francisco: «Crisis económica, protección de los consumidores y evolución de la jurisprudencia civil», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 693 ss.
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «La aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” en los contratos bancarios y su interpretación por la STS de 29 de octubre de 2013 y la jurisprudencia menor», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 532 ss.
- MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «La mediación: una negociación asistida alternativa a la jurisdicción», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 645 ss.
- MARTÍN BRICEÑO, M.ª Rosario: «La cláusula que penaliza el ejercicio del desistimiento unilateral», en *AC*, núm. 6, 2015.
- MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: «Las donaciones entre cónyuges: computación e imputación. ¿Olvido de la reforma de 1981 o intención?», en *RJNot*, núm. 92-93, 2014-2015, pp. 425 ss.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Sentencia de 13 de enero de 2015. Acaecido un accidente aéreo por un fallo en el sistema anticolisión del avión, los familiares de las víctimas reclaman una indemnización a los fabricantes de dicho sistema, cuyo domicilio social se encuentra en Arizona y Nueva Jersey», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 491 ss.

— «Sentencia de 30 de abril de 2015. Condiciones generales de la contratación en contrato celebrado con un profesional, cláusulas abusivas y cláusula *rebus sic stantibus*», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 663 ss.

MAS BADÍA, M.ª Dolores: «Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014. Control de contenido en la contratación mediante condiciones generales. Cláusula en virtud de la cual el vendedor, en caso de incumplimiento del comprador, podrá resolver el contrato y retener las cantidades entregadas a cuenta del precio por éste, en concepto de cláusula penal. Análisis del posible carácter abusivo de la misma. Comparación con los daños y perjuicios efectivamente causados para determinar si supone una indemnización desproporcionalmente alta. Moderación conforme al artículo 1154 CC: no procede cuando la pena convencional se ha previsto, precisamente para el supuesto de incumplimiento que se produce», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 91 ss.

— «Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3049 ss.

MAZA GAZMURI, Iñigo de la: «El mal que no quiero: la información como técnica de protección de los consumidores», en *RJUAM*, núm. 31, 2015, pp. 349 ss.

MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Sentencia de 9 de septiembre de 2014. Responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético o del propietario del terreno. Inexistencia de responsabilidad cuando no existe dicha conexión, por haberse autorizado en el terreno un aprovechamiento como coto de caza menor y proceder el animal que provoca el accidente –una pieza de caza mayor– de un coto de caza mayor colindante, del que se evadió saltando vallas inexistentes», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 51 ss.

MINGOT AZNAR, Manuel: «Hipoteca flotante en garantía de refinanciación sindicada: actualización de los criterios de control registral de las cláusulas de vencimiento anticipado (Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2014)», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 219 ss.

MIQUEL SALA, Rosa: «¿Un futuro instrumento opcional europeo para el contrato de seguro?», en *InDret*, núm. 2, 2015.

MONERO FERREIRA, Daniel: «Contratos de arrendamiento sujetos al Decreto 100/1986, de 22 de octubre, de la Comunidad de Madrid y venta de promociones de viviendas: una revisión doctrinal, jurisprudencial y normativa», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1295 ss.

MONTESINOS GARCÍA, Ana: «Aspectos procesales de las acciones colectivas en defensa de los consumidores de servicios bancarios», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 247 ss.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: «De nuevo sobre el error», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 713 ss.

NASARRE AZNAR, Sergio: «La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 205 ss.

NAVAS NAVARRO, Susana: «Sentencia de 30 de junio de 2015. Hipoteca multididivisa. Deberes precontractuales de información y error vicio. Perfil experto del cliente», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 693 ss.

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen: «La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1629 ss.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014. Improcedencia de la nulidad de la compra de participaciones preferentes emitidas por una entidad bancaria islandesa que, tras quebrar, suspendió el pago de los cupones», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 531 ss.

ORDELÍN FONTO, Jorge Luis: «El cumplimiento de las obligaciones por el representante voluntario: notas para una revisión de su concepción dogmática», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2863 ss.

ORTEGA REINOSO, Gloria: «La prosperabilidad de la acción frustrada, criterio delimitador del daño y de su cuantificación en la responsabilidad contractual del abogado», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 451 ss.

PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014. Responsabilidad del laboratorio fabricante por falta de información de los efectos secundarios de los medicamentos», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 423 ss.

— «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», en *InDret*, núm. 4, 2015.

PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Sentencia de 29 de octubre de 2014. Colisión recíproca de vehículos de motor. Criterios para la imputación del daño. Relevancia de la culpa de los intervenientes», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 133 ss.

PÉREZ GALLEGOS, Roberto. «*Nuevos daños* en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», en *RDC*, núm. 3, 2015, pp. 141 ss.

PÉREZ GURREA, Rosana: «La mediación en asuntos civiles y mercantiles como método de resolución extrajudicial de conflictos», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2271 ss.

— «La facultad judicial de moderar la cláusula penal y su análisis jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1609 ss.

— «Caracterización y régimen jurídico de la cláusula «*rebus sic stantibus*»: el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2949 ss.

- «Ejecución hipotecaria y enriquecimiento injusto a propósito de la STS de 13 de enero de 2015», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 3000 ss.

PÉREZ DE ONTIVEROS, M. Carmen: «Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 9 ss.

- «Sentencia de 22 de diciembre de 2014. Procedencia de la acción de resolución de contrato ejercitada por falta de entrega de las viviendas y las plazas de garaje objeto del contrato en el plazo pactado. El retraso prolongado en la entrega es la causa de resolución del contrato. Incidencia de la crisis económica y financiera», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 475 ss.

PÉREZ RAMOS, Carlos: «El deudor garante», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 245 ss.

PINO ABAD, Manuel, y SERRANO CAÑAS, José Manuel: «El nuevo régimen jurídico de los contratos a distancia», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 89 ss.

POZO SIERRA, Belén del: «Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014. No concurre supuesto de responsabilidad extracontractual por el contagio de la hepatitis C al haber empleado los laboratorios todos los medios a su alcance y haber asumido los pacientes una situación de riesgo-beneficio previo conocimiento del posible e inevitable contagio. Naturaleza extracontractual de la relación entre los pacientes y los laboratorios sin que entre dentro del ámbito de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Imputación objetiva en el ámbito de protección del consumidor y solidaridad impropia por...», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 195 ss.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia: «Sentencia de 25 de octubre de 2014. Derecho a la entrega de dividendos como frutos de la cosa vendida», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 307 ss.

REDONDO TRIGO, Francisco: «Reflexiones acerca del Anteproyecto de Código Mercantil y la doctrina de los Tribunales sobre la rescisión por lesión», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3418 ss.

- «Acerca de la limitación de la retroactividad de la «cláusula suelo» en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 en base al régimen general restitutorio de la nulidad y al Orden Público», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2385 ss.
- «Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 3018 ss.

RIBOT IGUALADA, Jordi: «La imposibilidad originaria del objeto contractual», en *RDC*, núm. 3, 2015, pp. 1 ss.

ROBLES LATORRE, Pedro: «Resolución de la DGRN de 21 de octubre de 2014. Declaración de voluntad en escritura pública de abandono de una participación en una situación de aprovechamiento por turnos. Intento de inscribirla en el Registro de la Propiedad. Negativa del Registrador por falta de notificación a copropietarios y posible perjuicio», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 273 ss.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, María de las Victorias: «La responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2893 ss.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español», en *Indret*, núm. 2, 2015.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: «Cesión de créditos hipotecarios inexistentes y fe pública», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2191 ss.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.ª Belén: «La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3109 ss.

SALVADOR CODERCH, Pablo, y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia: «150 casos de derecho de daños (2004-2014)», en *Indret*, núm. 4, 2015.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014. Validez de la promesa de donación de bien inmueble, vivienda familiar, contenida en convenio regulador homologado judicialmente a favor del hijo común menor de edad. Aceptación de la donación y requisito de forma en escritura pública», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 491 ss.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Suspensión del cumplimiento de las obligaciones de los contratantes en la propuesta de reglamento de normativa común de compraventa europea», en *RJNot*, núm. 92-93, 2014-2015, pp. 329 ss.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Algunas reflexiones en torno a la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 191 ss.

— «Es necesario «repensar» la contratación de préstamos hipotecarios entre empresas (autónomos y pymes)», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 681 ss.

SIMÓN MORENO, Héctor, y NASARRE AZNAR, Sergio: «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de la vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 11 ss.

SIRVENT GARCÍA, Jorge: «El depósito como contrato de servicios. Notas para su reforma a la luz del marco común de referencia», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 27 ss.

SOLER SOLÉ, Guillem: «Passat, present i futur de la problemàtica hipotecària espanyola. El control de les clàusules abusives», en *RJC*, núm. 1, 2015, pp. 11 ss.

SOTO PINEDA, Jesús Alfonso: «Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores», en *AC*, núm. 6, 2015.

- SUÑOL LUCEA, Aurea: «Patentes y hold-up: la acción de cesación ante compromisos FRAND», en *InDret*, núm. 4, 2015.
- TALAVERA HERNÁNDEZ, José A.: «La figura del mediador en la mediación online», en *RDNT*, núm. 38, 2015, pp. 203 ss.
- TENA ALÓS, Miguel Ángel: «Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 149 ss.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: «La confirmación y la ratificación como medios de convalidación del negocio jurídico», en *RGLJ*, núm. 1, 2015, pp. 117 ss.
- VÁZQUEZ BULLA, Cristiano: «La evolución de la responsabilidad civil por sangre y productos hemoderivados hasta la nueva Ley 3/2014. Perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2968 ss.
- VIEIRA MORANTE, Francisco Javier: «Una visión crítica del arbitraje», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 13 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Resolución del contrato y enriquecimiento injusto como remedio subsidiario: A propósito de la STS de 27 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1418)», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 275 ss.
- YÁÑEZ RIVERO, Fátima: «Panorámica de la responsabilidad civil en el Proyecto argentino de Código Civil y Comercial», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2299 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «La regulación de la indemnización de daños y perjuicios e intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2347 ss.
- «*Possession, sale y foreclosure*» v. ejecución hipotecaria. Los derechos del acreedor hipotecario en el Derecho inglés y la protección de los deudores en tiempos de crisis», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2735 ss.

#### DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- AGUDO ZAMORA, Miguel Jesús: «Privilegio inmatriculador de la Iglesia Católica y vulneración de principios constitucionales a la luz de la STEDH «Sociedad Anónima del Ucieza contra España»», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2631 ss.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Geogina Ivón: «Reflexiones sobre el derecho de habilitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2933 ss.
- ANGUITA RÍOS, Rosa M.<sup>a</sup>: «De las reformas hipotecarias y otras alternativas», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2045 ss.

- ARAGONÉS SEIJO, Santiago y MIÑANO GONZÁLEZ, Evelio: «Los obstáculos del *ius distrahendi* de la retención y de la anticrisis en el Derecho civil catalán», en *RJC*, núm. 2, 2015, pp. 297 ss.
- ARNAIZ RAMOS, Rafael: «El tráfico jurídico de derechos de propiedad inmobiliaria y protección de la legalidad urbanística. La inscripción en el registro de la propiedad de negocios civiles sujetos a fiscalización administrativa», en *RJC*, núm. 1, 2015, pp. 37 ss.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «¿Abusivas por falta de transparencia (banca-ria)?: el control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios», en *RDP*, núm. 2-3, 2015, pp. 25 ss.
- BASTANTE GRANEL, Víctor: «La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2420 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 22 de octubre de 2014. Alcance de contrato de cesión de derechos de explotación de capítulos de serie televisiva, así como del formato correspondiente a dicha serie. Características de este último como obra protegida», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 287 ss.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: «El dret a l'aigua i el Dret de l'aigua», en *RJC*, núm. 2, 2015, pp. 397 ss.
- CAMACHO SEPÚLVEDA, Rocío: «Destinatarios de la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital: la Ley 21/2014», en *RGLJ*, núm. 3, 2015, pp. 407 ss.
- CERRATO GURI, Elisabet: «Aspectos procesales de la propiedad temporal y de la propiedad compartida de la vivienda habitual», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- CUEVAS DE ALDASORO, Miguel Ángel: «La escritura pública de declaración de obra nueva», en *RJNot*, núm. 92-93, 2014-2015, pp. 121 ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 605 ss.
- FERNÁNDEZ CANALES, Carmen: «El préstamo hipotecario ganancial y la crisis matrimonial», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2085 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Una «lectura americana» del artículo 111.1.º LH. La concurrencia de gravámenes, mobiliario e inmobiliario, sobre bienes muebles pertenenciales tras la reforma del artículo 2.º LHMyPSD», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1247 ss.
- FERRANTE, Alfredo: «Cuestiones sobre constitución fraudulenta del título ex art. 205 Ley Hipotecaria y caudales indivisos», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 751 ss.
- FLORES GONZÁLEZ, Begoña: «Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil Común», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2117 ss.

FUENTES SORIANO, Olga: «La ejecución hipotecaria: nuevo motivo de oposición, nuevos problemas de tramitación», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 645 ss.

GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «Sentencia de 15 de octubre de 2014. La infracción de los derechos del titular de un modelo de utilidad: la aplicación de la doctrina de los equivalentes», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 75 ss.

GARCÍA VIDAL, Ángel: «Sentencia de 14 de abril de 2015. Actividad inventiva como requisito de patentabilidad, con especial atención al estándar subjetivo del experto en la materia y a la aplicación del método del problema-solución», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 583 ss.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Sentencia de 8 de octubre de 2014. Inexistencia de buena fe a efectos de usucapión ordinaria en quienes compran a bajo precio los distintos apartamentos de un edificio de un legatario de 1/12 del conjunto del edificio», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 155 ss.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La renuncia al dominio en un régimen de propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3346 ss.

- «La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 415 ss.
- Algunos problemas y cuestiones prácticas planteadas tras las reformas legales sobre protección al deudor hipotecario: la interpretación y solución de la DGRN», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 907 ss.
- Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1565 ss.
- ¿Por qué es necesario otorgar un nuevo consentimiento para cancelar cuando ya se ha pagado el préstamo hipotecario?: la justificación histórica y jurisprudencial del artículo 179 RH», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2918 ss.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Enriquecimiento sin causa y ejecución hipotecaria (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015)», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 277 ss.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo)», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 129 ss.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «La nulidad del contrato de arrendamiento de larga duración sin que se realice por unanimidad de los copropietarios», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2333 ss.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 982 ss.

- «Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1643 ss.

- LAMBEA RUEDA, Ana: «Función social de la propiedad y nuevos límites a la propiedad horizontal», en *RDP*, núm. 7-8, 2015, pp. 69 ss.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La declaración de obra nueva tras la Ley 13/2015», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 3029 ss.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Sentencia de 10 de diciembre de 2014. Reclamación de la compensación equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en salas de cine (art. 108.5. II LPI). Determinación de la remuneración. La equidad de las tarifas aprobadas por las entidades de gestión», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 267 ss.
- LÓPEZ-LÓPEZ, Ángel Manuel: «Propiedad intelectual y perplejidades del Derecho civil», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 171 ss.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Acceso al Registro de la ejecución judicial de la hipoteca», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 1975 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «Constancia registral de la terminación de obra «prescrita» conforme al artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008. Dos reformas contradictorias: 2011 y 2013», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2219 ss.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «La explotación agraria de titularidad compartida y el régimen económico del matrimonio», en *RGLJ*, núm. 2, 2015, pp. 265 ss.
- MINGOT AZNAR, Manuel: «Hipoteca flotante en garantía de refinanciación sindicada: actualización de los criterios de control registral de las cláusulas de vencimiento anticipado (Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2014)», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 219 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Sentencia de 30 de junio de 2015. Hipoteca multididivisa. Deberes precontractuales de información y error vicio. Perfil experto del cliente», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 693 ss.
- NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen: «El usufructo universal y el legado de usufructo universal: análisis particular del ejercicio y titularidad de la acción de desahucio», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 434 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino Ricardo: «La fuerza del asiento de inscripción en la primera Ley Hipotecaria», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 1915 ss.
- PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: «Análisis crítico del sistema español de «numerus apertus» en materia de derechos reales», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2665 ss.
- PÉREZ GURREA, Rosana: «Ejecución hipotecaria y enriquecimiento injusto a propósito de la STS de 13 de enero de 2015», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 3000 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Ilustraciones con fines educativos o científicos tras la Ley de Propiedad Intelectual reformada», en *RGLJ*, núm. 1, 2015, pp. 83 ss.

- PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, Juan Ignacio; «Reflexiones sobre la regla *accessorium sequitur principale*: partes, pertenencias y accesorios», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2542 ss.
- «Consideraciones sobre los principios rectores de la accesión en las edificaciones», en *RDP*, núm. 1-2, 2015, pp. 3 ss.
- PRADO GASCÓ, Víctor J.: «El sistema de bases gráficas como instrumento de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3145 ss.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Corona: «La regulación de la usucapión en el Derecho catalán», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 51 ss.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «Nunca se han podido inscribir legalmente los documentos privados relativos a duques», en *RJNot*, núm. 94, 2015, pp. 75 ss.
- RIVAS RUIZ, Amanay: «La tasación de bien hipotecado», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 127 ss.
- ROBLES LATORRE, Pedro: «Resolución de la DGRN de 21 de octubre de 2014. Declaración de voluntad en escritura pública de abandono de una participación en una situación de aprovechamiento por turnos. Intento de inscribirla en el Registro de la Propiedad. Negativa del Registrador por falta de notificación a copropietarios y posible perjuicio», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 273 ss.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: «Las comunidades de propietarios frente a la colocación de veladores por establecimientos de hostelería», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2539 ss.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: «Cesión de créditos hipotecarios inexistentes y fe pública», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2191 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «El derecho de la colección de obras literarias», en *RGLJ*, núm. 2, 2015, pp. 293 ss.
- RUBÍ PUIG, Antoni: «Agotamiento de derechos de autor, modificación física de ejemplares y principio *salva rerum substantia*: La tensión entre control e innovación descentralizada en el asunto Art & Allposters International BV y Stichting Pictoright», en *InDret*, núm. 4, 2015.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.<sup>a</sup> Belén: «La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3109 ss.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Es necesario «repensar» la contratación de préstamos hipotecarios entre empresas (autónomos y pymes)», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 681 ss.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Algunas reflexiones en torno a la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 191 ss.
- SIMÓN MORENO, Héctor, y NASARRE AZNAR, Sergio: «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de la vivienda: la Directiva

2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 11 ss.

SOLER SOLÉ, Guillem: «Passat, present i futur de la problemàtica hipotecària espanyola. El control de les clàusules abusives», en *RJC*, núm. 1, 2015, pp. 11 ss.

SUÑOL LUCEA, Aurea: «Patentes y hold-up: la acción de cesación ante compromisos FRAND», en *Indret*, núm. 4, 2015.

TENA ALÓS, Miguel Ángel: «Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 149 ss.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 2014. Discrepancia en torno a la posible inscripción de un testimonio de sentencia, dictada en procedimiento de divorcio, que aprueba el Convenio Regulador, en el que se liquidaba la sociedad de gananciales y se adjudicaba al ex marido dos fincas que, a su vez, aparecen inscritas por mitades indivisas y con carácter privativo en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos (ex cónyuges), al haberlas adquirido siendo solteros», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 513 ss.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores: «Interés público, actividades privadas y expropiación en el Derecho comparado», en *Indret*, núm. 2, 2015.

VELARDE PECHÉ, José Francisco: «Anotación preventiva de demanda sobre finca perteneciente a sociedad en concurso de acreedores (a propósito de la Resolución de 1 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 231 ss.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: «Ley 4/2013 de reforma de la LAU. Breve análisis de sus objetivos y renuncia al derecho de adquisición preferente», en *RJNot*, núm. 92-93, 2014-2015, pp. 37 ss.

ZURITA MARTÍN, Isabel: «*Possession, sale y foreclosure*» v. ejecución hipotecaria. Los derechos del acreedor hipotecario en el Derecho inglés y la protección de los deudores en tiempos de crisis», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2735 ss.

## DERECHO DE FAMILIA

ABAD ARENAS, Encarnación: «La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *RGLJ*, núm. 2, 2015, pp. 215 ss.

AGUILERA RULL, Ariadna: «Sentencia de 20 de octubre de 2014. La decisión sobre el traslado de un menor al extranjero, en casos de vida separada de los progenitores, les corresponde a ambos y ésta no puede ser tomada unilateralmente por el progenitor custodio. En caso de desacuerdo, los progenitores deberán acudir al Juez que podrá autorizar el cambio de residencia siempre que esto no vaya en detrimento del interés del menor», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 235 ss.

ALASCIO CARRASCO, Laura: «Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de septiembre de 2014. Las resoluciones judiciales referentes a los menores deben motivarse adecuadamente, sin que sea suficiente una referencia genérica al interés del menor, por lo que no puede trasladarse automáticamente un régimen de visitas propio de progenitores no custodios a los abuelos», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 565 ss.

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «Sentencia de 30 de septiembre de 2014. El Tribunal Supremo, en contra de la decisión del Juzgado y de la Audiencia Provincial, nombra tutor de una incapacitada para los actos patrimoniales y decisiones relativas a su salud, a la persona elegida por ésta (su hijo) en el procedimiento, y revoca el nombramiento como tutora de su hija, promotora de la incapacitación, realizado por los Tribunales de instancia», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 139 ss.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «La situación actual de las parejas no casadas», en *Indret*, núm. 3, 2015.

BENDITO CAÑIZARES, M.<sup>a</sup> Teresa: «Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2017 ss.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La extinción de la pensión compensatoria», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2480 ss.

— «La determinación de la filiación por reconocimiento. Su eventual impugnación», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2235 ss.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014. Desestimación de concesión de derecho compensatorio de futuro sin cuantificación económica a favor de la esposa en previsión de la hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su esposo tras la ruptura matrimonial», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 39 ss.

CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: «Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014. El reparto de las cargas derivadas del régimen de visitas cuando ambos progenitores residan en localidades distantes ha de seguir un sistema que sea equitativo y proporcionado a su capacidad económica y que tome en consideración el interés del menor. En defecto de acuerdo entre las partes, se establece como regla general que cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, y éste lo retornará a su domicilio, si bien, subsidiariamente, se podrá atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 239 ss.

COSIALLS UBACH, Andrés Miguel: «Sentencia de 2 de marzo de 2015. Análisis del concepto de mínimo vital del alimentante ante una situación de absoluta insolvencia. Suspensión de la prestación de la pensión alimenticia a favor del hijo», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 403 ss.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Sentencia de 4 de diciembre de 2014. Contrato de seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario: el deber de declaración del riesgo del tomador constituye un deber de contestación o respuesta a las preguntas formuladas por el asegurador. La forma en que se rellena el cuestionario puede servir para determinar si se hicieron las preguntas», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 239 ss.

- FERNÁNDEZ CANALES, Carmen: «El préstamo hipotecario ganancial y la crisis matrimonial», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2085 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Bibliografía ¿mundial? de derecho de familia (2005-2014). Parte I», en *RJNot*, núm. 94, 2015, pp. 269 ss.
- GOIRIA MONTOYA, Madalen: «El hogar educador: entre la libertad de enseñanza y la obligación de escolarizar», en *RDP*, núm. 5-6, 2015, pp. 37 ss.
- GUIARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual», en *RDF*, núm. 68, 2015, pp. 55 ss.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Sentencia de 26 de marzo de 2015. Enriquecimientos injustos en la compensación económica del trabajo doméstico (Paradojas y falacias en la interpretación del artículo 1438 del Código Civil)», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 503 ss.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «El parentesco por afinidad: ¿Concluye por la extinción del matrimonio?», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1143 ss.
- HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina: «Pensión compensatoria y corresponsabilidad económica: revisión de las tendencias del Tribunal Supremo y la temporalidad prevista legalmente», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2893 ss.
- IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel de la: «La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3265 ss.
- «Compensación económica en favor de la esposa que contribuyó a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el supuesto de la separación de bienes», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3315 ss.
  - «Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 355 ss.
  - «Pactos prenupciales y determinación de la residencia habitual», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 371 ss.
  - «Cambio de residencia del extranjero progenitor custodio y la importancia del interés del menor», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 895 ss.
  - «El principio del interés del menor y el orden de los apellidos», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2213 ss.
  - «Concepto de allegados y el interés superior del menor», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2871 ss.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio: «Sentencia de 27 de noviembre de 2014. Pensión por desequilibrio condicionado a un hecho futuro: el cese de la actividad laboral», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 377 ss.
- MACANÁS VICENTE, Gabriel: «Sentencia de 15 de octubre de 2014. Gastos ordinarios y extraordinarios en la pensión de alimentos», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 207 ss.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.<sup>a</sup> Lourdes: «Pensión de alimentos y discapacidad», en *RDP*, núm. 5-6, 2015, pp. 3 ss.

- MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana: «Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los artículos 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> Luisa: «La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- NANCLARES VALLE, Javier: «Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno de la unión de hecho», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 218 ss.
- «La filiación en caso de gestación heteróloga por error», en *AC*, núm. 7, 2015.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Sentencia de 11 de diciembre de 2014. Consentimiento del progenitor no custodio a la decisión de cambio de domicilio del progenitor custodio. La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores corresponde a ambos progenitores, porque es una facultad que deriva de la patria potestad, no de la guarda y custodia. Criterios que el tribunal ha de tener en cuenta para decidir la procedencia del cambio de domicilio del progenitor custodio, cuando los progenitores no llegan a un acuerdo», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 419 ss.
- PÉREZ GALLEGO, Roberto. «Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», en *RDC*, núm. 3, 2015, pp. 141 ss.
- POLO SABAU, José: «Anotaciones sobre la eficacia civil del matrimonio religioso en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *REDE*, núm. 54, 2015, pp. 13 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «El ejercicio de los derechos de socio en los casos de participaciones sociales gananciales», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 510 ss.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, María de las Victorias: «La responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2893 ss.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: «El reconocimiento y ejecución de órdenes europeas de protección en la Ley 23/2014», en *RDF*, núm. 68, 2015, pp. 27 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia M.<sup>a</sup>: «Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2014. Subsistencia de la obligación de alimentos por parte del progenitor con respecto a su hijo discapacitado, a pesar de haber alcanzado éste la mayoría de edad legal», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 335 ss.
- «La promesa de matrimonio en el Ordenamiento jurídico-civil español/The promise of marriage in Spanish civil Law», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1551 ss.
- RUIZ-JARABO PELAYO, Francisco: «Situaciones de abuso en crisis familiares», en *RDF*, núm. 67, 2015, pp. 25 ss.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014. Validez de la promesa de donación de bien inmueble, vivien-

da familiar, contenida en convenio regulador homologado judicialmente a favor del hijo común menor de edad. Aceptación de la donación y requisito de forma en escritura pública», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 491 ss.

- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 2014. Discrepancia en torno a la posible inscripción de un testimonio de sentencia, dictada en procedimiento de divorcio, que aprueba el Convenio Regulador, en el que se liquidaba la sociedad de gananciales y se adjudicaba al ex marido dos fincas que, a su vez, aparecen inscritas por mitades indivisas y con carácter privativo en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos (ex cónyuges), al haberlas adquirido siendo solteros», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 513 ss.
- «Sentencia de 28 de abril de 2005. Discrepancia en torno al mantenimiento o la extinción de la pensión compensatoria, concedida a la esposa en un proceso judicial previo de divorcio, tras la posterior homologación de la sentencia canónica que declara la nulidad matrimonial», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 651 ss.
- VALDÉS MARÍN, Ana M.ª: «El divorcio ante notario en el proyecto de ley de la jurisdicción voluntaria. Un análisis crítico desde la perspectiva iberoamericana», en *RGLJ*, núm. 2, 2015, pp. 237 ss.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar», en *RDF*, núm. 67, 2015, pp. 79 ss.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Matrimonio entre personas del mismo sexo: estado de la cuestión una década después de la Ley 13/2005», en *RDP*, núm. 7-8, 2015, pp. 45 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2510 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Guarda legal de personas incapaces y de hijos mayores incapacitados», en *RDC*, núm. 3, 2015, pp. 107 ss.

## DERECHO DE SUCESIONES

- ALGABA Ros, Silvia: «Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «La legítima como llamamiento sucesorio autónomo en nuestro ordenamiento: Análisis del derecho de representación, cuando el llamado a una herencia no puede o no quiere aceptarla», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 225 ss.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther, y FARNÓS AMORÓS, Esther: «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado: ¿A quién prefieren los tribunales?», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- BERNARD MAINAR, Rafael: «La porción legítima en la familia del Derecho romano», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 1765 ss.

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 928 ss.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «Aceptación por nuestro Tribunal Supremo de la institución de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria a término», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 127 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Desheredación por maltrato psíquico. Litigio promovido contra un hijo que empleó dolo para que la madre consintiera donar todos sus bienes: Comentario de la STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015, 639)», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 401 ss.
- CALAZA LÓPEZ, M.<sup>a</sup> Sonia: «La intervención y administración judicial de la herencia», en *RCDI*, núm. 745, 2553, pp. 2045 ss.
- CARPI MARTÍN, M.<sup>a</sup> Rebeca: «La herencia yacente como parte demandada: cuatro odiseas procesales», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3363 ss.
- CARRAU CARBONELL, José María: «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica)», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 249 ss.
- CREMADAS GARCÍA, Purificación: «La partición hecha por el testador con acto *inter vivos*», en *RDP*, núm. 7-8, 2015, pp. 3 ss.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: «L'ordenació conjunta de la successió dels còngu- ges. Heretament preventiu o testament mancomunat?», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 3 de junio 2014. Desheredación por maltrato psicológico. Concepto incluido en el término «maltrato». Relevancia de la ausencia de relación afectiva como causa legal», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 277 ss.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «La sustitución fideicomisaria como límite del llamamiento pluripersonal sucesivo en los legados», en *RJNot*, núm. 94, 2015, pp. 235 ss.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón; MARTÍNEZ RUANO, Pedro, y PAÑOS PÉREZ, Alba: «Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1173 ss.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «El testamento ológrafo o de cómo lo barato puede ser caro: Comentario a la Sentencia del TS de 25 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6006)», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 417 ss.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Sentencia de 19 de marzo de 2015. Obligada colación de una donación de bienes inmuebles recibida por un sucesor forzoso en vida del causante y compensación en metálico a su cargo, en beneficio de los otros coherederos, por haber recibido más de lo que le correspondía de una masa hereditaria ya agotada», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 483 ss.

- IRURZUN GOICOA, Domingo: «¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres)», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2515 ss.
- «¿Qué es la legítima para el Código Civil español? Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres)», en *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 257 ss.
  - «Copias de testamentos. Su expedición a instancia de los llamados a suceder en el abintestato y la anómala doctrina de la Dirección General», en *RJNot*, núm. 92-93, 2014-2015, pp. 369 ss.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del Mar: «Preguntas y respuestas sobre el artículo 857 del Código Civil. La legítima del descendiente desheredado», en *AC*, núm. 10, 2015.
- MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: «Las donaciones entre cónyuges: computación e imputación. ¿Olvido de la reforma de 1981 o intención?», en *RJNot*, núm. 92-93, 2014-2015, pp. 425 ss.
- NÚÑEZ MUÑÍZ, Carmen: «El usufructo universal y el legado de usufructo universal: análisis particular del ejercicio y titularidad de la acción de desahucio», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 434 ss.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «La regulación del beneficio de inventario en el Código Civil y el Derecho foral español», en *RJNot*, núm. 94, 2015, pp. 149 ss.
- PASCUAL DE LA PARTE, César-Carlos: «Notas de urgencia sobre el «derecho de transmisión»: una crítica negativa a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1584 ss.
- PLANAS BALLVÉ, María: «Els pactes de renúncia a la llegítima futura (art. 451-26 CCCat)», en *RJC*, núm. 2, 2015, pp. 335 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia M.<sup>a</sup>: «La indignidad para suceder y su problemática jurídica», en *RJNot*, núm. 92-93, 2014-2015, pp. 101 ss.
- «El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes», en *RJNot*, núm. 94, 2015, pp. 61 ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> Eugenia: «Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 95 ss.
- TARABAL BAOSCH, Jaume: «Reflexions sobre el llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions: encerts, interrogants i propostes de reforma», en *InDret*, núm. 3, 2015.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Libertad de testar y condiciones testamentarias», en *InDret*, núm. 3, 2015.
- VEGA CARDONA, Raúl José y PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis: «El cálculo de la cuota reservada a los especialmente protegidos en Cuba y la protección de su intangibilidad cuantitativa. Glosas a la sentencia n.<sup>o</sup> 365, de 25 de septiembre de 2012, de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular», en *RDC*, núm. 3, 2015, pp. 199 ss.

**DERECHO MERCANTIL****PARTE GENERAL. EMPRESA**

ETXARANDIO HERRERA, Edorta: «La liquidación traslativa y la sucesión de empresa en el Real Decreto Ley 11/2014», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 193 ss.

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Tomás: «Estudio de la intervención notarial en materia de derecho marítimo según la Ley de Navegación Marítima», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 117 ss.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014. Sabotaje de bases de datos en el ámbito objetivo de la Ley de Competencia Desleal. Doctrina del daño «ex re ipso» y obliga a la entidad demandada a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por los actos de sus trabajadores», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 69 ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Las aportaciones de créditos contra sociedad en desequilibrio patrimonial y tutela de la integridad del capital social», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 43 ss.

FLORES SEGURA, Marta: «La empresa en el Anteproyecto del Código Mercantil», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 57 ss.

GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014. Contrato de cuentas en participación. Ante el incumplimiento del contrato de cuentas en participación por el gestor de la actividad empresarial procede la resolución del contrato con la obligación de éste de devolver la aportación del cuenta-partícipe con los intereses legales oportunos», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 257 ss.

— «Sentencia de 15 de octubre de 2014. La infracción de los derechos del titular de un modelo de utilidad: la aplicación de la doctrina de los equivalentes», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 75 ss.

GARCÍA VIDAL, Ángel: «Sentencia de 14 de abril de 2015. Actividad inventiva como requisito de patentabilidad, con especial atención al estándar subjetivo del experto en la materia y a la aplicación del método del problema-solución», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 583 ss.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio: «El ordenado empresario y otros personajes de la legislación mercantil», en *RJC*, núm. 1, 2015, pp. 115 ss.

GÓMEZ TRINIDAD, Silvia: «La prohibición de competencia como deber del órgano de administración frente al interés de la sociedad representada», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 279 ss.

GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio: «El nuevo marco que configura la Directiva de daños en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de la infracción de las reglas de Derecho *antitrust*», en *RDCD*, núm. 16, 2015.

GONZÁLEZ OTERO, Begoña: «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2014. Actos desleales de menoscabo del crédito al realizar manifestaciones injuriosas e innecesarias del comportamiento profesional de la recurrida. Conducta desleal consistente en anunciar la cancelación de

vuelos adquiridos por los pasajeros, con anterioridad al anuncio, por medio de agencias «on-line» y dirigidas a intimidar a los consumidores y clientes de la parte recurrida», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 55 ss.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos: «Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas: A propósito de la STS de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 2872/2013)», en *RDCD*, núm. 16, 2015.

LARA GONZÁLEZ, Rafael: «La factura aceptada en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 39 ss.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la sentencia del juzgado mercantil n.º 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014 (MUSAAT v. ASEFA, CASER y SCOR)», en *RDCD*, núm. 16, 2015.

MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia: «Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento: ¿una práctica desleal?», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 139 ss.

MENDOZA LOSANA, Ana Isabel: «El Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, último paso hacia la completa liberalización del dividiendo digital en España», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 737 ss.

MORENO LISO, Lourdes: «Sentencia de 29 de octubre de 2014. La imitación de productos oficiales o el encuadre de la imitación en la cláusula general prohibitiva de deslealtad», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 101 ss.

MOROÑO GARGALLO, M.<sup>a</sup> del Mar: «La prematura tramitación de la autorización para comercializar medicamentos genéricos a la luz del derecho de patentes y del derecho contra la competencia desleal», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 251 ss.

ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, Camino: «Facultades empresariales de control, tics y privacidad del trabajador», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 41 ss.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.<sup>a</sup> Concepción: «Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia», en *RDCD*, núm. 16, 2015.

PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles: «La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado», en *RJNot*, núm. 94, 2015, pp. 107 ss.

PÉREZ RODRÍGUEZ, Ángela María: «Innovaciones tecnológicas y abuso de posición dominante en el derecho comunitario de la competencia: Microsoft 2004-2015», en *RDNT*, núm. 38, 2015, pp. 103 ss.

REDONDO TRIGO, Francisco: «Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto *Derecho común* por el de *legislación civil*», en *RCDI*, núm. 745, 2014, pp. 2611 ss.

— «Reflexiones acerca del Anteproyecto de Código Mercantil y la doctrina de los Tribunales sobre la rescisión por lesión», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3418 ss.

— «Los dividendos de las acciones en un caso de compraventa de empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1665 ss.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Los fondos de inversión a largo plazo europeos: el nuevo recurso europeo para la financiación de las empresas e infraestructuras», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 221 ss.

SAGASTI AURREKOETXEA, Joseba Josu: «Derecho de la competencia y acuerdos de colaboración empresarial. Acuerdos de investigación y desarrollo y acuerdos de especialización», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2927 ss.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús: «Régimen jurídico de las Medidas tecnológicas de protección en consolas y videojuegos (a propósito de la STJUE de 23 de enero de 2014)», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 135 ss.

SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> Eugenia: «Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 95 ss.

SUÑOL LUCEA, Aurea: «Patentes y hold-up: la acción de cesación ante compromisos FRAND», en *InDret*, núm. 4, 2015.

TORRE SUSAETA, Victoria: «El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa», en *RDCD*, núm. 16, 2015.

## DERECHO DE SOCIEDADES

ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Tutela de la ultraminoría», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 37 ss.

BALLESTER COLOMER, Juan Enrique, y BALLESTER AZPITARTE, Leticia: «La responsabilidad social corporativa o la parte simpática del capital social», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 61 ss.

BONARDELL LENZANO, Rafael, y CABANAS TREJO, Ricardo: «El aumento del capital en la fusión de sociedades por absorción», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 107 ss.

BUSTILLO TEJEDOR, Luis: «Los grupos de sociedades», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 15 ss.

CUESTA RUTE, José María de la: «Algunas interrogaciones sobre la responsabilidad social», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 185 ss.

CURTO POLO, Mercedes: «La convocatoria de la Junta General de las Sociedades Capitalistas mediante correo electrónico (comentario a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de enero de 2015)», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 537 ss.

DESDENTADO DAROCA, Elena: «Grupo de sociedades y concurso de acreedores: Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de julio de 2014», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 266 ss.

ESPIGARES HUETE, José Carlos: «Las carencias del régimen jurídico del traslado internacional del domicilio social en la Ley 3/2009, de tres de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 103 ss.

ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal: «El cálculo de patrimonio neto a efectos de la reducción del capital por pérdidas (comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 2015)», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 519 ss.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «La Propuesta de Directiva sobre la «Societas Unius Personae» (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 105 ss.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «Deber de lealtad y responsabilidad concursal de administradores sociales», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 199 ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Las aportaciones de créditos contra sociedad en desequilibrio patrimonial y tutela de la integridad del capital social», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 43 ss.

— «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 199 ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «El régimen jurídico de las asociaciones de accionistas», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 57 ss.

FRANCH FLUXÁ, Juan: «Breve comentario a las últimas reformas societarias introducidas por Ley 31/2014», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 389 ss.

GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014. Incumplimiento de la obligación de constituir garantías a los compradores de las cantidades anticipadas para la compra de vivienda directamente imputable a los administradores de la sociedad vendedora. Acumulación de acciones de resolución de contrato y reclamación de cantidad a la sociedad y de responsabilidad individual de administradores», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 219 ss.

— «Regulación estatutaria de los derechos de información y de voto en una sociedad cotizada y cesión onerosa del derecho de voto a través de del otorgamiento de poder de representación (STS de 12 de noviembre de 2014)», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 353 ss.

GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura: «Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades de la Unión Europea», en *RJUAM*, núm. 31, 2015, pp. 205 ss.

GÓMEZ TRINIDAD, Silvia: «La prohibición de competencia como deber del órgano de administración frente al interés de la sociedad representada», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 279 ss.

GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos: «Acción individual de responsabilidad y garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta (comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 15.<sup>a</sup>] de 6 de noviembre de 2014)», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 419 ss.

GRIMALDOS GARCÍA, M.<sup>a</sup> Isabel: «La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿Nuevos presupuestos? ¿Nuevos responsables?», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 233 ss.

HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: «La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 49 ss.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao: «El gobierno corporativo en las empresas del mercado alternativo bursátil», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 811 ss.

IRIBARREN BLANCO, Miguel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014. El concurso y posterior disolución de una sociedad anónima no afectan a la promesa de compraventa contraída sobre sus acciones. El cumplimiento es perfectamente posible en esas circunstancias y el descenso del valor de las acciones no es relevante. La extinción de la sociedad, al contrario de lo que se desprende de la postura del Tribunal Supremo, tampoco habría liberado de su compromiso a los sujetos obligados a comprar, dado que contractualmente tenían asignado ese riesgo», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 133 ss.

JORDÁ GARCÍA, Rafael: «La protección de los acreedores en la reducción de capital de las sociedades de responsabilidad limitada en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 995 ss.

LENER, Raffaele: «Strumenti di partecipazione ibridi nella nuova società per azioni italiana», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 165 ss.

LOPERA PERALES, Antonio: «La simplificación de requisitos en el artículo 42 de la ley de modificaciones estructurales: mínimos establecidos para garantizar la protección de socios y terceros (a propósito de la Resolución de 10 de abril de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 215 ss.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando: «Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013. Legitimación de los acreedores para exigir responsabilidad por deudas a los administradores que no han promovido la disolución», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 19 ss.

— «Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad (STS 1.<sup>a</sup> de 22 de diciembre de 2014)», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 335 ss.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «La nueva regulación de las entidades de capital riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 491 ss.

MONTALENTI, Paolo: «Sociedades cotizadas, mercados financieros y relaciones con los inversores», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 15 ss.

MUÑOZ PAREDES, José María: «El Secretariado del Consejo de Administración tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 121 ss.

PANIAGUA ZURERA, Manuel: «La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada. (A propósito de la Proposición de Ley de Socie-

- dades Laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 171 ss.
- PORFIRIO CARPIO**, Leopoldo José: «Sociedades anónimas: ¿Derecho a las ganancias «contra» derecho al dividendo? ¿Derecho a las ganancias «versus» derecho al dividendo?», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 785 ss.
- PULGAR EZQUERRA**, Juana: «Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 69 ss.
- RAMOS HERRANZ**, Isabel: «El deber de abstenerse de usar el nombre de la sociedad o la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 303 ss.
- REDONDO TRIGO**, Francisco: «El ejercicio de los derechos de socio en los casos de participaciones sociales gananciales», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 510 ss.
- «La sociedad extinguida ante el proceso», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 1005 ss.
- «Los dividendos de las acciones en un caso de compraventa de empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1665 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ**, Isabel: «El administrador oculto», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 7 ss.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL**, José Javier: «La necesaria revisión del régimen jurídico del nombramiento de los miembros del Consejo de administración por el sistema de representación proporcional en la SL», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 77 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA**, Rafael: «Las webs corporativas de las sociedades cotizadas como instrumento de comunicación y de ejercicio de los derechos de los socios», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 133 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ**, Jesús Antonio: «Sentencia de 26 de diciembre de 2014. Falta de precisión del acuerdo de la junta general en la determinación de los administradores contra los que se pretende ejercitar la acción social de responsabilidad y en la conducta antijurídica que se les imputa», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 289 ss.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA**, Alberto: «De nuevo sobre las Sociedades Anónimas Deportivas», en *RJNot*, núm. 92-93, 2014-2015, pp. 401 ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA**, Eduardo María: «La interrupción de la prescripción de la acción individual contra administradores sociales y auditores por la declaración de concurso: Comentario de la sentencia núm. 737/2014 del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 22 de diciembre de 2014», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 341 ss.
- VELARDE PECHE**, José Francisco: «Anotación preventiva de demanda sobre finca perteneciente a sociedad en concurso de acreedores (a propósito de la Resolución de 1 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 231 ss.

VIGUERA REVUELTA, Rodrigo: «Legitimación del socio para instar la nulidad de la compraventa del principal activo de la sociedad [comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 23 de septiembre de 2014]», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 483 ss.

VIÑUELAS SANZ, Margarita: «El buen gobierno de las fundaciones bancarias», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 87 ss.

VIVES RUIZ, Fernando: «Los conflictos de intereses de los socios en la reforma de la regulación mercantil», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 187 ss.

VIZCAÍNO GARRIDO, Pedro Luis, y RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Crisis económica y responsabilidad concursal de los administradores sociales a la luz de las últimas resoluciones judiciales», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 219 ss.

ZUBIAURRE GURRUTXAGA, Amaia: «La renuncia del auditor en el texto refundido de la ley de auditoría de cuentas», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 279 ss.

## INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

CALVO VÉRGEZ, Juan: «El nuevo régimen jurídico de las entidades de gestión tras la aprobación de la ley 21/2014: luces y sombras», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 27 ss.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «Reformas financieras estructurales: “Volcker rule”, ¿oportunidad o conveniencia?», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 145 ss.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Los fondos de inversión a largo plazo europeos: el nuevo recurso europeo para la financiación de las empresas e infraestructuras», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 221 ss.

SAINZ DE VICUÑA Y BARROSO, Antonio: «La Unión de Mercados de Valores: una nueva frontera para Europa», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 321 ss.

SALINAS ACELGA, Sergio: «Primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán: algo más que la compatibilidad con el Derecho de la Unión del programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (Comentario a las Conclusiones del Abogado General en el Asunto C-62/14)», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 295 ss.

URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «El nuevo régimen europeo de resolución bancaria», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 107 ss.

## CONTRATOS MERCANTILES

AGUILAR LOBATO, Sergio, y MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «La aplicación de la normativa MIFID y el artículo 79 quáter de la LMV en los contratos bancarios conforme a la interpretación efectuada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, por la SAN de 15-7-2013 y por la jurisprudencia del T. S.», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1694 ss.

- ANTÓN JUÁREZ, Isabel: «Problemas de la venta *on line* de productos de marca», en *RDCD*, núm. 16, 2015.
- CORTÉS, Pablo: «Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo», en *InDret*, núm. 4, 2015.
- CRUZ RIVERO, Diego: «El control judicial de las cantidades reclamadas al prestatario en el préstamo bancario de dinero», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 2045 ss.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «CARPOOLING: C2C en el transporte de personas», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 161 ss.
- FLAQUER RIUTORT, Juan: «Reflexiones jurídicas sobre determinada prácticas en la comercialización hotelera *on-line*», en *RDNT*, núm. 38, 2015, pp. 135 ss.
- «Algunos problemas jurídicos derivados de las nuevas formas de comercialización hotelera a través de canales electrónicos», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 119 ss.
- FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: «Mediación *on-line*: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos», en *InDret*, núm. 4, 2015.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> Belén: «Redefiniciones y armonización en materia de viajes combinados», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 171 ss.
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos bancarios y su interpretación por la STS de 29 de octubre de 2013 y la jurisprudencia menor», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 532 ss.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza: «La atipicidad y las cuentas en participación», en *RDS*, núm. 44, 2015, pp. 262 ss.
- MAS BADÍA, M.<sup>a</sup> Dolores: «El contrato electrónico de seguro: Formación del contrato y tutela del usuario», en *RDNT*, núm. 38, 2015, pp. 63 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014. Improcedencia de la nulidad de la compra de participaciones preferentes emitidas por una entidad bancaria islandesa que, tras quebrar, suspendió el pago de los cupones», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 531 ss.
- PINO ABAD, Manuel, y SERRANO CAÑAS, José Manuel: «El nuevo régimen jurídico de los contratos a distancia», en *RDNT*, núm. 37, 2015, pp. 89 ss.
- PUETZ, Achim: «Seguro de transporte y subrogación del asegurador: la acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil del causante del daño [comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 4 de noviembre de 2014]», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 497 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Los dividendos de las acciones en un caso de compraventa de empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014», en *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1665 ss.
- TALAVERA HERNÁNDEZ, José A.: «La figura del mediador en la mediación *on-line*», en *RDNT*, núm. 38, 2015, pp. 203 ss.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: «Aspectos fundamentales de la reforma del Anteproyecto de Código Mercantil sobre la regulación del contrato de seguro», en *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 15 ss.

### TÍTULO VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

ADAN DOMENECH, Federico: «El carácter abusivo de los pagarés en blanco (a propósito de la STS de 12 de septiembre de 2014)», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 239 ss.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Sentencia de 15 de diciembre de 2014. Improcedencia de anulación por error de la inversión que contrató con la entidad demandada y la nulidad del contrato por incumplimiento de las normas administrativas que imponían deberes de información y de evaluación de los contratantes de productos especulativos», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 451 ss.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «Sentencia de 15 de julio de 2014. Resolución del contrato de compra de acciones preferentes, no por la existencia de nulidad del contrato por error o vicio, sino por incumplimiento del contrato», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 73 ss.

NÚÑEZ LOZANO, Pablo Luis: «Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2014. Falta de concurrencia en la adquisición de las letras de cambio descontadas de condición alguna para la eficaz oposición frente al ejercicio de la acción cambiaria de excepciones causales ajenas en virtud de la cláusula de la *exceptio doli*», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 153 ss.

### DERECHO CONCURSAL

ALONSO NÚÑEZ, Manuel: «La calificación concursal de créditos con garantía personal de fianza», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 51 ss.

ANTHIMOS, Apóstolos y ZABAleta DÍAZ, Marta: «La protección de los terceros adquirientes en el Reglamento europeo de insolvencia: A propósito de la sentencia de la audiencia provincial de Tesalónica de 25 de abril de 2013», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 283 ss.

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «La clasificación del crédito de los administradores de hecho en el concurso: Comentario de la sentencia núm. 739/2014 del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 29 de diciembre de 2014», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 381 ss.

BAÑULS, Francisco-Alexis: «La rendición de cuentas de los administradores concursales», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 145 ss.

CABA TENA, Antonio: «La improcedente acumulación o falta de legitimación pasiva del acreedor, cuyo crédito también se impugna por otra causa, frente a la acción de impugnación de la cuantía del propio crédito del

actor incidental: Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz de 30 de septiembre de 2014», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 299 ss.

CONDE, Jesús: «Incidente concursal sobre la declaración del carácter contingente del crédito por el inicio de actuaciones arbitrales y oposición por el concursado de la inexistencia del crédito por incumplimiento contractual del acreedor: Comentario a la sentencia núm. 37/2015 de 17 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 419 ss.

CORDERO LOBATO, Encarna: «Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014. El privilegio faccionario sobre el buque en el concurso. Ámbito objetivo de créditos incluidos, constancia registral, momento relevante para practicar la anotación preventiva, caducidad de la anotación y necesidad de que la misma subsista para mantener el privilegio», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 115 ss.

DESENDENTADO DAROCA, Elena: «Grupo de sociedades y concurso de acreedores: Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de julio de 2014», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 266 ss.

DOMÍNGUEZ CABRERA, M.ª del Pino: «El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal», en *RCDI*, núm. 748, 2015, pp. 733 ss.

ETXARANDIO HERRERA, Edorta: «La liquidación traslativa y la sucesión de empresa en el Real Decreto Ley 11/2014», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 193 ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Las aportaciones de créditos contra sociedad en desequilibrio patrimonial y tutela de la integridad del capital social», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 43 ss.

FLORES SEGURA, Marta: «La conclusión parcial del concurso: Comentario del Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca de 16 de diciembre de 2014», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 401 ss.

— «Sentencia de 12 de noviembre de 2014. Tramitación de varios concursos conexos acumulados, rescisión de un acto de la concursada realizado fuera del periodo de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso de la misma, pero dentro de dicho periodo sospechoso», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 355 ss.

GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura: «Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades de la Unión Europea», en *RJUAM*, núm. 31, 2015, pp. 205 ss.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 12 de diciembre de 2014. Interpretación del artículo 84.4 LC sobre el alcance del privilegio de ejecución separada de los créditos públicos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación. Sumisión a las reglas de ejecución comunes y a la competencia del juez del concurso», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 435 ss.

GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «El concurso de la Pyme y el concurso de la persona natural: Régimen concursal de la vivienda habitual del deudor», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 237 ss.

GRASA, David; REOLON, Luigi, y NORIEGA, Mayra: «El concurso de persona física exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 449 ss.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo)», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 129 ss.

HERRERO SUÁREZ, Carmen: «Sentencia de 24 de julio de 2014. Alcance de la prohibición de compensación tras la declaración de concurso recogida en el artículo 58 LC», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 19 ss.

IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Sentencia de 23 de febrero de 2015. Perjuicio para la masa activa o sacrificio patrimonial injustificado que se presume, salvo prueba en contrario, derivado del acto de constitución de garantías reales sobre una obligación destinada a reducir otra anterior, que no goza de garantía real», en *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 381 ss.

IRIBARREN BLANCO, Miguel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014. El concurso y posterior disolución de una sociedad anónima no afectan a la promesa de compraventa contraída sobre sus acciones. El cumplimiento es perfectamente posible en esas circunstancias y el descenso del valor de las acciones no es relevante. La extinción de la sociedad, al contrario de lo que se desprende de la postura del Tribunal Supremo, tampoco habría liberado de su compromiso a los sujetos obligados a comprar, dado que contractualmente tenían asignado ese riesgo», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 133 ss.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La muerte del concursado y la responsabilidad del heredero», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3392 ss.

— «El concurso de la herencia», en *RCDI*, núm. 747, 2015, pp. 438 ss.

LASO MARTÍNEZ, José Luis: «Ambigüedades y contradicciones de las deudas por gastos de urbanización en los procesos concursales», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3439 ss.

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Sentencia de 24 de julio de 2014. Calificación como créditos contra la masa o créditos concursales de la indemnización y de los salarios de tramitación derivados de un despido improcedente efectuado con anterioridad al concurso y ejecutado con posterioridad al mismo», en *CCJC*, núm. 98, 2015, pp. 83 ss.

LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «El incumplimiento del convenio concursal: Comentario de la sentencia Núm. 449/2014 del tribunal supremo (1.º) de 4 de septiembre de 2014», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 357 ss.

MADRAZO LEAL, Juan: «La ejecución forzosa de los créditos contra la masa: Comentario de la sentencia núm. 711/2014 del Tribunal Supremo (1.º) de 12 de diciembre de 2014», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 469 ss.

MERCADAL VIDAL, Francisco: «El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los *covenants*», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 115 ss.

- MOLERO PRIETO, Rafael y MONTÉS REIG, Luis: «La valoración y transmisión de los «créditos litigiosos» en el concurso de acreedores», en *RdPat*, núm. 37, 2015, pp. 143 ss.
- PENADÉS FONS, Manuel Alejandro: «Concursos y sucesiones internacionales», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 127 ss.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, Carmen: «Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 9 ss.
- RODRÍGUEZ QUIRÓS, Eva María: «Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014. No cabe aplicar el artículo 16.2, párr. 2.º del RD Ley 5/2005 (redacción dada por la Ley 16/2009), a la resolución de un swap al amparo de un CMOF. Dicha norma se refiere a los supuestos de incumplimiento del artículo 62.4 LC y no se aplica a las resoluciones en interés del concurso ex artículo 61.2 LC», en *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 39163 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel, y HUERTA VIESCA, M.ª Isabel: «La responsabilidad concursal tras el Real-Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo», en *ADCon*, 2015, núm. 36, pp. 171 ss.
- TEMBOURY REDONDO, Miguel: «Insolvencia y retroactividad normativa», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 165 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «La calificación en un concurso territorial: sus efectos fuera del estado de apertura del procedimiento», en *ADCon*, 2015, núm. 35, pp. 103 ss.
- VELARDE PECHÉ, José Francisco: «Anotación preventiva de demanda sobre finca perteneciente a sociedad en concurso de acreedores (a propósito de la Resolución de 1 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *CDC*, núm. 62, 2014, pp. 231 ss.

## **DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE**

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: «La fractura hidráulica («Fracking») ante el Tribunal Constitucional: las sentencias del Tribunal Constitucional 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio y 208/2014, de 15 de diciembre», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 525 ss.
- ALMODÓVAR IÑESTA, María: «La protección de las aguas contra la contaminación por nitratos procedentes de la agricultura: eficacia de la condicionalidad», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 283 ss.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.ª del Rosario: «Estrategias e iniciativas sobre ciudades inteligentes. Una reflexión general», en *RDU*, núm. 300, 2015, pp. 39 ss.
- ALONSO MAS, M.ª José: «Los sistemas de apoyo a las energías renovables basados en certificados verdes en la Unión Europea», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 77 ss.
- ANTÓN SEGURADO, M.ª del Carmen: «Propuesta de guía para la autorización de proyectos de exploración e investigación de hidrocarburos mar adentro en España», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 477 ss.

- AVIÑÓ BELENGUER, David: «El destino de los bienes, recursos y derechos del patrimonio público de suelo en la legislación urbanística estatal y autonómica», en *RDU*, núm. 299, 2015, pp. 57 ss.
- BOLAÑO PIÑEIRO, M.<sup>a</sup> del Carmen: «El procedimiento de declaración de calidad del suelo en la Comunidad Autónoma del País Vasco», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 259 ss.
- CLOVIS SIAKA, Dany: «La privatización del paisaje. Elementos para su aprehensión *jus privativa*», en *RDU*, núm. 299, 2015, pp. 189 ss.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pilar: «El sistema jurídico de responsabilidad medioambiental: análisis de riesgos y *compliance legal*», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 333 ss.
- EZEIZABARRENA SÁENZ, Xabier: «Prospecciones petrolíferas en Canarias y consulta popular», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 373 ss.
- FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther: «Método de capitalización de rentas en la valoración de suelo: determinación de las magnitudes económicas», en *RDU*, núm. 298, 2015, pp. 17 ss.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio: «Aspectos ambientales de la explotación y explotación de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 31 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «¿Formalismo exacerbado o simple defensa de la legalidad?», en *RUE*, núm. 33, 2015, pp. 183 ss.
- «El principio de equidistribución en la fase de planeamiento. A propósito de la importante STS de 27 de mayo de 2015: RC núm. 2678/2013, Asunto Txomin Enea», en *RUE*, núm. 34, 2015, pp. 173 ss.
- FORTES MARTÍN, Antonio: «La movilidad urbana sostenible en la encrucijada de lo urbanístico y lo ambiental», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 169 ss.
- FRANCIA ACUÑA, Laura I.: «Las transferencias de aprovechamiento urbanístico como mecanismo de gestión para la obtención gratuita de suelos dotacionales y para compensar déficits de áreas verdes», en *RDU*, núm. 297, 2015, pp. 153 ss.
- GARCÍA AMEZ, Javier: «La Ley de Responsabilidad Ambiental: una visión crítica y balance de su aplicación», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 439 ss.
- GARCÍA CAMPA, José Ignacio, y LLIDÓ SILVESTRE, Joaquín: «La ocupación directa sin el consentimiento del propietario (STC 183/2013, de 23 de octubre)», en *RDU*, núm. 298, 2015, pp. 131 ss.
- GEIS CARRERAS, Gemma: «El Derecho urbanístico en la encrucijada de las ciudades inteligentes, una realidad de la que no debe ausentarse», en *RDU*, núm. 300, 2015, pp. 135 ss.
- GIL FRANCO, Agustín Juan: «El concepto de obra menor y mayor, una aproximación normativa y jurisprudencial», en *RDU*, núm. 298, 2015, pp. 87 ss.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> Luisa: «Smart Cities vs. Smart Governance: ¿Dos paradigmas de interrelación administrativa no resueltos aún? Parte I», en *RDU*, núm. 300, 2015, pp. 53 ss.

- GONZÁLEZ Ríos, Isabel: «La conservación y rehabilitación de los edificios históricos desde la perspectiva de la sostenibilidad energética», en *RDU*, núm. 298, 2015, pp. 149 ss.
- HILSON, Chris: «Gas no convencional y obligaciones climáticas plenamente vinculantes: su significado para el derecho urbanístico en el Reino Unido», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 265 ss.
- JARÍA I MANZANO, Jordi: «El constitucionalismo de la escasez: derechos, justicia y sostenibilidad», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 295 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «El incumplimiento del deber de urbanizar como infracción urbanística y los requisitos para su constancia registral», en *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2405 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Las expropiaciones forzosas y el Registro de la Propiedad», en *RDU*, núm. 299, 2015, pp. 17 ss.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Teoría de la catástrofe y emigrantes ecológicos», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 27 ss.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta: «Crecimiento inteligente y Nuevo Urbanismo en los Estados Unidos de América», en *RDU*, núm. 300, 2015, pp. 87 ss.
- LUQUE ÁLVAREZ, Rafael Ignacio: «La incidencia de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (LS 2007) y el Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLS 2008) en la expropiación de los suelos destinados a sistemas generales. Reciente jurisprudencia», en *RDU*, núm. 297, 2015, pp. 67 ss.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «La especial exigencia de motivación en la reclasificación de los espacios libres a propósito de la STS de 14 octubre 2014», en *RUE*, núm. 33, 2015, pp. 157 ss.
- «Derecho de propiedad y política de vivienda: límites constitucionales. Comentario a la STC de 14 de mayo de 2015», en *RUE*, núm. 34, 2015, pp. 137 ss.
- MASTROPIETRO, Barbara: «Planificación urbana y mercado de los derechos de edificación: el modelo italiano y otros modelos a confrontar», en *RGLJ*, núm. 1, 2015, pp. 7 ss.
- MORA RUIZ, Manuela: «La planificación en la Ley 30/2014 de 3 de diciembre, de Parques Nacionales: conservación, desarrollo sostenible y territorio, ¿alternativas o posibilidades?», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 219 ss.
- MORCILLO NAVASCUÉS, Borja: «Aplicación tecnológica de los Sistemas de Información Geográfica en las Smart Cities: en particular, en el ámbito urbanístico y medioambiental», en *RDU*, núm. 300, 2015, pp. 161 ss.
- MOREL ECHEVARRÍA, Juan Claudio: «*Iura in re aliena*, su aptitud para proteger el paisaje», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 417 ss.
- MUÑOZ AMOR, M.<sup>a</sup> del Mar, y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar: «La evaluación de impacto ambiental y la trascendencia del concepto de «acumulación de proyectos» del Anexo III de la Directiva 85/337/CEE en relación con la fractura hidráulica: reciente doctrina del TJUE», en *RDU*, núm. 299, 2015, pp. 107 ss.

MUÑOZ GUIJOSA, M.<sup>a</sup> Astrid: «Indemnización por alteración del planeamiento e iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014», en *RUE*, núm. 34, 2015, pp. 155 ss.

PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa: «*Leading case* ambiental: la causa «Mendoza» y el reconocimiento de los derechos de tercera generación», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 437 ss.

PERNAS GARCÍA, Juan José: «La evaluación de impacto ambiental de proyectos en la Ley 21/2013: luces y sombras de las medidas adoptadas para clarificar y agilizar el procedimiento y armonizar la normativa», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 163 ss.

RAMOS MEDRANO, José Antonio: «El concepto de urbanismo sostenible del Texto Refundido de la Ley del Suelo en la reciente jurisprudencia», en *RDU*, núm. 297, 2015, pp. 105 ss.

RASTROLLO SUÁREZ, Juan José: «Iniciativa privada y ejecución del planeamiento en la legislación urbanística (I)», en *RUE*, núm. 33, 2015, pp. 127 ss.

— «La ejecución del planeamiento por los propietarios en la normativa estatal (II): del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana al Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio», en *RUE*, núm. 34, 2015, pp. 105 ss.

RODRÍGUEZ BEAS, Marina: «La posición jurídica de las administraciones locales en materia forestal», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 389 ss.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel María: «La planificación en materia de residuos y su sometimiento al nuevo procedimiento de evaluación ambiental estratégica», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 221 ss.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel: «La responsabilidad contractual por el incumplimiento de los convenios urbanísticos y la forma de cálculo de las indemnizaciones (a propósito de la STS de 16 de junio de 2014)», en *RUE*, núm. 33, 2015, pp. 167 ss.

— «Planeamiento e interés general. Las frustradas operaciones urbanísticas del Club Atlético de Madrid y del Real Madrid C. F.: a propósito de la anulación de sendas modificaciones puntuales del PGOU de Madrid», en *RUE*, núm. 34, 2015, pp. 145 ss.

RUIZ OLMO, Irene: «El recorte a las energías renovables en la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2014, de 12 de junio: la aparente incompatibilidad del interés general con el de los productores», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 461 ss.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima: «Racionalización del ejercicio de la potestad de planeamiento a través de su control judicial», en *RUE*, núm. 34, 2015, pp. 49 ss.

SANZ RUBIALES, Íñigo: «La cetrería: caza y medio ambiente», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 57 ss.

SERRANO PAREDES, Olga: «El servicio público local de gestión de residuos comerciales no peligrosos y de residuos domésticos generados en la industrias: comentario al artículo 12.5. C) de la Ley 22/2011», en *RDA*, núm. 31, 2015, pp. 311 ss.

STUÁIN MENDÍA, Beatriz: «La tarificación de los servicios relacionados con el agua: condiciones, alcance y eficacia a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 133 ss.

TARDÍO PATO, José Antonio: «Las medidas provisionales para la protección del medio ambiente», en *RDA*, núm. 30, 2015, pp. 83 ss.

VAN-HALEN RODRÍGUEZ, Juan: «Ciudades sostenibles: un reto inaplazable», en *RDU*, núm. 300, 2015, pp. 17 ss.

ZAMORANO WISNES, José: «El suelo urbanizado y las operaciones de transformación urbanística en la legislación del suelo: evolución y régimen jurídico», en *RDU*, núm. 298, 2015, pp. 47 ss.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «La Comisión Europea y los cambios en el poder ejecutivo de la Unión Europea», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 85 ss.

CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> Dolores: «A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa», en *Indret*, núm. 3, 2015.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 173 ss.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «La Propuesta de Directiva sobre la «Societas Unius Personae» (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015», en *AAMN*, núm. 55, 2015, pp. 105 ss.

ESTOA PÉREZ, Abel: «La limitación de las Ayudas de Estado a las energías renovables: las nuevas directrices de la Comisión Europea y el caso español», en *REDE*, núm. 53, 2015, pp. 87 ss.

GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura: «Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades de la Unión Europea», en *RJUAM*, núm. 31, 2015, pp. 205 ss.

GARZÓN CLARIANA, Gregorio: «El Parlamento Europeo y la evolución del poder legislativo y del sistema normativo de la Unión Europea», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 43 ss.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia, y RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco M.: «El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)», en *REDE*, núm. 54, 2015, pp. 155 ss.

- GOSALBO BONO, Ricardo: «Insuficiencias jurídicas e institucionales de la acción exterior de la Unión Europea», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 231 ss.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel: «La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica unión económica en formación?», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 361 ss.
- MANGAS MARTÍN, Araceli: «El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 13 ss.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extra-procesales para su protección», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «La posición de los Estados miembros ante la evolución de la Unión Europea: comprometidos con el proceso de integración, convencidos de la necesidad de reforzar los rasgos de intergubernamentalidad», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 125 ss.
- MONTESINOS PADILLA, Carmen: «A las puertas del TJUE. La frustrada flexibilización de las condiciones de acceso del particular», en *REDE*, núm. 55, 2015, pp. 37 ss.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 195 ss.
- ORTIZ VIDAL, M.ª Dolores: «El principio de mutuo reconocimiento en el ámbito de la UE y los límites a la libre circulación. ¿Mecanismo conciliador en tiempos revueltos?», en *RDC*, núm. 3, 2015, pp. 177 ss.
- PÉREZ BERNÁRDEZ, Carmela: «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa», en *RDUE*, núm. 51, 2015, pp. 573 ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio; «La Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión», en *RJN*, núm. 58, 2014, pp. 95 ss.
- ROLDÁN BARBERO, Francisco Javier: «La aplicación territorial del derecho de la Unión Europea y el derecho internacional», en *RDUE*, núm. 51, 2015, pp. 453 ss.
- RUIZ CAIRÓ, Elisabet: «Le nouveau Règlement n.º 1223/2009 des produits cosmétiques: la recherche d'un équilibre entre innovation et protection des consommateurs», en *REDE*, núm. 53, 2015, pp. 113 ss.
- SAINZ DE VICUÑA Y BARROSO, Antonio: «La Unión de Mercados de Valores: una nueva frontera para Europa», en *RDUE*, núm. 50, 2015, pp. 321 ss.
- SÁNCHEZ BARRUECO, M.ª Luisa: «El control del Consejo Europeo por el Parlamento Europeo (2009-2014): marco jurídico y práctica interinstitucional», en *REDE*, núm. 53, 2015, pp. 19 ss.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «El nuevo régimen europeo de resolución bancaria», en *RDBB*, núm. 138, 2015, pp. 107 ss.

**DERECHO PROCESAL**

CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Procesos de modificación judicial de la capacidad por causa de discapacidad (1)», en *AC*, núm. 11, 2015.

CARPI MARTÍN, M.ª Rebeca: «La herencia yacente como parte demandada: cuatro odiseas procesales», en *RCDI*, núm. 746, 2014, pp. 3363 ss.

CERRATO GURI, Elisabet: «Aspectos procesales de la propiedad temporal y de la propiedad compartida de la vivienda habitual», en *InDret*, núm. 2, 2015.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «La subasta judicial de bienes inmuebles con pago aplazado», en *RCDI*, núm. 751, 2015, pp. 2489 ss.

MARCOS FRANCISCO, Diana: «Nuevas medidas de defensa de los consumidores en materia de acciones colectivas, asistencia jurídica gratuita, costas y tasas judiciales», en *InDret*, núm. 4, 2015.

MONTESINOS GARCÍA, Ana: «Aspectos procesales de las acciones colectivas en defensa de los consumidores de servicios bancarios», en *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 247 ss.

VALMAÑA CABANES, Antonio: «La importancia del trámite de conclusiones y la conveniencia de su práctica en el juicio verbal», en *InDret*, núm. 3, 2015.

**ABREVIATURAS**

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ACM	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
DPC	Derecho Privado y Constitución
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo

RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades
RDU	Revista Aranzadi de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

**REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR**

<i>InDret</i>	<a href="http://www.indret.com">www.indret.com</a>
<i>Diario La Ley</i>	
<i>La Ley Derecho de Familia</i>	
<i>La Ley Mercantil</i>	
<i>La Ley Unión Europea</i>	



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Universidad Carlos III de Madrid)**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Nicolás DÍAZ DE LEZCANO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Gabriel GARCÍA CANTERO (Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Gemma MINERO ALEJANDRE (Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Universidad Autónoma de Madrid), Isué VARGAS BRAND (Universidad Autónoma de Madrid)**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Accidente de circulación: Acción civil ejercitada por herederos de la víctima contra la aseguradora: Prescripción: Sentencia penal absolutoria: dies a quo de la acción civil.**–En cuanto a los efectos interruptores del proceso penal cuando a la reclamación civil de responsabilidad extracontractual ha precedido un proceso penal, la jurisprudencia afirma (SSTS de 16 de

junio de 2010 y 7 de octubre de 2013, entre otras) que, una vez concluido el proceso penal sin condena, el plazo de prescripción de las acciones civiles, cuando las partes estén personadas en el proceso penal, empezará a contarse desde el día en que aquellas pudieron ejercitarse a tenor del artículo 1969 CC, precepto este que relacionado con los artículos 111 y 114 LECRIM y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento es la sentencia penal absolutoria o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, hayan adquirido firmeza, puesto que en ese momento de conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil con arreglo al artículo 114 LECRIM.

**Título ejecutivo dictado en actuaciones penales.**—El recurso cita como infringida la doctrina según la cual si en las actuaciones penales se ha dictado el título ejecutivo al que se refiere el artículo 13 del RDL 8/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LRCSCVM procede diferir el comienzo del plazo anual de prescripción, que entonces no comenzará a correr sino a partir de que dicho auto se haya notificado. Pero esta doctrina es compatible con la antes sentada, pues no puede convertirse la excepción en regla general dilatando indefinidamente el comienzo del plazo de prescripción en los casos en que no se hubiera dictado este auto, ni tan siquiera se sabe si llegará a dictarse, porque el perjudicado no lo ha considerado necesario para poder ejercitar la acción civil de indemnización, como aquí ha ocurrido.

**Prescripción extintiva.**—Finalizado el proceso penal por sentencia firme absolutoria y notificada esta, los perjudicados pudieron ejercitar su reclamación en vía civil ya que desde entonces contaban con todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para fundar su pretensión. De los propios términos de la demanda se deduce que la reclamación complementaria a que se contrae este litigio se refería a indemnizaciones que, no discutiéndose la realidad del daño, podían concretarse y cuantificarse sin mayor problema con arreglo al sistema legal de aplicación. Además la realidad de los hechos demuestra que la falta de título ejecutivo no fue impedimento para que formulasen distintas reclamaciones extrajudiciales frente a la aseguradora, luego demandada. El auto de cuantía máxima no resulta imprescindible para conocer el daño y su valor económico, pues las cantidades que figuran en el mismo son máximas, en ningún caso vinculantes, quedando siempre abierta al perjudicado la vía del declarativo correspondiente en caso de disconformidad. En conclusión, puesto que los actores-recurrentes no encontraron óbice en la ausencia de dicho auto para reclamar extrajudicialmente a la aseguradora, y luego dejaron pasar más de un año desde la segunda reclamación extrajudicial hasta la presentación de la demanda de conciliación, tampoco para ellos la omisión del auto de cuantía máxima podía impedir el ejercicio de la acción civil, ni el comienzo del plazo para su prescripción. (**STS de 2 de abril de 2014;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.] (G. G. C.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**2. Derecho al honor. Protección de datos de carácter personal. Registros de morosos: incorporación a ficheros de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias. Condiciones de validez.**—La LOPD permite que los datos personales relativos al cumplimiento o

incumplimiento de obligaciones dinerarias sean facilitados por el acreedor a otra persona para su incorporación a un fichero de los denominados «registros de morosos», incluso sin el consentimiento del afectado y siempre que tal incorporación responda a una finalidad legítima y se respeten sus derechos. Lo que exige que tales datos cumplan los requisitos básicos de «calidad de la información» (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud), y de concesión al afectado de un derecho de rectificación cuando el tratamiento de sus datos se haya llevado a cabo sin respetar los indicados parámetros de calidad.

**Responsabilidad de los titulares de los ficheros comunes por falta de veracidad de los datos o por inobservancia de su deber de rectificación.**— La empresa gestora de estos registros no puede ampararse en un precepto reglamentario para desnaturalizar el derecho que la LOPD, en desarrollo del artículo 18.4 CE y de la normativa supranacional de directa aplicación (en especial, el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 1981, y la Directiva 1995/46/CE), concede a los interesados. En este sentido, la empresa titular del fichero común en el que se incluyen los datos sobre incumplimientos de obligaciones dinerarias, debe velar por la calidad de los datos y, eventualmente, proceder a su rectificación o cancelación cuando le conste, como fue el caso, que los mismos son inexactos, incompletos o no pertinentes. Debiendo, en tal sentido, atender la solicitud de cancelación o rectificación del afectado cuando la misma sea suficientemente fundada. Y por iguales razones, debe responder de los daños y perjuicios causados al afectado cuando haya incumplido estas obligaciones. (**STS de 21 de mayo de 2014;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

**HECHOS.**—El actor había contratado la publicidad en internet de sus servicios como abogado a la mercantil Y. P. S. A., con la posibilidad de extinguir anticipadamente el contrato abonando solamente los servicios efectivamente prestados. Así sucedió, comunicando el actor su desistimiento y ofreciéndose a pagar la parte pendiente en la cuenta que le indicara la acreedora. Esta, sin embargo, no atendió en ningún momento las continuas reclamaciones del cliente y siguió girando los recibos mensuales pese a haber sido notificada fehacientemente de la terminación del contrato. Y. P. S. A. incorporó los datos de su cliente al registro de morosos de la ASNEF, cuya titularidad pertenece a la otra demandada, E. I. S. L. El actor requirió a ésta última para que eliminara sus datos de dicho registro, ya que esta información le había ocasionado diversos problemas en sus transacciones económicas con terceros. Para ello le dio cuenta de toda la información en la que se reflejaba la veracidad de su situación y la inexistencia de causa para figurar en tal clase de ficheros. Sin embargo, E. I. S. L. desatendió su petición amparándose en que su cliente (Y. P. S. A.) no había dado su aprobación a la eliminación de tal información, tal como se establecía en el Reglamento de desarrollo de la LOPD. El interesado demandó a ambas sociedades por incumplimiento de la LOPD, y reclamó la condena solidaria al pago de una indemnización por daño moral. El Juzgado acogió parcialmente la demanda y condenó a Y. P. S. A., absolviendo a E. I. S. L. La Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso de apelación del actor. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación planteada. (*L. A. G. D.*)

**3. Propiedad horizontal. Publicación de listas de morosos. Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen. No existe lesión cuando se trata de un legítimo ejercicio de la libertad de información dentro de los límites y con el cumplimiento de las exigencias constitucionales para la prevalencia de esta libertad sobre el honor o dignidad de las personas.**—En la colisión del derecho fundamental al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen con la libertad de información, debe prevalecer ésta sobre aquél por ostentar una posición prevalente, siempre que la información cumpla con los requisitos de veracidad y no contenga frases o expresiones ultrajantes u ofensivas innecesarias para dar a conocer la información que se pretende transmitir. En este sentido, la información difundida no solo era de interés para la comunidad de propietarios, sino que además su difusión venía amparada por la normativa específica de la propiedad horizontal. Además, no quedó probado que su contenido no fuera veraz, sin que tampoco apareciese intencionalidad alguna de menoscabar el honor del demandante, ya que dicha información no contenía juicios valorativos, opiniones o expresiones difamantes, injuriosas o insultantes que pudieran atentar contra el honor del interesado. (STS de 21 de marzo de 2014; no ha lugar.) [PONENTE EXCMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO.]

**HECHOS.**—El actor demandó a la comunidad de propietarios de la que formaba parte por haber publicado ésta, con la convocatoria a Junta de Propietarios, una lista de morosos en la que se le incluía con la cantidad pendiente de pago, que el actor discutía. Dicha lista se colocó, una a la entrada del complejo residencial, y otra en la zona de tránsito hacia la piscina. A juicio del demandante esta ubicación, fuera del correspondiente tablón de anuncios acondicionado para ello, posibilitaba que cualquier persona, incluso ajena a la comunidad, pudiera tomar conocimiento de su contenido, con menoscabo de su honor, intimidad y propia imagen. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Murcia desestimaron la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

**4. Configuración del derecho a la propia imagen. Ponderación con la libertad de información. Falta de prevalencia de la libertad de información cuando, con el propósito de obtener un beneficio económico, se realiza una explotación comercial de la imagen de un tercero que tiene carácter público.**—En cita de la STC 81/2001, de 26 de marzo, y las SSTS de 25 de septiembre de 2008 y de 29 de abril de 2009, el Alto Tribunal señala que debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad o esfera moral, relacionada con la dignidad humana, de su faceta patrimonial, protegida también por el Derecho, pero como aspecto ajeno a la categoría de derecho fundamental de tutela constitucional. En lo que a la ponderación del derecho a la propia imagen y de la libertad de información se refiere, se entiende que únicamente podía publicarse la imagen del personaje público sin su consentimiento cuando ello se haga con fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales. No puede prevalecer la libertad de información cuando con el propósito de obtener un beneficio económico, se acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen sin el consentimiento del mismo. El

carácter público de la persona hace aumentar la intensidad de la intromisión en este tipo de supuestos. (**STS de 8 de mayo de 2014**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—D. Luis, artista, y la entidad Música Luis, S. L., entidad que gestiona y explota comercialmente los derechos derivados del nombre y la imagen del artista, demandaron a la Editorial Almeriense de Publicaciones, S. L., editora del periódico Almería Actualidad, y a Federico, S. A., sociedad que tiene encomendada la promoción de esta última y que firmó la campaña publicitaria. Los demandantes consideraron infringido el derecho a la propia imagen del artista, en su modalidad de apropiación publicitaria de su nombre e imagen, en la campaña promocional del citado periódico, en el que se emplearon tanto el nombre como la imagen del artista sin el consentimiento de éste. Concretamente, en el ejemplar cero del periódico, se dio difusión a varias noticias veraces en su portada, relacionadas con la localidad, como el cierre de gira del artista o el buen resultado de la cosecha en Almería. Únicamente se reclama la condena solidaria al pago de una indemnización de 145.000 euros en concepto de lucro cesante, sin reclamación adicional en concepto de daño moral.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, rebajando a 55.000 euros a indemnización. Se sostiene que la imagen y el nombre del demandante no se utilizaron en el periódico para dar a conocer el cierre de gira, sino a los solos efectos de promocionar y dar publicidad a un periódico de nuevo lanzamiento.

El recurso de apelación interpuesto por los demandados es desestimado por la Audiencia Provincial de Almería en su sentencia de 20 de enero de 2011. Se confirma la legitimación de la entidad demandante Música Luis, S. L., para pedir la indemnización que pudiera corresponder por el uso no consentido de la imagen del artista que creó esta sociedad y que es su administrador único. Entiende que existió un uso publicitario de la imagen del cantante sin consentimiento de éste, por lo que, acreditada la intromisión ilegítima, el perjuicio se presume, siendo adecuada y proporcionada la indemnización fijada.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los demandados. Casa la sentencia recurrida únicamente en lo que se refiere a la demanda formulada por Música Luis, que desestima, manteniendo el pronunciamiento en todo lo demás. Entiende que esta última sociedad no goza de legitimación para defender la explotación comercial de la imagen del artista como contenido del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 CE, en el seno de un procedimiento que versa sobre este derecho fundamental.

**NOTA.**—El Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller formula voto particular en el que profundiza en la explicación de los motivos por los que el recurso de casación es estimado. Sostiene que el derecho constitucional a la propia imagen que ampara el artículo 18 CE no es de carácter patrimonial, sino de carácter moral, y por ello su vulneración genera un daño moral, y no únicamente

un perjuicio patrimonial medido en las cantidades que normalmente le habría correspondido percibir al personaje público por una campaña publicitaria de las mismas características que la realizada por el periódico. La protección de los valores económicos de la imagen afecta a bienes jurídicos distintos de los que son propios a un derecho de la personalidad y, aunque son dignos de protección, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18 CE. (G. M. A.)

**5. Reportajes de investigación mediante cámara oculta. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.**—El Alto Tribunal parte de su jurisprudencia sobre el periodismo de investigación mediante cámara oculta, contenida en sus sentencias de 16 de enero y 30 de junio de 2009 y 20 de mayo de 2010 y en la doctrina del Tribunal Constitucional presente en sus sentencias 12/2012, 74/2012 y 24/2012. El empleo de esta técnica se caracteriza porque las personas cuya actuación es grabada se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían. La autorización al periodista para entrar en el lugar de trabajo del sujeto afectado no puede ser interpretada como consentimiento a la grabación y menos aún a la difusión de lo grabado. La intimidad no está necesariamente condicionada por el lugar, pudiendo producirse una intromisión ilegítima cuando la grabación no consentida se hace en un lugar abierto al público. En los reportajes realizados mediante cámara oculta, hay intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen cuando se priva al sujeto afectado de su derecho a decidir sobre la captación y difusión de su imagen y de su testimonio. No obstante, se admite que el uso de la cámara oculta sea legítimo cuando lo justifique el interés público en el conocimiento de los hechos y ese medio sea imprescindible para obtener la información y, además, proporcionado para que la lesión de los derechos fundamentales sea la menor posible.

**Efecto reparador de la intromisión. Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria con la misma difusión que tuvo la intromisión ilegítima.**—Si bien hasta la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, el apartado segundo del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 preveía, como medida para la tutela judicial efectiva del demandante, la difusión de la sentencia condenatoria, sin distinguir entre la publicación total o parcial ni el tipo de intromisión sufrida, la jurisprudencia venía considerando idónea y adecuada la medida de difusión solamente del fallo, y no de la sentencia entera, cuando la difusión íntegra no beneficiara la protección civil de los derechos fundamentales vulnerados (entre otras, SSTS de 31 de diciembre de 1998 y 19 de septiembre de 2011). Por tanto, la difusión solamente del fallo condenatorio, junto con los datos que permitieran identificar el reportaje en el que se produjo la vulneración de los derechos fundamentales podía conseguir ese efecto reparador. (STS de 29 de abril de 2014; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—Don Francisco demanda a Canal Mundo TV, don Nicasio y Antena TV, solicitando que se declare producida una intromisión ilegítima y vulneración del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen de don Francisco, y se les condene al pago de una indemnización de 100.000 euros, junto con la publicación de la sentencia en los medios de difusión del mismo ámbito en

que se publicó el reportaje litigioso. En dicho reportaje, dirigido por don Nicasio y emitido por Antena TV, con el título «Especial de investigación. El crimen más oscuro de ETA», aparecía una grabación de la imagen y la voz de don Francisco, durante una conversación mantenida con varios reporteros, mediante la técnica de la cámara oculta, en la que se le preguntaba sobre su pasado en ETA, sin que don Francisco tuviera conocimiento de la grabación, ni hubiera dado autorización para ello, máxime cuando él les preguntó si estaban grabando y los reporteros lo negaron. don Francisco alega que la conversación fue manipulada y tergiversado su contenido, introduciéndose una voz en *off* en la que se hablaba del cumplimiento por don Francisco del pacto de silencio de la banda terrorista, a la vez que se le calificaba de «histórico de ETA». Los reporteros habían empleado la técnica de la cámara oculta, sorprendiendo a don Francisco en su lugar de trabajo.

La sentencia de primera instancia acoge la demanda, salvo en lo relativo a la cuantía de la indemnización, que reduce a la mitad. En segunda instancia, se desestiman los recursos de apelación interpuestos por Antena TV y Canal Mundo TV y don Nicasio. Se estima parcialmente, sin embargo, el recurso interpuesto por don Arturo, como sucesor procesal del demandante inicial don Francisco, y se revoca la sentencia inicial, en el sentido de declarar asimismo vulnerado el derecho al honor del demandante. Los demandados-apelantes Antena TV, por un lado, y Canal Mundo TV y don Nicasio, por otro, interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo desestima el interpuesto por Canal Mundo TV y don Nicasio y estima parcialmente el interpuesto por Antena TV. Casa en parte la sentencia recurrida, para sustituir su pronunciamiento de condena a publicar la sentencia por la condena a publicar únicamente el fallo, con indicación del título del programa y fecha en el que se produjeron las intromisiones ilegítimas. Entre los hechos destacados por el Alto Tribunal a la hora de calificar como intromisión ilegítima la realizada por los demandados podemos citar el hecho de que la imagen se grabó y difundió no sólo sin el conocimiento del demandante, sino incluso contra su manifiesta voluntad de no conceder ninguna entrevista a los reporteros que conversaron con él; el empleo de un lenguaje que no habría empleado en una entrevista voluntariamente concedida por él; y la conclusión de que el mismo resultado se habría conseguido dejando constancia de que el demandante no había querido hablar, como así se hizo con otro de los antiguos miembros de ETA al que también se pretendió entrevistar.

NOTA.—Conforme al texto del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, vigente hasta 23 de diciembre de 2010, «la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados». La redacción dada por la Ley Orgánica

nica 5/2010, actualmente vigente, es la siguiente: «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida». Por tanto, de la interpretación literal, que la jurisprudencia corrigió, entre otras, en la sentencia reseñada, parece inferirse que la concesión de esta medida de tutela a favor del sujeto que sufrió la intromisión podía referirse tanto a supuestos de vulneración del derecho a honor, como a casos de vulneración del derecho a la intimidad o del derecho a la propia imagen, y la publicación habría de hacerse del texto íntegro de la sentencia condenatoria. Sin embargo, del texto vigente en la actualidad se deduce que la publicación del texto de la sentencia puede ser total o parcial y se limitará a supuestos en los que la intromisión ilegítima se hubiera producido en el derecho al honor. (G. M. A.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**6. Contratos. Buena fe: concepción ética.**—Una concepción ética de la buena fe, como modelo de comportamiento exigible y fuente de determinados deberes de conducta, considera la desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, el desequilibrio que, en el contenido económico del contrato, la cláusula impuesta genera y el defecto de información que su aplicación implica por ausencia de buena fe en la parte vendedora.

**Contratos. Cláusulas abusivas: imposición de obligaciones fiscales que no le corresponden.**—Se lesiona la posición jurídica del consumidor protegido al transferirle, en su condición de adquirente, una deuda fiscal que, conforme a lo dispuesto en la normativa vigente, está a cargo de la parte vendedora. En el caso del impuesto de plusvalía se beneficia del incremento del valor de la cosa vendida, ya incorporado al precio, al imponer finalmente al comprador el pago de un impuesto que tiene como base la misma plusvalía obtenida por aquella. (STS de 12 de marzo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrández Gabriel.]

**HECHOS.**—La representación procesal de la mercantil «M. R., S. A.» interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid demanda contra doña P. en reclamación de cantidad por incumplimiento de un contrato de compraventa sobre una vivienda, pues, conforme a sus estipulaciones, el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana debía ser satisfecho en su totalidad por la compradora doña P. Por su parte, la representación procesal de doña P. formuló reconvención solicitando se declarase la nulidad de dicha cláusula

por abusiva. La sentencia de primera instancia estimó la demanda interpuesta por M. R., S. A. y desestimó la reconvención formulada por la representación procesal de doña P. Recurrida en apelación, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y declaró la nulidad de la cláusula objeto de la *litis*. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta la nueva redacción del artículo 83 del TRLGDCU realizada por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*. La nueva redacción procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dado que el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios. (N. D. L.)

## 7. Cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores.

**Control de abusividad: cláusula general y cláusulas de la «lista negra».**— Mediante el artículo 10 bis LGDCU (actualmente art. 82.1 TRLGDCU), se establece que son abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente y las no consentidas expresamente que causaran un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato, contrarias a la buena fe y en perjuicio del consumidor. La normativa nacional constituye el desarrollo de la normativa comunitaria, la Directiva 1993/13/CEE sobre cláusulas abusivas. La legislación española establece un sistema de cláusula general y, a diferencia del anexo del artículo 3.1 de la Directiva, que establece una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas abusivas, añadió una lista exhaustiva de supuestos ejemplificativos de cláusulas que se consideran abusivas «en todo caso» (actualmente arts. 82 y siguientes TRLGDCU). Por todo ello, nuestro Alto Tribunal considera que para establecer la abusividad de una

cláusula en contratos concertados con consumidor, en primer lugar, debe examinarse si encuadra en alguno de los supuestos de la «lista negra» y, en segundo lugar, en caso de no encuadrarse en los supuestos de la lista, se pasará a evaluar la abusividad con base en la cláusula general.

**La cláusula abusiva del artículo 87.2 TRLGDCU y las arras penitenciarias del artículo 1454 CC.**—El apartado 16 de la DA 1.<sup>a</sup> LGDCU (actualmente art. 87.2 TRLGDCU), que transpone el apartado «d» de la sección 1 del anexo al que se remite el artículo 3.1 de la Directiva, establece que es abusiva la estipulación que permita que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si este renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin que disponga que el consumidor tenga derecho a disponer de una indemnización equivalente cuando el profesional renuncie a la celebración o ejecución del contrato. La transposición al Derecho interno se hizo sin modificar apenas los términos «renunciar» y «retener», que fueron utilizados ante el diverso tratamiento de las arras penitenciales de los ordenamientos internos de los Estados miembros. Por tanto, de acuerdo al Derecho interno, se considera que las cláusulas como la del artículo 87.2 TRLGDCU son las arras penitenciarias del contrato de compraventa ya celebrado, reguladas en el artículo 1454 CC, ya sea para los casos en que el consumidor quiera renunciar a un contrato ya celebrado o para los que desista de celebrar un contrato, en el caso que haya entregado ciertas cantidades como pacto de reserva o «señal» de garantía de precontrato. Por todo lo anterior, el artículo 87.2 TRLGDCU no es aplicable a la cláusula penal prevista para la resolución por incumplimiento del contrato imputable al consumidor.

**Declaración de abusividad de la cláusula penal por resolución del contrato imputable al consumidor. Valoración de abusividad de las cláusulas conforme a los artículos 82.1 y 85.6 de TRLGDCU.**—Para declarar la abusividad de la cláusula penal prevista para la resolución por incumplimiento imputable al consumidor, han de tomarse en cuenta, primero, las previsiones de la «lista negra» relativas a la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes y sus consecuencias (actualmente las previsiones de los artículos 87.4, 85.6, 86.5 y 86.1 TRLGDCU), en caso de no encuadrar, se tendrá en cuenta la previsión de la cláusula general (art. 82.1 TRLGDCU).

La cláusula penal que establezca la retención de cantidades abonadas en concepto de prestaciones por el incumplimiento resolutorio del consumidor encuadra en la previsión específica del artículo 85.6 TRLGDCU, en la que se atribuye el carácter abusivo a la cláusula no negociada que establezca una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumpla sus obligaciones. Por consiguiente, para la valoración de abusividad conforme al artículo 85.6 TRLGDCU debe llevarse a cabo un enjuiciamiento concreto que compare el importe de los daños y perjuicios resultante de la aplicación de la cláusula penal y el importe acreditado de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el predisponente. Si los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el predisponente superan la cantidad de la sanción convencional no se podrá aplicar la abusividad de la previsión específica del artículo 85.6 TRLGDCU.

Respecto al control de abusividad de la previsión general (art. 82.1 TRLGDCU), las condiciones generales que prevén una determinada indemnización para el empresario por incumplimiento resolutorio imputable al consumidor, sin prever una indemnización equivalente para el consumidor en caso que el empresario incumpla, pueden suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que sea contrario a la buena fe.

Sin embargo, la diferencia de tratamiento contractual entre el incumplimiento imputable al comprador y al vendedor puede tener cierta justificación, de conformidad con lo que prevé el artículo 82.3 TRLGDCU, en cuanto que el carácter abusivo de la cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y de todas las circunstancias concurrentes al momento de celebración. Es más, la existencia de una cláusula «espejo» en favor de consumidor no garantizaría por si sola el equilibrio, pues una indemnización desproporcionada a favor del predisponente no se justificaría por existir una cláusula correlativa en favor del consumidor. Por tanto, la diferencia de tratamiento puede tener cierta justificación, que el Alto Tribunal ha estimado en la difícil estandarización que puede tener la indemnización por incumplimiento de un vendedor frente a las diferentes circunstancias de uno u otro comprador. Además, el Tribunal Supremo considera que la previsión legal implica que para excluir el carácter abusivo de la cláusula penal deberá probarse la existencia de la proporción entre la indemnización prefijada y el quebranto patrimonial real causado al predisponente, a falta de alegación y prueba adecuada se declarará la abusividad de la cláusula penal. (**STS de 21 de abril de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—El señor V demanda a la mercantil A para que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula penal del contrato de compraventa de un inmueble celebrado entre ambas partes. La cláusula penal establecía que si el comprador incumplía en su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública cuando fuera requerido por la vendedora, facultaría a la vendedora a resolver el contrato con derecho a percibir (retener) las cantidades satisfechas por el comprador hasta entonces.

En su sentencia de 27 de mayo de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Javier (Murcia) desestima la demanda, por considerar que la cláusula cuestionada no es abusiva ya que no comporta un desequilibrio de las partes, sino favorece al vendedor para compensar el riesgo que asume y los perjuicios por incumplimiento del contrato.

En su sentencia de 24 de abril de 2012, la Audiencia Provincial de Murcia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el señor V. En lo que respecta a las costas revoca la sentencia de primera instancia para que sean pagadas por igual entre las partes. Respecto a la abusividad de la cláusula cuestionada, considera que no genera un desequilibrio importante entre las partes, pues no limita el derecho del comprador a ser indemnizado de los daños y perjuicios en caso que la vendedora incumpliera el contrato. Tampoco considera la facultad moderadora de la pena convencional (art. 1154 CC) pues está prevista justamente para un incumplimiento parcial.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el señor V. El Alto Tribunal considera que la cláusula cuestionada no es abusiva, en cuanto que no comporta una indemnización desproporcionadamente alta. Lo anterior, ya que se comprobó que la indemnización resultante de la aplicación de la cláusula penal era proporcionada a la cuantía de los daños y perjuicios

realmente sufridos por la vendedora debido al incumplimiento del comprador.

NOTA.—Con su voto particular, los Excmos. Sres. Magistrados D. José Ramón Ferrández Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, D. Francisco Orduña Moreno y D. Sebastián Sastre Papiol discrepan, no en el sentido del fallo, sino en la fundamentación técnica del fallo sobre el carácter no abusivo de la cláusula discutida. En primer lugar, entienden que la diferencia de trato por medio de la cual la cláusula penal facilita al predisponente la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, sin que el consumidor cuente con esa facilidad y deba acreditarlos, es de, por sí, relevante para apreciar el carácter abusivo de la cláusula. Por tanto, podría haber lugar al obviado supuesto normativo del artículo 87 TRLGDCU, *ab initio*, que conforme a lo dispuesto en el artículo 82. 4 c)TRLGDCU, sanciona el carácter abusivo de las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad del contrato, resultando contrario a la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario —en la misma línea STS de 16 de diciembre de 2009—. En segundo lugar, respecto a la cláusula general de abusividad (art. 82.1 y 3 TRLGDCU), consideran que hay una incorrecta metodología en cuanto que desnaturaliza la cláusula general, ya que extiende el control de contenido al plano de cumplimiento o ejecución del contrato en orden a meras hipótesis que el incumplimiento del contrato acarrea para las partes, así, la norma no permite decidir conforme a las características del caso concreto que se pongan en relieve (como la difícil estandarización del quebranto patrimonial entre uno y otro comprador). Por el contrario, el control de la cláusula general tiene por objeto el contraste del marco contractual predisuelto sin poder ser confundido o extendido al control de las consecuencias o hipótesis a las que pueda dar lugar, según el caso, el incumplimiento contractual de las partes —en este sentido, SSTJUE de 21 de febrero y 14 de marzo de 2013, en la que se destaca que se debe valorar la reglamentación contractual predisuelta en el momento de celebración del contrato—. Y, en tercer lugar, la metodología utilizada por el Alto Tribunal contradice la doctrina jurisprudencial de la STJUE de 16 de enero de 2004, en cuanto que la existencia de un desequilibrio importante con base en la lesión de derechos del consumidor, no solo debe valorarse desde su incidencia económica o patrimonial, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales. (I. V. B.)

**8. Condición potestativa. Efectos: nulidad del contrato cuya existencia depende del cumplimiento de dicho tipo de condiciones.**—El artículo 1115 CC, que encuentra su precedente en el artículo 1174 del *Code* francés, responde a la idea de que es incompatible con el concepto de obligación que alguien se obligue condicionándolo a que quiera estarlo en un futuro, pues en tal caso, cuando el negocio se celebra no surge obligación alguna. De la misma manera el empleo de este tipo de condiciones impediría el nacimiento del vínculo contractual si es la génesis de éste lo que se somete al cumplimiento de tal condición. Por lo que dicho precepto no puede servir

para obtener un resultado que no es precisamente el previsto en la norma, de suerte que su aplicación no puede impedir que la vigencia de una promesa de venta no quede condicionada a la aprobación de un órgano de la sociedad dominante del grupo al que pertenece la promitente. Aún más, la cláusula en la que se establece una condición puramente potestativa puede carecer de seriedad, pero no de licitud –fuera del ámbito del derecho de consumo– y, en consecuencia, su utilización no conllevaría simplemente la depuración, sino precisamente la nulidad del contrato al que se había incorporado. (**STS de 7 de marzo de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrández Gabriel.]

**HECHOS.**—La actora había mantenido tratos con la demandada, a través de un agente inmobiliario, para la compra de un local en una céntrica calle de Madrid perteneciente a la segunda. Acordadas las condiciones y precio, se incluyó una cláusula por la que la operación se sometía a la aprobación del órgano gestor de la sociedad matriz, propietaria de la sociedad demandada; aunque siempre se le advirtió a la adquirente que se trataba de un mero formalismo pues el consentimiento ya había sido otorgado. Se fijó de común acuerdo día y lugar para la firma de la correspondiente escritura, si bien días antes de tal fecha la demandada comunicó que sus supervisores habían denegado la autorización de manera que, según se había estipulado en las negociaciones, las mismas quedaban rotas y ambas partes liberadas de todo compromiso. La compradora demandó a la propietaria del local para que se declarase la existencia del contrato y se le condenara a elevar a público dicho acuerdo. La sociedad demandada se opuso alegando que todo lo que habían existido eran meros tratos preliminares. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y absolvio a la demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*L. A. G. D.*)

**9. Cláusula penal. Moderación judicial.**—Conforme al artículo 1154 CC se establece que el juez podrá modificar la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. La jurisprudencia (entre otras, SSTS de 20 de junio de 2007 y 4 de mayo de 2011) ha interpretado que la moderación de la sanción convencional está sujeta a un cumplimiento defectuoso o parcial de la obligación que incorpora la cláusula penal. Lo anterior, responde, también en esta materia, a la idea de la «potencialidad normativa creadora de los contratantes» (art. 1255 CC) y su efecto vinculante (art. 1091 CC). Por tanto, no puede aplicarse la moderación del artículo 1154 CC cuando la cláusula penal está prevista para un incumplimiento parcial (STS de 14 de junio de 2006). Según la jurisprudencia citada, el Tribunal Supremo entiende que no se puede modificar la sanción convencional cuando el supuesto acaecido es el que está considerado en la cláusula penal, por tanto, la sanción convencional se podrá moderar solo en la medida que altere la hipótesis que se ha considerado para la misma (STS de 7 de mayo de 2012), por lo que no se podrá entrar a evaluar la indemnización cuando se ha declarado el incumplimiento total de la obligación que encierra la cláusula penal (STS de 21 de junio de 2013). (**STS de 18 de marzo de 2014**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrández Gabriel.]

**HECHOS.**—El señor A por medio de la sociedad F prestaba servicios de experto economista de empresas. El señor A y la sociedad F interponen demanda contra la señora S por la resolución de la relación contractual, sin concurrir en ninguna de las causas convenidas del contrato celebrado entre las partes, titulado «*prestación de servicios de asesoramiento patrimonial, empresarial y civil integral...*». En uno de los apartados del contrato se incorporó una cláusula penal, para estabilizar, en beneficio del prestador del contrato, el funcionamiento del contrato. La cláusula penal establecía que en caso que el cliente resuelva la relación contractual por su sola voluntad, sin que medie incumplimiento de la parte contraria, antes de la expiración del plazo o de las prórrogas del contrato, se deberá pagar cierta indemnización. Los demandantes consideran que la señora S incurre en el caso contemplado en la cláusula penal, por la resolución del contrato sin mediar ninguna causa convenida, razón por la que reclaman la totalidad de la pena concebida en la sanción convencional, más las facturas dejadas de pagar y las costas procesales.

En su sentencia de 27 de enero de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 59 de Madrid estima la demanda, en lo que respecta al reconocimiento de la totalidad de la indemnización concebida en la cláusula penal, junto con el resto de los pagos de las facturas pendientes por pagar.

En la sentencia de 19 de diciembre de 2011, la Audiencia Provincial de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por S. Concluye que debe revocar parcialmente la resolución en el sentido de reducir a la mitad la indemnización fijada por la cláusula penal. Lo anterior, en cuanto que la Audiencia Provincial considera que debe reducir la cuantía de la sanción convencional por entender que el importe de la pena no se ajustaba a la realidad de los posibles daños y perjuicios.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el señor A y la sociedad F. El Alto Tribunal considera las pretensiones de la parte demandante, ya que S al decidir extinguir la relación contractual, por su sola voluntad, sin que hubiera mediado incumplimiento de la parte contraria y antes del pago estipulado, incurre en el supuesto descrito, y vinculante, de la cláusula penal del contrato. Por tanto, el Tribunal Supremo no considera la moderación de la cláusula penal. (*I. V. B.*)

**10. Concurso de acreedores. Calificación de culpable: fraude, exigible.**—El fraude exigible para la calificación del concurso como culpable cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos, no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos en dicho caso, ha de relacionarse con el exigido en el artículo 1291.3 CC para la acción rescisoria por fraude. En este sentido, la jurisprudencia reciente considera que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un *animus nocendi* (propósito de dañar o perjudicar) y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, para que con-

curra dicho fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo. Al ser éstas situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan. (STS de 27 de marzo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—Los administradores concursales de la entidad mercantil «S. C. N., S. L. U.» interpusieron demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante solicitando se declare el concurso como culpable y se inhabilite a quien era el administrador único de la entidad en concurso don N. para la administración de bienes ajenos durante el periodo de dos años y se le condene a indemnizar los daños y perjuicios causados por su administración irregular. El Ministerio Fiscal se mostró conforme con las peticiones de la parte actora. La sentencia de instancia estimó parcialmente el recurso declarando el concurso como culpable y que el administrador único don N. tiene la condición de persona afectada por la calificación. Recurrida en apelación, la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante, confirmó la resolución recurrida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**11. Cesión de crédito. Formalidades.**—El deudor, una vez conocida la cesión, sólo se libera pagando al nuevo acreedor. El Tribunal Supremo reitera su doctrina (SSTS de 19 de octubre de 1901, 4 de febrero de 1911, 21 de diciembre de 1925 y 5 de diciembre de 1940) acerca de la obligación de hacer constar en documento público la cesión de acciones o derechos (art. 1280.6.<sup>º</sup> CC), la cual se reduce a la recíproca facultad de compelirse mutuamente al otorgamiento del documento público en los términos del artículo 1279 CC, a pesar del empleo del tiempo verbal imperativo «deberán». La falta de constancia en escritura pública no afecta, por tanto, a la eficacia obligatoria de los contratos.

**Consentimiento del deudor en la cesión de créditos.**—Para transmitir el crédito, convertir al cesionario en acreedor y, en definitiva, para que tenga lugar la subrogación basta, conforme a los artículos 1203.3.<sup>º</sup> y 1209 CC, con que concurren los consentimientos de cedente y cesionario, sin necesidad de que el deudor cedido lo consienta, ni siquiera que lo conozca. Por esta razón, la finalidad de los artículos 1164 y 1527 CC no es otra que proteger al deudor de buena fe frente a la apariencia de titularidad del acreedor original y cedente.

**Responsabilidad del tercero por complicidad en la infracción del derecho de crédito.**—En contraposición con una interpretación del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), a cuyo tenor los contratos únicamente surten efectos entre las partes contratantes, en tanto que *res inter alios acta*, sin generar deber alguno de conducta para los terceros, el Tribunal Supremo considera que para éstos existe siempre un deber de respeto del derecho de crédito ajeno, derivado del principio *neminen ladere*, de tal suerte que de la vulneración, dolosa o negligente, de este deber por parte de terceros nace la obligación de indemnizar (art. 1902 CC). En caso de dolo se agrava, además, el deber de indemnizar abarcando todas las consecuencias dañosas

de su actuación (art. 1107 II CC). Esta doctrina, extrapolada a una cesión del derecho de crédito, concede al acreedor lesionado la posibilidad de actuar no sólo contra el deudor que incumple su obligación de pago, sino también frente a los propios terceros. En estos casos, la responsabilidad entre deudor y tercero tiene carácter solidario (art. 1.137 CC), sin que la falta de vinculación contractual del tercero con el acreedor sea óbice para confeccionar la situación de solidaridad entre ellos.

**Compatibilidad entre interés legal y lucro cesante.**—Consistiendo la prestación debida en la entrega de un bien inmueble y deviniendo la prestación original *in natura* imposible por la venta de la cosa a un tercero de buena fe, sólo procede el devengo de intereses legales —superpuestos con la indemnización por lucro cesante— a partir del momento en que dicha prestación se hace imposible y se produce su transformación en el equivalente pecuniario, no antes. (STS de 5 de febrero de 2014; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—La sociedad A, propietaria de una parcela, celebró con la sociedad B un contrato de permuta de solar por obra futura, conforme al cual B se obligaba a construir a su costa un edificio sobre la parcela y entregárselo a A en el plazo de 4 años.

Durante ese periodo, la sociedad C se subroga en los derechos y obligaciones de B para con el contrato de permuta, adquiriendo la parcela en cuestión y asumiendo, en consecuencia, las obligaciones resultantes de la permuta pactada, a lo que A da su conformidad. Posteriormente la sociedad A otorga un documento, en el que interviene C, y en cuya virtud A acepta que C —adjudicataria final del acuerdo de permuta— negocie con 3 de los socios de A, a fin de que C les entregue la parte proporcional de metros cuadrados permutados correspondientes a su participación en la sociedad A y que resultó ser del 32,74% del total de la permuta.

Unos días después, la Junta General Extraordinaria y Universal de A acuerda, por unanimidad, adquirir las acciones de los 3 socios antedichos, autorizando a C para que les entregue, como pago en especie de las mismas, determinadas unidades de obra relativas a la permuta (viviendas, locales y plazas de garaje). En esta misma Junta se acuerda facultar a otros 2 socios de A —distintos de los 3 socios vendedores— para que, de manera indistinta, comparezcan ante notario y eleven a público estos acuerdos otorgando para ello las escrituras públicas correspondientes.

Ante el incumplimiento de las obligaciones mencionadas por parte de los 2 socios, que permanecen en la sociedad A, los otros 3 interponen demanda frente a aquéllos, así como frente a las sociedades A y C, solicitando que se condene a los demandados a entregarles las unidades de obra pertinentes, que se les indemnice en el lucro cesante y que, subsidiariamente y para el caso en que no fuera posible la entrega, se les indemnice por el valor de mercado de los inmuebles. Meses después, la sociedad C entrega a A la *totalidad* de las unidades de obra, que habían sido objeto de permuta, incluidas las que correspondían a los 3 antiguos socios demandantes. A los pocos días de contestar a la demanda, las viviendas que debían entregarse a los 3 socios son enajenadas a terceros de buena fe por la sociedad A.

Con fecha 9 de diciembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid dicta sentencia, por la que estima parcialmente las pretensiones de los 3 socios demandantes condenando a la sociedad A de tal suerte que, al haberse enajenado los inmuebles a terceros de buena fe, sustituye la entrega por una indemnización equivalente al valor de mercado de los bienes y a los intereses legales *desde la fecha en que se requirió el cumplimiento en la entrega*. La sentencia absuelve al resto de demandados (sociedad C y los 2 socios de A). Esta resolución es recurrida en apelación por los demandantes y por A y C. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.<sup>a</sup>) dicta sentencia el 21 de noviembre de 2011, que revoca la resolución recurrida en el sentido de que estima parcialmente el recurso de apelación de los demandantes y desestima los recursos de los demandados, condenando a *todos los demandados* a pagar solidariamente una indemnización en concepto de daño emergente, más el interés legal devengado desde el mismo momento antes referido, más el lucro cesante. Contra esta sentencia recurren en casación la sociedad C, así como los 2 socios demandados de la sociedad A.

El Tribunal Supremo termina desestimando parcialmente el recurso al entender que se produjo una cesión de crédito –por las unidades de obra citadas– de la sociedad A, a favor de los 3 socios demandantes, la cual C conoció y consintió, debiendo haber entregado los mismos a los 3 socios y no a la sociedad A; y no siendo, de modo alguno, relevante que la sociedad C consintiera esta cesión. A su vez, se condena solidariamente a los 2 socios de A (anterior acreedora y cedente de parte del crédito) al entender que, en lugar de realizar todas las actuaciones precisas para lograr la plena eficacia del acuerdo novatorio, actuaron en connivencia dolosa para impedir su cumplimiento, en lo que constituye una infracción del *neminem ladere*. Sin embargo, respecto a la condena al pago de intereses legales sobre el equivalente pecuniario a la prestación debida junto con el lucro cesante de los arriendos que los demandantes podían haber concertado sobre los inmuebles, el Tribunal Supremo considera que el devengo de intereses sólo procede a partir del momento de la venta a terceros de buena fe de los inmuebles y no desde la fecha en que se requirió el cumplimiento en la entrega. (A. I. R. A.)

**12. Cumplimiento de las obligaciones que nacen de los contratos.**—Pactándose en un contrato de compraventa de bienes inmuebles (locales) que la *traditio* tiene lugar con la entrega de llaves el día de la elevación a público de la compraventa, pero facultándose a la parte compradora para visitar, entretanto, los locales en las ocasiones en que sea necesario, previo aviso y con autorización de la vendedora, al objeto de transformar aquéllos en viviendas para su posterior venta, la Sala Primera del Tribunal Supremo declara que esta posesión previa no es nunca en concepto de dueño y no produce efecto adquisitivo alguno.

**Contrato de compraventa con opción de cesión.**—No tiene lugar la instrumentalización de la cesión de un contrato de compraventa a favor de tercero, permitida por el propio contrato, cuando a la fecha estipulada el comprador no adquiere el bien y, meses más tarde, el vendedor enajena el objeto del

contrato a terceros, contando con el consentimiento y sin oposición del comprador. En estos casos no puede entenderse que se ha producido una cesión presunta del contrato, de acuerdo con los requisitos y alcance de esta figura.

**Relación negocial subyacente de intermediación en compraventa con opción de cesión. Actos propios.**—Cuando el vendedor, en el marco de un contrato de compraventa con opción de cesión, vende directamente a tercero el bien objeto del contrato, teniendo en cuenta el propósito del comprador de revender el bien transformado y actuando en la gestión con la aprobación del comprador; lo que subyace realmente es una relación de intermediación. Esta relación se desprende de las conductas de las partes, concretamente de los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato (art. 1282 CC), al igual que de los actos propios del vendedor.

**Doctrina de la equivalencia de resultados.**—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 7 de diciembre de 2006, 12 de noviembre de 2007, 15 de junio de 2010, 12 de mayo de 2011 y 11 de junio de 2013, entre otras) que para estimar el recurso de casación no basta con que la argumentación recurrida sea rechazada, si el resultado a que dicha argumentación ha llegado es apropiado. (**STS de 14 de febrero de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—C (comprador) celebra con V (vendedor) un contrato denominado como de promesa bilateral de compraventa de dos locales (a transformar en viviendas para su posterior venta). El contrato contemplaba una cláusula de arras penitenciales (art. 1454 CC), en cuya virtud C entregó a cuenta 60.000 euros. El contrato facultaba también a C para que, en cualquier momento, pudiera ceder o enajenar a favor de terceros los derechos y condiciones del mismo, sin que ello alterase al precio pactado. En otra de las cláusulas y pese al expreso pacto de que la entrega acaecería el día de la firma de la escritura con la entrega de llaves, se facultaba a C para visitar la finca objeto de la compraventa en aquellas ocasiones en que fuera necesario, avisando con anterioridad y previa autorización de V. El contrato fue objeto de determinadas prórrogas y llegada la fecha de vencimiento de la última de ellas, C no compra los locales. Meses más tarde V procede directamente a la venta de los locales a un tercero, lo cual se efectúa en presencia en la notaría de C y sin oposición de ésta.

C interpone demanda solicitando que V le entregase las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa, que finalmente no se concluyó, más la diferencia entre el precio de venta pactado entre C y V y el precio obtenido por V en la venta a terceros, esto es, el lucro que buscaba experimentar con la reventa. V interesa, por vía reconvenencial, la resolución contractual y el derecho a quedarse con las arras. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell dictó sentencia con fecha de 23 de octubre de 2009, estimando parcialmente la demanda y condenando a V a reintegrar a C las cantidades entregadas a cuenta del precio de compraventa, que no se llegó a realizar. Estima el Juzgado parcialmente, a su vez, la demanda reconvenencial en el sentido de que V puede hacer suyas las arras penitenciales al haber incumplido C con su obligación de compra. El Juzgado entendió que no existía ningún contrato de cesión de derechos de C a favor de los terceros compradores ni

tampoco ningún contrato que recoja que la diferencia reclamada por C le debía ser entregada. C interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que dicta sentencia el 24 de marzo de 2011 estimando parcialmente el recurso de apelación al entender que el contrato de compraventa inicial había sido perfeccionado con transmisión de la propiedad, por lo que la que, realmente había vendido los inmuebles a los terceros había sido C y no V. De este modo, la Audiencia considera que no cabe hablar de cesión de contrato sino de una verdadera compraventa en la que C, como propietaria, era la vendedora real de los inmuebles a los terceros. Por tanto, C tiene derecho, según la Audiencia, a la diferencia mencionada.

Contra la sentencia de la Audiencia interpone V recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal, pese a considerar que en modo alguno C había adquirido la propiedad, confirma el resultado del fallo de la Audiencia con base en la doctrina de la equivalencia de resultados, porque V no podía desconocer, conforme a la base negocial de lo pactado y la buena fe, el propósito de C de revender los locales transformados como viviendas, ni tampoco sus actos propios en la medida en que intermedió para la realización de la venta a terceros.

NOTA.—La doctrina del Tribunal Supremo acerca del negocio jurídico de cesión de contrato, así como la diferenciación de éste con otras figuras próximas, como el contrato en favor de tercero y la cesión de crédito, se contiene en la STS de 25 de febrero de 2013 (FD.º 2), de la que fue ponente, al igual que en la presente sentencia, el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. (A. I. R. A.)

**13. Arrendamiento de obra. Acción del subcontratista ex artículo 1597 CC: interpretación jurisprudencial.**—La jurisprudencia concibe el artículo 1597 CC como una acción directa, que se puede ejercer contra el comitente o contra el contratista o subcontratista anterior, y asimismo frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria. No es una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitárla sin reclamación previa o simultánea al contratista, al que basta con haber constituido en mora, sin haber hecho excusión de sus bienes ni de haberse declarado en insolvencia.

**Crédito documentario: significado y contenido; desvinculación del contrato a cuya financiación sirve. Eficacia extintiva de la obligación: solo si así se ha pactado.**—El crédito documentario es una figura atípica que se caracteriza por ser un convenio por virtud del cual el banco emisor, obrando por solicitud de su cliente, como ordenante del crédito, se obliga a hacer un pago a un tercero beneficiario, o a autorizar otro banco para que efectúe tal pago, pero siempre contra la entrega de los documentos exigidos, y cumpliendo rigurosamente los términos y condiciones de crédito. La relaciones contractuales en juego permanecen independientes y sin confundirse entre sí, pues un deriva del contrato de obra (cuyo importe final no estaba satisfecho cuando el subcontratista reclama), y otra es la que resulta del crédito documentario, que se establece exclusivamente entre el banco y el beneficiario.

Esta suerte de negocio jurídico no produce la extinción de la obligación como si fuese el pago (art. 1.156 del CC), salvo que se haya pactado, sino que a través de él se garantiza el exacto cumplimiento del pago del precio, el cual se efectúa por el banco, cuando se presenten los documentos que acrediten que la prestación se ha efectuado correctamente por el beneficiario. (**STS de 13 de marzo de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

**HECHOS.**—El subcontratista de una obra reclama al dueño el importe de los servicios de equipamiento y tuberías realizados en la ejecución de una planta de producción de biodiésel. En el contrato de obra, el comitente y el contratista habían pactado que el abono del precio se realizará mediante crédito documentario irrevocable diferido a tres meses desde la firma del certificado de aceptación provisional de la obra. No consta que el crédito documentario hubiese sido convenido con efecto de pago desde el momento de su emisión. A falta de pago del contratista por la parte subcontratada, el subcontratista demanda al dueño de la obra. El Juzgado de Instancia y la Audiencia Provincial estiman la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

**NOTA.**—No existe en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones específicas que regulen el crédito documentario. En el ámbito internacional, la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado una recopilación de usos y prácticas que se conocen como las «Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios» (su última revisión es de 2007). Dichas reglas pueden formar parte del contrato de crédito documentario si las partes estipulan su aplicación (STS de 20 de mayo de 2008). (*C. O. M.*)

**14. La entrega de efectos cambiarios por el dueño de la obra o comitente al contratista. La cesión de créditos y su transcendencia en la aplicación del artículo 1597 CC.**—Citando sus sentencias de 6 de junio de 2000 y de 31 de enero de 2002, el Tribunal Supremo afirma que el artículo 1957 CC concede acción directa al tercero que ha puesto su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma hacen que alcance también a los contratistas anteriores. Por ello, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, etc., cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente al subcontratista anterior. La cesión a un tercero, por parte del contratista, del crédito que éste tenía frente al comitente o dueño de la obra es inoponible frente al subcontratista, en tanto no se haya producido el efectivo pago del mismo. El régimen del artículo 1597 CC presenta un carácter excepcional que impide oponer frente al titular de la acción directa la cesión a un tercero del crédito del contratista frente al dueño de la obra o comitente. El régimen previsto en esta norma es una excepción no sólo al principio general de relatividad de los contratos, sino también a los efectos ordinarios de las cesiones de crédito. La cesión de créditos no afecta al subcontratista. De no reconocerse esta inmunidad frente a la cesión de créditos, el régimen excepcional de esta norma quedaría en la práctica desactivado, habida cuenta de la habitualidad de la cesión de créditos como mecanismo de financiación, dejando sin protección a acreedores situados por lo general en

una posición contractual débil a la hora de exigir garantías que aseguren la realización de sus créditos. Cuando el legislador ha querido dejar sin efecto, frente a la cesión de crédito, el régimen excepcional del artículo 1597 CC en determinadas parcelas de la contratación, lo ha hecho expresamente. Mientras que el contratista y el dueño de la obra tienen ordinariamente fortaleza en su posición contractual, el subcontratista se encuentra en una posición más débil que le impide exigir anticipadamente garantías de satisfacción del crédito que resulte de la aportación de trabajo y materiales, por lo que sólo dispone para satisfacer su crédito, como garantía adicional a la responsabilidad patrimonial del contratista, del régimen excepcional de la acción directa del artículo 1957 CC.

**Efectos del concurso sobre la acción del artículo 1597 CC ejercitada antes de su declaración.**—El nuevo artículo 51 bis LC, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, conforme al cual «declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 CC», no es aplicable a concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta ley, conforme a la disposición novena de la referida Ley 38/2011. (STS de 16 de abril de 2014; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—La demandante, Obras L, S. L., realizó trabajos subcontratados por la entidad DT, S. L. relativos a la Exposición Universal de Zaragoza. DT había sido subcontratada por MA, S. A., mediante dos contratos. Esta última, a su vez, había recibido el encargo de realización de las obras por parte de Expo Agua Zaragoza. Ante el impago de DT a Obras L, ésta dirigió requerimiento formal de pago a MA, a efectos del ejercicio de la acción directa del artículo 1957 CC. DT reconoció deber la cantidad requerida, haciendo cesión a Obras L del crédito que ostentaba contra MA para que ésta pagara directamente a Obras L esa suma. MA, alegando varios incumplimientos de DT, remitió comunicación resolviendo los contratos que la unían a ésta. Con posterioridad a la demanda que dio origen al proceso, DT presentó demanda de concurso voluntario, que fue declarado. En dicho proceso se dictó sentencia por la que se resolvieron formalmente los contratos entre MA y DT y se determinó el saldo pendiente de liquidar a DT.

En la demanda de origen del proceso, la demandante, Obras L, reclamó de DT la cantidad total de la deuda, que reclamó asimismo a MA, mediante la acción prevista en el artículo 1957 CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de MA y redujo el crédito de DT frente a MA, a efectos del ejercicio de la acción directa por Obras L, en el importe de 25 pagarés librados antes del requerimiento extrajudicial de pago formulado por Obras L a MA, pese a que su vencimiento era posterior a esa fecha, al considerar que esos pagarés se habían entregado a DT y fueron pagados a sus tenedores a su vencimiento, de manera que el pago hecho al legítimo tenedor del título liberó la deuda del firmante con el tenedor.

Obras L interpone recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que son estimados. El Tribunal Supremo anula la sentencia de instancia y desestima el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que queda confirmada.

NOTA.—Los Excmos. Sres. D. José Ramón Ferrández Gabriel y D. Sebastián Sastre Papiol formularon voto particular. Entienden que el artículo 1597 CC no era aplicable al caso. Este precepto responde a la voluntad del legislador de conceder a determinados acreedores la facultad de dirigirse directamente contra el deudor de su deudor para obtener la satisfacción del crédito de que es titular. Esta norma presupone que el dueño de la obra, contra quien se dirige la acción directa, no es el sujeto pasivo del crédito de quien la ejercita contra él. Este precepto carecería de utilidad si el contratista hubiera cedido al subcontratista el crédito de que era titular contra el dueño de la obra, pues en este último caso las normas aplicables serían las que regulan la cesión de créditos. Entienden que solamente sería aplicable el artículo 1597 CC si la cesión de crédito convenida entre la contratista y la demandante hubiera sido ineficaz. Por otra parte, los Magistrados firmantes del voto particular sostienen que, dado que no consta que MA debiera a DT lo que en la demanda se le reclama, falta uno de los requisitos necesario para el éxito de la acción directa que regula este precepto. (G. M. A.)

**15. Responsabilidad profesional del abogado: sobreseimiento penal: inundación catastrófica del campamento de Biescas en 1996: admisión de responsabilidad patrimonial de la Administración: retraso de más de un año en informar a los clientes: prescripción de la acción en vía contencioso-administrativa.**—El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre una acción de responsabilidad civil promovida por los hoy recurrentes contra su letrado y la aseguradora de este por actuación negligente del primero en la defensa de los intereses de los demandantes en la obtención de las indemnizaciones que les hubieran podido corresponder por fallecimiento de sus respectivos familiares (cónyuge e hija de cada uno) en el siniestro del camping «Las Nieves» de Biescas (7 de agosto de 1996), siendo el perjuicio que se invoca, y el origen de los daños materiales y morales que se reclaman, la prescripción de la acción para reclamar responsabilidad patrimonial de la Administración. Los demandantes habían contratado al abogado demandado, quien se hizo cargo de su dirección en las diligencias previas seguidas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca. Estas actuaciones fueron sobreseidas provisionalmente y archivadas por auto de 4 de octubre de 1999, reservándose a los perjudicados el ejercicio de las acciones en vía civil o contencioso-administrativa. El recurso contra el auto de archivo y sobreseimiento fue desestimado por auto de 14 de julio de 2000 de la Audiencia Provincial de Huesca, notificado a la procuradora de los demandantes el 17 de julio de 2000. Después de transcurrido el plazo de prescripción de un año para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración, el abogado demandado comunicó a los demandantes el cambio de tramitación de las actuaciones y les indicó que por no ser especialista en la jurisdicción contencioso-administrativa, no continuaría con el caso, recomendando a otro abogado a quien remitió la documentación el 8 de marzo de 2002. El 2 de diciembre de 2005 la Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional dictó sentencia reconociendo la indemnización correspondiente a

quienes habían ejercitado oportunamente la acción. Los demandantes alegaron que el daño material coincidía con la pérdida de oportunidad procesal, por la imposibilidad de obtener una indemnización por el fallecimiento de sus familiares similar a la reconocida en dicha sentencia a los que habían reclamado a tiempo; y el daño moral, añadido al anterior, por tener que soportar cómo otros perjudicados sí eran indemnizados, tras diez años de espera, y empezaban a cobrar las indemnizaciones judicialmente reconocidas. La reclamación de los perjudicados fue desestimada en ambas instancias. Durante la tramitación de este recurso los recurrentes aportaron copia de la STS de 27 de enero de 2012, de la Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional, desestimando el recurso administrativo de los aquí recurrentes y confirmando la resolución del Ministerio del Medio Ambiente, desestimatoria por prescripción de la reclamación administrativa.

**El deber de defensa es obligación de medios, no de resultado.**—Es doctrina jurisprudencial que el juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas, o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador. Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probado, se ha producido —siempre que no concurran elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales— una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte, suficiente para ser configurada como un dato que deba ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC.

**Estimación del recurso.**—Esta Sala considera que el recurso debe ser estimado. Desde un principio los ahora recurrentes vienen solicitando de su letrado que se haga responsable y les indemnice del daño consistente en haber perdido la oportunidad de obtener la indemnización a que podrían haber tenido derecho, como otros perjudicados por el siniestro de Biescas, si no hubiera dejado de transcurrir negligentemente el plazo de prescripción anual del artículo 142.5 de la Ley 39/1992. Es decir, reclaman por un daño de contenido patrimonial en tanto que la acción frustrada por la prescripción tenía por finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. No se comparte el razonamiento de la Audiencia Provincial y se entiende que las circunstancias fácticas del caso enjuiciado, y en particular las referida a la conducta del letrado demandado una vez se notificó al procurador la resolución firme de sobreseimiento de las actuaciones penales, en cuanto integran un incumplimiento de sus deberes contractuales conducen a declarar su responsabilidad e imputarle las consecuencias dañosas que para los demandantes ha supuesto el hecho mismo de no haber obtenido indemnización cuando sí la obtuvieron los perjudicados que en su día reclamaron a tiempo en vía administrativa. El letrado demandado vulneró las reglas de su profesión al incumplir la obligación de informar a su cliente, no advirtiéndole a tiempo de la notificación hecha al procurador ni de su contenido, privándole en definitiva del conocimiento del cierre del proceso penal y de la posibilidad de encau-

zar desde ese instante su reclamación por otras vías, en particular la consistente en la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración, como hicieron los demás perjudicados.

**Obligación de informar a su cliente.**—Es un hecho probado que debe respetarse en casación que, pese a que la firmeza del sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas se produjo por el auto de la Audiencia Provincial de 14 de julio de 2000, notificado al procurador el día 17, sin embargo, los demandantes no tuvieron conocimiento de la conclusión de las diligencias penales hasta el año 2002, cuando los documentos se remitieron al letrado especialista (8 de marzo de 2002). En esta tesis no se justifica la absolución del letrado por la circunstancia de que al tiempo de formularse la demanda fuera posible discutir, con apoyo en criterios doctrinales razonables, sobre si la acción se encontraba o no prescrita por el transcurso del plazo anual, ni tampoco es decisivo el que los demandantes formularan, pese a todo, reclamación contra la Administración por responsabilidad patrimonial. Lo determinante, a efectos de apreciar la responsabilidad civil contractual que se interesa, es la falta de diligencia del letrado, que al no comunicar puntualmente a sus clientes el estado de las actuaciones penales dio lugar a que estos se vieran privados de la oportunidad de reclamar y, así, perdieran la oportunidad de obtener, ya en 2005, la indemnización a la que tuvieran derecho, la cual sí percibieron en esa fecha los perjudicados por el mismo siniestro que habían reclamado en su momento. La actuación del letrado, contraria a sus deberes profesionales y a su obligación de medios, ha supuesto una disminución notable y cierta de las posibilidades de éxito, de entidad bastante para ser configurada como un daño resarcible.

**Dies a quo del plazo prescriptivo: negligencia del abogado.**—Notificado al procurador de los hoy recurrentes el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones penales, era un indiscutible deber profesional del abogado demandado informar inmediatamente a sus clientes aunque solo fuera para indicarles, ya en ese momento, que debían consultar con otro abogado para empezar una vía de reclamación diferente o, cuando menos, para que interesaran del órgano jurisdiccional penal una notificación personal del sobreseimiento y archivo. Por el contrario, lo que en ningún caso era compatible con las reglas de la profesión de abogado fue la inactividad durante más de un año, manteniendo a sus clientes en la ignorancia de la terminación de las actuaciones penales y, una vez pasado ese tiempo, derivarles hacia otro abogado para plantear en vía administrativa una reclamación de resultado altamente incierto, debido al transcurso de tiempo, cuando, de haber actuado el abogado diligentemente, tal incertidumbre no se habría planteado en absoluto. En suma, entender que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración no ha comenzado porque, conforme al artículo 160 LECRIM, el sobreseimiento provisional y archivo todavía no se ha notificado personalmente a los hoy recurrentes, o bien que la manifiesta omisión del letrado demandado solo puede generar un daño cuando se hayan agotado todas las vías jurídicas imaginables de resarcimiento del daño original, por inciertas que sean, raya en la más absoluta desprotección de quienes, creyéndose perjudicados, contratan a un abogado precisamente para que les oriente y dirija en sus pretensiones de indemnización y en las vías jurídicas más idóneas para satisfacerlas, por lo que tienen razón los recurrentes cuando alegan que, con la resolución de la sentencia recurrida, se les priva del derecho a la tutela judicial efectiva. La realidad es que los recurrentes han perdido cualquier oportunidad de ver atendida su reclamación, oportunidad

cierta a la vista del resultado de las reclamaciones de otros perjudicados en sus mismas circunstancias, y que la causa de esta pérdida ha sido siempre la misma, la falta de diligencia del abogado demandado, al no advertirles que disponían de un año para reclamar. La sentencia recurrida infringe el artículo 1544 CC y la jurisprudencia que lo interpreta en su aplicación a los servicios profesionales del abogado, y no tiene en cuenta que el artículo 42.1 del Estatuto General de la Abogacía impone el deber de *máximo celo y diligencia* en el cumplimiento de la misión de defensa encomendada, que el artículo 13.9, e), del Código Deontológico adaptado a dicho Estatuto, impone al Abogado la obligación de poner en conocimiento del cliente la evolución del asunto encomendado y esta misma obligación la impone el artículo 3.1.2 del Código Deontológico de la Abogacía Europea.

**Cuantía de las indemnizaciones: asunción de la instancia y no devolución de actuaciones.**—Procediendo casar en todo la sentencia recurrida, esta Sala debe asumir la instancia para fijar la cuantía de las indemnizaciones y resolver sobre la cobertura de la responsabilidad del abogado demandado por la aseguradora codemandada. En el presente caso la devolución de actuaciones al Tribunal sentenciador pugnaría con el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva si se atiende a la fecha del siniestro del camping (1996), a la del sobreseimiento y archivo penal (14 de julio de 2000) y a la interposición de la demanda contra el abogado (13 de diciembre de 2006). De ahí que al existir elementos bastantes en las actuaciones, procede resolver ambas cuestiones.

**Cuantía de las indemnizaciones.**—La cuantía de las indemnizaciones por daño patrimonial ha de ser la reclamada en la demanda (360.607,26 euros) para cada demandante, por coincidir con la que, con toda seguridad, habrían obtenido si, debidamente aconsejado por el abogado demandado, hubieran formulado a tiempo reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración, como sucedió con los perjudicados por el mismo siniestro que sufrieron el mismo daño que los hoy demandantes. En cuando a la cantidad de 60.000 euros por daño moral para cada demandante, se considera adecuada y razonable para compensar la zozobra e incertidumbre provocadas por la negligencia de su abogado, viéndose abocados a emprender actuaciones de resultado altamente incierto, mientras quienes se encontraban en su misma situación de perjudicados por el siniestro del camping obtenían sentencia favorable del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a finales del año 2005. Todas las sumas devengarán, conforme al artículo 1108 CC, el interés legal desde la interposición de la demanda.

**Responsabilidad de la aseguradora: acción directa del perjudicado.**—Es doctrina reiterada que la autonomía del derecho del perjudicado tiene marcado sus límites por la ley y por el propio contrato de seguro. Es decir, aunque el artículo 76 LCS reconoce al perjudicado una acción directa contra el asegurador que convierte a este en responsable solidario junto al asegurado, pudiendo ser demandados ambos conjunta o individualmente por aquel, dicha solidaridad tiene particulares características y límites, pues el artículo 73 LCS preceptúa que el asegurador responde dentro de los límites del contrato y de la ley, con lo que existe una frontera ineludible para la acción directa. Esta singularidad se traduce en que el derecho propio del perjudicado no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. De forma que el tercero perjudicado, cuando el causante está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden, la del asegurado (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 artículo 76 LCS que dispone que el asegurador no puede oponer frente al perjudicado las excepciones personales, pero según se deduce del artículo 73 sí puede oponer los términos objetivos de la cobertura del contrato, que cabe entender que sí resulta oponible una delimitación temporal de cobertura, correspondiendo a los tribunales fijar no solo el periodo de tiempo afectado sino las circunstancias y modalidades que configuran el siniestro. Esta Sala, en línea con la postura mantenida por una destacada doctrina científica, ha declarado (STS de 3 de julio de 2009) que la deuda de indemnización nace de manera inmediata cuando se verifica el hecho dañoso del que deriva, pues el patrimonio del asegurado se ve gravado por el adeudo generado por aquel y surge el débito de responsabilidad, por lo cual ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso.

**Cláusulas de delimitación temporal o *claims made*.**—Las cláusulas de delimitación temporal o *claims made*, que buscan desplazar la deuda de responsabilidad al momento en que se produce la reclamación, al margen del seguro vigente al producirse el siniestro, han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en tanto fueran en beneficio y no perjudicarán los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en caso contrario (SSTS de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992). Y esta consideración no ha variado tras la reforma introducida por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pues según declara la STS de 14 de julio de 2003, la adición de un segundo párrafo al artículo 73 LCS por la DA 6.<sup>a</sup>, 5 de la citada Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995, solo demuestra que para la ley las cláusulas en cuestión tienen hoy el carácter de limitativa de los derechos de los asegurados. En aplicación de esta doctrina procede declarar responsable a la aseguradora demandada.

La aseguradora considera que existían dos pólizas, una colectiva en vigor el 31 de diciembre de 2005, suscrita con el Colegio de Abogados de Tarragona para dar cobertura a la responsabilidad civil de sus abogados, siendo el demandado uno de los colegiados en ejercicio en dicha provincia; y otra individual, en vigor el 2 de febrero de 2006 hasta el 2 de febrero de 2007, suscrita por el propio letrado y que servía de complemento cuantitativo de la primera (de tal manera que la colectiva cubría los 300.000 euros, importe de la franquicia de la póliza individual, y esta segunda cubría desde esa suma y hasta la máxima asegurada de 600.000 euros). La aseguradora demandada insiste en que ninguna de ellas cubría el riesgo por el que se reclama al acaecer con anterioridad a su fecha de efecto y ser el asegurado plenamente conocedor de dicha circunstancia. Pero esta Sala no comparte la exclusión de cobertura alegada. En ambos casos, del tenor literal de la cláusula de delimitación temporal de cobertura se desprende que el hecho de que la negligencia origen de la responsabilidad fuera anterior a la vigencia de la póliza no determina la exclusión de cobertura, a menos que se pruebe que el asegurado tuvo conocimiento previo de la reclamación o incidencia mediante notificación del perjudicado al asegurado en cualquier forma, incluso mediante una simple declaración de intenciones. Es decir, la falta de cobertura no se hace depender del momento en que se produjeron los daños, pues quedan cubiertos con independencia de su fecha de producción, sino de que la reclamación se hiciera dentro de la vigencia del seguro, a menos que el asegurado fuera

conocedor no del hecho, sino de la reclamación. Como se ha razonado anteriormente, son plenamente válidas las estipulaciones en virtud de las cuales se determina que el hecho causante del daño que origina su resarcimiento sea cubierto no por el seguro que estuviera en vigor cuando se produjo dicho hecho, sino por el seguro o póliza que lo estuviera cuando se produjo la reclamación, siempre y en todo caso que dichas estipulaciones se interpreten en beneficio del asegurado/perjudicado y no en su contra. En el presente caso la demanda se presentó el 13 de diciembre de 2006 y la póliza individual finalizaba el 2 de febrero de 2007; y contrariamente a lo que sostiene la aseguradora no puede considerarse probado que el letrado demandado fuera ya conocedor de que iba a exigirle responsabilidad con anterioridad a la fecha de las respectivas pólizas dado que lo único que se ha podido acreditar es que no fue hasta el 8 de marzo de 2002 cuando remitió la documentación a su compañero, lo que no equivale a concluir que ya tuviera conocimiento de hecho de que sus clientes le fueran a demandar o a requerir extrajudicialmente el importe del perjuicio que consideraban irrogado por su mala praxis, razonamiento que corrobora el documento 8 de la demanda que sitúa en el 30 de octubre de 2006 la comunicación por la que se le anunciaba que se le iba a exigir responsabilidad civil por incumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios.

**Franquicia.**—Constituye doctrina de esta Sala que también constituye una excepción oponible al perjudicado (STS de 27 de junio y 12 de septiembre de 2013). Ahora bien el argumento opuesto con carácter subsidiario por la aseguradora en el sentido de que los primeros 300.506 euros sólo pueden estar cubiertos por el seguro colectivo y no por el individual, que cubriría sólo a partir de esa cantidad –constituida por la franquicia– y hasta la suma asegurada por siniestro y año, no se sostiene desde el momento en que el siniestro ha quedado cubierto también por la póliza colectiva pues su cobertura no dependía de la fecha en que se produjeron los hechos origen del daño de que es fuente de responsabilidad civil sino de que su reclamación se realiza durante la vigencia de ambas pólizas, como así fue. En cualquier caso conviene advertir que no es coherente con la lógica del seguro de responsabilidad civil que, amparado un abogado por el seguro colectivo contratado por su colegio profesional y por un seguro individual costeado por el propio abogado para protegerse de posibles reclamaciones hasta donde no le protegiera el seguro colectivo, la compañía de seguros oponga que ni uno ni otro protegían de nada al abogado, como si el pago de las primas de ambos seguros no dependiera de la aleatoriedad inherente a su naturaleza sino a la inexistencia de riesgo alguno que asegurar. (STS de 20 de mayo de 2014; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**NOTA.**—Extensa y minuciosamente argumentada –con indudable finalidad pedagógica–, esta sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> viene a poner punto final a todas las reclamaciones judiciales pendientes derivadas del luctuoso hecho ocurrido en el verano de 1996, en el camping de Biescas (Huesca), con amplias repercusiones nacionales dado el elevado número de víctimas y los numerosos informes periciales que se adjuntaron a los diversos procesos penales, civiles y contencioso-administrativos que se vieron obligadas a interponer las víctimas, hasta lograr ser indemnizados (a partir de 2005) con base en una resolución de la Audiencia Nacional. Parece ser que los demandantes del proceso resuelto por esta Sentencia eran los úni-

cos perjudicados que, —según sus alegaciones reiteradamente rechazadas en ambas instancias—, por culpa del letrado que habían designado, no habían sido indemnizados. Cabe recordar que, en general, las reclamaciones de los clientes que se han sentido perjudicados por la actuación de sus abogados (o procuradores) ante los tribunales, se han incrementado notablemente entre nosotros, habiéndose consolidado una jurisprudencia más bien restrictiva en cuanto a su admisibilidad y, sobre todo, en la cuantía de la indemnización si se accedía la declaración de responsabilidad. Sin embargo, las circunstancias concurrentes en este caso han facilitado notablemente su estimación dada la similitud de supuestos en que fallecieron todas, y también las indemnizaciones (elevadas) concedidas por la Audiencia Nacional. La negligencia del letrado parece grave al haber dejado de transcurrir el plazo de prescripción de la acción administrativa antes de notificárselo a sus clientes. Notable también es la argumentación empleada para condenar a la aseguradora. Muy de aprobar los argumentos de la Sala para no prolongar un proceso que haría peligrar la eficacia del artículo 24 CE, en relación con la duración de los procesos interpuestos (18 años desde el hecho dañoso, y 8 años desde la interposición de la demanda contra el letrado). (G. G. C.)

**16. Fianza: aval a primer requerimiento. Efectos de la novación de la obligación garantizada sobre el aval. Ampliación del plazo de entrega: interpretación y alcance del artículo 1851 CC.**—Una interpretación literal del artículo 1851 CC llevaría a entender que la ampliación del plazo para dar cumplimiento a la obligación constituye una prórroga que se concede por el acreedor al deudor, que, si no ha sido consentida por el fiador, liberaría a éste de la fianza. Pero esta interpretación debe atemperarse en atención a la ratio del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, «el artículo 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador».

**Fianza que cubre la obligación de pago de la penalidad pactada por cada día de retraso en la entrega de las obras: la concesión de un nuevo término para la entrega beneficia al fiador.**—La concesión de un nuevo término para la entrega de las obras, cuando la fianza cubre la obligación de pago de la penalidad pactada por cada día de retraso, no perjudica la eventual vía subrogatoria del fiador *solvens*, sino que en este caso la prórroga beneficia al fiador pues ésta aminora el riesgo de tener que pagar la fianza al dejar de aplicarse la pena pactada al periodo al que se extiende la prórroga. Sería un contrasentido que la ampliación del plazo para la entrega de la obra que beneficia no sólo al deudor sino también al fiador, en cuanto que reduce el riesgo del aparición de la obligación garantizada y no merma la eficacia de una eventual acción subrogatoria en caso de pago de la fianza, una vez cons-

tatada la duración del retraso, pueda legitimar al fiador para liberarse de la fianza.

**Incremento de la cuantía a pagar por día de retraso: no es oponible al fiador si este no lo consintió.**—Al fiador solo le es exigible el cumplimiento de su obligación en los términos inicialmente convenidos. La novación de la obligación garantizada, sin el consentimiento del fiador, no es oponible a este. (STS de 3 de marzo de 2014; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS**—Las partes celebran un contrato de obra para la construcción de un hotel; se pactó una cláusula de prestación de aval bancario a primer requerimiento para cubrir cualquier responsabilidad por vicios o defectos en la construcción o por retraso en la entrega de la obra terminada, con penalización por día de retraso. Con posterioridad al otorgamiento del aval, la constructora y la comitente conciernen un nuevo plazo de entrega con incremento de la cuantía a pagar por día de retraso. Concluida la obra con retraso de 107 días la dueña reclama judicialmente al avalista el importe de la sanción por retraso prevista en el segundo acuerdo y otras responsabilidades cubiertas por el aval. El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión. Apelada la sentencia la Audiencia Provincial estima totalmente la demanda. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación.

**NOTA.**—La jurisprudencia define el aval a primer requerimiento como un contrato atípico conforme al cual el garante o avalista viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se la reclama, y en el cual la obligación asumida por el garante se configura como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento garantizan. De modo que el garante no puede oponer al beneficiario otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. No obstante, como dice la doctrina y recoge la propia sentencia, el garante puede oponerse al pago por las causas de los artículos 1851 y 1852 CC, salvo que se hubiere hecho una renuncia expresa de dichas causa de oposición. (C. O. M.)

**17. Accidente de circulación: atropello de peatón: concurrencia de culpas.**—La víctima cruzó el paso de peatones en fase roja del semáforo y el vehículo en fase verde; se trataba de un cruce regulado por semáforos con las especialidades de que al disponer solamente de luces de peatones el vehículo ignoraba en qué fase se encontraba el semáforo, de forma que es la confianza en la normalidad en el funcionamiento del sistema semafórico el que le lleva a la creencia de que se encontraba en fase roja para los peatones, como efectivamente ocurrió. Carece de relevancia para determinar culpa exclusiva del conductor la velocidad a que circulaba el vehículo (52 km/h, ligeramente por encima de los 50 permitidos); lo mismo ocurre respecto a las características de la calzada, la existencia de numerosos peatones en la zona, en atención a la hora y condición de la vía, y el vehículo detenido en el carril derecho; todo lo cual influye en la concurrencia de culpas, pero en modo alguno para declarar que la culpa sea exclusiva del conductor, careciendo todos y cada uno de ellos de efectos enervantes respecto a los hechos objetivos, a saber, que la

peatón cruzó con el semáforo en rojo, que fue la única que lo hizo de todas las personas que esperaban para cruzar y, por último, que corrió cuando vio venir al vehículo. Todo ello permite concluir en la concurrencia de culpas. Tras el siniestro de circulación la accidentada quedó en coma vigil, calificado de gran invalidez por las partes sin discusión, encontrándose internada en un hospital de crónicos, insertada en el sistema de Seguridad Social. En este recurso se postula la culpa exclusiva del conductor, la necesidad de ayuda de tercera persona, la ayuda para la adaptación de la vivienda y el recargo del artículo 20 LCS.

**Cuota de responsabilidad.**—A la vista de los hechos declarados probados se debe considerar razonable la cuota de responsabilidad atribuida a cada uno de los intervenientes, a saber, 70% a la peatón y 30% al conductor del turismo. Dado que la intervención significativa, aunque no exclusiva, de la víctima es la que propicia la concurrencia de culpas, con la consiguiente moderación de las prestaciones indemnizatorias que se ajusta a los hechos probados apreciados sin signo alguno de arbitrariedad, operando el tribunal con arreglo a la lógica y lo razonable. La STS de 11 de noviembre de 2010 ha declarado: «La moderación de la responsabilidad del conductor se integra en la apreciación del nexo de causalidad en su aspecto jurídico determinando su alcance. Esta es la razón por la que la negligencia del perjudicado no solamente aparece considerada en las tablas II, IV y V del Anexo de la LRCSVM como factor de corrección de las indemnizaciones básicas (en relación con el Anexo I, apartado 7 de la misma), sino también como elemento determinante del alcance de la responsabilidad del conductor por daños a las personas, en el artículo 1 de la misma Ley y en el Anexo I, apartado 2, en el que se contienen criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización».

**Factor de corrección por «grandes inválidos».**—Consta que la recurrente está internada en un hospital de crónicos, pero sin que se aporte evaluación de si será indefinida, si puede ser dada de alta hospitalaria, voluntaria o forzosa, si puede ser rechazado su internamiento por las instituciones de la SS, razones todas ellas que permiten entender que la aplicación del factor de corrección sobre ayuda de tercera persona solo está supeditada a la concurrencia del supuesto de hecho, y sin necesidad de otra prueba. En este sentido la STS de 10 de diciembre de 2009, en supuesto de fallecimiento prematuro de gran inválido, que el carácter finalista de las indemnizaciones según la LRCSVM, no impone limitaciones sobre su empleo ni permite control alguno sobre su destino, y, en términos generales, la falta de empleo de una indemnización por daños en la reparación de éstos no altera su fundamento causal como instrumento de compensación de los daños padecidos y no puede dar lugar por sí misma a enriquecimiento injusto si no se prevé en la ley o concurren circunstancias excepcionales. También es de tener en cuenta que en la tabla IV del Baremo, el anexo emplea la palabra *coste* para referirse a los estados de coma vigil o vegetativo; expresiones que se refieren no sólo al aspecto económico de mantenimiento del lesionado, sino también al de dedicación y atención continuada en el caso que lo desempeñan personas ligadas con el incapacitado, que no reciban remuneración.

En función de ello, a la vista de la edad de la demandante, 43 años, y su estado de coma vigil, procede aceptar la cantidad de 322.000 euros, y dada la contribución de aquella en un 70% a la causación del siniestro se condena, solidariamente, a los demandados al pago de 96.600 euros.

**Gastos de adaptación de la vivienda.**—Es un concepto que no es de aplicación automática, y en la sentencia recurrida se deniega al no acompañar presupuesto o factura, ni tan siquiera se indica en qué vivienda será necesaria la adaptación. La tabla IV del Baremo lo supedita a «las características de la vivienda y circunstancias del incapacitado en función de sus necesidades», por lo que no habiéndose acreditado el primer requisito procede mantener su desestimación.

**Recargo del artículo 20 LCS.**—Según el artículo 20.8 LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. En su interpretación, tanto del texto primitivo como de la reforma de 1995, esta Sala ha declarado que esta indemnización tiene un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia entre las partes, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso. La aseguradora actuó con razonable diligencia, pagando o garantizando gran parte del importe de las cantidades reclamadas, pese a las serias dudas sobre la cobertura del siniestro dada la influencia en el resultado de la propia lesionada, que se tradujo en una cuota de imputación del 70%. (STS de 24 de abril de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.] (G. G. C.)

**18. Responsabilidad profesional del Notario: compraventa de piso: mal funcionamiento de la relación institucional entre Notaría y Registro: omisión al comprador de que la finca estaba embargada: responsabilidad del Notario.**—El presente recurso interpuesto por el Notario debe partir de los siguientes hechos probados:

- a) El 22 de mayo de 2008 dos empresas en forma de S. L. suscriben un contrato de arras para la compra de una vivienda sita en el Paseo de Gracia de Barcelona, fijándose el precio en 2.450.000 euros, entregándose el primer pago en concepto de arras por importe de 53.500 euros;
- b) El 4 de junio otorgan un contrato de ampliación de arras, entregándose 294.250 euros a cuenta del precio;
- c) La escritura pública de compraventa que inicialmente se iba a otorgar el 18 de septiembre, lo fue finalmente el 22 de septiembre en la Notaría de Carlos M.ª;
- d) Antes el 16 de septiembre un Oficial de la Notaría había solicitado por fax al Registro de la Propiedad núm. 18 de Barcelona, información registral continuada de la finca en cuestión, con la finalidad de otorgar escritura pública de compraventa el 18 de septiembre, aproximadamente a las 10 de la mañana; en esa solicitud de facilitó un determinado numero de fax acabado en 34;
- e) A las 9,48 horas del 18 de septiembre de 2008, el Registro de la Propiedad creó un documento contenido nota informativa con efectos al cierre del Diario del día hábil anterior a la fecha de expedición, para enviarlo por fax informático, sin que conste acreditada su recepción;
- f) El mismo día 18 de septiembre, a las 12,39 horas, tuvo entrada en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo sobre la misma finca

del Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Barcelona, por un importe de 1.970.877 euros de principal y 580.000 euros de intereses y costas;

g) Como se había pedido información continuada, el Registro de la Propiedad creó otro documento para comunicar a la Notaría por fax informático que había tenido entrada aquella orden de anotación de embargo. El sistema informático generó un informe según el cual el documento fue recibido por el destinatario el día 19 de septiembre a las 9,47 horas;

h) Sobre las 11,30 horas del día 19 de septiembre, el Oficial de la Notaría que se encargaba de esta escritura comunicó por teléfono con el Registro de la Propiedad para advertirles que no habían recibido la información que habían solicitado, y les facilitó un nuevo número de fax, que acababa en 33;

i) Desde el Registro de la Propiedad, y por medio de un fax convencional, se reenvió la primera nota informativa que había sido creada el 18 de septiembre, esto es, antes de que entrara el mandamiento de embargo, y por eso omite una referencia al embargo. Esta comunicación fue recibida en la Notaría el 19 de septiembre a las 11,46 horas;

j) La escritura fue otorgada sin que incluyera, ni se pusiera en conocimiento del comprador, el embargo trabado sobre la finca comprador, el embargo trabado sobre la finca.

La entidad compradora reclamó solidariamente al vendedor y al Notario, una indemnización de 2.450.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda dirigida contra el vendedor, y absolvió al Notario. Pero la Audiencia Provincial estimó el recurso contra el Notario, al que condenó solidariamente con el vendedor.

**No hay responsabilidad de la Registradora.**—La sentencia de instancia declara probado que el fax informático remitido por el Registro el 18 de septiembre, en el que daba cuenta del mandamiento judicial de embargo sobre la finca que iba a ser objeto de compraventa, fue recibido en la Notaría el 19 de septiembre a las 9,47 horas.

Conforme al artículo 175.1 del Reglamento Notarial (RN), el Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de un bien inmueble, debía comprobar la titularidad y el estado de cargas del bien. Para ello debe solicitar del Registro de la Propiedad una nota informativa del estado de cargas en ese momento y que se le informe de las posteriores, antes de que autorice la escritura de compraventa. Las partes que acuden a la Notaría, especialmente el comprador, confían en que el Notario les informará adecuadamente de las cargas que pesan sobre el inmueble objeto de la compraventa, para evitar lo que ocurrió en este caso, que el comprador preste su consentimiento a la compra de un inmueble sin conocer que acaba de trabarse un embargo sobre este bien, que lógicamente lo devalúa.

El artículo 146 RN prescribe la responsabilidad civil del Notario respecto de los daños y perjuicios ocasionados por dolo o ignorancia inexcusable. Es indudable que el hecho de que el Notario no dejara constancia del embargo judicial que gravaba el inmueble al tiempo de autorizar la escritura de compraventa, ocasionó un grave perjuicio al comprador, quien consistió pagar un precio de 2.450.000 euros por dicho inmueble, que estaba devaluado en una cifra similar como consecuencia del embargo. No puede negarse un nexo de causalidad entre esta conducta, omitir el estado actual de las cargas que pesan sobre el inmueble que compra. En un caso como el presente en que el sistema de comunicación entre la Notaría y el Registro de la Propiedad no funcionó, y se declara probado que este remitió la comunicación en la que informaba del embargo y la Notaría debió recibirla, la ignorancia del Notario sobre la

existencia de esta carga es inexcusable, a los efectos de responder, conforme al artículo 146 RN, de los daños y perjuicios ocasionados al comprador. Lo anterior no prejuzga la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir la Registradora frente al Notario, si se llega a demostrar que los problemas de comunicación también fueron debidos al sistema informático del Registro de la Propiedad. (STS de 18 de marzo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—Quizá pudiera anotarse, con carácter general, que el supuesto de hecho de esta sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> puede desencadenar todas las alarmas en la sede de los dos beneméritos Cuerpos de funcionarios sobre los que descansa en España la regularidad del tráfico inmobiliario. La lectura de los hechos probados convence que existió, sin duda, un fallo en el sistema de comunicación entre Registro y Notaría, sin que aparezca plenamente explicada la última causa eficiente. ¿Deberán figurar obligatoriamente y siempre, expertos informáticos en las plantillas de ambas Oficinas? ¿Cómo garantizar, en el futuro, la no producción de fallos técnicos en las mismas? (G. G. C.)

**19. Culpa médica: contagio de hepatitis vírica: legislación aplicable: irretroactividad.**—Resultan aplicables al caso los artículos 1902 CC y 28 de la LGDCU 1984, sin que proceda aplicar el artículo 148 TRLGDCU de 2007 en razón al principio de la *perpetuatio actionis*; tampoco lo es la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, dado que la relación de causalidad se ha establecido en relación a pacientes hemofílicos que hubieran recibido concentrados de factor de coagulación hasta 1990, momento a partir del cual todas las unidades de sangre o plasma reciente extraído debían someterse a las pruebas de detección de anticuerpos de la hepatitis C. Según la STS de 24 de noviembre de 2006, el artículo 2.3 CC establece el principio de irretroactividad de las leyes si no dispusieran lo contrario, inspirándose en el principio *tempus regit actum* o de irretroactividad, especialmente recogido el Disposición final de la Ley 22/1994, según la cual la presente ley no será de aplicación a la responsabilidad civil de los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor, la cual se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento. Es decir, la propia Ley 22/1994 rechaza toda pretensión de retroactividad de la misma al determinar como momento de su aplicación, no ya el de la producción del daño, que puede haber tenido lugar después de la entrada en vigor de la ley, sino el momento de la puesta en circulación del producto causante del daño, sólo si esta puesta en circulación ha tenido lugar vigente ya la referida ley. No se trata, como pretende el recurrente, de una ley aclaratoria o interpretativa, o que venga a suplir lagunas de otra ley (en este caso la LGDCU de 1984), sino que se trata de una ley que establece un régimen jurídico nuevo respecto a la materia que es objeto de regulación. Por otra parte, carece de todo fundamento al pretender basar esa retroactividad en el hecho de ser la Ley 22/1994 adaptación de la Directiva Comunitaria 85/374.

**La imputación objetiva de responsabilidad del artículo 28 LGDCU cede ante riesgos inevitables y los llamados de progreso.**—El artículo 28 vincula la responsabilidad derivada de los daños originados por el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que *por su propia naturale-*

za, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad en debidas condiciones al consumidor o usuario». Sin duda, la protección de los consumidores se produce mediante la introducción, con menor o mayor amplitud, de una imputación objetiva de la responsabilidad de los daños que se produzcan con ocasión del consumo, razón por la cual el artículo 28 opta por una responsabilidad objetiva que permite cubrir, en principio, todos los daños producidos por determinados bienes y servicios. Ahora bien la STS de 19 de junio de 2001 advierte de la posibilidad de exonerarse de esta responsabilidad cuando estamos ante un riesgo inevitable, así como en aquellos casos en que el paciente debe soportar los llamados riesgos de progreso, cuando se derivan de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, como sucede en los que el contagio por transfusión se produjo con anterioridad a la disponibilidad de los reactivos para la práctica de las pruebas del sida, siempre que se hayan adoptado las medidas exigidas en su momento, con arreglo al estado de la técnica, en torno a la obtención y tratamiento del plasma, la comprobación de su posible contaminación y el diagnóstico y adecuado tratamiento de la enfermedad.

En el presente caso, conforme a la conclusión probatoria obtenida por el tribunal de instancia, a partir de un detenido y razonado análisis de la prueba practicada, en el sentido de que se aplicaron los criterios de selección de donantes y los marcadores indirectos de hepatitis, así como las técnicas de inactivación viral que iban apareciendo en la investigación científica; de que se trataba de una situación beneficiosa para los hemofílicos demandantes afectados por la administración de los concentrados de factor de coagulación, y de un riesgo convenientemente advertido en los productos por la administración de los concentrados, conforme exigía en aquella época el RD 3451/1977, de 1 de diciembre, sobre promoción, información y publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas, y el artículo 13.1, f) LGDCU de 1984, lo que hacía inevitable el contagio de VHC hasta que comenzaron a aplicarse técnicas de inactividad viral, por más que se adoptaran todas las medidas a su alcance tendentes a reducir al máximo el riesgo de tal contagio en atención a la evolución de los conocimientos científicos del momento. (STS de 21 de mayo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

**20. Culpa médica: cirugía radiográfica y convencional: efectos secundarios: información adecuada.**—Es cierto que el documento que firma el paciente no menciona los efectos secundarios y/o complicaciones debidos al tratamiento mediante radiaciones, pero lo que sí es cierto es que se le transmitió de forma expresa sobre la dificultad del resultado positivo que pudiera obtenerse y que se le proporcionó toda información de forma expresa sobre la dificultad del resultado positivo que pudiera obtenerse y que también se le proporcionó toda la información necesaria en la primera visita efectuada, sin que en relación a los efectos secundarios, y más concretamente, en relación con la radionecrosis, esté acreditada su existencia. Esta Sala ha declarado que el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rango informativo adecuado no sirve para conformar debida ni correcta información (SSTS de 27 de abril de 2001 y 29 de mayo de 2003). Pero no es esto

lo que sucede en este caso, ni por la forma del propio documento ni por como se produjo.

La información integra por su propia naturaleza un procedimiento gradual y básicamente verbal y tiene en este caso, como dato de interés, el hecho de que a la intervención se llegó tras una previa decisión clínica que, primero, permitió al paciente valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar la terapia elegida por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto, y, después, valorar toda la información proporcionada, sin que conste que no hubiera comprendido la información que se le entregó en forma adecuada por lo que cabe deducir, conforme a las circunstancias que el buen sentido impone a cada caso, que tanto la opción de intervención mediante radiocirugía, como el hecho de someterse posteriormente a la misma, fue tomada de forma libre y voluntaria aceptación, aceptando los riesgos inherentes; todo lo cual permite concluir que el consentimiento del demandante fue prestado y obtenido en la forma que exige el artículo 10.5 de la Ley 14/86, al reunir los requisitos mínimos y razonables para haberle permitido decidir, con suficiente conocimiento y tiempo, si decidía someterse o no a la intervención. (**STS de 9 de mayo de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—El paciente, nacido en 1966, padeció el 4 de octubre de 1991 un cuadro de cefaleas y vómitos, tras la realización de un esfuerzo físico. Al día siguiente en el Hospital Vall d'Hebron se le detectó una malformación arterio-venosa, confirmada mediante angiografía cerebral, así como un aneurisma en una de las arterias nutrientes. El 11 de octubre en el mismo Hospital se decide no extirpar la malformación por cirugía convencional sino someterle a radio-cirugía, lo que se realiza sin éxito el 5 de noviembre. Tras dos años el paciente acude a la Clínica Sagrada Familia para que se le aplique la cirugía convencional el 24 de noviembre de 1993, también sin éxito. En 2008 el Juzgado de lo Social núm. 17 de Barcelona declara la incapacidad absoluta del enfermo. La demanda se interpone contra el cirujano de la primera intervención, siendo rechazada en ambas instancias así como el recurso de casación. (G. G. C.)

#### DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**21. Procedimiento de ejecución hipotecaria. Actos de comunicación. Deficiencias de los actos de comunicación que provocan indefensión del destinatario.**—Los actos de comunicación son el cauce a través del cual las partes y los interesados legítimos conocen la existencia del proceso y sus trámites esenciales, y de este modo pueden realizar las actuaciones procesales que consideren adecuadas para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Los órganos jurisdiccionales tienen el deber específico de adoptar todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para que la comunicación con el interesado sea real y efectiva y asegurar que esa finalidad no se frustre por causas ajenas a la voluntad de los sujetos a quienes afecte, sin que ello signifique exigirles el despliegue de una desmedida labor investigadora que pudiera conducir a la indebida restricción de los derechos

de defensa de los restantes personados en el proceso. La omisión o defectuosa realización de los actos de comunicación constituye indefensión cuando priva al destinatario del conocimiento necesario para ejercer su defensa en los procesos o recursos en que intervenga o deba intervenir. No existe indefensión cuando la falta de intervención en el proceso es imputable al propio interesado que pretende que se anulen las actuaciones por defectuosa práctica de los actos de comunicación, como sucede cuando el interesado se ha colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva o cuando resulte probado que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigo en el que no fue personalmente emplazado. Dado que lo presumido es el desconocimiento del proceso cuando así se alega, han de acreditarse fehacientemente los hechos que sirvan para desmontar dicha presunción. Cuando las deficiencias de los actos de comunicación no afectan únicamente a un acto aislado, sino que se refiere de manera reiterada a los actos de comunicación más importantes del proceso de ejecución hipotecaria (como son el requerimiento judicial de pago, la notificación del señalamiento de la subasta y la notificación de la mejor postura ofrecida en la subasta cuando ésta sea inferior al 70% del tipo de la subasta, para que el ejecutado pueda presentar a un tercero que mejore la postura) impide que estos cumplan su finalidad. (**STS de 13 de marzo de 2014; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—La demandante, doña Paula, participaba, como socia, en distintas sociedades con don Ildefonso, siendo este el gestor efectivo de las mismas. La demandante había adquirido para sí de una de las sociedades gestionadas por don Ildefonso una finca consistente en una galería comercial, subrogándose en el contrato de arrendamiento del local, con una duración de 25 años, y teniendo como arrendataria una importante cadena de alimentación. Para adquirir dicha finca, se constituye una hipoteca por importe de 400.000 euros, a favor de la prestamista Caja de Ahorros C. En la escritura de constitución se señala como domicilio para las notificaciones la misma finca hipotecada. Además, en la domiciliación de pagos de la hipoteca en el citado banco, la demandante facilitó como domicilio a efectos de notificaciones, el del despacho de su abogado.

El Juzgado de Instrucción decretó la prisión provisional de doña Paula por su implicación en un posible delito de blanqueo de capitales y decretó el embargo y bloqueo de las cuentas de esta. Se supone que la entidad bancaria fuese poco clara. Cursó varios telegramas en los que comunicaba la existencia de saldo deudor en el préstamo y requirió el pago, enviados tanto a la dirección de la finca hipotecada como al domicilio del abogado. Iniciado el procedimiento de ejecución, se realizó un nuevo requerimiento, también en la dirección de la finca hipotecada, desconociéndose el destino que finalmente pudieron tener los documentos. Tras ello, se practicó notificación en el domicilio del abogado de doña Paula, que fracasó, declarando el agente comunicador que doña Paula ya no era cliente suya.

Realizada la subasta, doña Antonieta se adjudicó la finca. Doña Paula compareció en el procedimiento e instó incidente de nulidad de actuaciones, por no haberse practicado correctamente

las notificaciones, que fue inadmitido, al haber transcurrido el plazo para ello.

Doña Paula interpone demanda. Ejercita, con carácter principal, la acción de nulidad del procedimiento de ejecución, por incumplimiento de las normas legales que rigen los actos de comunicación. Subsidiariamente, ejercita acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento injusto contra don Ildefonso y doña Antonieta, por entender que esta última se adjudicó la finca por la mitad de su valor, a lo que hay que sumar la subrogación en el contrato de alquiler, habiéndose confabulado padre e hija para ocultar a la demandante la existencia del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Las sentencias de primera y segunda instancia desestiman las pretensiones de la demandante. Entienden que no se infringieron las normas procesales sobre notificación ni se generó indefensión, pues las comunicaciones se realizaron en los domicilios facilitados por la actora al banco. No se entendió probada la existencia de confabulación entre los demandados.

Doña Paula interpone recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación. Solamente este último es estimado. Entiende el Alto Tribunal que se han vulnerado las normas esenciales del proceso y que tal vulneración ha provocado indefensión a la recurrente. Si bien es cierto que la demandante podía haber actuado con mayor diligencia en la designación de su domicilio, ello no la colocó al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación, ni tenía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigo y, dadas las circunstancias (la recurrente estuvo en la cárcel durante la práctica totalidad del proceso, el banco tenía en su poder una copia del DNI de esta, etc.), el banco debió extremar las cautelas respecto de la hipotecante. Consecuentemente, el Tribunal Supremo declara la nulidad del proceso de ejecución hipotecaria y de la adjudicación acordada a favor de doña Antonieta y declara la cancelación de los asientos registrales realizados como consecuencia de dicha adjudicación. (G. M. A.)

**22. Registro de la Propiedad. Legitimación activa del Registrador para impugnar ante la jurisdicción civil la decisión de su superior jerárquico (DGRN) revocatoria de su calificación negativa: interés legítimo o personal.**—La legitimación activa frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado la tiene el Registrador cuando su interés no es el genérico o abstracto inherente a su función de defensa de la legalidad registral, sino cuando deriva de la existencia de una posible declaración de responsabilidad civil o disciplinaria sobre él (STS de 20 de marzo y 28 de mayo de 2013, por citar de las más recientes). También, se aprecia falta de legitimación activa del Registrador cuando se propugna la nulidad de la resolución gubernativa por haberse dictado fuera de plazo (STS de 2 de enero de 2012). (**STS de 2 de abril de 2014**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—El presente recurso de casación trae causa de un procedimiento en el que se ejercitaba acción de impugnación de una resolución de la DGRN que autorizó la práctica del asiento

denegado anteriormente por el Registrador por no haberse acreditado la constitución del seguro decenal de daños en la construcción en relación a una obra nueva y división horizontal, cuya escritura pública pretendía inscribirse. El Registrador impugnó mediante demanda civil la resolución de la DGRN que, estimaba el recurso gubernativo del Notario, y revocaban en consecuencia la calificación registral negativa, alegando el afectar la resolución a un derecho o interés del que era titular, y que ese derecho o interés legítimo había de interpretarse ampliamente.

El Juzgado estimó la demanda al considerar que debía revocarse la decisión de la DGRN, ya que la vivienda sobre la que se pretendía inscribir la declaración de obra nueva sí exigía el seguro de responsabilidad decenal por no tratarse de una única vivienda para uso propio. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la DGRN.

NOTA.—El párrafo cuarto del artículo 328 LH, redactado conforme a la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, *de reformas para el impulso a la productividad*, establece: *Carecen de legitimación para recurrir la resolución de la Dirección General el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales. El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares. El Juez que conozca del recurso interpuesto podrá exigir al recurrente la prestación de caución o fianza para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya sido calificado negativamente. (I. D.-L.)*

## DERECHO DE FAMILIA

**23. Matrimonio entre lesbianas: divorcio: relaciones de las progenitoras con tres menores: visitas.**—Doña Elvira contrajo matrimonio con doña M.<sup>a</sup> Luz el 3 de agosto de 2007. Anteriormente tuvo una hija, Leticia, por fecundación in vitro el 4 de marzo de 2005, inscrita en el Registro Civil como hija de madre soltera, siendo posteriormente adoptada por doña M.<sup>a</sup> Luz mediante resolución judicial de 25 de abril de 2008. En la STS de 5 de diciembre de 2013, resolviendo un proceso paralelo seguido entre las partes, se reconocieron como hijas matrimoniales de doña M.<sup>a</sup> Luz y doña Elvira, a las gemelas Mónica y Maite, concebidas por la primera también mediante fecundación in vitro, y que habían sido inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden.

Doña Elvira solicitó el divorcio en 2009 contra doña M.<sup>a</sup> Luz, pidiendo medidas en cuanto a la guarda y custodia de la hija mayor del matrimonio, Leticia, adoptada por la demandada, la cual se opuso y formuló reconvención solicitando la guarda y custodia, no sólo de Leticia, sino también de Mónica y Maite. Basó su pretensión en su calidad de madre de las menores y, subsidiariamente, en ser *allegada*, conforme al artículo 160 CC.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y acordó el divorcio, concediendo la guarda y custodia de la hija mayor del matrimonio a la demandante, con un régimen de visitas a favor de la demandada. La sentencia de Audiencia Provincial estableció el derecho de visita de las dos gemelas igual que el de su hermana mayor; se argumenta que existe una clara intencionalidad por parte de la pareja de tener hijos y formar una familia, y que existe una posesión de estado, pero no fija régimen de guarda y custodia ni alimentos, al no ser firme la sentencia por la que la misma Audiencia Provincial, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, declaró la filiación matrimonial de las menores a favor de la demandada, no siendo posible ejecutar en este pleito una sentencia todavía no firme. Simultáneamente se ejercitó reclamación de filiación matrimonial respecto de Mónica y Maite, resuelta definitivamente por la citada STS de 5 de diciembre de 2013. Doña Elvira recurrió en casación.

**Interés de las menores.**—Ninguno de los motivos de casación puede prosperar. En primer lugar, el recurso es puramente formal y no tiene en cuenta el interés de las menores, que ni siquiera se invoca, sin que exista infracción del artículo 160 CC porque se haya implantado un régimen de visitas tan amplio como el de un progenitor, a quien tan solo es considerado como allegado, puesto que después de la STS de 2013, ya es progenitor, y en ella se declara que: *En estos momentos existe un interés real, y este no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones ya conseguidas entre todas.* En segundo lugar, tampoco puede infringirse el artículo 131 CC, sobre posesión de estado, no solo porque estamos en un juicio de divorcio y no de filiación, sino porque carece de sentido apelar a una situación que ya ha quedado resuelta. (STS de 19 de mayo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—La complejidad de la situación fáctica ha conducido a errores en el 1.º FD, subsanables fácilmente con el resto del relato de la sentencia (atribuir a Elvira la maternidad que corresponde a M.<sup>a</sup> Luz, y calificar a Leticia como hija menor del matrimonio). Además, paralelamente al de divorcio las mismas partes mantenían otro proceso de filiación matrimonial, afortunadamente resuelto antes de esta sentencia. Sociológicamente podrá estudiarse en adelante la duración entre nosotros de estas uniones, cuya litigiosidad en otros países recae también en sus relaciones con los hijos. (G. G. C.)

**24. Divorcio: alimentos a hija menor: proporcionalidad.**—La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que *el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el TS a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo 146*, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma *entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente no puede ser objeto del recurso de casación* (SSTS 21 de noviembre de 2005, 26 de octubre de 2011, 11 de noviembre de 2013, 27 de enero de 2014, entre otras). Pues bien, la sentencia recurrida tiene en cuenta los gastos que comporta la educación del menor en todos sus aspectos, inclui-

do el comedor, las obligaciones que pesan sobre el matrimonio respecto de la vivienda familiar, el hecho de que en el año 2009, asumió voluntariamente el esposo el pago del colegio, hipoteca, suministros, derramas, impuesto, etc.; el importante cargo que desempeña el esposo, que no tiene gastos de alojamiento puesto que reside con su madre en una zona exclusiva de Madrid, y la capacidad económica de la esposa, todo lo cual tiene en cuenta para mantener el nivel de vida en beneficio del hijo. Es decir, la sentencia establece un juicio razonado de proporcionalidad en función de este conjunto de datos, que la Sala debe mantener, pues en ningún caso se justifica la existencia del interés casacional que se invoca por jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provincial. (**STS de 28 de marzo de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—El Juzgado de Primera Instancia para el único hijo del matrimonio, nacido en 2001, fijó la suma alimenticia de 1.500 euros mensuales. Recurrió la madre, que conservó la guarda y el domicilio familiar, logrando que la Audiencia Provincial la elevara a 2.500 euros, argumentando la sentencia que *se debe mantener el nivel de vida en beneficio de los hijos, en la medida que existan posibilidades económicas por parte de los progenitores, y en especial del progenitor no custodio, teniendo en cuenta los gastos escolares, actividades deportivas, etc. que origina dicho hijo*. La disparidad de ingresos entre los progenitores era notable: el padre en el periodo 2008-2010, declara a Hacienda en torno a 150.000 euros brutos anuales, mientras que la suma declara por la madre oscila entre los 30.000 y 18.000 euros brutos anuales. Con todo la Audiencia Provincial destaca que ella es maquilladora y peluquera de alto nivel por lo que presume que gana todavía más dinero que el declarado, afirmando —*obiter*— que el esposo no debe afrontar la totalidad del gasto escolar del hijo y que la esposa debe contribuir a la pretensión alimenticia de modo directo. (G. G. C.)

**25. Pensión compensatoria: repercusión de la herencia recibida por uno de los cónyuges en trámite de modificación de medidas.**—La incidencia de una herencia recibida por el cónyuge perceptor en la modificación o extinción de la pensión compensatoria, de los artículos 100 y 101 CC, opera como una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción.

**La pensión compensatoria es un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio.**—Aunque ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges (SSTS de 19 de enero de 2010, 25 de noviembre de 2011 y 20 de junio de 2013, entre otras).

**Reglas de distribución de la carga de la prueba.**—La carga de la prueba concerniente a la parte actora para hacer efectivo su derecho era acreditar la existencia de esta herencia adquirida por su cónyuge, lo que no se niega, mientras que la prueba de los pormenores y detalles de la herencia, obstativos al éxito de la acción entablada, correspondía a la demandada de tal forma que la falta de prueba (o insuficiencia de prueba) sobre los extremos de la heren-

cia, no cabe que opere en perjuicio de aquel a quien no incumbía la probanza (cfr. SSTS de 12 de abril de 2013, y 16 de marzo y 27 de septiembre de 2011, entre otras). (**STS de 17 de marzo de 2014**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Sejas Quintana.]

**HECHOS.**—En trámite de modificación de medidas se discutió la influencia que tuvo la herencia recibida por doña Tomasa tras el fallecimiento de su madre para entender superado el desequilibrio económico que determinó la pensión compensatoria que, por importe de 1.500 euros mensuales, recibía a cargo de don Nicolás (su cónyuge). La pretensión del obligado fue desestimada en ambas instancias, al no quedar suficientemente acreditado un cambio sustancial de las circunstancias. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y anuló la sentencia recurrida en lo que se refiere a la pensión compensatoria que recibía doña Tomasa de don Nicolás, al haber incrementado aquélla además de su patrimonio inmobiliario, sus ingresos en la cuantía de 1.700 euros mensuales, más los que pudiera percibir en un futuro por los bienes inmuebles que integrados en la herencia

**NOTA.**—El artículo 100 CC ha sido modificado por *la disposición final* de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria. La nueva redacción añade al párrafo primero la posibilidad de que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge *que así lo aconsejen*. Este nuevo inciso: *que así lo aconsejen* refuerza aún más la discreción judicial para la modificación de la pensión compensatoria.

También, se añade al artículo 100 un segundo párrafo en el que se recoge que *la pensión y las bases de su actualización fijadas en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o Notario podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.* (I. D.-L.)

**26. Adopción internacional: Ley 54/2007, de 28 de diciembre: no existe un derecho subjetivo a adoptar.**—Como se recuerda en la Exposición de Motivos de la Ley de Adopción Internacional de 2007, se concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que se realicen en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Por tanto, siendo muy legítima la aspiración de cualquier persona a la paternidad o maternidad y a satisfacerla mediante la adopción, no es propiamente un derecho subjetivo que se tenga que satisfacer a toda costa, sino que está en función del interés superior del niño, razón por la cual se requiere que los adoptantes gocen de idoneidad en el momento de verificarse una concreta adopción internacional.

**Idoneidad.**—El artículo 10.1 LAI concibe la idoneidad como la *capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencia y responsabilidades que conlleva la adopción internacional.* Para valorarla adecuadamente el artículo 10.2, dispone que

debe contarse con *una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional*. Esta valoración, aunque se apoye en criterios o parámetros objetivos o susceptibles de una cierta objetivación, no deja de encerrar una apreciación subjetiva por parte de los técnicos que la realizan, por lo que la norma insta a las autoridades administrativas para que se establezcan criterios homogéneos de valoración que eviten disparidades injustificadas, y ello sin perder de vista que lo importante es el superior interés del menor. Y si todo esto se prevé en general de quienes pretenden acceder a la adopción internacional, con mayor motivo debe reconocerse a las personas –un matrimonio en este caso– que ya habían sido declarados idóneos para la misma y que al renovarse la declaración se someten a una nueva valoración.

La duración trienal de la validez de la idoneidad es lógica que se limite a tres años, pues se trata de algo muy dinámico que se tiene en un momento y lo lógico es que, mientras no también las circunstancias personales y externas, se mantenga, pero se ve afectado por el paso del tiempo y por lo que puede acaecer en la vida de las personas, por diversas eventualidades, unas más previsibles que otras. Por ello, si se constata la realización de *modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de los solicitantes*, deberá tenerse en cuenta por los mismos medios empleados para la declaración y por cualquier otro que pueda servir al efecto.

**Duración trienal: renovación de la idoneidad.**—En cualquier caso, se entiende que el transcurso de los tres años deja sin efecto la declaración de idoneidad y exige una nueva, con los preceptivos informes psicosociales. En contra de lo que se argumenta en la sentencia recurrida, la renovación requiere una nueva valoración que constate que todo aquello que fue objeto del informe psicosocial para conceder la primera valoración positiva (situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional) subsiste, y tal exigencia se reitera en el artículo 16 del Decreto 45/2005, de 19 de abril, que regula la adopción de menores en Castilla la Mancha. Por tanto, la nueva valoración ha de ser completa, como corresponde a una nueva solicitud, aunque tampoco debe ser contradictoria con la primera, de modo que si hace cinco años se valoró positivamente la idoneidad de los solicitantes y ahora se aprecia que carecen de ella –lo cual es perfectamente posible– es lógico que deba darse una explicación razonable basada, o en el cambio de circunstancias relevantes, o en ser insuficientes los criterios empleados en la primera valoración. Otra cosa conduce a la arbitrariedad que la ley trata de evitar al instar a la autoridad administrativa a homogeneizar los criterios de valoración.

**Motivación.**—En el presente caso se declara probado que tras el interrogatorio la trabajadora social que realizó el informe declaró que no existía ningún inconveniente relacionado con la capacidad y aptitud de los solicitantes para la adopción, pero que se consideraba insuficiente la motivación por inadecuada, pues respondía a expectativas no realistas de adoptar a una niña china, adoleciendo además del *síndrome del nido vacío*, ya que tenían deseo

de ampliar su familia y volver a ser padres, dando un nuevo hermano a los hijos que ya tienen.

La motivación es uno de los parámetros a tener en cuenta para la idoneidad, y puede determinar su falta, pero para ello es necesario que esa apreciación esencialmente subjetiva se objetive de alguna forma para mostrarla con cierta claridad y, al mismo tiempo, que se explique cómo al ponderar este criterio junto con otros, prive de idoneidad al solicitante. En el presente caso, no consta que la motivación de los solicitantes hubiera cambiado respecto de la que tenían cuando les fue reconocido por primera vez la idoneidad, cinco años antes, ni tampoco se justifica que hubiera habido un cambio de criterios en la ponderación de la motivación para el reconocimiento de la idoneidad. En estas circunstancias, la denegación de la idoneidad no se aprecia justificada por lo que la decisión de la sentencia no infringe la normativa legal aplicable al caso. (**STS de 24 de marzo de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**NOTA.**—Sentencia pedagógica que analiza minuciosamente el supuesto, relativamente frecuente, de solicitud por un matrimonio español de renovación de su idoneidad administrativa para poder adoptar. Confirma la Sentencia de apelación aunque rectifica su fundamentación dado que tal renovación no es un mero trámite, sino un nuevo procedimiento administrativo cuyos requisitos deben darse *hic et nunc*. Pero al mismo tiempo advierte de los riesgos del subjetivismo en la emisión de dictámenes psicosociales que inciden en disparidades injustificadas. Es legítimo aspirar a adoptar menores para tener que ejercitar nuevamente las funciones parentales, y también lo es aspirar a que sus hijos biológicos se eduquen en compañía de una menor de origen oriental.

Actualmente conviene saber que, a nivel global, la institución adopcional está inmersa en un profundo análisis de reestructuración ya que la reciente experiencia está demostrando que no es siempre el remedio *prêt à porter*, válido en cualquier coyuntura, ni en todos los supuestos de conflictos o catástrofes los funcionarios internacionales que de buena fe tratan de remediarlos de modo inmediato, conocen a fondo su funcionamiento real, ni hasta ahora se han puesto en actuación, por la ONU y otras organizaciones, mecanismos eficaces que eviten el odioso —y remunerador!— tráfico mundial de menores entre países *exportadores e importadores* de cualquier continente. (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**27. Testamento: nulidad por carecer el testador de cabal juicio: nulidad de la partición: efectos: bienes enajenados a terceros: valor a restituir.**—La cuestión de fondo es el alcance de la obligación de restitución en relación a la declaración judicial de nulidad de un testamento abierto, y de su correspondiente escritura de aceptación y adjudicación de bienes. Los recursos interpuestos traen causa de la demanda interpuesta por los recurrentes en la que se ejercitaba principalmente una acción de nulidad de testamento por vicio grave de consentimiento, otorgado por doña Rocío el 5 de marzo

de 2002, cuya pretensión fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia por considerar que la testadora no tenía cabal juicio para saber, querer y conocer la transcendencia del otorgamiento del testamento, si bien se determinó que la obligación de restitución de los bienes, respecto de los que no existiera posibilidad de devolución por haber dispuesto de ellos, se realizaría de acuerdo con el valor fiscal de la transmisión y no el valor de mercado, con los intereses legales incrementados en dos puntos a computar desde el otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia en virtud de testamento cuya nulidad se declaraba, de fecha de 19 de abril de 2007. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto en el sentido de fijar el importe de los bienes que no fueran susceptibles de devolución, devengarían los intereses legales del artículo 576 LEC desde la fecha de primera instancia, declarando la validez del testamento precedente otorgado por la testadora.

**Ausencia de incongruencia.**—La sentencia recurrida resulta congruente al pronunciarse expresamente sobre las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, con una cumplida exteriorización de las consecuencias jurídicas que justifican la confirmación de la nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por doña Rocío, y, en consecuencia, de la nulidad también de pleno derecho, de la escritura de aceptación y adjudicación de dicha herencia, llevada a cabo por don Edmundo, el 19 de abril de 2007. En este contexto, la restitución ordenada en favor de la masa patrimonial de la herencia de la causante y su puesta a disposición de doña Guillerma, como legítima y única heredera a raíz del último y válido testamento otorgado el 14 de marzo de 1989, resulta incuestionable, como legítima y única heredera, por ser una proyección o referencia obligada de la propia vocación testamentaria y de la razón de equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio de la causante y el *ius delationis* en favor exclusivamente de doña Guillerma que, tras su ejercicio con la aceptación de la herencia, determinó que todos los bienes y derechos que traían causa de la sucesión, incluidas las restituciones que resultaran procedentes, pasaran a integrar parte de su patrimonio y, en su caso, de su propio haber hereditario. También es congruente que ante la imposibilidad de proceder a la restitución *in natura*, por la transmisión del bien a terceros adquirentes de buena fe, transforme el contenido de la restitución respecto a su equivalente pecuniario, de forma que nada obsta a la fundamentación técnica que justifica la aplicación del artículo 576 LEC en relación a los intereses derivados de la mora procesal desde que se dictó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

**El precio de venta como valor a restituir.**—Resulta incorrecta la aplicación metodológica de la valoración fiscal o tributaria que hace la sentencia recurrida, pues trae causa de una escritura de aceptación y adjudicación de bienes cuya ineficacia estructural ha sido declarada también tras la nulidad del testamento que, a su vez, causalizó dicha adjudicación. De ahí que la interpretación normativa deba reconducirse al ámbito de aplicación del artículo 1307 CC, en la medida en que la enajenación del bien puede considerarse equivalente a la pérdida de la cosa que expresamente contempla dicho precepto, ante la inexistencia de respuesta normativa específica respecto a esta cuestión. En su consecuencia, y con apoyo también en el artículo 1897 CC en la regulación del cobro de lo indebido respecto del *accipiens indebiti* de buena fe, el cálculo del valor del bien objeto de restitución por equivalente pecuniario debe quedar determinado por el precio de venta del mismo.

En el presente caso, no habiéndose acreditado la mala fe del demandado en la venta efectuada, la valoración de las circunstancias concurrentes exteriorizan, con claridad, que el aumento del valor del bien en el momento de su enajenación, respecto de la asignación dada a su valor fiscal, no se debió, en ningún caso, a las mejoras realizadas o al trabajo o industria del demandado enajenante, sino a la mera oportunidad que ofrecía su venta o transmisión en el mercado inmobiliario; de ahí que el contenido de la obligación de restitución por el equivalente pecuniario coincida con lo dispuesto en el artículo 1897 CC para el *accipiens indebiti* de buena fe que enajena el bien objeto de restitución, esto es, el precio de la venta obtenido. (**STS de 28 de abril de 2014**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (G. G. C.)

**28. Partición de la herencia: rescisión por lesión: prueba.**—Al socaire de una posible infracción del artículo 1074 CC afirma el recurrente que no ha quedado acreditada la lesión, siendo así que la sentencia de instancia la ha declarado probada, y en casación no cabe afirmar lo contrario haciendo supuesto de la cuestión.

**Opción indemnizatoria del demandado.**—Es cierto que al demandado no se le ha dado la opción prevista en el artículo 1077 CC, pero tal opción no se mencionaba en la pretensión, ni se ha formulado reconvenCIÓN al respecto. La STS de 17 de mayo de 2004 permite que se ejerzte dicha opción en fase de ejecución de la sentencia, pero ello no cabe cuando es ineludible una nueva partición con valoración de bienes, como se dijo en STS de 25 de enero de 1971.

**Favor partitionis.**—Un principio general no puede evitar que se rescinda una partición cuando se dan los presupuestos para ello. De lo contrario este principio anularía las normas sobre ineficacia de la partición, como la rescisión, dando lugar a la realidad de particiones viciadas que vulnerarían este principio. (**STS de 14 de mayo de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Doña Amalia fallece en 9 de septiembre de 2000, siendo esposa en segundas nupcias del demandante con quien pactó el régimen de separación de bienes, y madre de dos demandados (hijos de su primer matrimonio) designados herederos, siendo legatario su esposo (demandante) de la cuota hereditaria que señala ley como cónyuge viudo; nombró albacea contador-partidor, el cual redactó el cuaderno particional protocolizado ante notario en fecha 1 de abril de 2004. El viudo entendió que se le había perjudicado en más de la cuarta parte y solicitó la nulidad o, subsidiariamente, la rescisión de la partición basándose en la infravaloración de los bienes de la herencia. En ambas instancias se ha estimado la demanda, declarándose la rescisión por lesión en más de la cuarta parte. (G. G. C.)

