

ANUARIO
DE
DERECHO
CIVIL

Tomo LXX
Fascículo II

2017

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXX FASCÍCULO II

Abril-junio, 2017



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES
TERRITORIALES

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)
Catedrático de Derecho civil

Dirección
LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (†)
Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
Letrado de la DGRN, Profesor Titular de Derecho civil.
Universidad Complutense de Madrid
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría
NIEVES FENOY PICÓN
Profesora Titular de Derecho civil (acreditada como Catedrática Universidad).
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

MARIANO ALONSO PÉREZ Catedrático de Derecho civil. Universidad de Salamanca	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS Notario
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid	MANUEL OLIVENCIA RUIZ Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Sevilla
JORGE CAFFARENA LAPORTA Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid	FERNANDO PANTALEÓN PRIETO Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid
GABRIEL GARCÍA CANTERO Catedrático de Derecho civil. Universidad de Zaragoza	ANTONIO PAU PEDRÓN Registrador de la Propiedad
ANTONIO GORDILLO CAÑAS Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla	JOSÉ POVEDA DÍAZ Registrador de la Propiedad
VICENTE GUILARTE ZAPATERO Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valladolid	LUIS PUIG FERRIOL Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Barcelona
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS Catedrático de Derecho civil. Universidad de Alcalá de Henares	IGNACIO SOLÍS VILLA Notario
JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ Notario	TEODORA F. TORRES GARCÍA Catedrática de Derecho civil. Universidad de Valladolid
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid	EVELIO VERDERA Y TUELLS Catedrático de Derecho mercantil. Universidad Complutense de Madrid

Colaboran en las tareas de redacción: Lis Paula San Miguel Pradera, Profesora Titular de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid; Máximo Juan Pérez García, Profesor Titular de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid; y Beatriz Gregoraci Fernández, Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (acreditada como Profesora Titular Universidad), Universidad Autónoma de Madrid.

ÍNDICE DEL ANUARIO DE DERECHO CIVIL 2017, FASCÍCULO II

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Christian VON BAR: «Cuestiones fundamentales para la comprensión del Derecho Europeo de Cosas»	353
Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN: «Pluralidad de acreedores y modernización del Derecho de obligaciones y contratos»	397
Nieves FENOY PICÓN: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos»	473
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Marta OTERO CRESPO.....	787
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
DE ROMÁN PÉREZ, Raquel (coord.): «Propiedad Intelectual en las Universidades Públicas», por Concepción Saiz García	841
MUÑIZ ESPADA, Esther: «El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportación desde el Derecho europeo», por Fernando Moreno Mozo	844
WUDARSKI, Arkadiusz (ed.): «Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts», por Bruno Rodríguez-Rosado	845
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN ...	849
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ	885

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

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXX, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2017

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2017

<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): 786-17-030-1
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.

Cuestiones fundamentales para la comprensión del Derecho Europeo de Cosas*

CHRISTIAN VON BAR

Director Ejecutivo del *European Legal Studies Institute* de la Universidad de Osnabrück
Catedrático de Derecho civil, Derecho privado europeo y Derecho internacional privado

RESUMEN

Este artículo analiza tres cuestiones clave del «Derecho de Cosas» europeo. (1) ¿Es posible demostrar un entendimiento común en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea del Derecho de los derechos patrimoniales oponibles a terceros, para establecerlo (sin importar el nombre que recibe) como una materia sistemáticamente autónoma del derecho privado europeo? (2) ¿Cuáles son los puntos de referencia de estos derechos subjetivos o, en otras palabras, qué dice una jurisprudencia común europea acerca de las «cosas»? Y (3) ¿sobre la base de qué criterios los derechos subjetivos sobre las cosas [derechos reales] establecidos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros pueden ser sistematizados, lo que permite una mirada al conjunto, sin perder de vista las características regionales?

PALABRAS CLAVE

Derecho de Cosas; Derecho privado europeo; Derecho privado europeo común.

ABSTRACT

The following article discusses three fundamental questions concerning European «Property Law» (or «law of things»). (1) Is it possible to provide evidence of a sufficiently common understanding of the law on patrimonial rights with effects against third parties in the legal orders of the EU Member

* Traducido por Dr. José Carlos de Medeiros Nóbrega (Osnabrück) y Prof. Dr. Celia Martínez Escribano (Valladolid). El artículo original, titulado «Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses», fue publicado en *Juristenzeitung* 70 (2015), pp. 845-860.

States to establish it (under whatever name) as a systematically independent area of European private law? (2) What are the points of reference of such rights, or to put it in another way: what can a common European jurisprudence say about «things»? And (3) according to which criteria can the property rights set up by the Member States' legal orders be systematized in such a way as to allow a glance at the whole without missing regional specificities?

KEYWORDS

Property law; European private law; Common European private law.

I. INTRODUCCIÓN

Una teoría europea que quiera abarcar los derechos reales de los Estados miembros en *un único* sistema, solo puede desarrollarse a través de una mirada en un constante ir y venir del todo a las partes y de las partes hacia el todo. El Derecho Europeo de Cosas se nutre de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros relacionándolos al mismo tiempo que los expone al ojo crítico de cada uno de los «otros»¹. La gran cantidad de material y abundancia de ideas que de este modo salen a la luz no pueden ser representados o incluso remotamente documentados con sus fuentes a través de un artículo; solo es posible hacerlo en un libro². Sin embargo, a través de un artículo sí que se pueden presentar algunas de las respuestas desarrolladas gradualmente en el libro en relación con las cuestiones fundamentales para la comprensión del Derecho Europeo de Cosas. Este es el objetivo de estas líneas.

II. ¿PARA QUÉ SIRVE Y QUÉ ES EL DERECHO DE COSAS?

1. DERECHO DE COSAS Y DERECHOS SOBRE COSAS [DERECHOS REALES]

Es sorprendentemente difícil encontrar una respuesta aceptable a la pregunta sobre lo que se entiende en un contexto paneuropeo

¹ Cfr. *von Bar*, *Privatrecht europäisch denken!* [¿Pensar el derecho privado como europeo!], *Juristenzeitung* 69 (2014), pp. 473-479.

² Cfr. *von Bar*, *Gemeineuropäisches Sachenrecht. Erster Band: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte* [Derecho Común Europeo de Cosas. Vol. I: Fundamentos, Objetos de protección jurídica del Derecho de Cosas, Especies y Clasificaciones de derechos sobre cosas subjetivos/derechos reales] (Múnich 2015). El segundo volumen está en preparación para su publicación en 2018.

sobre el «Derecho de Cosas» [«Sachenrecht»] o sobre lo que puede ser identificado como perteneciente al Derecho de Cosas. Se podría decir que es un subconjunto de reglas que ordenan las relaciones entre sujetos de derecho privado en relación con «cosas». El Derecho de Cosas se divide en el Derecho de los derechos subjetivos sobre cosas [derechos reales] y el Derecho de posesión^{NT}. Este último sirve al Derecho de los derechos subjetivos en la medida en que garantiza su funcionamiento, pero no es parte del mismo. Los derechos subjetivos sobre las cosas confieren facultades de uso de las cosas y producen efectos en relación a cualquier persona que interfiere en estos poderes³. Los remedios jurídicos (pretensiones, derechos para iniciar una acción), arraigados en el derecho objetivo de las cosas están vinculados únicamente a la titularidad del respectivo derecho [derecho subjetivo sobre las cosas]. A diferencia de otros derechos subjetivos, los derechos [subjetivos] del Derecho [objetivo] de Cosas no desarrollan su particularidad en las relaciones bilaterales. Una vez que el Derecho de Cosas tiene que ver con vínculos legales en referencia a las cosas, la cuestión de lo que «es» una cosa se relaciona con la cuestión relativa a qué derechos sobre cosas están permitidos por el ordenamiento jurídico. La noción de cosa en el derecho de propiedad se diferencia de la del derecho de prenda o derecho de usufructo (y sin duda de la noción de cosa del derecho de posesión⁴). Este cambio de enfoque requiere que «cosa», en el sentido del Derecho de los derechos, se entienda como un objeto patrimonial en relación con el cual se pueda constituir un derecho subjetivo sobre cosas.

Los derechos subjetivos desarrollan su eficacia frente a terceros, pero no frente a cosas, y ello no depende en absoluto de si la noción de «derecho» [«Recht»] se refiere únicamente al núcleo del derecho [Stammrecht] o también a los remedios jurídicos que pro-

^{NT} La expresión «Recht der Rechte» o «Derecho de los derechos» es muy peculiar y propia de la teoría elaborada por el Profesor von Bar. En inglés, «Recht der Rechte» equivaldría a «law of [property] rights», y en español se ha optado por la traducción «Derecho de los derechos subjetivos» para hacer notar que «Derecho» alude al Derecho como una disciplina jurídica (law) y «derechos» a los concretos derechos subjetivos de que puede ser titular una persona (rights).

³ En este sentido, cfr. *van Erp*, en: Schulze y Schulte-Nölke (orgs.), *European Private Law – Current Status and Perspectives* (Múnich 2011), pp. 227, 231. Las definiciones legales de derechos subjetivos sobre cosas son inusuales. Una excepción puede encontrarse en el art. 973 del CC griego, según el cual los derechos sobre cosas (o «derechos reales») son aquellos derechos que «garantizan un dominio inmediato y oponible a todos sobre una cosa». Y el § 307 del ABGB austríaco define los derechos reales como derechos que «son atribuidos a una persona sobre una cosa sin tener en cuenta a las demás personas».

⁴ Lo que se demuestra especialmente en las reglas sobre posesión parcial [*Teilbesitz*], por ejemplo, en el § 865 del BGB alemán, en el § 49 de la Ley sobre Propiedad de Estonia y en el art. 993 del CC griego, según los cuales incluso la pared externa de un edificio puede ser objeto de posesión (Areopag 109/1971, NoB 19 (1971) p. 602; RG 26. 10. 1912, RGZ 80 p. 284).

porcionan su protección. No existen acciones judiciales contra las cosas⁵. El término «*dingliche Ansprüche*» (§ 198 del BGB alemán) [«pretensiones reales»] también es incorrecto porque una pretensión [*Anspruch*] siempre se dirige contra una determinada persona y por lo tanto no puede por sí misma presentar las características de un derecho real eficaz contra cualquier persona. Solo tiene naturaleza real el núcleo del derecho, que ejercita la pretensión, y no esta.

Solo la aparición de un tercero permite la distinción entre derechos obligacionales y derechos reales. Robinson Crusoe, tal como dijo *Gretton*, no necesitaba ningún derecho mientras estaba solo en su isla. Después que Viernes llegó a la isla, los dos naufragos podían vivir de acuerdo con normas de derecho, pero estas normas no podrían ser diferenciadas como derechos obligacionales y derechos reales. Esta distinción supone que al menos otra persona ha llegado a la isla⁶. En efecto, si Robinson y Viernes dividen la isla entre ellos, entonces sería irrelevante saber si el derecho a mantener la división resulta de una relación obligacional entre ambos o de dos derechos de propiedad. Esta pregunta se plantearía solo cuando fuera necesario probar que el acuerdo hecho entre los dos también se sustenta frente a un nuevo habitante de la isla.

Todos los ordenamientos jurídicos europeos consideran una tarea importante la de, en la medida de lo posible, evitar disputas sobre la clasificación de un derecho en una u otra categoría. Con este fin se utilizan diversas técnicas de reglamentación, incluyendo la técnica de limitar el número y las especies de derechos subjetivos sobre las cosas a través de un catálogo por imperativo legal. Es el llamado principio del *numerus clausus*, que si bien se ha relajado en algunos ordenamientos jurídicos de tipo romano y no rige en el derecho de *equity*, sigue jugando en términos generales un papel destacado⁷.

En el «lado pasivo» de una relación jurídica no se puede diferenciar entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas. Deberes no son *goederen*, ni *biens*, ni *property*; no se pueden descomponer en deberes obligacionales y reales. Los derechos de cosas se ejercitan solo de forma activa. Los remedios jurídico-reales se refieren solo a la titularidad del específico derecho real.

⁵ Esto también se aplica al derecho marítimo inglés: *Republic of India and Others v India Steamship Co. Ltd. (No. 2)*, [1998] AC 878 (HL).

⁶ *Gretton*, *Trusts Without Equity*, ICLQ 49 (2000), pp. 599, 607 (cfr. al respecto nota 44: «Robinson Crusoe had no law. When an island has two people, there must be law –ubi societas ibi ius– but only personal rights are needed, not real rights. Real rights will arrive with the third castaway»).

⁷ Cfr. von Bar, *The Numerus Clausus of Property Rights: A European Principle?*, en: *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law, Essays in Honour of Hugh Beale* (Oxford 2014), pp. 441-454.

Reaccionan frente a las intervenciones (inminentes) en las facultades del titular del derecho; no reaccionan, por el contrario, ni frente a una culpa, ni frente a un deber de custodia o a un enriquecimiento del demandado, ni siquiera frente a un daño o a un cierto estatus del solicitante.

El Derecho de Cosas pertenece a los instrumentos utilizados para una mejor asignación de los recursos. Su Derecho de los derechos (y este artículo solo trata de eso) solo puede funcionar de una manera justa, eficiente y autónoma, aceptando al menos cinco funciones de la regulación y decidiéndose por una de las posibles opciones de regulación siguientes *lege artis*. El Derecho de Cosas tiene que reconocer la eficacia frente a terceros de los derechos patrimoniales como una herramienta de formación del derecho privado y ordenar los remedios jurídicos que les sean propios; tiene que decir cuáles de estos derechos patrimoniales, por qué hecho constitutivo y en qué rango se aceptan en su territorio; tiene que determinar sobre qué objetos del tráfico jurídico pueden ser constituidos; tiene que establecer normas sobre la adquisición, transmisión y extinción de sus derechos patrimoniales; y tiene que responder a la pregunta de si es posible la disposición múltiple sobre la misma cosa o sobre el mismo bien y cuáles son sus consecuencias.

2. DERECHOS PATRIMONIALES ABSOLUTOS

Forma parte de los estereotipos de la literatura jurídica de no pocos Estados europeos comenzar la presentación de su Derecho de Cosas con el catálogo de sus principios rectores. Debido a su gran influencia, contribuyen poderosamente a la continuidad de muchas regulaciones del Derecho de Cosas. Esto, que se puede desear desde una perspectiva interna, sitúa al derecho privado europeo ante serias dificultades, ya que los llamados «principios del Derecho de Cosas» producen hasta hoy en día patrones de argumentación e identificación con fuertes colores nacionales. Del mismo modo, muchos de estos principios poco o nada dicen acerca de las características esenciales del Derecho de Cosas como disciplina. Muchas veces se agotan al poner de relieve las particularidades locales, como ocurre en el ámbito de la transmisión de los derechos sobre cosas [derechos reales].

Un derecho que goza de protección frente a cualquier persona se denomina en muchos ordenamientos jurídicos «absoluto». En consecuencia, los ordenamientos jurídicos incluyen los derechos reales subjetivos entre sus derechos absolutos. Con esto se hace evidente que ninguna obligación atribuida de modo específico a

una persona puede corresponder a un derecho subjetivo sobre cosas. Mientras que un derecho «relativo» siempre se puede formular como una obligación del deudor y sin esta obligación no podría existir el derecho [obligacional], el derecho «absoluto» solo puede coincidir con una obligación no específica de todos de no violar el derecho.

Tampoco se cuestiona esto en la doctrina inglesa de la *relativity of title* («*property is a relative concept*», pues «*the physical, legal and moral conditions of excludability may vary according to time and circumstance*»⁸). Esta doctrina no pretende superar la diferencia entre los derechos obligaciones y reales, sino reducir a un concepto un fenómeno intrínseco al Derecho de Cosas, en particular, que en el entendimiento del Derecho de las Islas Británicas, el principal problema consiste en saber si uno puede defender su derecho de aprovechamiento sobre un objeto patrimonial frente a otras personas que tienen un derecho de aprovechamiento incompatible con el derecho que se quiere defender. En el proceso, sería necesario determinar a quién se reconoce un mejor derecho o un mejor título sobre el objeto en cuestión, si al demandante o al demandado. *Cualquier* título es sin embargo absoluto. Es eficaz «casi» frente a todos; solo no lo es frente a aquellas personas que tienen un *title* (aún) mejor. Esto es fácil de entender si tenemos en cuenta que el Derecho de Cosas del *Common Law* no se desarrolla a partir de la protección de la propiedad, sino de la protección de la posesión [en concepto de dueño] de una cosa. La *possession* por sí sola establece un *property right*, que gana en importancia en función del motivo en el que se basa la adquisición de la posesión (robo, ocupación [hallazgo], arrendamiento, compra-venta, etc.).

Dondequiera que se utilice la expresión «derecho absoluto» como un concepto complementario al de los derechos relativos del Derecho de Obligaciones (y no simplemente como un término equivalente a «propiedad»), existe la idea de que los derechos subjetivos sobre cosas son eficaces frente a cualquier persona⁹. Esta

⁸ Gray, *Property in Thin Air*, [1991] CLJ 252, 295.

⁹ Cfr. por ejemplo, para Bélgica *Vandenbergh*, *Goederenrecht* (Leuven 2005), p. 4; para Bulgaria *Vassilev*, *Balgarsko veshtno pravo* (Sofia 2001), p. 14; para Alemania *Baur y Stürner*, *Sachenrecht* (18. ed., Múnich 2009), § 2 nr. 2 y *MünchKomm (-Gaier)*, BGB VI (5. ed., Múnich 2009), Introducción, nr. 4; para Francia *Malaurie y Aynès*, *Les biens* (3. ed., Paris 2007), p. 95 nr. 368, así como *Atias*, *Les biens* (10. ed., Paris 2009), p. 56 nr. 77; para Grecia (donde el carácter absoluto es entendido como la principal característica de los derechos reales, cfr. el art. 973 del CC griego, según el cual los derechos reales deben ser observados por cualquier persona y protegidos frente a cualquier persona): *Triantos*, *Astikós Kodikas* (Atenas 2009), p. 1185 y *Filios*, *Empragmato Dikaio* (3. ed., Atenas y Komotini 2009), p. 44; para Italia *Torrente y Schlesinger*, *Manuale di diritto privato* (21. ed., Milán 2013), p. 257; *Gazzoni*, *Manuale di diritto privato* (10. ed., Nápoles 2003), p. 247; *Bianca*, *Diritto civile VI* (Milán 1999), p. 121 nota 1; *Trabucchi*, *Istituzioni di diritto civile* (44. ed., Pádova 2009), pp. 77 y 540-550; para los Países Bajos, cfr. Asser

eficacia *erga omnes* es parte de las características esenciales de los derechos sobre cosas; en este punto, incluso las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law* son solo terminológicas, pero de ninguna manera sustanciales. Sin derechos eficaces frente a terceros, no existe Derecho de Cosas o como dicen en los países escandinavos, no hay una «protección jurídico-real» [«*sachenrechtlicher Schutz*», *sakrättsligt skydd*]. Esta frase se puede invertir en el sentido de que siempre donde hay derechos patrimoniales eficaces frente a terceros, habrá también un derecho sobre cosas. Y puesto que todos los ordenamientos jurídicos europeos dan a sus ciudadanos la posibilidad de adquirir tales derechos patrimoniales absolutos, entonces realmente también existe en todas partes un Derecho de Cosas. Cómo se va a llamar esta disciplina en cada ordenamiento jurídico es claramente otra cuestión, y lo mismo pasa con la pregunta de si o cómo los ordenamientos jurídicos europeos entienden la autonomía sistemática del Derecho de Cosas en su legislación, en su doctrina jurídica y en los planes de estudios de las Universidades.

III. OBJETOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE COSAS

1. PUNTOS DE REFERENCIA, TITULARIDAD Y CONTENIDOS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SOBRE COSAS

Un derecho subjetivo sobre cosas obtiene su identidad a partir de la respuesta a tres preguntas: ¿A qué cosas puede ser atribuido?, ¿quién puede ser su titular? y ¿cuáles son los poderes o facultades que ese derecho confiere a su titular? Los derechos subjetivos sobre cosas [derechos reales], dependiendo de la jurisdicción, pueden

(-Mijnsen/van Velten/Bartels), *Zakenrecht* (15. ed., Deventer 2008), nr. 18 y Pitlo (-Reehuis y Heisterkamp), *Goederenrecht* (12. ed., Deventer 2006), p. 13 nr. 22; para Austria Barta, *Zivilrecht* (Viena 2004), p. 484, y también *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher*, *Sachenrecht* (2. ed., Viena 1985), p. 1; para Polonia los arts. 140 y 251 del CC polaco, y *Liebscher y Zoll*, *Einführung in das polnische Recht* (Múnich 2005), p. 163, *Gniewek*, *Prawo rzeczowe* (8. ed., Varsovia 2010), p. 12 nr. 31; para Portugal, entre otros, el art. 1311 del CC portugués y en el mismo sentido *Vieira*, *Direitos reais* (Coímbra 2008), pp. 229-230; para la República Checa *Švestka y Dvořák*, *Občanské právo hmotné* (5. ed., Praga 2009), p. 272, asimismo *Eliáš et al.*, *Občanský zákoník. Velký akademický komentář I* (Praga 2008), p. 511; para Hungría *Menyhárd*, *Dologi jog* (Budapeste 2007), p. 18, y *Lenkovics*, *A dologi jog vázlata* (7. ed., Budapeste 2006), pp. 23-24, y para Suecia *Håstad*, *Sakrätt* (6. ed., Estocolmo 2000), p. 15. En el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*, i.e., en el Borrador del Marco Común de Referencia), el principio del carácter absoluto de los derechos reales se expresa en el art. VIII.-6:101; correcto, cuanto a eso, *Stadler*, *Juriszeitung* 65 (2010), pp. 380, 382.

estar constituidos sobre un número de objetos mayor o menor, no son accesibles a todos en todas partes y tampoco tienen el mismo contenido en todas partes, incluso cuando aparecen con el mismo nombre. Es importante ser consciente de las correlaciones entre el punto de referencia [*Bezugspunkt*], la titularidad y la extensión del derecho. La disociación entre la posición jurídica y la titularidad del derecho también es necesaria por otra razón, incluso para la concepción ordinaria de la propiedad, puesto que cuando se habla del «propietario de la cosa», en realidad tiene que entenderse como «titular del derecho de propiedad sobre la cosa». Si fuera diferente, nadie podría «transmitir la propiedad»; la propiedad tendría que extinguirse como propiedad del antiguo propietario y resurgir como propiedad del nuevo propietario *ex lege*. También está claro que el punto de referencia de un derecho sobre cosas afecta a su contenido. Una hipoteca mobiliaria simplemente no es lo mismo que una hipoteca inmobiliaria.

Poco afortunada parece ser la expresión generalizada, a veces incluso directamente establecida por la ley¹⁰, de los «derechos reales limitados». La teoría del desmembramiento, en cuyo contexto se formula esta expresión, solo podría ser correcta, en la mejor de las hipótesis, cuando el derecho más amplio –propiedad– pueda referirse a *cualquier* objeto susceptible de ser objeto jurídico-real (y no solo a las cosas corpóreas). La comparación implícita con el derecho de propiedad se hace necesaria cuando el Derecho civil en cuestión solo conoce un grupo limitado de cosas susceptibles de propiedad. Sin embargo, los «derechos reales limitados» se constituyen también sobre objetos de derecho que de ningún modo pueden ser objeto de propiedad. Además, la teoría del desmembramiento es inconsistente con su propio punto de partida. Según esta teoría, lo que queda sería una posición meramente residual y por tanto, ya no es propiedad. Los derechos no se desmembran en otros derechos, sino que gravan otros derechos, de tal manera que (salvo que un régimen legal disponga otra cosa) cualquier derecho sobre cosas puede gravar cualquier otro derecho sobre cosas. La propiedad es la única que no puede gravar nunca otro derecho.

¹⁰ Por ejemplo, el art. 3:8 del BW holandés («Un derecho limitado es un derecho que se deriva de un derecho más amplio, el cual es gravado por aquel») y el art. 244 § 1 del CC polaco («Los derechos reales limitados son: el usufructo, la servidumbre, la prenda, el derecho de propiedad del espacio cooperativo y la hipoteca»).

2. OBJETOS, OBJETOS DEL TRÁFICO JURÍDICO Y COSAS

La mera circunstancia de que, en alguna parte de Europa, casi todo lo que juega un papel en el tráfico de valores patrimoniales pueda llegar a ser un punto de referencia de un «derecho sobre cosas» significa, por otro lado, que hay numerosos objetos que en otras partes de la Unión están excluidos del círculo de objetos jurídico-reales. Además, incluso puede ser que un ordenamiento jurídico nacional intente mantener su flexibilidad y su potencial de desarrollo a través de la decisión de no catalogar los posibles puntos de referencia de los «derechos sobre cosas». Al final, ¿qué son «cosas»?

La respuesta a esta pregunta debe tener en cuenta la distinción entre objetos, objetos del tráfico jurídico (o bienes) y cosas. Por lo tanto, se avanza de lo general a lo particular. Podemos considerar como «objeto» todo lo que no es una persona, sino una entidad, a la que el ordenamiento jurídico pueda considerar como suficientemente determinable y la pueda encuadrar en su aparato de reglas jurídicas de carácter privado y, ciertamente, la encuadra. Aquello que puede ser vendido, cambiado o donado es un «objeto del tráfico jurídico» y, por tanto, también un «bien». Pues un *bien* es un objeto que, de alguna manera, es útil para una persona¹¹, y lo que es útil para las personas, se puede trasladar a todas las reglas del tráfico jurídico. Las «cosas», por último, son para nosotros aquellos objetos del tráfico jurídico (aquellos bienes), sobre los cuales pueden ser constituidos derechos eficaces frente a terceros, concretamente los derechos sobre cosas. Todas las cosas y todos los objetos del tráfico jurídico son objetos, pero, al contrario, no todos los objetos son también objetos del tráfico jurídico o cosas. El aire de la atmósfera no es un objeto; por otro lado, las concesiones comercializables atribuidas por un Estado para la emisión de gases son objetos del tráfico jurídico, llegando a ser cosas cuando y desde el momento en que pueden ser gravadas con una hipoteca¹². El derecho a la restitución de la posesión en virtud de la propiedad (reivindicación) no puede ser vendido separadamente en un sistema causal de transmisión, y, en cualquier caso, no puede ser cedido o pignorado separadamente en un sistema abstracto. Este derecho es

¹¹ Cfr., por ejemplo de *Page y Dekkers*, *Traité élémentaire de droit civil belge* V (2. ed., Bruselas 1975), p. 535 nr. 531 (una *chose* se convierte en un *bien*, cuando la cosa resulta ser útil y apropiable).

¹² Cfr., por ejemplo el art. 688, nr. 1 lit. d del CC portugués, según el cual también el derecho resultante de concesiones (transmisibles) sobre bienes del dominio público puede ser gravado con una hipoteca.

por tanto un objeto, pero en el primer caso no es objeto del tráfico jurídico y en el segundo no es cosa.

Dado que no todas las cosas pueden ser puntos referencia de todos los derechos sobre cosas de un ordenamiento jurídico, se recomienda subdividir aún más el concepto de «cosa». Al más alto nivel, lo mejor sería diferenciar entre cosas «reales» [i.e., verdaderas] y cosas «normativas»; en el siguiente nivel se puede hacer la subdivisión de todas las cosas «normativas» en fincas [*Grundstücke*] y cosas normativas puras. La palabra «cosa» se refiere también a los objetos, cuya corporeidad implica una delimitación en relación a otras cosas («mercaderías»). Las fincas comparten con estos objetos la característica de la corporeidad, pero esta característica no les sirve para constituir su contenido, sino para imposibilitarlo porque físicamente las fincas forman una parte inseparable de la Tierra. De esa manera, es primeramente el ordenamiento jurídico el que establece la cualidad técnica de finca. Las fincas ciertamente comparten con las denominadas cosas corpóreas la capacidad de ser un punto de referencia de una amplia gama de derechos subjetivos sobre cosas. Esto los diferencia de los meros derechos y de las cosas normativas puras sin substrato físico. Estas últimas son típicamente un punto de referencia solo para unos pocos derechos subjetivos sobre cosas. Las cosas normativas puras quedan equiparadas en el ordenamiento jurídico a las cosas verdaderas solamente para algunos fines específicos. Por así decirlo, asumen el papel de una cosa sin serlo realmente.

3. COSAS REALES

Nadie discute que es inherente a las cosas reales [*reale Sachen*] el tener potencial para una atribución exclusiva. Las cosas reales forman el grupo más fácilmente reconocible de objetos del tráfico jurídico bajo la protección del Derecho de Cosas por varias razones: pueden ser controladas por una persona, el derecho de monopolio sobre ellas no cede frente a necesidades prioritarias del bien común, y estos derechos sobre cosas reales se mantienen dentro de un marco razonable. Un derecho real sobre «cien kilogramos *cualquiera* de patatas de la especie X», al contrario, tendría que terminar en un absurdo, porque con esto *todas* las patatas en esta determinada cantidad serían puestas *extra commercium*. Se trata consecuentemente de objetos que pueden ser vendidos o donados, pero no de objetos que pueden convertirse en un punto de referencia de un derecho real. El elemento de formación de un derecho patrimonial eficaz frente a terceros no está a disposición de un

ordenamiento jurídico en relación con la información y la energía. Las informaciones no pueden ser transmitidas; con cada divulgación se convierten en un bien menos escaso. Un secreto revelado a alguien no es «compartido»; al fin y al cabo, también el informante conserva para sí mismo la información. No se debe confundir informaciones con otros bienes portadores de valor, como invenciones técnicas o creaciones intelectuales personales. Las patentes no son concedidas en razón de meras informaciones, sino de soluciones a un problema técnico, que sean pioneras, reproducibles y económicamente utilizables. A partir de este valor añadido a una mera información, se tiene un punto de referencia adecuado para un derecho de monopolio; así, solo el valor añadido es el objeto de cuyo aprovechamiento exclusivo se trata.

Si, sin embargo, un código PIN está protegido como mucho contra la utilización abusiva por el Derecho Penal y/o por el Derecho de Obligaciones, pero no por el Derecho de Cosas, no es por el hecho de que el código PIN no es un objeto corpóreo autónomo, sino por el hecho de que, en la lógica interna del Derecho de Cosas, no se puede otorgar derechos reales de exclusividad sobre meras informaciones¹³. La energía eléctrica y demás energías son equiparadas a las cosas por muchas codificaciones europeas¹⁴, pero una ley no puede cambiar el hecho de que la electricidad sea considerada cosa para fines ajenos al Derecho de Cosas y que sea tratada como tal. Esto es debido al hecho de que la energía no se deja «controlar» en un sentido relevante para el Derecho de Cosas. La luz y el calor, como tales, no pueden ser almacenados, ni ser objeto de una transferencia. La energía solo puede ser generada a partir de otras formas de energía y transformarse de nuevo en otras formas de energía. La energía tiene que «fluir» (requiere una diferencia), para

¹³ El Tribunal de Apelación de Łódź 16. 6. 2009, Az. II AKa 91/09, Lex-Nr. 582019, KZS 2010/2/52 también les niega la cualidad de cosa en el ámbito del derecho penal. Un código PIN no puede ser hurtado, por no ser una cosa en el sentido del art. 45 del CC polaco, tampoco parte integrante [*Bestandteil*] del aparato telefónico o su pertenencia [*Zubehör*]. Un código PIN no tendría, así, «existencia material autónoma». En Suecia se ha llegado a un resultado similar, HD 1. 6. 2001, NJA 2001 p. 362 (las informaciones constantes en una base de datos de clientes no pueden ser objeto de administración fraudulenta en el sentido penal [*olovligt förfogande*; literalmente: disposición ilícita] según el cap. 10 § 4 del Código Penal sueco [*Brottsbalk*] (1962:700), ya que este tipo legal protege únicamente los intereses de los propietarios y titulares de derechos de garantía, pero no los derechos exclusivos sobre bienes inmateriales). A continuación, la doctrina llegó a la conclusión de que las posibilidades, en el derecho sueco, de considerar las informaciones como punto de referencia de derechos de propiedad son muy pequeñas (*Wainikka*, SvJT 2003 p. 577).

¹⁴ Por ejemplo el § 15 de la Ley de Protección al Consumidor austríaca; el art. 814 del CC italiano; el art. 947(2) del CC griego; el art. 511-1(2) del CC catalán; el art. 15(2) de la Ley sobre Propiedad de Eslovenia; el § 5:14(2) del CC húngaro de 2014 (§ 94(2) del CC húngaro de 1959); el art. 110(2) de la Ley sobre Propiedad de Bulgaria y el § 497 del BGB checo.

llegar a ser útil («*bien* [Gut]»). Justamente por eso, la energía no se puede atribuir a una persona para su utilización o uso exclusivo.

4. COSAS NORMATIVAS

Todos los demás objetos del tráfico jurídico necesitan el derecho objetivo para alcanzar el *status* de cosa. Así que no solo el derecho objetivo fija el canon de los posibles derechos subjetivos. Además, los objetos son creaciones del Derecho por su cualidad de cosa. Un crédito, por ejemplo, no es parte integrante del mundo exterior. Una prenda sobre un crédito no presupone la decisión del ordenamiento jurídico de que los créditos puedan ser dados en prenda, sino también y antes de todo, qué créditos pueden simplemente existir. Resulta de eso que los créditos, en su cualidad de puntos de referencia de una prenda, son cosas «normativas». Lo mismo se puede decir sobre empresas, listas de clientes, *good will* y todas las *choses in action*, cuyo valor se deriva del hecho de que el derecho relaciona su titularidad a su ejecutabilidad ante los tribunales.

La distinción entre cosas reales y normativas no es idéntica a la distinción entre cosas corpóreas e incorpóreas. Esto se verifica en las fincas [*Grundstücke*]^{NT}. Un terreno [*Land*] es sin duda un objeto corpóreo. Mientras no esté dividido en parcelas, continúa siendo una parte indivisible de la Tierra; por lo que no se trata (aún) de una cosa, porque el cuerpo celeste Tierra, en la acepción del derecho privado, no es ni siquiera un objeto. El suelo [*Grund und Boden*], por su naturaleza, no es físicamente controlable. La parte correspondiente de la superficie terrestre [*Erdoberfläche*], que en el idioma alemán se denomina «*Grundstück*» [literalmente «pieza/trozo del suelo»], solo viene a ser una «cosa» controlable, cuando se delimita de otras partes de la superficie terrestre a través de reglas jurídicas. La delimitación horizontal se realiza típicamente en el Registro de la Propiedad [*Grundstücksregister*]. Sin embargo, la delimitación vertical «se esconde» en parte en las reglas sobre *res extra commercium*, pero sobre todo se contiene directamente en el entendimiento que hace el ordenamiento jurídico sobre la propiedad en relación con las fincas. El ordenamiento no solo decide lo que un propietario puede hacer con su finca, sino también en qué

^{NT} El término «*Grundstück*» se traduce aquí como finca y no como inmueble. No se trata, sin embargo, del concepto restrictivo español de «finca registral» sino de finca en un sentido más amplio (fincas rústicas y urbanas). Se rechaza traducirlo como «inmueble» porque aunque en un principio podría encajar en la idea del texto, este término tiene también una acepción más genérica o amplia, que no encaja en el concepto referido por el Prof. von Bar. En este sentido, el término inmueble se utilizará en una parte posterior de este trabajo para deferenciarlo de la idea de finca.

medida estos poderes se extienden hacia arriba (en el espacio aéreo) y hacia abajo (en el subsuelo).

5. COSAS NORMATIVAS CON UN SUSTRATO FÍSICO: FINCAS

Las fincas [*Grundstücke*] no existen por naturaleza; su capacidad de ser un punto de referencia de los derechos subjetivos sobre cosas se debe solamente al Derecho objetivo de Cosas. Con la formación de fincas (más exactamente: de entidades que nosotros en este estudio llamados de fincas [*Grundstücke*]), los ordenamientos jurídicos crean en paisajes [*Landschaften* («*land units*»)] entidades capaces de ser objetos del Derecho de Cosas. Un paisaje no es una cosa, aunque sea perceptible por los sentidos y por lo tanto frecuentemente interpretado como «corpóreo». Las cosas, es decir, los puntos de referencia apropiados a los derechos subjetivos sobre cosas se forman en un paisaje a través de la parcelación. Solo cuando de acuerdo con las reglas del derecho objetivo se realiza la parcelación es cuando el paisaje se convierte efectiva o potencialmente en objeto del Derecho de Cosas, o sea, en fincas¹⁵. Para comprender lo que «son» fincas, se debe responder en primer lugar a la cuestión anterior: ¿para qué realmente se necesita el concepto de finca? La respuesta será diferente dependiendo de la rama jurídica. Hay grandes ramas jurídicas que requieren para sus fines «cosas muebles», pero no «fincas», por ejemplo el Derecho Penal. Al contrario, el Derecho de Cosas, por un lado, y por ejemplo el Derecho de la Construcción o el Derecho Fiscal, por otro lado, no necesitan compartir la misma concepción de lo que sean «fincas». Ni siquiera el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas operan con el concepto de «fincas» necesariamente siempre con la misma finalidad y por eso simplemente atribuyen contenidos distintos a esta palabra¹⁶.

¹⁵ Para un análisis detallado, cfr. *von Bar*, Wozu braucht man und was sind Grundstücke? [¿Para qué sirven y qué son las fincas?], en: *Festschrift für Ulrich Magnus* (Múnich 2014), pp. 585-604.

¹⁶ En el derecho alemán, por ejemplo, el concepto de «Mietverhältnisse über ein Grundstück [relaciones arrendaticias sobre una finca]» (§ 578 del BGB alemán) incluye el arrendamiento de una área parcial de un terreno de camping (OLG Frankfurt 20. 6. 1985, NJW-RR 1986 p. 108) y el arrendamiento de una pared exterior de una casa para la instalación de un expendedor automático (Palandt [-*Weidenkaff*], BGB (71. ed., Múnich 2012), nota anterior al § 535 nr. 97). Esto también se aplica a Portugal. El derecho portugués no diferencia entre *Miete* y *Pacht*, sino entre el arrendamiento de cosa inmueble (*arrendamento*) y el arrendamiento de cosa mueble (*aluguer*). El *arrendamento* hace referencia a todas las cosas inmuebles en el sentido del art. 204, nr. 2 del CC portugués, como por ejemplo a los predios urbanos y a los predios rústicos (*Pires de Lima* y *Antunes Varela*, Código Civil Anotado II (4. ed., Coimbra 1997), nota 2, art. 1023, p. 344). La relación arrendaticia

Por tanto, es necesario tener primero un entendimiento de lo que son «fincas» para el Derecho de Cosas, considerando que la formación de fincas sirve al propósito de establecer derechos reales subjetivos sobre partes del planeta Tierra. Sin fincas, esto no sería posible. No se sabría con qué parte de la Tierra se relaciona el correspondiente derecho subjetivo sobre cosas. Las fincas, en el sentido del Derecho de Cosas, así como el paisaje, del cual quedan aisladas normativamente, son cosas que implican un sustrato físico. Pero eso no significa que las fincas deben su cualidad de cosas a la materialidad del suelo. Lo que pasa es justamente el contrario. Si nos fijamos bien, el elemento del suelo no les da siquiera corporeidad. Por cierto, uno puede estar de pie en un terreno de cultivo y ensuciar así sus zapatos; en este sentido, incluso se puede decir que se trata de una cosa «corpórea». Este no es, sin embargo, el concepto de corporeidad que interesa a los propósitos del Derecho de Cosas, pues su prioridad es crear antes de todo un «cuerpo», esto es, crear normativamente una unidad espacial para convertirse en objeto del Derecho de Cosas. Las cosas reales tienen en su corporeidad la delimitación en relación a otras cosas; eso condiciona su capacidad de ser objeto del Derecho de Cosas. Con las fincas es distinto, pues antes de nada tienen que ser creados por el ordenamiento jurídico –en todas partes, esto es, en el espacio aéreo, en el suelo y en la superficie terrestre–. Sus características naturales son «per se» un obstáculo para su cualidad de cosa. Las fincas, en el sentido del Derecho de Cosas, son productos de la fantasía. Se necesitan fincas siempre que las personas monopolicen no solo el uso de las mercancías y derechos, sino también el uso de un espacio terrestre a través de los medios del Derecho de Cosas.

puede cubrir tanto la totalidad del predio, como partes del mismo. En los predios urbanos, por ejemplo, pueden ser arrendadas terrazas y paredes exteriores para publicidad o ventanas para las personas que quieren ver un desfile (*Menezes Leitão*, *Direito das obrigações* III (4. ed., Coimbra 2006), pp. 308-309). En Inglaterra, a su vez, se hace la distinción entre derechos, y particularmente, entre los derechos de garantía del Common Law y aquellos de la Equity. Una *charge* (o *mortgage*) registrada se refiere indivisamente, en el Common Law, a un *freehold* como un todo; al contrario, la *equity* también conoce gravámenes sobre partes de un *freehold*, como por ejemplo sobre una de las dos fracciones de una casa jurídicamente indivisible (*Garwood v Bank of Scotland Plc* [2012] EWHC 415 (Ch); [2013] BPIR 450 [Norris J]). En cuanto a los Países Bajos, *Bartels*, NTBR 2013, pp. 124-125, defiende la tesis de que un objeto puede ser «cosa» o un mero «bien», no solo en función del contexto (por ejemplo el art. 7:5 del BW holandés, un dispositivo de transposición de la Directiva sobre ventas de consumo, incluye la energía en la lista de cosas muebles), pero también es concebible que una cosa sea considerada inmueble según el art. 3:3(1) del BW holandés y, por el contrario, según el Derecho Europeo, sea considerada cosa mueble (*op. cit.*, p. 125). En este sentido, esta cosa estaría sujeta tanto al art. 7:2 (Venta de cosas inmuebles) como también al art. 7:5 (Venta de cosas muebles) del BW holandés [NT: *Goederen*/bienes es el término genérico que abarca *vermogensrechten*/derechos patrimoniales y *zaken*/cosas].

Considerando que las fincas son creaciones del Derecho, resulta claro que solo pueden ser fraccionadas y parceladas por reglas de Derecho. El fraccionamiento de una finca es algo que ocurre todos los días, pero su parcelación no. Ésta es casi siempre necesaria por razones ajenas al Derecho de Cosas (concentración parcelaria; establecimiento de un tamaño mínimo para edificar). Al mismo tiempo, es correcto decir que el número de fincas puede aumentar o reducirse. Lo que no puede aumentar es el terreno [*Land*], pues esto es necesario para la formación normativa de la finca. En las cuestiones jurídicas sobre la formación de las fincas [*Recht der Grundstücksbildung*] se trata del delicado equilibrio entre la autonomía privada, cuyo objetivo es la diversidad, y el mandato mucho más complejo de protección a los terceros; en las cuestiones jurídicas sobre el uso de las fincas [*Recht der Grundstücksnutzung*] se trata de la posibilidad de atribuir poderes de la mejor manera posible al mayor número de sujetos de derecho privado.

Muchas veces se afirma respecto de las fincas, que se trata de superficies [*Flächen*], concretamente de «partes de la superficie terrestre» [«*Teile der Erdoberfläche*»]¹⁷. Sin embargo, lo cierto es

¹⁷ El art. 46 § 1 del CC polaco define fincas [*Grundstücke*] como «partes de la superficie terrestre, que son objeto de propiedad especial». El sistema de Registro de la Propiedad por lo tanto no es un presupuesto indispensable para la existencia de una finca. El § 2(a) de la Ley de Catastro checa define una finca (aunque expresamente solo para sus propios fines) como «la parte de la superficie terrestre que está determinada, en relación con sus partes limitrofes, a través del límite de una entidad pública territorial, a través del límite de un área catastral, a través de un límite de propiedad, a través del límite establecido por el plan de regulación o resolución administrativa de ordenación espacial, a través del límite de otro derecho según el § 19 (sobre propiedad estatal), a través del límite de derechos reales de garantía [*Pfandrecht*], a través del límite en el ámbito del derecho de superficie, a través del límite de las especies de fincas y, dado el caso, a través del límite del uso de las fincas». Se distingue entre fincas y parcelas. Solo las parcelas pueden ser transmitidas, esto es, solo las áreas o espacios que son descritos e identificados en el Catastro lo pueden ser. Sin embargo, una finca, ya que sea apenas una parte de una parcela, puede ser arrendada y adquirida por usucapión (*Spáčil y Spáčil*, *Přehled judikatury ve věcech občanskoprávních vztahů k pozemkům* (Praga 2011), p. 85). Para la posesión de una parte de una parcela (una «finca» [*Grundstück*] en el sentido de esta terminología), es necesaria su real delimitación en el mundo externo, pero esto es suficiente (una finca solo tiene que «estar expuesta»: OG 23. 1. 2002, 22 Cdo 96/2000, Soubor civilních rozhodnutí Nejvyššího soudu C 987, así como OG 30. 4. 2006, 22 Cdo 806/2006). Probablemente, el concepto más neutro del derecho austriaco es aquello de «*Land*» [tierra/terreno]. Un trozo de tierra [*ein Stück Land*] se convierte en un «trozo del suelo» [*Grundstück*], cuando es registrado como parte de un distrito del catastro con un número propio en el Catastro Fronterizo [*Grenzkataster*] o en el Catastro del Impuesto Territorial [*Grundsteuerkataster*] (§ 7a VermG; § 5(1) AllgGAG). El § 7a(1) de esta Ley austríaca de Medición y del Catastro Fronterizo [VermG] define: «Una finca [*Grundstück*] es aquella parte del distrito del catastro que está identificada en el Catastro Fronterizo o en el Catastro del Impuesto Territorial como tal, y que tiene su propio número». En parte, se utiliza como sinónimo del concepto de finca [*Grundstück*] el concepto de parcela o parcela del suelo [*Parzelle oder Grundparzelle*] (*Rassi*, *Grundbuchsrecht* (Viena 2010), nr. 1). Estos catastros son el fundamento del Registro de la Propiedad [*Grundbuch*], pues sus datos sobre los límites y la localización de la finca, así como sobre la forma de uso de la finca, son transferidos al Registro de la Propiedad (§ 2(2) frase 1 GUG). Para el derecho español, el Tribunal Supre-

que un objeto del tráfico jurídico solo puede ser calificado como finca, cuando está firmemente unido al *fonds de terre* (art. 518 del CC francés). Y al contrario, no es cierto decir que una mera superficie del suelo [*Bodenfläche*] es una finca. Para los ordenamientos jurídicos que permiten derechos sobre cosas solamente respecto de objetos corpóreos, esto se deriva necesariamente de la circunstancia de que las superficies bidimensionales no tienen extensión en el espacio. Para los demás ordenamientos jurídicos, la justificación es más simple: nadie puede caminar, cosechar o construir sobre una superficie bidimensional, de forma que no se puede hacer casi nada con esta superficie desde el punto de vista del Derecho de Cosas. A pesar de que su sustrato físico, o sea, el suelo [*der Grund und Boden*] no describe adecuadamente la finca, sigue siendo un presupuesto necesario para la formación de fincas, pues sin una unión fija con el suelo ningún objeto podrá convertirse en una finca capaz de ser objeto del Derecho de Cosas. El volumen sobre una superficie delimitada de un aparcamiento o el espacio aéreo sobre una casa¹⁸ no son objetos apropiados de una propiedad separada, aun cuando en las grandes ciudades se gaste mucho dinero para una licencia de uso (por ejemplo a través de la construcción de un edificio con estructuras que sobresalen) y que este negocio sea titulado «venta».

Una finca, en el sentido jurídico, es un espacio [*Raum*]. Esta concepción permite igualmente entender como fincas, en el sentido del Derecho de Cosas, también los espacios por encima y por debajo de la superficie terrestre, siempre que estos tengan atribuida capacidad autónoma para ser objeto del Derecho de Cosas. Lo que es esencial es que las cosas llamadas «fincas» están fijadas en el área del suelo; todo lo demás es una mera cuestión sobre la eficiencia de los conceptos jurídicos. Dado que todos los ordenamientos jurídicos en Europa (una vez más) han omitido al menos determinadas partes de los edificios [*Gebäudeteile*], algunas veces incluso edificios completos, así como otras construcciones erigidas por las personas como objetos autónomos del Derecho de Cosas, se tiene como resultado la formación separada de fincas [*separate Grundstücksbildung*], consi-

mo (TS 10. 12. 1960, RAJ 1960 nr. 4095, pp. 2664, 2666) ha llegado a describir una «finca» como «trozo de la superficie terrestre cerrado por una línea poligonal y objeto de propiedad». El derecho portugués se refiere, en cambio, al suelo [*Erdboden*] y no a la superficie terrestre [*Erdoberfläche*]. De conformidad con el art. 204, nr. 2 del CC portugués, la finca rústica [*landwirtschaftliches Grundstück, prédio rústico*] corresponde a una parte delimitada del suelo y la finca urbana [*städtisches Grundstück, prédio urbano*] a un edificio incorporado en el suelo.

¹⁸ Solo en Irlanda se entiende de un modo distinto. De acuerdo con la sec. 3(e) de la ley irlandesa Land and Conveyancing Law Reform Act 2009 se integra a *land* «the airspace above the surface of land or above any building or structure on land which is capable of being or was previously occupied by a building or structure and any part of such airspace, whether the division is made horizontally, vertically or in any other way».

derando el espacio que está por encima y por debajo de la superficie. De este modo, viviendas y otros espacios artificiales se convirtieron normativamente en cosas autónomas. Uno puede entender que estos espacios adquieren la cualidad de finca, ya que de acuerdo con los dispositivos de la legislación correspondiente (por ejemplo, con su propia inscripción en el Registro de la Propiedad) están separados de otras viviendas en el mismo edificio.

Finca [*Grundstück (land unit)*] e inmueble [*Immobilie*] no son lo mismo. Hay un sinfín de objetos que, sin ser fincas, son clasificados por los ordenamientos jurídicos como inmuebles. Los conceptos de *unbewegliche Sache*, *immeuble* o *land*, en la respectiva terminología nacional, no se vinculan a la afirmación de que son posibles puntos de referencia de derechos sobre cosas con eficacia frente a terceros. Para esta cualidad aún falta, hasta al día de hoy, por increíble que parezca, una palabra apropiada en un contexto europeo. «Inmuebles» [*Immobilien*] y «bienes inmuebles» [*unbewegliche Sachen*] son categorías generales, así como «cosas genéricas», «fungibles» y «consumibles» también lo son. En su configuración actual, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que lo utilizan, el concepto de inmueble [*Immobiliebegriff*] afecta a determinadas cuestiones resultantes de la formación de la finca, como, por ejemplo, cuestiones sobre las modalidades de adquisición y transmisión de derechos inscribibles, o afecta incluso a cuestiones en las que alguien que tenga un derecho de uso o un denominado derecho de realización de valor sobre una finca ajena, también puede tener acceso al patrimonio de su deudor que sirva para la explotación de la tierra. Estas reglas sin duda necesitan ser desarrolladas por separado no solo de un derecho subjetivo respecto del otro, y, en un contexto europeo, de un ordenamiento jurídico respecto del otro; además, tampoco se distingue claramente entre muebles e inmuebles, o (como en el art. 3:10 del BW holandés) entre cosas que pueden acceder al Registro [*registergoederen*] y cosas que no acceden al mismo. Más importante que eso es que estas reglas estén precedidas por otra, según la cual el respectivo ordenamiento jurídico simultáneamente permita y posibilite recortar de la tierra cuerpos que puedan ser considerados objetos de los derechos sobre cosas. Los términos «mueble/inmueble» no llegan al fondo de la cuestión. Una «cosa mueble» no presenta la capacidad de ser objeto de propiedad simplemente por ser mueble (también el agua corriente y las grúas portuarias extraíbles¹⁹ son

¹⁹ No obstante, también se trata de cosas «inmuebles», de acuerdo con las jurisprudencias neerlandesa y belga (HR 24. 12. 2010, NJB 2011 nr. 199; Cass. 14. 2. 2008, Pas. belge 2008 nr. 110 p. 440).

muebles), sino por ser separable de otros objetos y, como cosa real, por ser capaz de una atribución en exclusiva. Por el contrario, un «inmueble» no es en sí una cosa, se convierte en cosa cuando asume la forma de una finca [*Gestalt eines Grundstücks*]. Categorizar las cosas como «muebles» se basa en un concepto impreciso, aunque esto no llega a ser especialmente preocupante. Pero cuando se quiere contraponer «muebles» a «inmuebles» y crear una categoría jurídica propia para estos últimos, entonces las imprecisiones crecen y se convierten en un grave problema conceptual.

6. COSAS NORMATIVAS PURAS

El tercer grupo de objetos de los derechos sobre cosas consiste en cosas normativas puras. Se trata de un caleidoscopio de colores, difícil de ordenar, de objetos del tráfico jurídico que no poseen una existencia real (corpórea), ni siquiera un sustrato físico, como en el caso de las fincas. Créditos, participaciones sociales, las empresas, sus relaciones comerciales y su *good will*, las creaciones intelectuales, invenciones, marcas y otros similares que podamos imaginar, a menudo representan un alto valor monetario. Estos objetos no se pueden mover o tocar; son creaciones inmateriales del derecho. Todos los ordenamientos jurídicos europeos, incluso los que tienen un concepto de cosa declaradamente restringido, tienen derechos reales sobre objetos normativos puros. Basta pensar en los derechos de prenda sobre créditos o en el usufructo de participaciones sociales²⁰. Lo que diferencia los ordenamientos jurídicos

²⁰ Otra cuestión es saber *dónde* una codificación regula los derechos sobre derechos (si en el Derecho de Obligaciones o en el Derecho de Cosas, o, en otras palabras, se llama a estos derechos derechos sobre cosas). El art. 1439 del CC portugués (en el Libro III, Derecho de Cosas), por ejemplo, define el usufructo como «el derecho a disfrutar temporal y plenamente de una cosa o derecho ajeno, sin alterar su forma o sustancia.» El usufructo sobre derechos es visto como un usufructo irregular. Según su art. 1302 los derechos reales solo pueden ser constituidos sobre cosas corpóreas. Así que, técnicamente hablando, no hay derechos sobre derechos; el usufructo de créditos es consecuentemente parte del Derecho de Obligaciones, aunque esté ubicado en el Derecho de Cosas. Están regulados expresamente el usufructo de rentas vitalicias (art. 1463), de capitales que produzcan interés (art. 1464) y de acciones o participaciones sociales (art. 1467), cfr. von Bar (-*Seabra y Xavier*), *Sachenrecht in Europa III*, Portugal (Osnabrück 1999), p. 377. También en la doctrina polaca es difícil aceptar derechos reales subjetivos sobre objetos incorpóreos (véase, por ejemplo, *Gniewek*, *Prawo rzeczowe* (8. ed., Varsóvia 2010), p. 2 nr. 4: «El legislador infringe un principio obvio y hace incluir en la categoría de los derechos sobre cosas también aquellos derechos que tengan por objeto no solo objetos materiales, sino otros derechos como objeto». Hay que aceptar esta decisión, a pesar de que pueda ser criticada, pero así es *de lege lata*). Del mismo modo, opinan con resignación Radwanski y Gniewek (-*Machnikowski*), *System Prawa Prywatnego III* (3. ed., Varsóvia 2013), p. 28 nr. 60 que sería imposible desarrollar una dogmática unificada para los derechos reales sobre derechos.

de la Unión es el número de derechos de este tipo y la cantidad de objetos normativos sobre los cuales se pueden constituir. En una perspectiva paneuropea, no surgen antagonismos fundamentales irreconciliables, sino inexactitudes significativas. También se puede decir en relación a todos los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea que durante largo tiempo se ha prestado, comparativamente, mucha menos atención a las cosas normativas puras. Su importancia actual data de las más recientes evoluciones económica y tecnológica, así como el mercado creado a través de Internet. Estos objetos del tráfico jurídico moderno simplemente no eran conocidos por los autores de las codificaciones de los siglos XIX y XX. Entre los bienes que ellos conocían había algunos que se trataban como si fueran fincas o mercancías, aunque, obviamente, estuviese claro para todos que se trataba técnicamente de «derechos». Forman parte de este grupo los derechos sobre derechos que recaen sobre cosas físicamente existentes. El principal ejemplo son los derechos a través de los cuales la propiedad de otro sobre una cosa determinada puede ser gravada, es decir, los derechos sobre el derecho de propiedad sobre una cosa físicamente existente. Pero también son concebibles una prenda sobre una prenda sobre unas joyas²¹, una prenda sobre un usufructo de una cosa corpórea cual-

²¹ Cfr., por ejemplo, el § 1273(1) del BGB alemán, el art. 680 del CC portugués (que admite la prenda de derechos solamente cuando estos tengan por objeto cosas muebles y sean susceptibles de transmisión), así como el § 173(1) del BGB eslovaco y el § 1390 del BGB checo (en relación al llamado «*subpignus*» [Unterpfand]; que se constituye a través de la pignoración de un crédito asegurado por una prenda, cuando el objeto de la prenda es una cosa corpórea). De forma similar al art. 680 del CC portugués, el art. 1864 del CC español formula que: «Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión». Según el art. 1861 del CC español, los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones. La prenda sobre derechos y créditos es entendida como una «prenda especial». Ésta es permitida cuando el derecho dado en prenda puede ser calificado como un bien mueble (*Díez-Picazo y Gullón*, Sistema de Derecho Civil III(2) (8. ed., Madrid 2012), p. 144; TS 26. 9. 2002, RAJ 2002 nr. 7873 p. 14321: «La prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pign[or]aticio (sic) se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda». Además, la «prenda de créditos y demás derechos» se regula en el art. 90(6) de la Ley Concursal española [Ley 22/2003, de 9 de julio, reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre], así como en el art. 54, párrafo 2 de la LHMPD [Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión]. Resulta expresamente del art. 55 de la LHMPD que no podrá constituirse «prenda ordinaria sobre bienes que se hallen pignorados con arreglo a esta Ley», o sea, sin la transmisión de la posesión. La posibilidad de constituir una prenda sobre una prenda fue confirmada en Inglaterra (*Donald v Suckling* (1866) LR 1 QB 585 (QB): «Subprenda» sobre *debentures*, o sea, de un título obligacional de una sociedad) y *Halliday v Holgate* (1868) LR 3 Ex 299 (Ex Ch), así como en los Países Bajos (cfr. el art. 3:228 del BW holandés: «Todos los bienes, que pueden ser transmitidos, pueden ser gravados por prenda u hipoteca»).

quiera²², una hipoteca sobre un usufructo de una finca²³ o, al contrario, un usufructo de una hipoteca sobre una finca²⁴. Aunque estas construcciones en forma de pirámide cubran un derecho sobre otro derecho, esto no cambia en nada el hecho de que el verdadero objeto patrimonial con valor, después de todo, sigue siendo una cosa real o una finca. A través de la gradación de los poderes de realización y de uso, se produce en estos casos solo una expansión marginal, en el análisis final insignificante, del número de objetos del Derecho de Cosas. La situación es distinta cuando el último objeto en cuestión es una cosa normativa pura.

Pero no es lo mismo constatar que en toda la Unión Europea los objetos normativos puros son dignos de protección por el Derecho de Cosas, que describirlos y clasificarlos. Por lo tanto, debe haber

²² Por ejemplo, el art. 3:236(1) del BW holandés.

²³ Una hipoteca sobre un usufructo de una finca no es posible en Alemania (§ 1113 (1) del BGB alemán). Este es también el caso de Austria: los §§ 448 y ss. del ABGB austríaco regulan la prenda de una manera unificada para todo tipo de objetos pignoratícios. A la hipoteca corresponde la prenda registrable de acuerdo con el § 451 del ABGB y resulta del § 13 de la Ley del Registro de la Propiedad austríaca que la prenda solo se puede constituir sobre un objeto del registro de la propiedad [*Grundbuchskörper*] como un todo, pero no puede ser constituida sobre derechos aislados. En Grecia (art. 1259 del CC griego; cfr. Areopag 280/2011, NOB 59 [2011] p 1891; Tribunal de Apelación de Atenas 7567/1991, EllDni 34 [1993] p 641), Italia (art 2810 del CC italiano) y Francia (art. 2397 del CC francés), por el contrario, se permite constituir la hipoteca sobre un usufructo (de acuerdo con estas disposiciones legales, la hipoteca puede gravar no solo los bienes inmuebles, sino también un usufructo que tenga estos bienes como objeto; además, es posible una hipoteca sobre un *droit de superficie*, un *bail emphytéotique* y un *bail à construction* (art. L 251-3 del *Code de la construction et de l'habitation*). Lo mismo se puede decir en relación a Portugal (art. 688, nr. 1 lit. e del CC portugués). El derecho holandés regula en el art. 3:236(1) del BW cómo se puede constituir una prenda sobre el usufructo de una cosa o sobre un usufructo de un título a la orden o al portador. En Polonia se conoce la hipoteca sobre un usufructo perpetuo, pero no sobre un usufructo «normal» (art. 65(2) nr. 1 de la Ley del Registro de la Propiedad y de la Hipoteca, Ley de 6. 7. 1982), así como la hipoteca sobre una hipoteca para garantizar un crédito (art. 65(2) nr. 2 y nr. 3 de la misma ley).

²⁴ Un usufructo de una hipoteca ajena es posible, por ejemplo, de acuerdo con el § 1068 del BGB alemán (véase, también, el § 1080 del BGB alemán: Usufructo sobre deuda territorial o deuda de renta [*Nießbrauch an einer Grund- oder Rentenschuld*]) y el art. 1178 del CC griego (*Triantos*, Astikós kodikas, art. 1178 nr. 2: prenda e hipoteca pueden ser objetos de un usufructo cuando el usufructo se pueda constituir también sobre el crédito garantizado por la prenda o por la hipoteca), pero no parece ser posible en Italia (donde el usufructo de una hipoteca se considera impensable, puesto que la hipoteca solo conferiría un derecho de preferencia frente a los demás acreedores, pero no podría producir ningún fruto) y en Francia. Sin embargo, un usufructo en el derecho francés, puede constituirse no solo sobre las cosas corpóreas, sino también sobre los créditos, derechos de autor, patentes, *fonds de commerce* y otros bienes incorpóreos (*Terre y Simler*, Les biens (8 ed., Paris 2010), p. 705 nr. 788). Igualmente posibles son el usufructo sobre un usufructo (*Terre y Simler, op. cit.*) y el derecho de uso o habitación sobre un usufructo (Cass. 14. 1. 1997, Bull. civ. 1997, I, p. 13 nr. 22; RTD civ. 1998 p. 414, por *Zénati*). Tampoco en Austria se discute sobre la hipoteca sobre un usufructo. El verdadero usufructo (el «aprovechamiento de frutos» o «*Fruchtnießung*» del § 509 del ABGB austríaco) puede ser constituir sobre créditos, pero solo mientras no se verifique el consumo a través del ejercicio del usufructo (Klang [*-Klang*] ABGB II (2. ed., Viena 1950), p. 583). Eso es exactamente lo que se podría decir sobre la hipoteca, ya que una hipoteca solo legitima para la satisfacción del crédito debido con la finca.

criterios de clasificación apropiados, teniendo en cuenta, sin embargo, que estos criterios aún no hayan sido desarrollados dentro de un discurso común europeo. En no pocas partes de la Unión Europea falta al día de hoy una terminología coherente, incluso para el uso interno, para describir y clasificar los objetos patrimoniales de la economía que a menudo son clasificados (pero de nuevo imprecisamente) como «inmateriales».

Eso no solo ocurre en el caso en que el concepto de cosa, restringido a los objetos corpóreos, da a entender que todo lo que es incorpóreo se queda marginado como una categoría residual separada, bastando con realizar una mera lista de algunos ejemplos, como si no fuera necesario tratarlo con más detalle. Lo que hace daño a la vista es la angustia terminológica, ahí donde los juristas (como, por ejemplo, según el art. 516 del CC francés y las disposiciones de otros códigos civiles inspirados por él) se vieron forzados a encajar todos los puntos de referencia normativos puros en la categoría de los muebles o de los inmuebles. Es como si fuera necesario clasificar los vehículos como pertenecientes o al grupo de animales o al de las plantas en función del uso previsto, parte de ellos como pertenecientes a un grupo y la otra parte en el otro. En las Islas Británicas, el tratamiento de los objetos inmateriales no es menos difícil; de todos modos, la categoría de los derechos de las *choses in action* no se deja «europeizar», ya que esta categoría proviene de la historia del derecho procesal inglés y solo puede entenderse desde esta perspectiva. El Derecho privado europeo en última instancia debe buscar criterios de clasificación más apropiados.

Hubiera sido un paso importante que se hubiera diferenciado correctamente entre la capacidad de ser objeto del Derecho de Cosas y la capacidad de ser objeto del derecho de propiedad. Sin embargo, ambas cuestiones se confunden entre sí; la *Sachenrechtsfähigkeit* y la *Eigentumsfähigkeit* no son lo mismo, puesto que no todo lo que es un punto de referencia adecuado a un derecho subjetivo sobre cosas es también un punto de referencia de la propiedad del Derecho Civil. La distinción diseñada para el derecho romano por Gayo entre las cosas corpóreas e incorpóreas es decisiva aún hoy en algunos sistemas, pero está lejos de ser lo deseado. Se necesita determinar mucho más aquellas cosas normativas puras que se atribuyen a una persona independientemente de la propiedad. Son aquellas cuya atribución es una característica intrínseca de su existencia. Un crédito solo se convierte en un crédito porque tiene un acreedor y un deudor; un crédito no puede existir sin un acreedor. Una cosa real o una finca, en cambio, deben ser atribuidas [*zugeordnet*] a una persona para su uso exclusivo; el derecho al uso no les es inherente. Pre-

cisamente porque es así, es necesario el concepto jurídico de la propiedad para estas cosas, pero no para los créditos. En otras palabras, el motivo por el que los créditos no son objeto del derecho de propiedad no es porque no son «objetos corpóreos». En realidad no lo son, pero este criterio lleva a un resultado correcto solo por casualidad. Los créditos no son puntos de referencia adecuados para la propiedad absoluta, ya que no pueden concebirse sin una atribución legal. No es diferente el caso de las participaciones sociales y una empresa en su conjunto. Al igual que con los créditos, las empresas pueden ser objeto de los derechos sobre cosas en función de la respectiva decisión de política legislativa, pero no son objeto de propiedad porque necesitan, para existir, que hayan sido atribuidas a alguien. Sin embargo, el caso de los textos científicos, poesía y novelas, melodías, denominación de marcas y elaboraciones para la solución de un problema técnico son distintos. Todos ellos tienen, aun sin una atribución legal, una existencia intelectual [*gedankliche Existenz*]; no tienen que pertenecer a alguien para «ser». Por lo tanto, en principio, es correcto el término «propiedad» intelectual o industrial [*Geistiges oder Gewerbliches «Eigentum»*].

La propiedad tiene una doble función. Atribuye [*ordnet*] los objetos de tráfico jurídico a una persona para su uso exclusivo y hace posibles los actos de disposición sobre el derecho que se atribuye [*zuordnendes Recht*], en particular, su transmisión y su gravamen. La primera función (la función de atribución [*Zuordnungsfunktion*]) queda vacía en relación a los créditos, participaciones sociales y otros bienes «inmateriales». Esto conduce a la pregunta de si estos no requieren la propiedad debido a su segunda función, a saber, el aspecto de la propiedad que conduce a la transmisión y al gravamen. Responder a esta pregunta con un «sí» equivaldría a decir que la cesión del crédito se convierte en parte de la propiedad; responder con un «no», que la cesión del crédito sigue siendo parte del derecho de crédito y que su pignoración forma parte, no del derecho de propiedad, sino del Derecho de Cosas. La respuesta depende de lo que se desea enfatizar, si es el «lado de la atribución» [*«Zuordnungsseite»*] de la propiedad o si es el hecho de que la propiedad sirve como vehículo para describir de manera constructiva la transmisibilidad de objetos. Parece razonable que el énfasis *necesita* colocarse en la función de atribución, mientras que el derecho privado europeo quiere indicar con la «propiedad» algo más que el contenido descriptivo de una palabra. Interpretar la cesión de un crédito como la transmisión de la propiedad sobre un crédito, en nuestra opinión, no conduce a nada. Porque, así, no habría ningún contenido autónomo en el concepto jurídico de la

«propiedad». No se podría distinguir la «propiedad» de los otros derechos sobre cosas. Esto daría lugar a un empobrecimiento lamentable del lenguaje jurídico y a una pérdida de su eficiencia. El resultado sería que no se podría decir ya en qué consiste realmente el contenido de la «propiedad»; ya que «el derecho de propiedad» no podría diferenciarse de los demás derechos subjetivos del Derecho de Cosas. La «propiedad de un crédito» sería una construcción tan vacía de significado como la «propiedad de un derecho de prenda de un crédito» o la «propiedad de un derecho de prenda de una cosa real». Pues tampoco la prenda puede existir sin un titular. La titularidad del derecho también es una característica intrínseca del derecho, y por ser así, la transmisibilidad de un derecho resulta propia del mismo, y no una de una «propiedad» que recaiga sobre un derecho sobre el derecho. No existe una regla jurídica según la cual solo lo que pueda ser transmitido o pueda ser objeto de un acto de disposición sea propiedad. No existe una regla de este tipo.

Queda la cuestión relativa a cuáles son los objetos normativos puros del tráfico jurídico que ofrecen evidencias de ser objetos del Derecho de Cosas, aun cuando no sean objetos del derecho de propiedad. El intento de reunir estos objetos en una lista taxativa se enfrenta a no pocas dificultades. Porque la amplitud de las valoraciones políticas y legales, así como la amplia variedad de formas de los conceptos jurídicos, en los cuales afloran estos juicios de valor, siguen siendo muy significativas en la Europa actual. Sin embargo, es posible formular en una perspectiva que va más allá de un único ordenamiento jurídico, que los objetos normativos puros del tráfico jurídico, a lo sumo, se pueden describir como cosas [*Sachqualität*], cuando les sea inherente el potencial para una atribución exclusiva. Como se ha dicho, carecen de este potencial, por ejemplo, la información, la energía, las cosas futuras y las unidades monetarias. Los objetos de este tipo son sin duda puntos de referencia apropiados a las obligaciones contractuales, pero no son adecuados no solo como puntos de referencia del derecho de propiedad, sino tampoco en relación al Derecho de Cosas. No son susceptibles de ser atribuidos exclusivamente a una persona a través de ningún derecho sobre cosas imaginable, ni por medio del derecho de propiedad, como tampoco a través de otro derecho sobre cosas particular más específico, porque un objeto del tráfico jurídico solo tiene el potencial para una atribución exclusiva (independientemente de cómo se forma ésta) a un sujeto de derecho cuando es manejable, identificable y tiene un valor económico, exteriorizándose este valor por lo general a través de la transmisibilidad de

la titularidad sobre el objeto. El derecho objetivo tiene que considerar estos factores en el momento de la admisión de un objeto como una cosa. Todo lo demás, por el contrario, requiere una decisión político-jurídica. En la evaluación política no son los criterios económicos los que cuentan. Si, y en caso afirmativo, cuáles de los poderes de exclusividad en relación a (qué) cosas normativas puras se consideran aceptables, es una cuestión que depende mucho más, en cada ordenamiento jurídico, de su voluntad de tener una coherencia interna.

Dado que la cuestión específica de la mayor parte de las cosas normativas puras consiste en saber si pueden ser puntos de referencia de los derechos subjetivos sobre cosas, pero no puntos de referencia de la propiedad (en el sentido de *ownership*), entonces uno puede decir de tales cosas que son equiparadas a las cosas «verdaderas» solamente para ciertos fines. Esta observación permite determinar para qué cosas normativas puras es relevante una equiparación parcial con las demás cosas. Son (determinados) créditos, participaciones sociales, empresas con sus relaciones comerciales y *goodwill*, así como un grupo residual de derechos, que pueden ser descritos como privilegios²⁵.

7. COSAS FORMADAS POR LA UNIÓN DE OBJETOS DEL TRÁFICO JURÍDICO

La mayoría de las cosas están formadas por una pluralidad de objetos del tráfico jurídico. Un reloj, una finca edificada, una empresa y, dependiendo de la perspectiva, incluso un crédito formado por un derecho al capital y un derecho a los intereses, así

²⁵ Se trata principalmente de las concesiones (autorizaciones para la venta de bebidas alcohólicas, etc.) y las autorizaciones de cuotas para participación de mercado (como la antigua cuota láctea), además de ciertos privilegios, entre ellos los derechos a desempeñar un cargo o posición oficial, dotados de valor patrimonial. Ejemplos de este último grupo son algunos fenómenos del derecho inglés, como el poder del propietario fundiario, que tradicionalmente se clasifica como *property*, pero que hoy en el mejor de los casos es transferible solo a título gratuito y que no es registrable, poder este que consiste en sugerir a la iglesia un candidato para ocupar el puesto vacante de pastor (*advowson*), y también los *offices ministériels* del derecho francés. Estos son determinados cargos públicos (como las posiciones de *avocat à la Cour de Cassation*, ejecutor judicial, notario y subastador), que están dotados con un valor patrimonial en el sentido de que se refieren al derecho de sugerir un sucesor en el órgano estatal competente. El bien no es el cargo en sí, sino el poder de sugerencia. Este está dotado de valor porque su sucesor pagará para ser sugerido, y también será transmitido por herencia (Cass. civ. 28. 5.1946, p. 1947, 1, 9, por *Béguet*). La doctrina francesa llega a la conclusión de que los *offices ministériels* son manifestaciones de los *biens incorporels* (JClCiv Code [-*Loiseau*], Biens, Art. 527 à 532, fasc. 20 nr. 14). La jurisprudencia ya los había calificado antes como objetos del derecho de propiedad, al menos como objetos de una «propiedad especial» (Cass. 11. 11. 1857, p. 1858, 1, 55; Cass. 6. 1. 1880, DP 1880, 1, 361, por *Dutruc*; p. 1881, 1, 49, por *Labbé*).

como las acciones relacionadas con los derechos de voto, de beneficios y del producto de la liquidación, son uniones de objetos que forman cosas. Esto conduce a la pregunta relativa a cuál es la relación jurídico-real que tiene el todo con sus partes. Es necesario decidir en cada caso si los objetos de tráfico jurídico, una vez unificados, pierden la calidad de cosa. ¿Mantienen los objetos del tráfico jurídico, que tenían el *status* de cosas hasta la unión con otros objetos, esta cualidad posteriormente o ellos se convierten, a expensas de una nueva cosa, en objetos que solo pueden ser vendidos o donados, pero ya no pueden ser transferidos o gravados? Esta pregunta tiene que hacerse por separado. Para aquellos que solo quieren abstractamente describir lo que es una «cosa», no tienen con ello instrumentos disponibles para determinar con precisión lo que es «una» y lo que es una «nueva» cosa. Un tornillo, por ejemplo, es evidentemente un «objeto corpóreo» (un «mueble»), así como también lo es el reloj, dentro del cual el tornillo presta su servicio; la cuestión de si lo que importa es el uno o el otro permanece sin respuesta. La decisión, sin embargo, tiene consecuencias de trascendencia, pues si se trata solamente del reloj, entonces los derechos reales solo se refieren a él, y no a las partes componentes con las que se haya fabricado el reloj. Físicamente hablando, los componentes y la materia de la que están compuestos están todavía presentes, pero en términos jurídicos, han perdido su cualidad de cosa [*Sacheigenschaft*]. El Derecho de Cosas incluso no los reconoce ya; solo tiene en cuenta (al contrario del Derecho de Obligaciones) el reloj. La consecuencia es que las partes componentes no son propiedad de nadie. Pero tampoco se encuentran sin dueño, porque decir esto es tan impensable como decir aquello. Solo hay una cosa ahora, que es el reloj. Los tornillos, las agujas y la esfera solo vuelven a convertirse de nuevo en cosas cuando se retiran del reloj. Se podría pensar que la cualidad de cosas de las partes componentes quedaría suspendida temporalmente. Sin embargo, esto no sería correcto. En el caso de que vuelvan a aparecer, el Derecho de Cosas no los atribuye ya a su antiguo propietario. Ahora pertenecen a la persona a quien pertenece el reloj, mientras este exista. En términos jurídicos, el «viejo» tornillo vuelve a ser una cosa «nueva». No hay ninguna propiedad «dormida»²⁶.

La respuesta a la pregunta de lo que es una o lo que son dos o más cosas es complicada por varias razones. En ella se mezclan observaciones de hecho y consideraciones legales. Esto es debido al

²⁶ A diferencia del derecho romano, las partes integrantes, una vez separadas, no vuelven a formar parte de la propiedad del antiguo propietario (cfr., por ejemplo, el art. 554 del CC francés y, expresamente, la sentencia BGH 21. 12. 1956, BGHZ 23 p. 57).

hecho de que no se puede proporcionar respuestas iguales para todos los grupos de objetos. Lo que *una* cosa real viene a ser, con carácter general no se puede determinar conforme a los mismos criterios que la pregunta de lo que viene a ser *una* finca o *una* cosa normativa pura. Las cosas reales se basan principalmente en los elementos físicos; las fincas se basan más en las disposiciones sobre el uso y en los intereses colectivos y para las cosas normativas puras no queda más que el recurso a los criterios normativos puros, pues no se puede determinar lo que es *uno* o lo que son *dos* créditos, participaciones sociales, empresas, entre otros, sin el recurso a los criterios ontológicos. La segunda dificultad surge del hecho de que las uniones de cosas y/o de objetos pueden ser el resultado de diferentes procesos. Los líquidos desaparecerán, los productos a granel se mezclarán, las piezas de metal y cables se montarán en máquinas y los muros y cimientos se alzarán en una casa. Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros abordan estos fenómenos en parte en el Derecho de Cosas, en parte en el derecho de propiedad sobre las cosas, y así (y a veces sin razón aparente), en diferentes partes de sus sistemas jurídicos, también difiriendo en relación a la solución de algunos aspectos de detalle. La tercera dificultad resulta del problema de cuándo y por qué solo en razón de la transformación de una cosa se puede considerar jurídicamente que ha surgido una cosa nueva. La respuesta más fácil se desarrolla desde la perspectiva de los clientes, porque sin el derecho de la especificación ni siquiera se conseguiría adquirir un pastel.

Todos los ordenamientos jurídicos europeos conocen, además, los objetos con una naturaleza dual, es decir, los objetos del tráfico jurídico que solo en algunos aspectos, pero no en todos, ocupan la posición de cosa (autónoma). Solo a partir del contexto se puede determinar si se trata de una cosa única que se ha formado por diversos objetos del tráfico jurídico o si se trata, en cambio, de cosas diversas. Un objeto del tráfico jurídico sigue siendo cosa solamente en la medida en que el ordenamiento jurídico le atribuye la cualidad de objeto del que se puede disponer de forma autónoma. En comparación, tal objeto pierde su cualidad de cosa, si y siempre que comparta el destino jurídico de otra cosa, o sea, de la cosa principal. Solo las fincas son cosas principales en la mayoría de los casos²⁷. Las cosas reales y las cosas normativas puras, por el

²⁷ Cfr, por ejemplo, en el BGB alemán el § 97 (solo cosas muebles pueden ser accesorios/pertenencias) y el § 946 (unión de cosas muebles con una finca); los arts. 956, 959 y 960 del CC griego (accesorios de una finca, de un edificio o de una finca rústica); el art. 852 del CC de Letonia (los accesorios muebles de un inmueble se rigen por las disposiciones sobre cosas inmuebles); el art. 5:20 del BW holandés (la propiedad inmobiliaria abarca edificios y obras; esta regla imposibilita que una finca sea considerada parte integrante de una construcción con valor mucho más elevado); el art. 48 en concordancia con

contrario, y según las circunstancias del caso concreto, se reducen al *status* de «cosas accesorias» dependientes, ya sea en su relación de una con las otras (la documentación del vehículo y el vehículo), ya sea en su relación con una finca (el ganado y la maquinaria agrícola). En función del grado de dependencia a su vez se puede diferenciar entre cosas fuertemente dependientes y cosas débilmente dependientes. Por su naturaleza, «los derechos que están vinculados a la propiedad de una finca» (§ 96 del BGB alemán), por ejemplo, presentan un (fuerte) grado de dependencia. Sin embargo, incluso una servidumbre de paso sigue siendo un objeto autónomo de disposición: el propietario del predio dominante puede renunciar en cualquier momento al derecho de paso sin tener que renunciar a su propiedad. Por el contrario, lo que tiene un bajo grado de dependencia, porque solo son dependientes de una (otra) cosa conforme a su finalidad, son los créditos en relación al título valor en el que fueron emitidos (pues la destrucción de papel no da lugar a la extinción del crédito, aun cuando el crédito no se pueda transmitir sin la transferencia del título [papel]), así como las cosas que a menudo reciben el nombre de pertenencias/accesorios [*Zubehör*]. Pensemos una vez más en el ejemplo del reloj, pero esta vez en un valioso reloj vertical de péndulo en una biblioteca con paneles de

el art. 191 del CC polaco (partes integrantes de una finca) y el art. 210, nr. 1 del CC portugués. El art. 49 del CC polaco también prevé la posibilidad de que las construcciones se conviertan en parte integrante de un sistema conductor. Además, cfr. en cuanto a Italia la sentencia Cass. 12. 3. 2001, nr. 3610, Giur. it. 2002, 1384 (frescos considerados como bienes culturales son vistos como parte de una vivienda, incluso cuando los frescos son más valiosos que toda la vivienda). No se puede, en este contexto, nivelar los conceptos de «Grundstück» [finca] e «Immobilie» [inmueble] o «unbewegliche Güter» [bienes inmuebles]. En los derechos de tipo romano, «bienes inmuebles» pueden ser considerados cosas dependientes, lo que se explica, por ejemplo, porque en el Código Civil español no se encuentra una disposición semejante a la del § 97 del BGB alemán. El concepto de «Zubehör» (pertenencias/accesorios) es apostrofado como «germánico»; España está bajo la influencia del concepto francés de los *immeubles par destination* (Díez-Picazo, Fundamentos III (5. ed., Madrid 2008), pp. 217-218). Una observación más atenta permite decir que las diferencias se remontan al hecho de que el art. 334, párrafos 4 a 7 clasifican «estatuas, máquinas, vasos, instrumentos de explotación, viveros de animales, abonos» etc., por así decirlo, como bienes inmuebles (en la interpretación de la doctrina como «inmuebles por destino/destinación»). En el ABGB austriaco, los §§ 295 y ss. llevan a la conclusión de que las fincas son siempre consideradas como cosa principal. Estas normas contienen una lista de lo que puede ser pertenencia/accesorio [*Zubehör*] o parte integrante [*Bestandteil*] de una finca. Además, no se encuentra en ningún lugar, sea en la jurisprudencia o en la doctrina, una indicación de que una finca sea clasificada como pertenencia/cosa accesorio. Solamente las fincas industriales de las empresas son eventualmente clasificadas como tal cuando (en el contexto de la ejecución procesal forzosa) se trata de la afectación de una finca para la empresa (OGH 28. 6. 1994, JBI 1995, pp. 123, 125). En sentido estricto, no es correcto hablar de «Zubehör» [pertenencia/cosa accesorio] de una empresa (cfr. detalles en Klang [-Kisslinger], ABGB (3. ed., Viena 2011), § 302 nr. 18), porque una empresa no es más que una universalidad y como tal no es un punto de referencia adecuado a un derecho sobre cosas (OGH 19. 10. 1966, SZ 39/174; en sentido contrario, OGH 3. 12. 1969, SZ 42/181 [fue negada la adquisición de la propiedad sobre objetos en un almacén con la justificación de que estos no serían cosas accesorias, sujetas a un derecho especial, de una «empresa viva» [*«lebendes Unternehmen»*].

madera en un edificio antiguo. El reloj ciertamente es una cosa real autónoma. Es al mismo tiempo un accesorio dependiente de la finca (o, lo que es lo mismo, un mero objeto del tráfico jurídico), y como tal, está sujeto solamente a las reglas del derecho inmobiliario. Esto, sin embargo, significa que el reloj vertical, dependiendo del contexto, puede ser *tanto* una cosa real autónoma *como* un objeto del tráfico jurídico incorporado a una finca, sin la cualidad propia de cosa [*eigene Sachqualität*].

IV. DERECHOS SOBRE COSAS SUBJETIVOS

1. ES DIFÍCIL CLASIFICAR LOS DERECHOS SOBRE COSAS

Ordenar los derechos reales [derechos sobre cosas, *Sachenrechte*] es difícil. La diversidad de esfuerzos nacionales para desarrollar de manera eficiente los sistemas y las formas de presentación de estos derechos es un claro testimonio de ello. Algunos distinguen entre *droits réels principaux* y *droits réels accessoires*, otros apuestan por la diferenciación entre derechos reales mobiliarios e inmobiliarios, otros por la distinción entre *iura in re propria* e *iura in re aliena*, y hay quien apuesta por preguntar si un derecho puede tener como punto de referencia exclusivamente *zaken* o también derechos patrimoniales. Los «clásicos» de la doctrina inglesa se dedican o bien al Derecho de Cosas mobiliario o bien al Derecho de Cosas inmobiliario, pero nunca a ambas áreas al mismo tiempo, y cada autor elige, incluso en aspectos clave de su presentación, lo que le parece ser adecuado y eficiente²⁸. Existe una gran confusión.

²⁸ Bell, *Modern Law of Personal Property* (Londres 1989), por ejemplo, trata en su obra, poco después de la introducción, en primer lugar de los *common law interests* (posesión, *legal ownership*, *bailment*, garantías con base en la posesión) y los *equitable interests* sobre *personal property*, y solo después trata de las disposiciones [*Verfügungen*] sobre los mismos (haciendo la distinción entre disposiciones entre vivos y por causa de muerte). El capítulo final trata de la «duración» de los *interests*, pero no solo de su pérdida a través del paso del tiempo, sino que también trata del *tracing* y cuestiones de clasificación. *Bridge, Personal Property Law* (3. ed., Oxford 2002) analiza el significado de *personal property*, se dirige entonces a los *interests in chattels*, la protección de los derechos sobre cosas, así como su transmisión. Las garantías se tratan en último lugar. Menos aún en común es lo que se encuentra en la obra de Cheshire, Gray y Sparkes. Cheshire y Burn (*-Burn y Cartwright*), *Modern Law of Real Property* (17. ed., Oxford 2006) ofrecen una visión general sobre las intenciones del Common Law y Equity, explican la «simplificación» del derecho a través del legislador, estructuran *estates* e *interests* sobre *land* en *freehold estates*, *leasehold estates* e *equitable beneficial interest in land* (principalmente el *trust of land*), pasan entonces a las servidumbres positivas y negativas, deudas fundiarias, *mortgages* y *licences* (en el sentido de derechos de utilización), discuten la constitución, transmisión y extinción de los *estates* e *interests* sobre *land*, y concluyen con las restricciones de uso de *land*

2. DIMENSIONES ESPACIALES, TEMPORALES Y DE CONTENIDO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SOBRE COSAS

Los derechos subjetivos sobre cosas tienen una dimensión espacial, una dimensión temporal y una dimensión del contenido (determinante de su extensión). Algunos derechos sobre cosas están relacionados con objetos con una limitación real en el espacio, otros con fincas y otros, a su vez, con las cosas normativas puras. Algunos derechos sobre cosas pueden estar relacionados con objetos de diversos grupos, otros solo con los objetos de uno de estos grupos; ningún derecho sobre cosas puede estar relacionado con todas las cosas, ni siquiera la propiedad. Junto a esta dimensión espacial, coexisten una dimensión temporal y otra del contenido. La dimensión temporal se demuestra sobre todo por el hecho de que algunos derechos sobre cosas tienen que ser necesariamente concedidos por un período indeterminado de tiempo, otros pueden ser facultativamente concedidos por un período indeterminado, mientras que otros derechos terminan obligatoriamente o con la muerte de una persona (típicamente del primer titular) o con el vencimiento de un plazo. La dimensión del contenido de los derechos subjetivos sobre cosas se manifiesta en los poderes por ellos atribuidos. Algunos conceden amplios poderes de uso, otros solo poderes de uso limitados; algunos permiten la utilización económica de una cosa, otros permiten solamente la participación en su rendimiento; algunos, su adquisición, otros, su enajenación. Cada derecho sobre cosas, incluida la propiedad, se limita de alguna manera, ya sea espacial, temporal o en cuanto al contenido, a veces por lo menos en dos aspectos, y a veces incluso en los tres ámbitos.

Esta observación se puede aplicar a la clasificación de los derechos subjetivos sobre cosas. Ciertamente, no es suficiente atender solo a una de estas dimensiones como pauta, sino que es posible combinarlas. La dimensión del contenido admite prácticamente cualquier orden, y la dimensión espacial y la temporal tampoco proporcionan criterios para una diferenciación bien diseñada. Solo

(«derecho de la construcción») y expropiación, con origen en el derecho público. *Sparkes*, *A New Land Law* (Oxford 1999), comienza con el «registro de la propiedad», se ocupa principalmente de los *trusts of land*, discute el derecho de arrendamiento [*Miete y Pacht*], seguidamente *mortgages*, servidumbres, derecho de construcción, prescripción y rectificación del «registro de la propiedad». *Gray y Gray*, *Land Law* (7. ed., Oxford 2011) aclaran conceptos fundamentales, tratan la posesión y el título (*freehold y leasehold ownership*; servidumbres), las garantías sobre *land* (*mortgage*, deudas fundiarias, *rights of entry*), el *trust* (*beneficial ownership*), los negocios de disposición, la usucapión y prescripción, la protección de la esfera privada y, por último, una vez más, el derecho público de la construcción y la expropiación.

se avanza cuando se pregunta de qué manera la dimensión espacial y la temporal de un derecho subjetivo sobre cosas contribuyen a la determinación de su contenido. Se deduce de ahí que la dimensión espacial es la menos significativa. Para la individualización y la clasificación de los derechos subjetivos sobre cosas, esta dimensión no es completamente improductiva, aunque sí en gran medida. Esto se puede observar especialmente en la diferenciación entre los derechos sobre cosas «mobiliarios» e «inmobiliarios». Hay una serie de razones por las cuales esta dimensión, a pesar de encontrarse extendida, no cuenta con un gran alcance. Un argumento contrario a ella es el hecho de que se basa en una *summa divisio*, cuyos fundamentos se han demostrado hace mucho como inestables. Un argumento de más peso es el hecho de que el inventario siguiendo una clasificación de derechos reales mobiliarios e inmobiliarios trae consigo la producción de numerosas entradas duplicadas en ambas listas y que también los derechos sobre cosas normativas puras no se pueden calificar de forma plausible, pues muchos de los derechos subjetivos sobre cosas se refieren tanto a las cosas reales, como a fincas y también a algunas (aunque no todas) cosas normativas puras. Una tercera dificultad resulta del hecho de que las listas de los derechos subjetivos sobre cosas, que se clasifican por grupos de objetos, corren el riesgo de ocultar elementos intrínsecos comunes. No son pocos los derechos subjetivos que tradicionalmente reciben un nombre diferente en función de que se trate del Derecho de Cosas mobiliario o del Derecho de Cosas inmobiliario. Diferentes denominaciones no ofrecen ninguna garantía de que se trate de derechos con un contenido diferente y, por el contrario, el mismo nombre no garantiza tampoco que los derechos así denominados puedan ser atribuidos a una misma categoría a un lado y al otro de una frontera nacional.

Antes de nada, la dimensión espacial de los derechos subjetivos sobre cosas solo describe sus puntos de referencia, no repercutiendo o repercutiendo solamente en una pequeña medida en su contenido, y a través de ello, en su extensión. Por lo general, no se obtiene, desde el punto de vista del espacio, la respuesta a la pregunta, *¿por qué* algunos de los derechos concebidos como derechos sobre cosas son posibles solo sobre cosas reales, mientras que otros derechos también (o solamente) son posibles sobre fincas o sobre cosas normativas puras? Normalmente no hay casi ninguna conexión causal entre las dimensiones del espacio y del contenido de los derechos subjetivos sobre cosas. No es justamente la «incorporeidad» de un crédito lo que puede explicar por sí solo que no se pueda constituir un derecho de propiedad sobre el mismo. No es la

normatividad de las fincas lo que puede explicar por qué se puede constituir en algunas de ellas (en Alemania, y por cierto solo en Alemania) deudas territoriales no accesorias [*Grundsschulden*] y no es la «corporeidad» de un vehículo (su delimitación en el espacio) lo que proporciona el motivo por el que no es posible constituir una servidumbre sobre el mismo. Por sí misma, la dimensión temporal tampoco es un criterio de clasificación suficientemente eficiente; una individualización y una categorización de los derechos subjetivos sobre cosas basadas solamente en este criterio terminarían en numerosas duplicidades. Lo que, en una perspectiva del espacio, implicaría una división entre derechos sobre cosas mobiliarios e inmobiliarios, resultaría en una perspectiva del tiempo en una estructuración de todos los derechos subjetivos sobre cosas en derechos temporales o no temporales. Una vez más, lo que resulta de los criterios de clasificación no es satisfactorio. Pero el tiempo no llega a ser un criterio completamente irrelevante, pues gana en importancia cuando se pregunta para qué derechos sobre cosas el tiempo se convierte en un factor determinante del contenido y para cuáles no. Por lo tanto, es posible diferenciar entre los derechos sobre cosas que se delimitan principalmente por el tiempo y aquellos que se delimitan principalmente por el contenido. En otras palabras, es posible identificar los derechos sobre cosas que contienen restricciones de contenido, que los diferencian de la propiedad, teniendo estas restricciones como base primaria el hecho de que estos derechos sobre cosas solo se adquieren y constituyen en razón del tiempo. En comparación con estos, hay otros derechos sobre cosas cuya identidad no se desprende precisamente del hecho de que se presentan en una variante «perpetua» o temporal.

3. DERECHOS SOBRE COSAS ILIMITADOS EN RELACIÓN CON EL TIEMPO Y CON EL CONTENIDO

El ejemplo paradigmático de un derecho sobre cosas ilimitado en relación con el tiempo y el contenido es la propiedad; solo el usufructo perpetuo del derecho polaco [*użytkowanie wieczyste*] se puede situar en este grupo, aunque con algunas restricciones. La propiedad forma parte del repertorio estándar de todas las codificaciones de los Estados miembros de la Unión Europea. Las codificaciones tienen que responder sobre todo en razón de la presión argumentativa de los juristas suecos e ingleses a la pregunta de para qué el Derecho de Cosas privado realmente necesita de la

figura de la propiedad²⁹. Esta es una pregunta fácil de entender cuando se piensa en el lastre innecesario que el concepto de propiedad en el derecho civil ha sufrido con el paso del tiempo. Por otro lado, se observa que no existe un ordenamiento jurídico de un Estado miembro que pueda simplemente renunciar al derecho subjetivo sobre cosas llamado «propiedad». Este es un indicador claro de que tal medida crearía un vacío que ningún otro derecho sobre cosas podría llenar. El hecho de que la propiedad es un derecho subjetivo sobre cosas indispensable no tiene que ver en primer lugar con motivos políticos, sino con motivos de orden interno del derecho privado y, por lo tanto, de orden sistemático. El motivo principal es que el Derecho de Cosas objetivo requiere una figura conceptual de un derecho que puede ser gravado, pero que por sí solo no puede convertirse en un gravamen sobre otro derecho sobre cosas (ni siquiera un gravamen sobre la posesión). Se necesita un nombre para este derecho y este nombre ha sido desde siempre «propiedad». Uno puede, por ejemplo, gravar la propiedad ajena con una prenda, una hipoteca, un derecho real de arrendamiento, de usufructo o con un derecho de preferencia, pero no se puede gravar una hipoteca, un arrendamiento o un usufructo, etc., con la propiedad ajena, lo que viene a contradecir la idea de la propiedad sobre una hipoteca, un arrendamiento o un usufructo. Esto terminaría en un concepto contradictorio, porque la «propiedad» quedaría desprovista del perfil propio del derecho sobre cosas. Sería lo mismo que decir que hay dos propietarios, uno a quien se atribuye el derecho gravado y otro a quien se atribuye el derecho que grava. Por lo tanto, no habría ya una palabra reservada para aquel a quien se confiere el derecho de constituir por primera vez sobre una finca hasta ahora libre de gravámenes, una hipoteca o un usufructo (o constituir una prenda sobre una cosa real, etc.). Al mismo tiempo, lo que viene a corresponderse con el derecho al derecho se suprimiría del lenguaje del Derecho de Cosas, es decir, el que las correspondientes facultades de uso vuelvan una vez que se extingan las cargas correspondientes³⁰. No hay ninguna razón para un tamaño empobrecimiento del derecho privado.

²⁹ Sobre esto cfr. *von Bar*, *Eigentum. Europäische Betrachtungen zu einem unverzichtbaren Sachenrecht* [Propiedad. Consideraciones europeas para un derecho sobre cosas indispensable], en: *Festschrift für Egon Lorenz* (Karlsruhe 2014), pp. 741-767.

³⁰ Tiene razón *Pollock*, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law* (5. ed., Londres 1923), pp. 180-181, cuando comenta: «[T]he owner of a thing is not necessarily the person who at a given time has the whole power of use and disposal; very often there is no such person. We must look for the person having the residue of all such power when we have accounted for every detached and limited proportion of it; and he will be the owner even if the immediate power of control and use is elsewhere. In the same way a ruler does not cease to be a sovereign prince merely because he has made a treaty by which he has agreed to forgo or limit the exercise of his sovereign power in particular respects».

Desde la perspectiva del derecho de disposición, también la propiedad es un derecho sobre cosas completamente normal. El poder de disposición no es algo que se derive de la propiedad *qua propiedad*; en el fondo, cualquier titular de un derecho patrimonial y por lo tanto, también cualquier titular de un derecho sobre cosas tiene el poder de disponer de su derecho. Cuando un ordenamiento jurídico impone excepciones a esta regla básica (como, por ejemplo, en algunos lugares al derecho del usufructo³¹), es solo por razones de política legislativa; estas excepciones no cambian en nada el hecho de que la transmisibilidad de un derecho sobre cosas es parte de su existencia como derecho sobre cosas. También la propiedad recibe su capacidad de ser transmisible de su cualidad de derecho sobre cosas, y no de sí misma. El mero hecho de que la transmisibilidad, en principio, se garantice de manera ilimitada e independientemente del tiempo, es una consecuencia de la identidad específica de ese derecho sobre cosas, es decir, es una consecuencia del hecho de que la propiedad se concibe como un derecho ilimitado en relación con el tiempo y con el contenido. El hecho de que para la decisión de muchos de los litigios jurídicos, tal vez para la mayoría de ellos, no sea necesario o al menos útil identificar al propietario de la cosa, no resta valor a la figura abstracta de la propiedad. A menudo basta con la posesión. La posesión no solo en

³¹ La característica que da identidad al usufructo no es su intransmisibilidad. El usufructo «normal» (pero no el usufructo «perpetuo») a menudo no permite a su titular a ejercer el poder de disposición. Lo que ocupa el lugar de transmisibilidad es la «cesión del ejercicio [Überlassung zur Ausübung]», de carácter solo obligacional: (por ejemplo, el § 1059, frase 2 del BGB alemán; el § 215 de la Ley sobre Propiedad de Estonia; el art. 1202 del CC de Letonia; el art. 4.143(6) del CC de Lituania [donde es necesaria la autorización del propietario]; el art. 254 del CC polaco; el art. 230(3) de la Ley sobre Propiedad de Eslovenia y el § 1265(2) del BGB checo). Esto se debe «solo» a una decisión de orden político del respectivo legislador, y no a una decisión técnica obligatoria. No solo puede un legislador, que considera el derecho de usufructo fundamentalmente como intransmisible, permitir excepciones en algunos casos (por ejemplo, para las personas jurídicas y las sociedades personalistas con capacidad jurídica: cfr. el § 1059 lit. a del BGB alemán) o dejar la decisión sobre transmisibilidad para las partes (art. 1166 del CC griego). Especialmente los ordenamientos jurídicos románicos no ven ningún problema en permitir a todos los usufructuarios la disposición de su derecho. Pero está claro que el derecho solo puede ser cedido por un tiempo limitado, dentro del tiempo a que el primer titular esté sujeto (por ejemplo el art. 980 del CC italiano, así como el art. 595 del CC belga, francés y luxemburgués). El hecho de que el usufructo no está sujeto al Derecho de Sucesiones no excluye en modo alguno las disposiciones *inter vivos*; pero el usufructo se extingue con la muerte del primer titular del usufructo (*Bergel/Bruschi/Cimamonti*, Les biens (2. ed., Paris 2010), p. 304 nr. 258; *Terré y Simler*, Les biens (8. ed., Paris 2010), p. 727 nr. 819; *Hansenne*, Les biens (Liège 1996), p. 1043 nr. 1031; *Watgen y Watgen*, La propriété immobilière (Windhof 2013), p. 382 nr. 385). De todos modos, el usufructo perpetuo o sucesorio del derecho polaco es transmisible. Se aplica a su transmisión el régimen de transmisión de la propiedad sobre inmuebles (cfr. art. 237 del CC polaco). De conformidad con el art. 157 del CC polaco, a su vez, la propiedad sobre un inmueble no se puede transmitir bajo una condición o a término. Un contrato que obliga a la transmisión de la propiedad sobre un inmueble, que se celebró bajo una condición o a término, solo puede transmitir la propiedad si, además, hay un acuerdo incondicional de las partes sobre la transferencia de la propiedad.

comparación con la propiedad, sino también en comparación con los derechos reales limitados, es el fundamento de demanda más eficiente –y nadie *los* considera a pesar de ello insignificantes.

Es útil desligarse de la idea de que los demás derechos subjetivos sobre cosas son siempre «divisiones» de la propiedad. Esta es una imagen muy divulgada, pero incorrecta. En ella se contempla la propiedad como un pastel del que se cortan los derechos reales como si fueran porciones. Se trata de una metáfora desafortunada, ya que no puede explicar cómo las piezas separadas se pueden devolver al propietario después de un cierto periodo de tiempo o después de cumplir con su función. La propiedad no se desmembra, sino que se grava. En el caso de que se quiera demostrar esto a través de una imagen, sería posible hacerlo a través de una pirámide. La propiedad sería la franja inferior. Sobre ella, los derechos se irían apilando como capas sucesivas, cada vez más pequeñas. Sobre la propiedad de una finca, por ejemplo, se coloca un derecho de superficie; sobre él, una hipoteca; sobre esta, una prenda o, dependiendo del ordenamiento jurídico, otra hipoteca. Cuando uno de estos gravámenes deja de existir, se iría a la capa inferior siguiente; si todas las cargas dejan de existir, aparece de nuevo la última capa en toda su plenitud, a saber, la propiedad, que hasta entonces solo desarrollaba su importancia en relación con las capas no cubiertas, y ahora permite la actualización de toda su parte inferior. Por una razón muy similar, hablar de gravámenes de una cosa [*Belastungen einer Sache*] es lingüísticamente incorrecto. El BGB alemán, por ejemplo, utiliza frecuentemente este término, pero no es exacto: una cosa solo puede ser gravada con pesos, pero no con derechos. Con derechos se pueden gravar otros derechos, tanto los derechos reales limitados, como el derecho de propiedad. La «integridad» del derecho de propiedad, de acuerdo con el § 358 del ABGB austriaco, «no se disolverá a través de las restricciones impuestas por ley o por voluntad del propietario».

4. DERECHOS SOBRE COSAS ESENCIALMENTE LIMITADOS EN EL TIEMPO

En un segundo grupo principal de derechos subjetivos sobre cosas se encuentran los derechos limitados con respecto al tiempo. No todos los derechos reales de uso de una cosa ajena están limitados en el tiempo con carácter esencial, pero todos los derechos sobre cosas limitados en el tiempo de forma esencial son derechos de uso de una cosa ajena. Se identifican por el hecho de que al titular de esos derechos se le permite utilizar la cosa-madre en su con-

junto, pero no se le permite dañarla o destruirla; solo se le permite consumirla en circunstancias específicas, puesto que la cosa-madre solo le ha sido cedida temporalmente. Por la misma razón, puede disponer de su derecho, dado el caso, a través de la transmisión o gravamen solo por el período de tiempo durante el cual se le concedió el derecho. Tal es el caso del simple usufructo [*Nießbrauch*], del derecho de uso [*Gebrauchsrecht, usage*], de habitación [*Wohnrecht, habitation, abitazione*], del derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles [*Teilzeitnutzungsrechte, timesharing*] y cuando es considerado como derechos sobre cosas, el derecho de arrendamiento [*Miete, Pacht*]. El usufructo es el derecho de aprovechamiento más amplio en los ordenamientos jurídicos continentales³². El derecho de uso [*Gebrauchsrecht*] es un «mini-usufructo», que se diferencia del primero en cuanto al contenido, pero que en general es un derecho de la misma especie. Los *leaseholds* [*Miete und Pacht*, es decir, arrendamiento] son su equivalente funcional en los ordenamientos jurídicos del Common Law, en los que no se conoce la figura del usufructo. La naturaleza jurídica del arrendamiento es objeto de discusión en los sistemas de derecho civil; allí donde se considera como derecho sobre cosas (que es la excepción), por lo general se añade al derecho de usufructo. También los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmue-

³² En los ordenamientos jurídicos escandinavos, el usufructo, concebido como el derecho de aprovechamiento más amplio, no tiene ninguna importancia práctica en la actualidad. Suecia se conforma con una serie de «pequeños» derechos de uso sobre fincas ajenas. El cap. 7 §§ 1, 3 de la Ley del Suelo de Suecia [Jordabalk, 1970] enumera como *nyttjanderätter* el arrendamiento con derecho a los frutos en la forma de arrendamiento de vivienda (*bostadsarrende*), el arrendamiento de instalaciones (*anläggningsarrende*) y el arrendamiento económico de tierras (*jordbruksarrende*), pero también enumera otros derechos, tales como el arrendamiento de uso [NT: En Derecho sueco se distingue entre un arrendamiento dirigido únicamente al uso de la cosa (*hyra, Miete*) y un arrendamiento con derecho a los frutos (*arrende, Pacht*)], el derecho de superficie y el derecho a cortar madera en una finca ajena para fines distintos de la construcción de una casa (*rätt att avverka skog på fastigheten*), y también el derecho de apropiarse de los frutos y productos naturales de una finca, así como el derecho de caza y pesca en la misma. Estos derechos pertenecen al círculo exclusivo de los derechos que, junto con las servidumbres prediales [*servitut*] y del derecho a la electricidad [*rätt hasta elektrisk kraft*], pueden ser publicados en el Registro de la Propiedad, en la sección reservada para la propiedad (*fastighetsregistrets inskrivningsdel*), cfr. cap. 7 §§ 1 y 10 Jordabalk y de ese modo lograr una mayor protección jurídico-real (*sakrättsligt Skydd / sachenrechtlicher Schutz*). En los registros de la propiedad, hasta hoy se encuentran los llamados *avkomsträtter*, los derechos de usufructo de carácter tradicional. Se trata, sin embargo, de derechos ancestrales. Desde la entrada en vigor del Jordabalk, no pueden practicarse nuevas inscripciones de estos derechos en el registro. La cuestión de si y en qué medida se puede atribuir a los «nuevos» *avkomsträtter* la oponibilidad frente a terceros y qué podría implicar un acuerdo sobre su contenido son preguntas que deben ser respondidas caso por caso; de todos modos, estos derechos indeterminados ya no están en la categoría de derechos inscribibles (*Rodhe, Handbok i sakrätt* (Lund 1985), pp. 558-559), incluso no habría ya necesidad de ellos, puesto que los derechos de uso inscribibles abarcan lo esencial. Estos derechos ancestrales se eliminarán automáticamente de los registros en 2018 si no se hace una solicitud de prórroga (*Lag om vissa av förmåelse inskrivningar i fastighetsregistret* (2013: 488)).

bles se clasifican en parte como derechos obligacionales y en parte como verdaderos derechos sobre cosas. El derecho de usufructo, así como el derecho de uso, pueden recaer sobre cosas de todo tipo, también sobre cosas que no pueden ser objeto de propiedad. Ambos derechos pueden tener por objeto tanto las cosas reales como fincas y también las cosas normativas puras. El *lease* en *common law* y en *equity*, por el contrario, son *estates* relacionados a fincas. El arrendamiento de cosas muebles otorga al *bailee* los mismos derechos que un propietario, pero en ambos casos se trata de derechos fuertemente basados en la posesión, con funciones de defensa y reparación de daños, a los que les falta un elemento equivalente de reivindicación³³. La tendencia de cosificación de los derechos de arrendamiento es una característica especial del arrendamiento de viviendas. Los derechos de habitación y de aprovechamiento por turno [*Wohn- und Teilzeitnutzungsrechte*] también son derechos que recaen sobre fincas. Parte de los principales problemas del Derecho de los derechos sobre cosas esencialmente limitados en el tiempo consiste en tener que distinguir claramente, por una parte, entre el régimen del derecho gravado y el régimen del derecho a gravar y, por otra parte, entre los contenidos de orden obligacional o real de las normas que regulan los poderes de las partes. Al determinar estas líneas fronterizas se advierte rápidamente el fenómeno de que los poderes derivados de los derechos de aprovechamiento presentan diferentes niveles de oponibilidad frente a terceros. Esto conduce inevitablemente a fricciones en los ordenamientos jurídicos que insisten en una estricta diferenciación entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas, al contrario de lo que sucede en Suecia, donde es común conformarse con el análisis de intereses en cada caso concreto, sin considerar esta *summa divisio*, tenida como un criterio demasíadamente rudimentario³⁴.

5. DERECHOS SOBRE COSAS ESENCIALMENTE LIMITADOS EN LA EXTENSIÓN

El tercer principal grupo de derechos reales [*dingliche Rechte*] se integra por derechos sobre cosas subjetivos esencialmente limitados en razón de su extensión. Sus límites de contenido no tienen

³³ Sheehan, *Principles of Personal Property Law* (Oxford 2011), p. 279. Palmer y McKendrick (-Swadling), *Interests in Goods* (2. ed., Londres 1998), pp. 491, 524 resalta aún que para efectos de responsabilidad delictual no es más decisivo saber si hay un *bailment*. Lo que importa es la *possession*.

³⁴ Cfr. en la doctrina alemana Amann, DNotZ 1989, p. 531 y Canaris, *Festschrift für Werner Flume* (Colonia 1978), p. 371, entre otros.

ninguna relación causal con su duración, ni siquiera cuando las partes (y excepcionalmente también la ley) hayan fijado su término. La mayoría de estos derechos se extinguen en todo caso cuando la cosa sobre la que recaen se destruya. En estos derechos, el derecho objetivo debe procurar una mayor distancia respecto de la propiedad que en el caso del usufructo, sus subespecies y el arrendamiento con naturaleza -real. Por ejemplo, si un derecho subjetivo con la extensión de un usufructo pudiera quedar «comprimido» en la figura de una servidumbre predial «perpetua», daría lugar a una propiedad dividida temporalmente, es decir, un resultado que no solo infringiría el principio de *numerus clausus* previsto por la ley, sino también, en algunos lugares, la correspondiente Constitución³⁵.

a) **Derechos de uso sobre fincas**

Al grupo de derechos sobre cosas limitados esencialmente en razón de su extensión pertenecen, obviamente, los derechos de uso de una finca ajena, incluyendo las servidumbres positivas (mientras que las servidumbres negativas son derechos limitados de soberanía sobre la propiedad inmobiliaria ajena). En Europa, los ordenamientos jurídicos en Derecho de Cosas se encuentran separados, en el ámbito de los derechos de uso sobre fincas ajenas, por las profundas diferencias existentes entre sus respectivos sistemas, que se corresponden con los diversos conceptos de «servidumbres» [*«Dienstbarkeiten»*]. Donde se permitan las servidumbres «personales», como por ejemplo en Alemania, cambia también a menudo el acceso sistemático de la ley sobre «sus» derechos de aprovechamiento. Por lo tanto, se abre de pronto la posibilidad de presentar también el derecho de usufructo y sus subespecies como «servidumbres». Los códigos que consideran que este es un camino ventajoso se encuentran en un momento posterior ante la dificultad de distinguir entre las servidumbres en sentido amplio (o sea el usufructo) y las servidumbres en sentido estricto (o limitado), y en esta última categoría, incluso entre las servidumbres prediales y las servidumbres personales. El sistema se vuelve confuso. Solo se convierte de nuevo en comprensible cuando se basa en la tesis de que ambos derechos, tanto el usufructo como las servidumbres «limitadas» son derechos intransmisibles. Pero esto en concreto no es suficiente, pues el usufructo se caracteriza precisamente no por su imposibilidad de transmisión, sino por su limitación temporal. Su

³⁵ Cfr., por ejemplo, la sentencia austriaca OGH 29. 5. 2001, SZ 74/95.

silueta se reviste de esta limitación, incluso cuando el usufructo de hecho no se puede transmitir.

b) **Derechos de extinción de derechos ajenos sobre fincas**

El Derecho Europeo de Cosas encuentra dificultades especiales en relación con las cargas reales [*Reallasten*], deudas territoriales y de la renta [*Grund- und Rentenschulden*], y con las hipotecas [*Hypotheken*]. Este problema tiene poco que ver con su diferente presentación y propagación regional (*Grundschulden* son una peculiaridad del derecho alemán; *Reallasten* no tienen mucha difusión y por ello todavía se definen de formas muy distintas)³⁶. La verdadera dificultad, por lo tanto, no es de naturaleza comparativa, sino jurídico-real. Consiste en agrupar correctamente los derechos de esta especie tomando en consideración su sistema y terminología. El punto de partida debería ser la circunstancia de que estos derechos, como todos los demás derechos reales limitados, son derechos que pueden gravar otros derechos sobre cosas. El derecho gravado es en general (con posibles excepciones) la propiedad sobre una finca ajena. El derecho que constituye el gravamen, sin embargo, no confiere el poder de uso o aprovechamiento sobre esta finca, pues el espacio de actuación del propietario de la finca no queda restringido por la constitución de un derecho de este tipo; como mucho, al propietario solo se le puede prohibir dañar la cosa en perjuicio del titular del derecho. Para entender que los gravámenes mencionados anteriormente corresponden a derechos sobre cosas (y no a derechos obligacionales o a derechos de otras especies), se debe recordar que la propiedad es un derecho limitado con respecto al espacio, pero no en el contenido y en el tiempo. Esto nos hace ver que los derechos reales limitados no pueden referirse únicamente a la dimensión de contenido del derecho, sino también al factor tiempo que les es inherente. Un derecho, particularmente la propiedad, no solo puede gravarse en relación con las posibilidades de actuación reservadas para el propietario, sino también en relación con la

³⁶ Las deudas territoriales y de las rentas [*Grund- und Rentenschulden*] y en particular las cargas reales [*Reallasten*], que son consideradas en los sistemas «románicos» como figuras «germánicas», no son conocidas en todos los ordenamientos jurídicos. Pero también el concepto de *Reallast* en sí se entiende de manera diferente. Antes, por ejemplo, de la Ley del Suelo sueca (Jordabalk) todas las garantías contractuales inmobiliarias estaban agrupadas bajo el concepto de prenda (*panträtt*), era habitual referirse a todas ellas como categoría general con el término carga real (*reallast*) [*Undén, Svensk sakrätt II* (5. ed., Lund 1969), p. 256]. En este sentido, también la hipoteca era una carga real, pero hoy en Suecia, una carga real en el sentido del § 1105 del BGB alemán [sobre *Reallast*] es considerada una prenda [*Pfandrecht*].

garantía de permanencia de su derecho. En otras palabras, el Derecho de Cosas también permite a un propietario limitar la expectativa de perpetuidad de su derecho a favor de otro titular del derecho, y lo mismo se aplica al titular de los demás derechos sobre cosas a condición de que estos derechos puedan ser gravados con hipotecas (etc.) de acuerdo con el respectivo derecho nacional que deba aplicarse. Por tanto, creemos que aquí se trata de derechos de extinción y, dado el caso, de suspensión de otros derechos.

Los criterios de clasificación más conocidos en el Derecho de Cosas tienen naturalmente un enfoque diferente. No cuestionan en qué consiste el gravamen de la propiedad (etc.) en *el momento de la constitución* del derecho real limitado. Lo que se pregunta es por qué alguien debería tener un interés legítimo en poner en peligro su propio derecho de tal manera que permita a otros interrumpirlo o incluso llevarlo a la extinción. En definitiva, se trata de una categoría que no resulta muy evidente. A menudo se justifica y explica por su finalidad de garantía. La categorización de un derecho como «derecho de garantía (*Sicherungsrecht*)» se construye, sin embargo, sobre un pensamiento puramente jurídico real poco consistente por ser difuso. Esta forma de sistematización no permite diferenciar no solo entre los derechos sobre fincas y sobre otras cosas, sino tampoco entre los derechos sobre cosas y los derechos de obligaciones. El principal problema con este enfoque consiste fundamentalmente en que no es posible determinar a través de la finalidad de un derecho subjetivo cuál es exactamente el gravamen del derecho gravado por aquel. La finalidad de un derecho no permite sacar conclusiones acerca de su contenido jurídico-real. Tampoco la expresión «derechos de realización de valor (*Verwertungsrechte*)»³⁷ es más afortunada, porque no hay ningún derecho sobre el valor de una cosa. El valor no es un objeto posible del Derecho de Cosas. El valor de una

³⁷ En Alemania, actualmente predomina «para la naturaleza jurídica de los derechos de prenda inmobiliaria [*Grundpfandrechte*] ... la teoría del derecho real de realización de valor [*die Theorie vom dinglichen Verwertungsrecht*]» (*Wilhelm*, Sachenrecht (4. ed., Berlín 2010), p. 591 nr. 1434; cfr. detalles sobre la discusión en Staudinger [-*Wolfsteiner*], BGB (Berlín 2009), notas preliminares a los §§ 1113 ss., nr. 36). Lo mismo sucede en Grecia (*Georgiades*, Emprágmato Díkaiο I (Atenas 1991), p. 50 nrs. 8 y 9). También los autores españoles consideran denominar los *derechos reales de garantía* [*die dinglichen Sicherungsrechte*] como *derechos de realización de valor* [*Verwertungsrechte*], cfr. por ejemplo *Albaladejo*, Derecho Civil III (10. ed., Madrid 2004), p. 694, que prefiere la expresión «derechos reales de garantía». Prenda, hipoteca y anticresis garantizan la satisfacción de un crédito a través del valor de la cosa. El art. 686 del CC portugués se refiere expresamente que «a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo» // «la hipoteca confiere al acreedor el derecho de ser pagado por el valor de ciertas cosas inmuebles o equiparadas pertenientes al deudor o a un tercero con preferencia sobre los demás acreedores que no gocen de privilegio especial o de prioridad del registro».

cosa no pertenece a nadie y, por lo tanto, no se le puede atribuir a nadie en el ámbito de un derecho absoluto. Ni siquiera la propiedad confiere a su titular el derecho de realización de valor, pues la realización de valor de una cosa, es decir, su «transformación» en dinero, requiere siempre de la otra parte (un comprador).

c) **Derechos de dominio limitados**

Otro grupo de derechos sobre cosas esencialmente limitados en su extensión se integra por los derechos de dominio limitados. Estos confieren a su titular poderes de exclusión (*Ausschließungsbefugnisse*), que son inherentes al derecho gravado, pero debido a su gravamen se convierten ahora en poderes de exclusividad (*Ausschließkeitsbefugnisse*) en el ámbito del derecho que constituye el gravamen. En este contexto, el titular del derecho gravado y del derecho que grava tomarían la posición el uno del otro en su relación entre sí y respecto de terceros.

Si la propiedad sobre la finca X está gravada a favor del propietario de la finca vecina Y, en el sentido del Derecho de Cosas de que en la finca X no se puede construir a menos de cinco metros del límite de la finca Y, entonces Y sufre un recorte del derecho que hasta entonces solo correspondía a X, en particular el derecho de impedir que otros realicen construcciones en su zona limítrofe. Hasta la constitución del gravamen, Y era «cualquier otro». Por lo tanto, cuando se trate de la construcción en la zona de cinco metros también X asume este papel, convirtiéndose X en relación a Y en cualquier tercero, en el sentido del Derecho de Cosas. El hecho de que X permanezca como propietario no cambia nada. Sin embargo, Y solo tiene el derecho de impedir construcciones, independientemente de quién las quiera realizar; Y no tiene el derecho de construir por sí mismo, y tampoco el derecho de permitir a alguien construir en suelo ajeno. Un consentimiento a una la violación de su derecho «negativo» no justificaría una intromisión simultánea en la propiedad ajena «positiva».

Las prohibiciones de disponer solo pueden constituir la parte no autónoma de otros derechos sobre cosas, pero no el contenido esencial de un derecho real. Rige la regla en contra para los derechos reales autónomos con prohibición de disponer. Los derechos sobre cosas no pueden existir sin una persona con poder de disposición; en este caso, no serían ya derechos sobre cosas y tendrían que extinguirse.

d) Derechos sobre cosas autónomos

Los derechos sobre cosas autónomos, que se dirigen a la adquisición de derechos sobre cosas de un tercero, se presentan principalmente como derechos de adquisición preferente [*Vorkaufrechte*]. Con los *option rights* y el *Anwartschaftsrecht* (derecho sujeto a condición suspensiva) que tiene el comprador que adquiere bajo reserva de dominio se encuentran principalmente en Inglaterra y Alemania algunas de las especificidades regionales. De los derechos con limitación de disponer [*verfügungsbeschränkende Rechte*] difieren los derechos de adquisición autónomos de naturaleza real [*selbständige dingliche Erwerbsrechte*], en que estos no tienen el objetivo de mantener el *status quo*, sino el objetivo de cambiarlo. De los derechos de disposición [*Verfügungsrechte*] se diferencian los derechos de adquisición [*Erwerbsrechte*] en que estos no le proporcionan a su titular la facultad de disponer de un derecho ajeno, ni siquiera a favor de sí mismo.

Lo que es particularmente difícil de entender es el referido *Anwartschaftsrecht* del comprador, que como se sabe fue desarrollado en el derecho alemán, pero que mientras tanto se ha convertido en una cuestión controvertida en otros lugares: el comprador que adquirió la cosa real bajo la condición suspensiva del pago total del precio y que aún no ha pagado. Con esta construcción, algunos ordenamientos jurídicos continentales se acercan a los *interests at equity*, pero no entran en colisión con el principio del *numerus clausus* de los derechos sobre cosas³⁸, aunque sí con el denominado principio de la abstracción, allá donde este exista. En su sustancia, el derecho de expectativa del comprador bajo reserva de dominio como instituto del Derecho de Cosas alemán va a desembocar donde otros ordenamientos jurídicos desembocan, teniendo estos últimos como punto de partida (ciertamente «por el contrario») la regla de que los derechos reales se transmiten por efecto

³⁸ Impresionante, para Austria, la opinión de Klang (-Bydlinski), ABGB IV(2) (2. ed., Viena 1950), pp. 565-566 («El principio del ‘numerus clausus’ de los derechos sobre cosas [*Sachenrechte*], que nuestra ley establece (§ 308) y su proliferación a través de la voluntad de las partes de con él recusar eficacia también para terceros, es un indicio muy claro contra el reconocimiento insuficiente de nuevos derechos reales [*dingliche Rechte*]. Por tanto, la tesis del derecho de expectativa [*Anwartschaftsrecht*] como derecho real sobre la cosa no debe ser admitida»). En Portugal, sin embargo, la situación jurídica es controvertida. *Peralta*, A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade (Coímbra 1990), pp. 167-168 defiende la tesis, al igual que *Oliveira Ascensão*, Direito Civil – Reais (5. ed., Coímbra 1993), p. 157, pero en claro contraste con *Menéres Campos*, A reserva da propriedade (Coímbra 2013), p. 276, de que la calificación de la expectativa jurídica [*Anwartschaftsrecht*] del comprador bajo reserva de dominio como un derecho real no es contraria al principio del *numerus clausus*. Es un derecho que no se crearía por la autonomía de las partes, pero que sería el resultado de las disposiciones legales existentes. Cfr. también *Mesquita*, Obrigações reais e ónus reais (Coímbra 1997), p. 235.

del contrato causal. Estos ordenamientos tienen que reconocer que la venta bajo reserva de dominio solo se puede llevar a cabo de manera constructiva basada en el principio de la separación (acordado autónomamente por las partes); el derecho alemán tiene que reconocer que no se puede concebir el *Anwartschaftsrecht* del comprador que adquiere bajo reserva de dominio, que tiene carácter estrictamente accesorio, sin crear excepciones a la doctrina de la abstracción del negocio real en relación con el obligacional. Todos se encuentran a medio camino.

e) **Derechos de disposición autónomos**

La lista de los derechos sobre cosas esencialmente limitados en su extensión termina con los derechos de disposición autónomos. Estos son los derechos sobre cosas que permiten a una persona autorizada [*Berechtigter*] disponer de un derecho ajeno, incluso contra la voluntad de su titular actual [*Rechtsinhaber*]. Puede ser tanto la transmisión del derecho ajeno, como su gravamen mediante otros derechos. Los *powers of appointment* constituyen, por regla general, derechos de disposición que sirven a intereses ajenos, mientras que los derechos prendarios [*Pfandrechte*] y *mortgages*, por regla general, son derechos de disposición que sirven a intereses propios. Un derecho de retención, por el contrario, es un fuerte candidato a ser un derecho real, si y solo si es oponible a todos, especialmente al adquirente del derecho gravado, que no tiene el deber obligacional de cumplimiento de la prestación, y también si puede ser transmitido (aunque accesorio). Pero esta no es la regla. Solo una minoría de los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea califica los derechos de retención como derechos sobre cosas, y esto en situaciones específicamente definidas.

El derecho de disposición más importante es el «derecho de prenda» [*Pfandrecht*], un término sobre el cual el Derecho Europeo de Cosas hace mucho tiempo que ha perdido el control. El concepto ahora está marcado por variaciones de significado tan considerables, que se hace urgente asegurarse nuevamente de lo que es. Esto también se aplica para la *façon de parler* de los «derechos de prenda inmobiliaria [*Grundpfandrechten*]», que se corresponde mejor con la *mortgage* del Common Law que con la hipoteca del Civil Law. Los «derechos de prenda [*Pfandrechte*]» demuestran, en nuestra opinión, tener un perfil autónomo en el Derecho de Cosas, solo cuando se interpretan como los derechos que permiten a su titular enajenar una cosa ajena para la satisfacción de su crédito a través del producto de la venta forzosa en caso

de incumplimiento de la prestación por parte del deudor. Es difícil analizar esta construcción en el ámbito del Derecho de Cosas, teniendo en cuenta que solo algunos, pero no todos los ordenamientos jurídicos de derecho privado, autorizan la *venta* de cosas ajenas³⁹. Donde cualquier persona puede vender cosas válidamente, sin considerar a quien pertenecen, ahí no hay ya necesidad de tener un derecho real de compraventa [*sachenrechtliches Verkaufsrecht*]. Solo es necesario un derecho de disposición [*Verfügungsrecht*]. Sin esta protección, las disposiciones podrían convertirse en una intervención ilegítima en el derecho en cuestión. Las disposiciones por sí solas no generan ningún derecho a una contraprestación, ni ningún derecho al pago en efectivo. Como ocurre con el *Anwartschaftsrecht* [derecho sujeto a condición suspensiva] que tiene el comprador que adquiere bajo reserva de dominio, tampoco en el derecho de prenda se permite armonizar sin romper con la separación de orden conceptual entre disposición [*Verfügung*] y obligación [*Verpflichtung*]. El derecho de disposición está inseparablemente unido a una modalidad legal del acto de disposición y solo puede ejercerse en el cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales.

El poseedor en el derecho de prenda no está autorizado para donar la cosa pignorada, solo puede venderla, y esto únicamente siguiendo la forma legalmente establecida. Lo que proporciona puntos de discusión de *orden político* en relación con la prenda es la cuestión relativa a cuáles son las exigencias de publicidad a que se encuentra vinculada la constitución del derecho por vía negociada. (En cuanto a los derechos de prenda constituidos por ley, no se puede responder a esta pregunta en términos genéricos, porque las situaciones son demasiado diferentes; además no es seguro que esto tenga que ver en general con una parte del Derecho de Prenda objetivo). Se hace necesario diferenciar entre los gravámenes de la propiedad sobre cosas reales y los gravámenes de la titularidad de los derechos, especialmente de los créditos. En el primer grupo se confrontan la prenda con desplazamiento posesorio [*Faustpfand*] y la prenda inscrita [*Registerpfand*]; en el segundo grupo concurren, por regla general, los derechos de prenda de base registral [*registergestützte Pfandrechte*] con los derechos de prenda que requieren, para su constitución, la comunicación al deudor. Una vez más

³⁹ Los contratos de compraventa de cosas ajenas son nulos en Portugal y Francia, pero en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos son válidos, como en Alemania, Grecia, España (TS 13. 5. 2013, RAJ 2013 nr. 3699 p. 2660), Austria (OGH 24. 4. 2003, SZ 2003/43; Koziol/Bydlinski/Bollenberger [-*Bollenberger*], ABGB (4. ed., Viena 2014), § 878 nr. 3); Inglaterra (sec. 21(1) Sale of Goods Act 1979) e Irlanda (sec. 21(1) Sale of Goods Act 1893). Que los contratos no se puedan cumplir es una cuestión diferente, debiendo el vendedor indemnizar al comprador.

las diferentes orientaciones terminológicas verdaderamente generan el riesgo de numerosas incomprensiones recíprocas, en particular, en la relación entre prenda [*Pfandrecht*] e hipoteca [*Hypothek*].

V. LA IMAGEN TODAVÍA NO ESTÁ COMPLETA

La imagen aquí dibujada del Derecho Europeo de Cosas no solo ha tenido que limitarse a los trazos más gruesos, sino que además todavía no está completa. Aún faltan por tratar análisis transversales sobre el Derecho de posesión, la transmisión negocial de los derechos sobre cosas subjetivos y los remedios jurídicos establecidos para su protección.

Pluralidad de acreedores y modernización del Derecho de obligaciones y contratos

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN¹

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este artículo analiza el complejo régimen jurídico de las diferentes formas de organización de la pluralidad de acreedores en los principales ordenamientos nacionales europeos. Por una parte, se ofrece una visión general crítica y se clasifican tales sistemas en varios modelos en atención a sus distintas características. Por otra parte, se aborda el estudio de esta materia en la reforma de 2016 del Código Civil francés, en varios instrumentos internacionales dirigidos a modernizar el Derecho de Obligaciones y Contratos (Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales, los Principios de Derecho Contractual Europeo y el Borrador de Marco Común de Referencia) y en dos propuestas españolas (la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos preparada por la Comisión General de Codificación y la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil). En particular, se profundiza acerca de las novedades aportadas por tales instrumentos con el fin de valorar si ofrecen una concepción que va más allá del marco conceptual tradicional.

PALABRAS CLAVE

Pluralidad de acreedores, créditos parciarios, créditos solidarios, créditos colectivos.

¹ Miembro de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC) y miembro del «Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España (Actualiza)». El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2014-52503-P, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, que lleva por título «Retos Actuales de la Autonomía Privada» y cuyos investigadores principales son José María Miquel González y María Esther Gómez Calle.

ABSTRACT

This paper analyses the complicated legal framework of the different ways of organizing the plurality of creditors in the main European national systems. On the one hand it gives a critical overview and classifies such systems in several models in view of their different features. On the other hand it deals with the study of the subject in the French Civil Code reform of 2016, in some international instruments directed to modernizing the Law of Obligations and Contracts (such as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law and the Draft of Common Frame of Reference) and finally in two Spanish proposals (the Proposal to Modernize the Law of Obligations and Contracts prepared by the Spanish Law Commission and the Civil Code Proposal by Spanish Association of Civil Law Professors). Particularly, this paper researches the innovations introduced by these instruments in order to assess whether they offer an approach that goes beyond the traditional conceptual framework.

KEYWORDS

Plurality of creditors, divided claims, solidary claims, joint claims.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La pluralidad de acreedores, ¿categoría residual de la pluralidad de deudores?*—III. *Superación de ciertas dificultades terminológicas relativas a las formas básicas de organización de la pluralidad de acreedores.* 1. Créditos solidarios. 2. Créditos parciales. 3. Créditos colectivos o en mano común.—IV. *La división del crédito como regla supletoria.*—V. *Créditos parciales:* 1. Concepto y presupuestos. 2. Principios rectores: 2.1 Principio de división del crédito. 2.2 Principio de independencia de los créditos resultantes de la división.—VI. *Créditos solidarios:* 1. Concepto, fuentes y relevancia práctica de la solidaridad activa. 2. Régimen jurídico: 2.1 Esfera externa: 2.1.1 Facultad de reclamar la prestación. 2.1.2 Poder de disposición sobre el crédito. 2.2 Esfera interna.—VII. *Créditos colectivos o en mano común:* 1. Concepto y presupuestos. 2. Régimen jurídico: 2.1 Regla general: Principio de actuación colectiva de los acreedores. 2.2 Facultad de exigir el cumplimiento de la prestación. 2.3 Poder de disposición del crédito.—VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

[1] La finalidad del presente trabajo es analizar si los textos que en la actualidad constituyen una referencia imprescindible para una modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos introducen novedades respecto a la muy dispar regulación tradicional del ordenamiento español y de otros ordenamientos nacionales europeos relativa a las formas básicas de organización de la pluralidad de acreedores. Además de los Principios UNIDROIT sobre los

Contratos Comerciales Internacionales (en adelante PICC)², los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante PECL)³ y el Marco Común de Referencia (en adelante DCFR)⁴, serán objeto de estudio la Ordenanza francesa n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 que reforma el Derecho de los Contratos, el Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones⁵ y otros dos textos propuestos en el ámbito nacional español para la reforma de esta materia: la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborada por la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (en adelante PMCC)⁶ y el Libro Quinto de la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante PCC)⁷. Como se podrá comprobar a lo largo del presente trabajo, con carácter general la PCC sigue, en la materia de la pluralidad de acreedores, la regulación incluida en la PMCC, en consonancia con la intención manifestada en la Presentación de los Libros Quinto y Sexto de la PCC de aprovechar materiales previos que pudieran ser de utilidad (entre ellos, se cita de modo explícito la PMCC).

Los principales instrumentos para la elaboración de un futuro Derecho Contractual Europeo coinciden en señalar que su normativa reguladora de la pluralidad de acreedores tiene por objeto central la hipótesis en que varios acreedores pueden exigir de un deudor el cumplimiento de la misma obligación derivada de un único contra-

² La tercera edición, que es del año 2010, incluye por primera vez la regulación relativa a la pluralidad de acreedores. Hay una cuarta edición de 2016, por la que cito en el presente trabajo, que no introduce ninguna modificación ni en el articulado ni en los comentarios de los artículos relativos a la pluralidad de acreedores. Puede consultarse dicha edición en www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf (fecha de consulta: junio de 2017).

³ LANDO, O./CLIVE, E. /PRÜM, A./ZIMMERMANN, R. (eds): *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003. La traducción al castellano ha estado a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz y se ha publicado por el Consejo General del Notariado en el año 2007.

⁴ VON BAR, C./CLIVE, E. (eds): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. I, Sellier, München, 2009. La traducción al castellano de la obra ha sido coordinada por Carmen Jerez Delgado y publicada en la colección de Derecho Privado por la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado en 2015.

⁵ La reforma francesa se ha hecho por medio de una Ordenanza en virtud de la habilitación concedida al Gobierno (delegación legislativa) por la ley núm. 2015-77 sobre Modernización y Simplificación del Derecho y de los Procedimientos en el Dominio de la Justicia y de la Administración. La parte que para este trabajo interesa es la Sección 3.^a (Obligaciones Plurales) del Capítulo I (que trata de las clases de obligaciones: condicionales, a plazo y plurales) del Título IV dedicado a las Obligaciones. La Ordenanza está publicada en *Journal Officiel de la République Française*, 11 février 2016 (Texte 26 sur 113).

⁶ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, enero, 2009, pp. 3-70 (www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518878) (fecha de consulta: junio 2017).

⁷ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil, Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

to: así, los comentarios al art. 10: 201 PECL⁸, al art. III.-4: 201 DCFR⁹ y al art. 11.2.1 PICC¹⁰. Ahora bien, los comentarios oficiales al art. 11.2.1 PICC¹¹ matizan que, de modo excepcional, cabe que la misma obligación derive de diversos contratos del deudor con los acreedores. Esto ocurre con frecuencia en el ámbito de las coaseguradoras, que se unen para cubrir el mismo riesgo del asegurado, pero que mantienen distintas relaciones contractuales con él. Se cita el siguiente ejemplo: ocho compañías de seguros están conformes con coasegurar los riesgos de responsabilidad civil de un grupo farmacéutico. En el acuerdo de coaseguro se señala que cada asegurador tiene una relación contractual con el asegurado, pero que las obligaciones del asegurado hacia dichas compañías aseguradoras son idénticas (el pago de la prima, las medidas de prevención...). A este último supuesto, pues, se aplicarían también las normas sobre pluralidad de acreedores de los PICC en cuanto los hechos jurídicos diferentes poseen vinculación entre sí.

[2] De un modo sintético, puede afirmarse que la finalidad básica que persigue la normativa sobre pluralidad de acreedores es la regulación de la relación entre los acreedores y su deudor común. Esto es, trata de analizar dos cuestiones principales: frente a qué acreedor o acreedores tiene el deudor que cumplir la prestación y si, y con qué extensión, un acreedor individual está legitimado para cobrar la deuda y disponer de ella¹². Cabe hablar de tres formas básicas de organización de la pluralidad de acreedores, esto es, de tres clases de créditos: solidarios, parciarios y colectivos o en mano común. Mientras que la solidaridad y la parciariedad implican esencialmente actuación individualizada de cada acreedor, bien referida a la totalidad de la prestación o bien a una sola parte; la característica de los créditos colectivos o en mano común es la necesidad de actuación conjunta de los acreedores¹³.

⁸ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles*, cit. p. 77.

⁹ VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. pp. 997 y 998.

¹⁰ Consúltese el comentario oficial al artículo 11.2.1 Picc, cit. p. 394. De forma similar identifica los elementos característicos de la obligación subjetivamente compleja GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario a los artículos 1137 a 1140 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, Vol. 2.º, Albaladejo, M. (dir), Edersa, Madrid, 1983, p. 193.

¹¹ Véase cit. p. 395.

¹² MEIER, S.: «Plurality of creditors», *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, v. II. Oxford University Press, 2012, p. 1285.

¹³ De forma gráfica PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: «Los sujetos de la obligación», *Curso de Derecho Civil. (II) Teoría General de la Obligación y el Contrato*, volumen I, Martínez de Aguirre, C./De Pablo Contreras, P./Pérez Álvarez, M. A./Parra Lucán, M. A., reimpresión de la 4.ª edición, Edisofer, 2016, p. 104, sintetiza las diferentes posibilidades: «Imaginemos, en fin, que fueran varios los acreedores a quien un único obligado adeuda una cierta cantidad de dinero: ¿deberán los acreedores reclamar de modo conjunto?, ¿podrá cualquiera de ellos exigir el total adeudado?, o ¿deberá exigir cada uno de los acreedores una parte de lo debido?».

II. LA PLURALIDAD DE ACREEDORES, ¿CATEGORÍA RESIDUAL DE LA PLURALIDAD DE DEUDORES?

[3] El Código Civil español contiene la regulación de esta materia en la sección cuarta del Capítulo III («*De las diversas especies de obligaciones*») del Título I («*De las obligaciones*») del Libro IV. Tal sección cuarta lleva por rúbrica «*De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias*» (artículos 1137 a 1148). De todos los preceptos solo dos, los artículos 1138 y 1139, se ocupan de las obligaciones mancomunadas, aunque, como luego se verá, el primero se refiere a las obligaciones mancomunadas divisibles y el segundo a las mancomunadas indivisibles. El art. 1139 del Código ha de complementarse con el art. 1150. Pero este último se halla ubicado en otra sección distinta (en la sección quinta, dedicada a las obligaciones divisibles e indivisibles). El resto de los preceptos de la sección cuarta regulan las obligaciones solidarias. Podría afirmarse que dicha normativa trata las formas básicas de organización de la pluralidad de acreedores desde una primera perspectiva, que cabría calificarse como tradicional, que también se encuentra presente en varios ordenamientos jurídicos europeos: no hay un tratamiento separado de la pluralidad de acreedores y de la pluralidad de deudores, de modo que aparecen entremezclados los preceptos sobre unos y otros; el número de preceptos dedicados a la pluralidad de deudores es mucho mayor que el de la pluralidad de acreedores y, por último, en las normas sobre pluralidad de acreedores se reenvía, en buena medida, a las normas sobre pluralidad de deudores (aunque este último rasgo no se halla en el Código Civil español).

Prototipo de este tipo de regulación conjunta son también el BGB (§420-432, que se hallan en una sección que lleva por rúbrica «*Pluralidad de deudores y de acreedores*») y el Código Civil italiano (artículos 1292 a 1313, que se ocupan de las «obligaciones solidarias» en general, y artículos 1314 a 1320, dedicados a las «obligaciones divisibles e indivisibles»). Esta tesis tradicional configura, pues, la pluralidad de acreedores como una categoría residual respecto de la pluralidad de deudores; esto es, trata la temática de la pluralidad de acreedores como una imagen en el espejo de la pluralidad de deudores («*mirror image*»).

[4] Una segunda tesis, más innovadora, es aquella que mantiene que las dos hipótesis de pluralidad de sujetos presentan muy pocas similitudes y que, por lo tanto, deberían ser reguladas de forma separada y prestarles idéntica atención. Parece que el BW se aproxima a esta segunda posición; así, trata esta materia en el Título 1

del Libro 6, en concreto, la sección 2.^a se ocupa de la pluralidad de deudores (artículos 6.6. a 6.14) y la sección 3.^a se ocupa de la pluralidad de acreedores (artículos 6.15 a 6.16). Por su parte, antes de la reforma de 2016, el Código Civil francés tiene también una regulación separada para los acreedores y deudores pero tan solo respecto a las obligaciones solidarias (así, los artículos 1197 a 1199 se ocupan de la solidaridad de acreedores, mientras que los arts. 1200 a 1216 de la solidaridad de deudores).

Tras la reforma, llevada a cabo por la ya aludida *Ordonnance* n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations, no hay diferencia en este punto concreto. Sigue existiendo ese mismo tratamiento separado para acreedores y deudores solo en lo concerniente a la materia de la solidaridad (la solidaridad activa se regula en los artículos 1311 y 1312 y la solidaridad pasiva en los artículos 1313 a 1319)¹⁴.

No obstante, tanto en el BW como en el Código Civil francés, como puede comprobarse, la extensión dedicada a cada una de estas hipótesis es muy distinta; así, el número de preceptos relativos a la pluralidad de acreedores es mucho menor que el relativo a la pluralidad de deudores.

[5] A mi juicio tanto los PECL, el DCFR como los PICC están a caballo entre un tratamiento tradicional y uno más innovador de la materia. Por una parte, es cierto que ya hay cierto avance en estos textos respecto a los códigos civiles que participan de tal carácter tradicional: tanto la pluralidad de deudores como la pluralidad de acreedores se recogen en diferentes secciones, y en los comentarios a dichos textos se sostiene de forma explícita que la regulación de la pluralidad de acreedores no es la fiel imagen en el espejo de la regulación de la pluralidad de deudores.

Así, en los comentarios al art. III.-4:202 DCFR¹⁵ se menciona, como razón de tal tratamiento específico de la pluralidad de acreedores, la importancia de tal hipótesis, que exige establecer un sistema de normas claro. Por su parte, los comentarios al artículo 10:201 PECL¹⁶ señalan que, aunque los créditos solidarios, parciarios y colectivos son, *grosso modo*, el lado opuesto a las obligaciones solidarias, parciarias y colectivas, no obstante los

¹⁴ BREMOND, V.: «L'obligation solidaire: emplacement et statut commun», *Blog Réforme du Droit des Obligations*, Dalloz, 2015 (www.reforme-obligations.dalloz.fr/2015/06/03/lobligation-solidaire-emplacement-et-statut-commun) (fecha de consulta: junio 2017), afirma que lamenta el carácter demasiado restringido del estatuto común para la solidaridad activa y pasiva (solo un artículo, el 1310, recoge tal régimen común: «*La solidarité est légale ou conventionnelle; elle ne se présume pas*»).

¹⁵ VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 998.

¹⁶ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles*, cit. p. 77.

artículos referidos a la pluralidad de acreedores no son solo una imagen invertida de los preceptos sobre pluralidad de deudores [en idéntico sentido se pronuncia el comentario al artículo III.-4: 202 DCFR¹⁷].

Pero a la vez es cierto que estos textos participan también de rasgos característicos de la tesis tradicional en la medida en que la regulación que hacen de la pluralidad de deudores es mucho más extensa que la relativa a la pluralidad de acreedores, y que en materia de créditos solidarios se utiliza la técnica de reenviar a la normativa referente a la solidaridad pasiva [arts. 11.2.3 (2) PICC, 10: 205 (2) PECL y III-4: 207 (2) DCFR]¹⁸.

[6] En relación con las propuestas existentes en el ámbito español, puede afirmarse que la PMCC recibe en esta materia influencias concretas de los PECL y de los PICC¹⁹. Es cierto que la sección 1.^a, incluida en el capítulo III (De las obligaciones mancomunadas y solidarias) del Título I (De las obligaciones) del Libro IV, sigue exclusivamente dedicando dos preceptos a las obligaciones mancomunadas (artículos 1123 y 1124) que, aunque no lo indican de forma expresa, parece que regulan, respectivamente, la obligación mancomunada indivisible y la mancomunada divisible (entremezclando, otra vez en ambos, la pluralidad de acreedores y de deudores). Pero mucho más novedosas son ya las secciones segunda y tercera del citado capítulo III, que se ocupan

¹⁷ VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 998.

¹⁸ En concreto, la distinción entre las dos tesis señaladas en el presente trabajo sobre el tratamiento tradicional y más innovador de la pluralidad de acreedores aparece recogida en el *paper* sobre pluralidad de deudores y acreedores redactado por *Marcel Fontaine*, que es objeto de discusión por el grupo de trabajo que prepara en su día la tercera edición de los PICC del año 2010. Véase en «Position paper on plurality of obligors and/or obligees», *Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts (Third edition)*, Second session, Rome, 4-8 June 2007, en especial el epígrafe II. A. (<http://www.unidroit.org/english/documents/2007/study50/s-50-102-e.pdf>) (fecha de consulta: junio 2017).

¹⁹ Los autores de la PMCC encuentran, con carácter general, en los citados textos soluciones más racionales que las que de antiguo existen en el derecho español, tal y como señala Díez-PICAZO, L.: «La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril, 2011, pp. 2-3. En relación con el Borrador de Marco Común de Referencia parece evidente que su segunda edición, publicada en 2009, no ha podido influir, por un simple motivo cronológico, en la redacción de la Propuesta. Tampoco parece que se haya tenido en cuenta la 1.^a edición de este texto de 2008, aunque en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la PMCC se menciona el futuro Derecho Europeo de Contratos. En este sentido se pronuncia, acerca de la influencia del DCFR sobre los redactores de la Propuesta, FENOY PICÓN, N.: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera. Aspectos Generales. El incumplimiento», *ADC*, T. LXIII, fascículo I, enero-marzo, 2010 p. 54. El DCFR, que es preparado por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, sale a la luz pública en forma de libro publicado por Sellier en 2008. Hay una segunda edición de 2009, por la que cito en este trabajo (véase nota de pie de página 4).

de las obligaciones solidarias; regulando la segunda la solidaridad pasiva (arts. 1125 a 1135) y la tercera la solidaridad activa (arts. 1137 a 1145). Por consiguiente, regulación separada de la pluralidad de acreedores y deudores solidarios, como en los PICC y en los PECL, pero con la diferencia de que en la PMCC la extensión dedicada a una y otra hipótesis es, además, prácticamente idéntica y de que en materia de créditos solidarios no se utiliza la técnica de reenviar a la normativa referente a la pluralidad de deudores. Por tanto, en relación con estos dos puntos la regulación de la PMCC es más avanzada todavía que la de los aludidos textos.

También participa de este tratamiento más innovador de la pluralidad de acreedores, siguiendo la PMCC, la PCC elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. El capítulo III del Título I («*De las Obligaciones en general*») del Libro Quinto de las Obligaciones y Contratos regula las «*Obligaciones con pluralidad de sujetos*», distinguiendo ya con claridad las obligaciones que la propuesta califica como mancomunadas, colectivas y solidarias. Aunque tanto en las obligaciones mancomunadas como en las colectivas aparecen entremezcladas las normas dedicadas a acreedores y a deudores, sin embargo hay un tratamiento diferenciado de la solidaridad de deudores (a los que se dedican los artículos 513-6 a 513-14) y de la solidaridad de acreedores (en los artículos 513-15 a 513-19). En este texto tampoco se reenvía, en las normas sobre solidaridad activa, a la regulación de la solidaridad pasiva.

III. SUPERACIÓN DE CIERTAS DIFICULTADES TERMINOLÓGICAS RELATIVAS A LAS FORMAS BÁSICAS DE ORGANIZACIÓN DE LA PLURALIDAD DE ACREEDORES

[7] Cuando se aborda el estudio de esta materia una de las cuestiones de mayor relevancia es la necesidad de un uso riguroso de los términos dirigido a identificar y calificar las diferentes hipótesis de pluralidad de acreedores de manera clara e inequívoca. Como a continuación se va a examinar, la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, a la hora de regular estas hipótesis, o bien carecen de tal rigor terminológico generando confusión en cuanto a la naturaleza y efectos de las clases de créditos, o bien simplemente se limitan a incluir una reglamentación de los diversos tipos

de créditos, más o menos parca, sin asignar a tales hipótesis una correcta denominación técnica²⁰.

1. CRÉDITOS SOLIDARIOS

[8] Los principales códigos civiles europeos sí suelen utilizar de forma expresa en su normativa el concepto de «créditos solidarios». En concreto, el Código Civil español acoge el término de «obligaciones solidarias» en la rúbrica de la Sección 4.^a del Capítulo III del Título I del Libro IV, que encabeza la regulación de las obligaciones con pluralidad de sujetos, y el articulado emplea explícitamente la expresión «acreedores solidarios» (así, por ejemplo, artículos 1140, 1141, 1142 y 1143). El reconocimiento del término «crédito solidario» se encuentra igualmente en el propio texto legal en Francia (antes de la reforma de 2016 en los artículos 1197 a 1199 *Code Civil* y, tras ella, en los artículos 1311 y 1312). También se halla en Italia (artículos 1292, 1293, 1295, 1296, 1297, 1298, 1300, 1301, 1302, 1304, 1305, 1306, 1308, 1309 y 1310 Código Civil), y en Alemania (§ 428 BGB, que emplea la expresión «*Gesamtgläubiger*»).

Una excepción singular en esta línea es el BW, en cuanto su artículo 6:15 solo se refiere a los «créditos divididos» y a los «créditos colectivos». No se reconocen los créditos solidarios como una categoría específica. Antes de la introducción del vigente artículo 6:15 BW, en el ordenamiento holandés sí que se recogían los créditos solidarios como una categoría separada y distinta. Pero en la actualidad los créditos solidarios estipulados por las partes son reconfigurados como créditos en mano común o colectivos. Como puede deducirse del citado precepto, en él se citan las excepciones a la regla principal de la división del crédito, pero entre ellas no están los créditos solidarios²¹. Por tanto, si las partes declaran su

²⁰ Prueba de la importancia de la cuestión terminológica relativa a las diferentes formas de organización de la pluralidad de acreedores es el ya citado *paper* sobre pluralidad de deudores y acreedores redactado por *Marcel Fontaine*, que es objeto de discusión por el grupo de trabajo que prepara la tercera edición de los PICC del año 2010. En dicho *paper* se sostiene que, primero, han de identificarse las diferentes situaciones que caen dentro de cada uno de los tipos de créditos y luego, en segundo lugar, debe considerarse cómo va a denominarse a las diferentes formas de organización de la pluralidad de acreedores. Véase en «Position paper on plurality of obligors and/or obligees», cit. pp. 5-7 y especialmente pp. 19-20.

²¹ «Where an obligation is owed to two or more obligees, each has the right to claim an equal share, unless by law, usage or a juridical act, they are entitled to unequal shares of such obligation or they jointly have a single right to claim». Se cita por la traducción al inglés del BW de WARENDORF, H./THOMAS, R./CURRY-SUMMER, I.: *The Civil Code of the Netherlands*, Wolters Kluwer, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2009, p. 642.

intención de que dos o más personas están legitimadas para reclamar el cumplimiento íntegro de la prestación y que ello libera al deudor, se entiende, en virtud del artículo 6:15 (1) que han estipulado un crédito colectivo, incluso si las partes han mencionado el concepto de «crédito solidario» u otra expresión similar ²².

Es cierto que dentro de los propios ordenamientos europeos la expresión empleada para referirse a esta forma básica de organización de la pluralidad de acreedores es diversa; así, los ordenamientos del *Civil Law* utilizan el término «solidarios», sobre todo los correspondientes a países de lengua latina²³ (también en esta línea los PECL y el DCFR²⁴); y los ordenamientos del *Common Law* usan la expresión «*joint and several*», que es la más frecuente en los contratos internacionales redactados en inglés (esta terminología también se halla en los PICC²⁵).

Por su parte, la PMCC reconoce la figura de los créditos solidarios en la sección 3.^a del Capítulo III («*De la solidaridad de acreedores*») del Título I («*Obligaciones*») del Libro IV, y emplea en su articulado la expresión «acreedores solidarios» (arts. 1137 a 1145). Igualmente la sección 4.^a del Capítulo III del Título I del Libro Quinto de la PCC lleva por rúbrica «*De la solidaridad de acreedores*» y los artículos 513-15 a 513-19 incluyen el concepto de «acreedores solidarios».

2. CRÉDITOS PARCIARIOS

[9] En segundo lugar, los códigos europeos, con carácter general, no suelen incluir en el tenor literal de sus preceptos el término «crédito parciario» (o «crédito dividido» o «crédito separado»). El problema más grave es que en algunos sistemas jurídicos nacionales, para referirse a esta forma concreta de organización de la pluralidad de acreedores, o bien los textos legales o bien la propia doctrina, usan conceptos distintos al de «crédito parciario», que generan confusión, en cuanto tales conceptos no son acordes con la

²² Consúltese BUSCH, D.: «Plurality of creditors», *The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law*, vol. II, Busch, D./ Hondius, E./ Van Kooten, H./ Schelhaas, H. (eds), Kluwer Law International, 2006, pp. 58-60.

²³ Como explica MEIER, S.: «Plurality of Creditors», cit. p. 1286, el régimen de la solidaridad parte de la confianza entre los acreedores y busca simplificar la reclamación de la prestación, dando poderes muy amplios para ello a dichos acreedores. Precisamente con esta finalidad el Derecho Romano crea la figura de los créditos solidarios, que es luego adoptada por el *ius commune* y se abre camino en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos.

²⁴ Arts. 10: 201 (1), 10: 204 y 10: 205 PECL y arts. III.-4:202 (1), III.-4: 206 y III.-4: 207 DCFR.

²⁵ Arts. 11.2.1 b), 11.2.2, 11.2.3 y 11.2.4.

naturaleza y régimen jurídico de este tipo de créditos. Ejemplos claro de ello son el ordenamiento español y el francés.

En el ordenamiento español el artículo 1138 del Código Civil no utiliza una denominación concreta para referirse a la obligación que en él se regula; se limita a señalar que en principio la obligación se presume dividida en tantas partes iguales como acreedores haya, considerándose créditos distintos unos de otros²⁶. No obstante, tal precepto parece referirse a la obligación mancomunada, eso sí, divisible, ya que el artículo 1150 del Código alude de forma expresa a la obligación indivisible mancomunada, y el artículo 1139 (que ha de complementarse con el citado artículo 1150) establece un régimen diferente al del artículo 1138 para el caso de que la obligación sea de imposible división²⁷. Que la obligación de los artículos 1138 y 1139 del Código es una obligación mancomunada se deduce también de la rúbrica de la sección 4.^a (del Capítulo III del Título I del Libro IV) donde se encuentran los citados artículos, rúbrica que solo alude a dos clases de obligaciones (las solidarias y las mancomunadas). Como los artículos 1137 y 1140 a 1148 del Código se refieren a la solidaria, los artículos 1138 y 1139 tienen que referirse a la mancomunada (aunque, como ya he puntualizado, a dos subespecies distintas de la obligación mancomunada).

Pero en lo que aquí ahora interesa la doctrina española ha subrayado que la denominación de «mancomunadas» no da idea de la verdadera naturaleza y régimen de estas concretas obligaciones reguladas en el artículo 1138 del Código Civil, ya que tienen lo menos posible en común, fuera de su origen; son obligaciones que tienden a la plena independencia recíproca, a partir de un solo crédito. Por ello se propone denominarlas de otra forma, como *parciarias*, *pro parte* o *pro rata*²⁸. Se ha señalado también que el término «mancomunidad» en su sentido ordinario debe utilizarse de forma exclusiva para aquel caso en que el crédito o la deuda están atribuidos en común a todos los acreedores o a todos los deudores, es decir, para la forma de organización de la pluralidad de acreedores

²⁶ «Si del texto de las obligaciones al que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

²⁷ «Si la división fuere imposible, solo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de estos [...]».

²⁸ En este sentido véase LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al*: *Elementos de Derecho Civil*, T. II Vol. 1.º, 5.ª edición revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011, p. 27 y DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, 6.ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 209. PÉREZ ALVAREZ, M. A.: «Los sujetos de la obligación», cit. p. 106, considera que la denominación más adecuada es la de obligaciones «*pro parte*» en vez de «*parciarias*», aunque señala que entre los autores españoles se ha ido generalizando la expresión «*parciaria*» por influencia de la doctrina italiana.

prevista en el artículo 1139 del Código Civil y no para la regulada en el artículo 1138 del citado texto legal²⁹.

En el Código civil francés, antes de su reforma en 2016, este tipo de créditos va ligado a las obligaciones divisibles [así, los artículos 1220 y 1221 regulan los efectos de las obligaciones divisibles, que se encuentran ubicados en la Sección V (De las Obligaciones divisibles e indivisibles) del Capítulo IV (como una de las modalidades de la obligación) del Título III del Libro III]. En concreto, del artículo 1220 la doctrina deriva el principio tradicional de la división de los créditos y de las deudas como norma general, aunque realmente el precepto solo se refiere a un caso particular, el de la división de los créditos y de las deudas entre los herederos cuando fallecen el acreedor o el deudor³⁰. Por consiguiente, en Francia no es el propio Código Civil sino parte de la parte de la doctrina quien acuña el término de obligaciones «*conjointe*» para aludir a este tipo de créditos; en ellos se divide el crédito entre los varios acreedores, de modo que cada acreedor no tiene más derecho que reclamar que su parte correspondiente en el crédito³¹. Ahora bien, voces doctrinales aluden, con toda la razón, a la ambigüedad del término «*obligation conjointe*» para referirse a las obligaciones parciarias, en cuanto no expresa en absoluto, sino más bien todo lo contrario, la idea de división. Tomando la idea inicial de *Josserand*, autores posteriores proponen la expresión de «*obligation disjointe*» (así, *Carbonnier, Mazeaud et Chabas, Starck, Roland et Boyer*)³².

Tras la reforma francesa de 2016 la obligación con pluralidad de sujetos aparece ubicada dentro de la denominada obligación plural (regulada en la Sección 3.ª del Capítulo I del Título IV), que

²⁹ CAFFARENA LAPORTA, J.: «Comentario al artículo 1138 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, T. II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 121.

³⁰ El artículo 1220 del Código tiene el siguiente tenor literal: «*L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur*».

Este principio de división de los créditos entre los herederos del acreedor difunto tiene sus raíces en el Derecho Romano. Así, los créditos del causante a una prestación divisible se dividen entre los coherederos ya en la época de las XII Tablas, según la regla *nomina ipso iure divisa*, en tantos créditos parciales cuantos son los herederos, en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias. Si el crédito es indivisible corresponde a los herederos pero como acreedores solidarios (*in solidum*). Véase KASER, M.: *Derecho Romano Privado*, Versión directa de la 5.ª edición alemana por Santa Cruz Teijeiro, 1.ª edición, Reus, 1968, pp. 332-333.

³¹ Consúltase al respecto TERRÉ F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil. Les Obligations*, 10.ª ed., Dalloz, Paris, 2009, p. 1227 núm. 1242.

³² Véase esta información en TERRÉ F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit Civil*, cit. p. 1227, núm. 1242. También propone la denominación de «*obligation disjointe*», CABRI-LLAC, R.: *Droit des Obligations*, 12.ª edición, Dalloz, 2016, p. 326.

es considerada, a su vez, por el legislador como una de las modalidades de la obligación (junto a la obligación condicional y la obligación a término). Dentro de la obligación con pluralidad de sujetos el nuevo articulado solo se refiere expresamente a la obligación solidaria (parágrafo 1: arts. 1310 a 1319) y a la obligación con prestación indivisible (parágrafo 2.º: artículo 1320, precepto que sustituye a los anteriores preceptos del *Code Civil* que regulaban tanto las obligaciones divisibles como las indivisibles). Desaparece, pues, la alusión a una rúbrica que lleve por denominación específica «obligaciones divisibles» (por supuesto, tampoco se incluye el *nomen* «*obligation conjointe*» u «*obligation disjointe*»). El artículo 1309, que abre todo el articulado relativo a las obligaciones con pluralidad de sujetos, se limita a proclamar el principio general de división de los créditos y de las deudas, ya no solo entre los herederos de cada una de las partes sino también (y esta es la novedad) entre los sujetos iniciales³³.

En el informe del Presidente de la República francesa sobre la *Ordonnance* n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016³⁴, que explica la reforma, se afirma que, en un intento de simplificación de la terminología utilizada, se ha optado por no introducir en el código la expresión doctrinal «*obligation conjointe*» para designar este tipo de obligación con pluralidad de sujetos, debido a que en la práctica ha sido fuente de confusión³⁵.

³³ El párrafo 1.º del art. 1309 del Código señala que «*L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales.*»

Explican DISSAUX, N./JAMIN, C.: *Projet de Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations*, Dalloz, 2015, p. 171 que finalmente la reforma decide seguir la tradición y conservar el principio general procedente del Derecho Romano de división de los créditos y de las deudas, aunque dicho principio fue discutido durante algún tiempo por parte de la doctrina francesa. Añaden CHANTEPIE, G./LATINA, M.: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, Dalloz, 2016, p. 707, que tal principio, aunque ya presente en la antigua redacción del Código Civil, se afirma con más vigor en la actualidad, en la medida en que se recoge en un precepto que tiene como objetivo la determinación de las bases de la reglamentación de las obligaciones de sujeto plural.

³⁴ Consúltese en Ministère de la Justice, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations, *Journal Officiel de la République Française*, 11 février 2016, Texte 25 sur 113.

³⁵ La actual reforma del Derecho Francés se basa, al regular esta materia, en lo dispuesto en el anterior Proyecto *Terré*, y este, tal y como explica DESHAYES, O. [«De la pluralité de sujets», *Par une Réforme du Régime Général des Obligations*, Terré, F. (dir), Dalloz, 2013, pp. 82-83], sí que preveía el término «*conjointe*». Sin embargo, finalmente, se optó por no incluir dicho término, tal y como señala el informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza. Por su parte BREMOND, V.: «*L'obligation solidaire*» (disponible en www.reforme-obligations.dalloz.fr/2015/06/03/lobligation-solidaire-emplacement-et-statut-commun), señala que sorprende que el nuevo artículo 1309 del Código Civil no haya calificado jurídicamente, con una denominación específica, las obligaciones en él reguladas, cuando usualmente vienen calificándose como «*conjointe*». En

En Italia, siguiendo el modelo del Código Civil francés anterior a la reforma de 2016, también existe idéntica ligazón entre las obligaciones divisibles y esta forma de organización de la pluralidad de acreedores. Dentro de la sección IV (sobre obligaciones divisibles e indivisibles) del Capítulo VII (dedicado a las clases de obligaciones) del Título I del Libro Cuarto, el artículo 1314 del Código Civil regula las obligaciones divisibles caracterizadas por la presencia de varios acreedores. Según el citado precepto si tal obligación de prestación divisible no es solidaria, la prestación debida se fracciona en partes³⁶. Aunque la rúbrica de dicho precepto se limita a utilizar el término «obligación divisible», no obstante de forma tradicional la doctrina italiana habla de obligaciones parciarias («*obbligazioni parziarie*»), en consideración al contenido de la disposición y en contraposición a la solidaridad³⁷.

El BGB, por su parte, tampoco emplea el término de «créditos parciarios» o «divididos» en el propio articulado; es igualmente la doctrina alemana la que sí acuña el concepto de «*Teilgläubigerschaft*»³⁸. El § 420 BGB, ubicado en la Sección 7.^a (dedicada a la Pluralidad de deudores y acreedores) del Título 4 del Libro Segundo, se refiere a la pluralidad de acreedores (también de deudores) en la prestación divisible, de modo que si varios acreedores deben reclamar una prestación divisible, en la duda cada acreedor solo está legitimado para reclamar una participación igual³⁹. Por consiguiente, con carácter general se presume que el crédito ha de partirse.

[10] El mayor mérito de los textos básicos para la modernización del futuro Derecho Europeo de Obligaciones ha sido precisamente la adopción de una terminología nueva, que no deriva de ningún ordenamiento jurídico nacional concreto y que trata de expresar, del modo más exacto posible, la naturaleza de los distin-

realidad en este precepto se emplean los términos «*créanse commune*» y «*dette commune*», pero en su opinión esta terminología no es más clara que la de «*conjointe*». Así, el actual precepto señala en su párrafo segundo que «*Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créanse commune; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune*».

³⁶ «*Se più sono i debitori o i creditori di una prestazione divisibile e l'obbligazione non è solidale ciascuno dei creditore non può domandare il soddisfacimento del credito che per la sua parte [...]».*

³⁷ En este sentido SINESIO, D.: «Le specie delle obbligazioni», *Diritto Civile. Obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, vol. III, Lipari, N./Rescigno, P. (dirs), Zoppini, A. (coord.), Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 412.

³⁸ Véase MEDICUS, D./LORENZ, S.: *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2015, p. 397.

³⁹ «*Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt*». Consúltense los diferentes párrafos del BGB citados en el presente trabajo en <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (fecha de consulta: junio 2017).

tos tipos de créditos⁴⁰. La manifestación más clara de ello se encuentra precisamente en la regulación de los llamados créditos parciarios o créditos divididos; en cuanto el concepto que se adopta en estos textos es perfectamente acorde ya con el efecto propio de tales créditos; esto es, cada acreedor solo tiene derecho a pedir al deudor la parte que le corresponde. Así, tales tipos de créditos se denominan o «*separated claims*» (PECL, PICC⁴¹) o «*divided claims*» (DCFR⁴²). Es cierto que la terminología empleada en estos textos, tal y como acaba de comprobarse, no es tampoco absolutamente uniforme, sino que hay una ligera variación de uno a otro, pero parece indudable que todos los términos participan y reflejan la misma idea.

[11] Dentro de las propuestas existentes en el ámbito nacional español, el artículo 1124 PMCC se refiere a este tipo de obligaciones parciarias como mancomunadas (continúa fiel, pues, al espíritu del artículo 1138 del Código Civil)⁴³. La consecuencia más grave es que en el anterior artículo 1123 PMCC se regulan, con el mismo nombre de mancomunadas, las que realmente sí que son obligaciones mancomunadas en sentido estricto o conjuntas⁴⁴. No se han seguido, pues, en este punto concreto, las acertadas opiniones anteriormente mencionadas de la doctrina española acerca de la conveniencia del uso del término «crédito parciario» o «*pro parte*» para referirse a las obligaciones mancomunadas divisibles⁴⁵.

Por su parte, la PCC da un paso más allá de la PMCC en el sentido de que ya diferencia claramente, no solo en cuanto al régimen jurídico sino también en cuanto a la denominación, entre «obligaciones mancomunadas» (art. 513-1.2: «*Las obligaciones son mancomunadas cuando la deuda o el crédito se dividen en tantas partes como deudores o acreedores haya [...]*») y «obligaciones colectivas» (art. 513-1.3: «*Las obligaciones son colectivas [...] cuando el deudor debe cumplir en favor de todos los acreedores*»). Ahora bien, a mi juicio se sigue empleando erróneamente el térmi-

⁴⁰ Con carácter general, y para toda la regulación que se hace en los PECL sobre la materia de la pluralidad de acreedores, señala CLIVE, E.: «PECL III-An Overview and Assessment», *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Vaquer, A. (ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 17, que, aunque los conceptos y la temática en sí es conocida y forma parte de una extensa tradición jurídica, quizá la principal novedad es la terminología usada. Se consideró preciso idear una nueva terminología porque la existente en los sistemas jurídicos nacionales era muy distinta y algunas veces confusa.

⁴¹ Arts. 10: 201 (2) PECL y 11.2.1(a) PICC.

⁴² Arts. III-4: 202 (2) y III.-4: 204 DCFR.

⁴³ Art. 1124: «*En la obligación mancomunada el crédito y la deuda deben quedar divididos en tantas partes como acreedores y deudores haya (...)*».

⁴⁴ Art. 1123: «*Si la obligación fuere mancomunada se observarán las reglas siguientes: 1.ª Siendo varios los acreedores, el deudor solo se libera pagando a todos conjuntamente y cualquier acreedor puede reclamar el pago para todos (...)*».

⁴⁵ Consúltese las notas de pie de página 28 y 29 del presente trabajo.

no «mancomunidad» en los artículos 513-1.2 (y en el posterior 513-3), generando confusión y dejando pasar la oportunidad de haber adoptado en su lugar el concepto de «obligaciones parciales», ya que el término de «obligaciones mancomunadas» debería restringirse a aquella hipótesis en que el crédito esté atribuido en común a todos los acreedores.

3. CRÉDITOS COLECTIVOS O EN MANO COMÚN

[12] La categoría de los créditos colectivos, como una figura distinta de las obligaciones indivisibles, no es conocida en los Códigos Civiles como regla general. Debido a la tradición del *ius commune* la figura de los créditos colectivos normalmente va ligada a este tipo de obligaciones. Para poder superar tal ligazón algunos de los ordenamientos jurídicos mantienen que la indivisibilidad puede originarse por acuerdo de las partes (por tanto, aunque la obligación sea divisible) o por una disposición legal⁴⁶. Como más adelante se analiza, la regulación de los créditos colectivos que llevan a cabo tanto los PECL, como los PICC y el DCFR no se encuentran con esta dificultad, ya que no restringen esta figura dentro del articulado a las obligaciones indivisibles⁴⁷.

Sin perjuicio de que luego se explica con más detalle a lo largo del epígrafe VII, hay un primer grupo de ordenamientos, como el francés o el italiano, que acogen en esta materia concreta de las obligaciones con pluralidad de sujetos la tradición romanista. Tal tradición reconoce, en esencia, dos regímenes: los regímenes jurídicos de las obligaciones solidarias (al que adaptan las obligaciones indivisibles) y el de las mancomunadas (al que adaptan las obligaciones divisibles)⁴⁸. Por consiguiente, la solidaridad es el régimen al que tanto los ordenamientos francés como italiano asocian la indivisibilidad.

Cuando se promulga el Código francés de 1804 las obligaciones divisibles e indivisibles se regulan en los artículos 1217 a 1225 *Code Civil* [dentro de la sección V (de las obligaciones divisibles e indivisibles) del Capítulo IV (modalidades de la obligación) del Título III del Libro III]: en concreto, los artículos 1217 y 1218 detallan en qué hipótesis se está ante una obligación indivisible (en suma, en aquellos casos que tal obligación no puede ser ejecutada

⁴⁶ MEIER, S.: «Plurality of Creditors», cit. p. 1286.

⁴⁷ MEIER, S.: «Plurality of Creditors», cit. p. 1286.

⁴⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a los arts. 1149-1151 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, V. 2.º, Albaladejo, M. (dir), Edersa, Madrid, 1983, p. 411.

más que en su totalidad), y los artículos 1222 a 1225 se ocupan de los efectos de las obligaciones indivisibles. La consecuencia fundamental de la indivisibilidad es, en caso de existencia de varios acreedores, que cada uno de ellos tiene derecho a exigir la prestación en su totalidad (el precepto que interesa para la pluralidad de acreedores es el artículo 1224, de modo que señala en su párrafo primero que cada heredero del acreedor fallecido puede exigir la ejecución integral de la deuda⁴⁹). Como puede apreciarse, esta consecuencia es propia del régimen de la solidaridad. Por ello la doctrina francesa parece de acuerdo en mantener, en cuanto a los efectos de la indivisibilidad, que los mismos son muy próximos a los efectos de la solidaridad⁵⁰.

Tras la reforma de 2016 los antiguos artículos relativos a las obligaciones divisibles e indivisibles (artículos 1217 a 1225 del Código Civil) quedan sustituidos por el nuevo y único artículo 1320, que se ocupa solo de «*l'obligation à prestation indivisible*» para establecer su régimen jurídico (según el informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza este artículo responde a un deseo de simplificación). En concreto, el párrafo primero del artículo 1320 se refiere a la hipótesis de existencia de varios acreedores señalando «*Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose*»⁵¹. Sí que puede hablarse de una cierta novedad de la reforma que, frente a la anterior estructura del *Code Civil*, ahora reconoce, como dos subespecies distintas dentro de la obligación de sujeto plural, reguladas, por tanto, en diferentes parágrafos, la obligación solidaria (arts. 1310-1319) y la obligación de prestación indivisible (art. 1320)⁵². Parece que la reforma recoge el sentir de

⁴⁹ «*Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible*».

⁵⁰ MALAURIE, P./AYNÉS, L./STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit Civil. Droit des Obligations*, 7.^a éd., LGDJ, Paris, 2015, p. 714 núm. 1351.

⁵¹ DISSAUX, N./JAMIN, C.: *Projet de Réforme*, cit. p. 174 subrayan el acierto del legislador al haber promulgado el artículo 1320, haciendo desaparecer además las antiguas normas sobre las obligaciones divisibles. Basta, para cubrir tal desaparición, con la elección del legislador de haber reenviado dicha regulación de las obligaciones divisibles al artículo 1309 del *Code*, que abre precisamente la normativa sobre las obligaciones de sujeto plural (con la afirmación del principio de división del crédito y de la deuda en el caso de existencia de una obligación con pluralidad de sujetos).

⁵² Téngase en cuenta que con la reforma hay ya una subsección específica en el Código que lleva por rúbrica «obligación con pluralidad de sujetos», en la que se ubican, a su vez, la obligación solidaria, por una parte, y la obligación con prestación indivisible, por otra. Con anterioridad a la reforma no hay ninguna sección específica dedicada en cuanto tal a la obligación con pluralidad de sujetos, regulándose, por separado, las obligaciones solidarias y, por otro lado, las obligaciones divisibles e indivisibles (en cuanto modalidades distintas de las obligaciones).

la doctrina francesa posterior a la codificación, para la que la indivisibilidad es una de las categorías de la obligación con sujeto múltiple. La regla de que la obligación con sujeto múltiple se fragmenta tiene dos excepciones: la solidaridad y la indivisibilidad⁵³.

También el Código Civil italiano de 1942 considera, como una de las clases de obligaciones, las obligaciones divisibles e indivisibles, a las que dedica la Sección IV del capítulo VII del Título I del Libro Cuarto. En concreto, el artículo 1316 del Código Civil italiano de 1942, primero de los preceptos que regula las obligaciones indivisibles, afirma que «*L'obbligazione è indivisibile, quando la prestazione ha per oggetto una cosa o un fatto che non è suscettibile di divisione per sua natura o per il modo in cui è stato considerato dalle parti contraenti*». Por su parte, el artículo 1317 señala, en coherencia con la ya aludida tradición romanista, que las obligaciones indivisibles se rigen por las reglas de las obligaciones solidarias, en cuanto sean compatibles, y ello sin perjuicio de la existencia de ciertas disposiciones específicas dadas para las obligaciones indivisibles (artículos 1318-1320). La doctrina italiana, al interpretar el citado artículo 1317, concluye que para el código civil la obligación indivisible es una clase de obligación solidaria⁵⁴. Frente a lo dispuesto en el articulado del Código Civil, la doctrina italiana sí habla de «*obbligazioni connesse*» o «*collettive*», o de «*attuazione congiunta*», junto a las solidarias y las parciarias, de modo que en las obligaciones colectivas, o bien por la particular naturaleza de la prestación, o por disposición legal o por voluntad de las partes, deviene necesaria la participación de todos los acreedores a la hora de exigir el cumplimiento⁵⁵.

Un segundo grupo de ordenamientos, que no siguen la tradición romanista de los códigos francés e italiano, sí prevén un régimen específico, distinto al de la solidaridad y al de la parciariedad, para la pluralidad de acreedores de una obligación indivisible (ubicado, además, tal régimen dentro de la sección del Código Civil dedicada a las formas de organización de la pluralidad de acreedores y deudores, y no en la parte dedicada a los efectos de las obligaciones

⁵³ Consúltase DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 194-195. Explican CHANTEPIE, G./LATINA, M.: *La réforme du droit des obligations*, cit. p. 707, que para el legislador actual francés la obligación solidaria y la obligación de prestación indivisible, anunciadas ya en el artículo 1309 del vigente Code, no son ya, frente a lo dispuesto en el Proyecto Terré, meras variedades de la denominada «obligation conjointe», sino dos tipos de obligaciones autónomas. Así, el anterior Proyecto Terré hablaba de «obligations conjoints solidaires» y de «obligations conjoints á prestation indivisible».

⁵⁴ Véase al respecto BAGGIO, S.: «Comentario al artículo 1317», *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè Editore, Cendon, P. (dir), Milano, 2009, p. 2175.

⁵⁵ CIAN, G./TRABUCCHI, A.: *Commentario Breve al Codice Civile*, 10.^a ed, Cedam, Padova, 2011, p. 1350.

indivisibles). Así, entroncan directamente con el antiguo derecho germánico, que reconocía la deuda y el crédito en mano común. Se trata del BGB y el Código Civil español.

El § 432 (1) BGB se refiere a la hipótesis de varios acreedores de una prestación indivisible («*Mehrere Gläubiger einer unteilbaren Leistung*»). Por tanto, tampoco este cuerpo legal emplea el concepto técnico de «crédito colectivo» para referirse a esta tercera forma básica de organización de la pluralidad de acreedores en la que, según el precepto, si varios acreedores reclaman una prestación indivisible, el deudor solo puede entregar la prestación a todos de modo conjunto y cada acreedor solo puede reclamar la prestación para todos⁵⁶. La doctrina, no obstante, sí ha acuñado un concepto para denominar esta clase de créditos: «*Mitgläubigerschaft*»⁵⁷.

[13] El Código Civil español, como he sostenido con anterioridad, tampoco emplea el término «crédito mancomunado» en el tenor literal del primero de los artículos que regula esta clase de obligaciones (artículo 1139), pero sí lo hace en el posterior artículo 1150, que se refiere a la «obligación indivisible mancomunada». Como ya he sostenido, el Código reconoce dos grandes formas de pluralidad de acreedores, deducidas de la rúbrica que encabeza la regulación de las obligaciones con pluralidad de sujetos: habla de obligaciones mancomunadas y de obligaciones solidarias. Luego parece distinguir dos subespecies dentro de las obligaciones mancomunadas, las divisibles (art. 1138 del Código Civil) y las indivisibles (1139 y 1150 Código Civil)⁵⁸. Por tanto, en las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos hay un sistema de organización específico que ha de ser calificado, según la doctrina mayoritaria, como «mancomunidad en sentido estricto» u «obligaciones en mano común»: los créditos se atribuyen en común al grupo y todos son acreedores por la totalidad⁵⁹.

Como también he subrayado antes, la PMCC continúa la misma línea del Código vigente, de modo que diferencia solo dos clases

⁵⁶ (1) «*Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern (...)*».

⁵⁷ Consúltese MEDICUS/LORENZ: *Schuldrecht*, cit. p. 399.

⁵⁸ GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario a los arts. 1137 a 1140 del Código Civil», cit. pp. 198-199, entiende, sin embargo, que la obligación mancomunada del artículo 1139 del Código Civil no es más que una mera modalidad de la obligación mancomunada regulada en el artículo 1138 del Código Civil, y no una manifestación de las obligaciones conjunta o en mano común. Así como en la obligación regulada en el artículo 1139 del Código Civil la actuación colectiva de los sujetos tiene su razón de ser en la naturaleza indivisible de la prestación, que se impone como única forma de cumplimiento específico, en la obligación en mano común la actuación conjunta procede, bien de la titularidad del crédito (o de la deuda), atribuidos de modo colectivo, bien del propio vínculo obligatorio que la establece independientemente de la naturaleza divisible o indivisible de la prestación.

⁵⁹ Así Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 198.

de obligaciones, solidarias y mancomunadas, denominando con la misma expresión («obligaciones mancomunadas»), en dos preceptos separados (1123 y 1124), dos hipótesis completamente distintas en cuanto a su naturaleza jurídica y efectos, tal y como se analizará más adelante (las obligaciones colectivas o en mano común y las parciarias, respectivamente). Por ello no ha seguido la Propuesta en este punto la regulación mucho más pertinente de los futuros textos básicos para un futuro Derecho Contractual Europeo, que contienen conceptos diferentes para referirse a los créditos parciarios y a los colectivos o en mano común, términos que además se corresponden perfectamente con la naturaleza y efectos de cada uno de ellos. De este modo, para aludir a los créditos colectivos o en mano común, se acoge la expresión «*communal claims*» en los PECL⁶⁰ o «*joint claims*» tanto en los PICC como en el DCFR⁶¹. Ahora bien, a pesar de que la denominación es idéntica en estos dos últimos textos, hay un modelo diferente en ellos en cuanto a la regulación de la reclamación de la prestación por el acreedor. Sin perjuicio de que en el apartado correspondiente se profundice en ello, mientras que en los PICC su artículo 11.2.1 señala que en este tipo de créditos todos los acreedores juntos tienen que reclamar la prestación al deudor, sin embargo en el art. III.-4: 202 (3) DCFR se opta porque cada acreedor pueda pedir el cumplimiento en beneficio de todos los demás⁶² [exactamente igual ocurre en el art. 10: 201 (3) PECL, a pesar de que emplea, como se ha dicho, otra denominación distinta al DCFR⁶³]⁶⁴.

La PCC sí que acuña ya el término específico de «*obligaciones colectivas*» (arts. 513-1.1, 513-1.3 y 513-4), término que, a mi juicio, es perfectamente adecuado para referirse a aquellas obligaciones en que el deudor debe cumplir en favor de todos los acreedores y cualquier acreedor puede reclamar el pago para todos. Por consiguiente, se sitúa en la línea de la regulación contenida en los PECL.

⁶⁰ Art. 10: 201 (3) PECL.

⁶¹ Arts. 11.2.1 (c) PICC y III.-4: 202 (3) DCFR.

⁶² Art. 11.2.1 PICC: «*When several obligees can claim performance of the same obligation from an obligor: (c) the claims are joint when all obligees have to claim performance together*».

Art. III.-4: 202 (3) DCFR: «*A right to performance is joint when any creditor may require performance only for the benefit of all the creditors and the debtor must perform to all the creditors*».

⁶³ «*A claim is communal when the debtor must perform to all the creditors and any creditor may require performance only for the benefit of all*».

⁶⁴ De hecho MEIER, S., cuando comenta el art. 11.2.1 PICC, estima que, a su juicio, los «*joint claims*» de los PICC y los «*communal claims*» de los PECL son dos tipos distintos de formas de organización de la pluralidad de acreedores. Consúltense «*Commentary Article 11.2.1 PICC*», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (dir), 2th edition, Oxford University Press, 2015, p. 1245.

IV. LA DIVISIÓN DEL CRÉDITO COMO REGLA SUPLETORIA

[14] En el Código civil español existe, en primer lugar, una doble presunción en el ya citado artículo 1138: se presume, salvo que del texto de la obligación no se infiera otra cosa, que el crédito (o la deuda) está dividido y que las partes en que se divide el crédito (o la deuda) son iguales. Qué justificación cabe encontrar a dicha presunción. Sin duda constituye un peligro para los otros acreedores la concesión a cada acreedor individual tanto del derecho a recibir la prestación total como del derecho a disponer del conjunto del crédito. Cuando no hay especiales acuerdos entre las partes que prevean el modo de actuación de éstas, parece lógico que deban existir reglas que garanticen que cada acreedor pueda participar en la recepción del cumplimiento. Y el modo más fácil para conseguir dicho objetivo es la división del crédito entre los acreedores, de modo que el deudor entregue a cada acreedor solo su parte proporcional⁶⁵.

Se ha mantenido que la presunción de división se explica, en buena medida, por la primacía de las deudas y créditos de dinero, donde es absolutamente claro que las partes, como se ha indicado en el párrafo anterior, quieran garantizarse la titularidad y disponibilidad de su parte del crédito y no incurrir en riesgos consistentes en comportamientos oportunistas de uno de los coacreedores, o en decisiones estratégicas de la mayoría de estos⁶⁶. La regla de la división tiene todo el sentido cuando se trata de deudas de dinero resultantes de una obligación unilateral (por ejemplo, un préstamo). En la medida, pues, que la naturaleza de la obligación lo permita es la regla que casi con toda seguridad hubieran querido los acreedores si no se hubieran pronunciado expresamente sobre el extremo: es obvio que el acreedor prefiera demandar el cumplimiento por su parte en el crédito que demandar el cumplimiento de la prestación entera en beneficio de todos los demás acreedores, con el riesgo en este último caso de que puedan oponerse por el deudor excepciones personales relativas a algunos de los acreedores, con incidencia sobre la prestación⁶⁷.

⁶⁵ En este sentido MEIER, S.: «Plurality», cit. p. 1285.

⁶⁶ Así CARRASCO PERERA, A. F.: «Comentario al artículo 1137 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8363 y 8364.

⁶⁷ En este sentido CARRASCO PERERA, A. F.: «Comentario al artículo 1138 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8369-8370.

Dos precisiones al respecto sobre el artículo 1138 del Código Civil. Esta regla de la fragmentación del crédito posee una función de distribución de la carga de la prueba, de modo que impone a quienes alegan una solución distinta a la división la prueba de los hechos en que tal solución se base⁶⁸. La segunda matización es que esta norma requiere, como presupuestos, que se esté ante un crédito objetivamente divisible y que la ley o la voluntad de las partes no hayan dispuesto otro régimen distinto⁶⁹.

[15] Desde luego el doble principio de presunción de división del crédito y de la igualdad de las partes en que se divide el crédito no es exclusivo del ordenamiento jurídico español sino que aparece en la mayoría de los principales ordenamientos jurídicos europeos. Así, como ya he explicado antes, en Francia la doctrina, antes de la reforma de 2016, deriva del artículo 1220 del *Code Civil* el principio de división de los créditos (y de las deudas) como norma, aunque el precepto solo se refiere expresamente a un caso particular, el de la división de los créditos (y deudas) entre herederos cuando fallece el acreedor (o el deudor)⁷⁰. Tal principio de división se ve reforzado por la consagración de un principio de no presunción de solidaridad tanto en la solidaridad activa (artículo 1197 del *Code*) como en la solidaridad pasiva (artículo 1202 del *Code*). Como también ya he indicado con anterioridad, una novedad clara de la reforma llevada a cabo por la Ordenanza de 11 de febrero de 2016 es la proclamación en el artículo 1309 del *Code* del principio esencial de división de las obligaciones, tanto para el caso de deudas como de créditos, ya no solo entre los herederos de las partes iniciales de la obligación (como se hacía en el art. 1220 anterior) sino también entre cada una de las partes iniciales. Y también se incorpora en dicho precepto la afirmación, no recogida tampoco en el tenor literal de la antigua normativa, de la presunción de la división por partes iguales, salvo que la ley o el contrato dispongan lo contrario⁷¹.

⁶⁸ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 204.

⁶⁹ Mantiene que este principio general de división solo cede ante la indivisibilidad de la obligación o el pacto de solidaridad GÓMEZ LIGÜERRE, C.: *Solidaridad y Derecho de Daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 84.

⁷⁰ Esta norma solo se aplica en ausencia de indivisibilidad resultante de la naturaleza de la cosa, de estipulación contractual, de disposición legal o de decisión judicial contraria (TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE.: *Droit Civil*, cit. p. 1227 núm. 1242). El principio de división automática de las deudas y de los créditos del causante procede, como ya he apuntado antes, del Derecho Romano y pasa al Código de Napoleón y a los Códigos en los que este influye. Como señala Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 192, la adopción de tal principio tiene como consecuencia que la calificación de una obligación como divisible o indivisible posea gran relevancia para la reclamación separada o conjunta del crédito o de la deuda por el heredero o herederos. El Anteproyecto español de 1882-1888 recibe del Proyecto de 1851 la desaparición de tal principio. Ello determina, sin duda, la reorganización de la indivisibilidad y la reducción de su contenido (cit. p. 197).

⁷¹ Véase el tenor literal del artículo en la nota de pie de página 33 de este trabajo.

En Alemania el ya citado párrafo 420 BGB señala que si la prestación es divisible, en la duda cada acreedor solo tiene derecho a una parte igual de aquella (el tenor literal del precepto también se refiere a los deudores). E igualmente el art. 6.15 (1) BW encierra una presunción de existencia de créditos divididos y una presunción de igualdad de cuotas. La regla tiene una serie de excepciones señaladas en el mismo precepto: o bien el caso en que, como resultado de la ley, de la costumbre o de un acto judicial, los acreedores tienen partes desiguales en la prestación, o bien el caso en que tienen un crédito conjunto.

Una excepción singular es el Código Civil italiano de 1942, que no contiene una norma supletoria ni a favor de la solidaridad ni a favor de la división en el caso de la pluralidad de acreedores. Sí hay un precepto, en cambio, que recoge una presunción de solidaridad pasiva (artículo 1294). Sin embargo *de facto*, en materia de pluralidad de acreedores, funciona una presunción de división si la obligación es divisible, ya que mantiene la doctrina que la solidaridad activa solo se da en caso de una específica previsión legal o en caso de un acuerdo en tal sentido⁷². Eso sí, hay un caso donde de forma expresa el código, siguiendo el Derecho Romano, excluye la solidaridad activa y presume, salvo pacto en contrario, la división del crédito (y de la deuda): la sucesión hereditaria de un coacreedor, de modo que según el artículo 1295 la obligación solidaria del causante se divide entre los herederos de aquel en proporción de las respectivas cuotas.

También en el *Common Law* inglés existe un régimen especial distinto a la presunción de división del crédito. Si X realiza una promesa a A y a B, en la que se compromete a pagar 10 libras, es importante determinar si su promesa a dichas partes la ha hecho «*jointly*» o «*severally*». Ello va a depender tanto de las palabras del contrato como de los intereses de las partes en su cumplimiento. Si el contrato es llevado a cabo con un número de personas «*jointly*» y sus intereses también son de carácter colectivo, es un «*joint contract*». Si fue celebrado con un número de personas «*severally*», es decir, «*with them and each of them*», y sus intereses eran diversos, hay contrato parciario. Si el contrato era ambiguo, o no afirmaba si era «*joint*» o «*several*», entonces si los intereses de los acreedores eran colectivos el crédito lo será y, en caso contrario, será un contrato dividido. Los intereses de los acreedores cabe considerarlos colectivos si cada uno tiene el mismo interés en el cumplimiento del contrato, incluso aunque ellos posean intereses separados en el bien afectado. La solución es menos clara si el contrato es explíci-

⁷² SINESIO, D.: «Le specie», cit. p. 419.

tamente «*joint*» y los intereses divididos, y viceversa. Pero la opinión dominante en la doctrina es que el tribunal debería hacer prevalecer la intención de las partes, tal y como aparecen expresadas en el acuerdo⁷³.

[16] En el caso concreto del Código Civil español la presunción de división del crédito del artículo 1138 se completa además con una regulación restrictiva de la solidaridad activa (también de la pasiva), en cuanto el artículo 1137 ya no solo no presume la solidaridad sino que además exige que la solidaridad se haya dispuesto de modo expreso⁷⁴. Se ha mantenido que los antecedentes próximos del artículo 1137 del Código Civil, y no solo su texto, sitúan el código español entre los códigos que siguen en el momento de su promulgación el modelo francés en esta configuración de la solidaridad⁷⁵. Efectivamente, el artículo 1197 del *Code Civil*, anterior a la reforma de 2016, además de definir la solidaridad activa, recoge el principio de no presunción de solidaridad activa, manteniendo que la obligación es solidaria entre varios acreedores cuando en el título se da «expresamente» a cada uno de ellos el derecho a pedir el pago total del crédito, y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor⁷⁶.

En la reforma francesa de 2016 el principio tradicional de no presunción de la solidaridad no se recoge ya dentro de los preceptos dedicados, respectivamente, a la solidaridad pasiva y a la solidaridad activa, sino en el artículo 1310, que es el precepto que inicia la regulación de la obligación solidaria, único artículo dedicado a establecer el régimen jurídico común de ambas clases de solidaridad.

⁷³ Consúltese PEEL, E.: *Treitel on The Law of Contract*, 14 th edition, Thomson Reuters Sweet& Maxwell, 2015, p. 684 para. 13-020 y 13-021.

⁷⁴ «*La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*». Una regulación diferente se encuentra en la Ley 492 del Fuero Nuevo de Navarra, ya que cabe deducir la existencia de un régimen de solidaridad tanto activa como pasiva si así deriva de la naturaleza y circunstancias de la obligación. De este modo el párrafo 1.º del precepto, bajo la rúbrica «Presunción de divisibilidad», establece que «*Salvo que la ley o el pacto declaren que varios acreedores o deudores que intervienen en la obligación lo son solidariamente, o así resulte de la naturaleza y circunstancias de la misma, se considerará que lo son por partes divididas, tanto activa como pasivamente*».

⁷⁵ CAFFARENA LAPORTA, J.: «La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen», *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, Caffarena y Ataz (coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 29. Aunque el artículo 1137 del Código Civil se aplica tanto a la pluralidad de acreedores como a la pluralidad de deudores, sin embargo en la actualidad se ha abierto una brecha entre su tenor literal y la interpretación dada por la doctrina y la jurisprudencia en la pluralidad de deudores, de modo que hoy rige un principio de solidaridad pasiva (pp. 35 ss).

⁷⁶ También en materia de solidaridad pasiva, se establece por el Código Civil francés en el artículo 1202 que la solidaridad no se presume y que debe ser estipulada de manera expresa.

Por consiguiente, ha de aplicarse tanto a la pluralidad de acreedores como a la pluralidad de deudores («*La solidarité est légale ou conventionnelle; elle ne se présume pas*»). Pero en este artículo 1310 se encierra una novedad respecto a la anterior regulación del Código Civil: ya no se hace referencia a que la solidaridad haya de estipularse de forma expresa, de modo que con ello se admitiría una voluntad implícita de las partes de adoptar tal régimen⁷⁷.

[17] La presunción de división del crédito, en cambio, no se recoge en todos los textos básicos para la elaboración de un futuro Derecho Contractual Europeo. El DCFR sí contiene de forma explícita en su articulado una norma supletoria a favor de la fragmentación del crédito [artículo III-4: 203(2)]⁷⁸. El art. 10:202 PECL se limita a establecer la regla de que los acreedores serán titulares de partes iguales de la deuda, excepto que el contrato o la ley establezcan otra cosa distinta; es decir, únicamente contiene en su tenor literal una presunción de igualdad de las cuotas una vez que los créditos sean parciarios⁷⁹. Pero tal precepto ha de completarse con lo dispuesto en los comentarios al artículo 10: 201 PECL, que señalan que habrá créditos solidarios cuando haya acuerdo contractual en tal sentido; esto es, contiene una presunción de no solidaridad activa⁸⁰. Se ha explicado que la razón de la no inclusión expresa en tal instrumento de la presunción de división del crédito es la preferencia porque todo gire, o bien hacia la interpretación de la intención de las partes, o bien hacia la previsión legal en que la reclamación se base⁸¹.

⁷⁷ DISSAUX, N./JAMIN, C.: *Projet de Réforme*, cit. p. 172. Se ha sostenido por CHANTEPIE, G./LATINA, M.: *La réforme du droit des obligations*, cit. p. 712, que el abandono del requisito necesario del carácter expreso de la solidaridad activa podría conducir a la *Cour de Cassation* a tener que revisar su jurisprudencia. Con el antiguo art. 1197 se exigía, no solo que la solidaridad fuera expresamente estipulada, sino la inclusión del otorgamiento a cada acreedor del derecho a reclamar el pago total de la deuda. El artículo vigente 1310 del Código incorpora en sí mismo el germen de la relajación de esta tesis. Consideran los citados autores que ello no constituye una buena medida para los acreedores por el riesgo que entraña para ellos el régimen de la solidaridad.

⁷⁸ El tenor literal del precepto es: «*If the terms do not determine the question, the right of co-creditors is divided*». El comentario al citado precepto señala que tal norma supletoria entrará en juego excepto cuando los términos del contrato establezcan lo contrario, o la naturaleza del derecho mismo o la relación entre los acreedores indique lo contrario. VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. 1003.

⁷⁹ «*Separate creditors are entitled to equal shares unless the contract or the law provides otherwise*».

⁸⁰ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMAN.: *Principles*, cit. p. 77. Aplauda OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. [«La solidaridad activa en el derecho contractual europeo: Aplicación a las cuentas bancarias con pluralidad de titulares indistintos», *Derecho Contractual Europeo*, Bosch, E. (dir), Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya (coord.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 494-495] que el DCFR establezca ya, frente a los PECL, una norma expresa a favor de la fragmentación del crédito. Es una buena muestra de que no ha habido una adopción automática del contenido de los PECL por el DCFR, sino que este ha introducido mejoras en ciertas materias.

⁸¹ MEIER, S.: «*Plurality of creditors*», cit. p. 1286.

Los PICC tampoco prevén una norma supletoria en caso de que las partes no hayan hecho en el contrato una explícita elección acerca de la forma de organización de los créditos. Sin embargo, en los diferentes borradores de estos principios hasta la aprobación de la tercera edición de 2010 se propuso diferentes normas supletorias, todas de diferente signo (o bien régimen solidario, parciario y colectivo)⁸². La razón por la que al final no se incluye ninguna norma supletoria radica, según los comentarios oficiales al artículo 11.2.1, en que ninguno de los tipos de crédito parece ser más frecuente en la práctica; las elecciones de los acreedores varían dependiendo de la operación que van a llevar a cabo. En caso de que las partes no hayan previsto la concreta forma de organización, esta se determinará por las normas de interpretación del contrato previstas en los PICC (en el capítulo 4). Así, en muchos casos, las circunstancias, tales como la naturaleza o la finalidad del contrato, serán especialmente relevantes en este sentido⁸³.

[18] Dentro del ámbito nacional español, en la PMCC hay ciertos cambios en esta materia en los que sin duda merece la pena profundizar. Ya he aludido antes a que el artículo 1137 del Código Civil mantiene un principio de no presunción de solidaridad activa y pasiva. Como es conocido, en la actualidad se ha abierto una gran brecha entre el tenor literal de este último precepto y la interpretación que han ido llevando a cabo del mismo tanto parte de la doctrina como la jurisprudencia, de modo que en el momento presente, *de facto*, rige un principio de presunción de solidaridad pasiva⁸⁴. El artículo 1122 párrafo primero de la PMCC recoge esta interpretación doctrinal y jurisprudencial y establece una presunción de solidaridad pasiva, salvo en el ámbito de los consumidores («*Cuando en virtud de un mismo contrato dos o más personas sean deudoras de una misma prestación que cualquiera de ellas pueda realizar íntegramente, quedarán obligadas solidariamente, salvo que otra cosa resulte de la ley o del contenido del contrato celebrado con un*

⁸² MEIER, S.: «Commentary article 11.2.1 PICC», cit. p. 1252.

⁸³ Se explica esta última afirmación mediante dos ejemplos. El primero se refiere a créditos separados: La sociedad A, localizada en el país X, y la sociedad B, localizada en el país Y, se unen para solicitar una gran cantidad de coches de un fabricante. Los vehículos en el país X se conducen por la derecha, en cambio los del país Y se conducen por la izquierda. Cuando la entrega sea reclamada, estas circunstancias indican que A y B tienen créditos separados, cada uno de ellos reclamará su modelo de coche. Y el segundo ejemplo se refiere a créditos solidarios. Un asesor fiscal X se ha comprometido a dar asesoramiento fiscal a las sociedades A y B sobre las operaciones de una empresa conjunta. Ya que el asesoramiento recae sobre la empresa común de ambos, este asesoramiento no es divisible, y por lo tanto A y B habrán de ser considerados acreedores solidarios cuando se reclame el cumplimiento a X. Véase el comentario oficial al artículo 11.2.1 (cit. p. 396).

⁸⁴ CAFFARENA LAPORTA, J.: «La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen», cit. pp. 35 y ss. Este autor se muestra crítico con tal interpretación jurisprudencial del precepto.

profesional y en el que han actuado como consumidores o usuarios»). Por el contrario, el párrafo cuarto del art. 1122 afirma que, en caso de pluralidad de acreedores, solo habrá solidaridad cuando así lo determinen el título de la obligación o la ley. Es decir, este párrafo encierra una presunción de no solidaridad activa.

Desde luego este tratamiento tan diferente en cuanto a la presunción de solidaridad activa y pasiva es una clara manifestación de que la Comisión General de Codificación –al menos en este aspecto concreto– ya no considera la pluralidad de acreedores como una mera imagen en el espejo de la pluralidad de deudores. Llama la atención además que ambas regulaciones, tan distintas, coincidan en el objetivo final perseguido: la consecución del *favor creditoris*. Efectivamente, la presunción de solidaridad pasiva cumple una función de garantía del cobro de la deuda para el acreedor. Y el motivo de que se establezca una presunción de no solidaridad activa es, en primer lugar, la salvaguardia de los intereses de los acreedores, ya que es unánime la afirmación de los grandes riesgos que lleva consigo la solidaridad activa, en especial, el riesgo de que un acreedor pueda exigir el pago total de la prestación y dilapidar la totalidad de su importe. Es decir, los acreedores están expuestos con un régimen semejante al riesgo de la mala fe y de la insolvencia de aquel que ha cobrado⁸⁵. Este mismo motivo es el que permite explicar que en la práctica el régimen de la solidaridad de los créditos no suele estipularse por las partes, siendo frecuente solo en el caso de las cuentas bancarias. Por otro lado, las dificultades que puede traer consigo una reclamación fraccionada de la deuda pueden ser evitadas con facilidad sin tener que recurrir a la solidaridad activa; basta con acudir a la técnica del mandato⁸⁶.

Hay una segunda razón para justificar la presunción de no solidaridad activa: este régimen se basa en la especial relación de confianza que hay entre los acreedores, que en absoluto conviene presumir⁸⁷.

He subrayado con anterioridad que el vigente artículo 1137 del Código Civil recoge una regulación restrictiva de la solidaridad activa, ya que no solo no presume la solidaridad sino que además exige que ésta se haya dispuesto de modo expreso. Tal regulación restrictiva está ya mucho más atenuada en el párrafo cuarto del artículo 1122 PMCC, en cuanto este establece que solo habrá soli-

⁸⁵ MALAURIE/AYNÉS/STOFFEL-MUNCK: *Droit Civil. Droit des Obligations*, cit. p. 715 núm. 355 y MEDICUS/LORENZ.: *Schuldrecht*, cit. pp. 398-399. En el mismo sentido los comentarios al art. III.-4: 202 DCFR (VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 998).

⁸⁶ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE: *Droit Civil*, cit. p. 1229 núm. 1245.

⁸⁷ OREJUDO PRIETO, P.: «La solidaridad», cit. p. 495.

daridad activa cuando así lo determinen el título de la obligación o la ley. Se ha limitado considerablemente el alcance del principio de no solidaridad activa en la medida en que el nuevo precepto permite que exista solidaridad sin necesidad de una declaración expresa de las partes al respecto. Por tanto, cabría afirmar que bastaría para concluir tal régimen de solidaridad la mera constancia de la voluntad de las partes de que la obligación sea solidaria, tras aplicar todas las reglas de interpretación del contrato. Mucho más dudoso ya, y a mi juicio la respuesta ha de ser negativa, es si podría llegarse al extremo de derivar la solidaridad de una interpretación integradora del contrato llevada a cabo con criterios objetivos, con independencia de la voluntad de las partes.

El apartado V de la Exposición de Motivos de la PMCC afirma que en el campo de las obligaciones con pluralidad de sujetos se adopta la presunción de mancomunidad activa. Pero, claro, como acaba de examinarse, del párrafo cuarto del artículo 1122 de esta Propuesta solo cabe deducir literalmente una presunción de no solidaridad activa. La afirmación que realiza la Exposición de Motivos se explica si se tiene en cuenta que el Capítulo III, que regula esta materia de la pluralidad de sujetos, solo distingue entre obligaciones mancomunadas y solidarias. Evidentemente, si el artículo 1122 mantiene que solo habrá solidaridad activa en casos excepcionales (cuando así lo determinen el título de la obligación o de la ley), la alternativa es que la regla general es la existencia de un régimen de mancomunidad activa. Pero, como ha quedado reflejado en páginas anteriores, la PMCC habla de dos subespecies de obligaciones mancomunadas: la prevista en el artículo 1123 (que en realidad es la obligación mancomunada en sentido estricto, obligación colectiva o en mano común) y la prevista en el artículo 1124 (que regula la denominada por la doctrina obligación parciaria). Como la Exposición de Motivos alude sin más a la expresión presunción de mancomunidad activa, ha de aclararse a qué subespecie de obligación mancomunada se está refiriendo.

El artículo 1138 del vigente Código Civil establece una presunción de división del crédito (y de la deuda), y tal presunción ha de aplicarse salvo que se esté ante una obligación objetivamente indivisible o cuando la voluntad de las partes (ya sea expresa o voluntad obtenida por vía de interpretación contractual) prevea un régimen distinto. Por consiguiente, ante la falta de previsión de otro régimen diferente a la parciariedad, en el caso de una obligación divisible, se aplica la presunción de división del crédito. A mi juicio a otra conclusión distinta ha de llegarse, sin embargo, en el caso de la PMCC. Así, el artículo 1124.1 de dicha

propuesta exige la concurrencia de tres requisitos para la división del crédito (o de la deuda): que la prestación sea divisible, que no se oponga a la división el título constitutivo o la finalidad perseguida por la obligación y que exista –y ésta es la gran novedad– una voluntad explícita por parte de cualquiera de los acreedores, comunicada al deudor, a favor del régimen de la división [(«(...) cualquiera de los acreedores... hubiere manifestado a la otra parte su voluntad de que la división se produzca»)]. Ahora ha de entenderse, por tanto, que si la prestación es divisible y no hay oposición a la división por parte del título constitutivo o en virtud de la finalidad de la obligación, pero no ha existido tal voluntad explícita a favor de este régimen por parte de cualquier acreedor manifestada al deudor, la norma supletoria a aplicar es la mancomunidad en sentido estricto. Esto es, el régimen previsto en el artículo 1123 PMCC.

Por último, en caso de que se esté ante un crédito divisible, la PMCC presume la división por partes iguales, salvo que otra cosa resulte de la relación entre los acreedores (párrafo 2.º del artículo 1124).

En relación a la PCC, también en este texto se recoge un principio de no solidaridad activa. Siguiendo la misma línea del párrafo 4 del artículo 1122 PMCC y alejándose con ello de la regulación tan restrictiva de la solidaridad activa del vigente artículo 1137 del Código Civil, establece que solo hay solidaridad entre acreedores cuando así lo determine el título de la obligación o la ley [artículo 513-2 letra c)]. No contiene, por consiguiente, tampoco la exigencia de que el régimen de la solidaridad activa derive de la declaración expresa de las partes.

Esta presunción de no solidaridad activa del artículo 513-2 letra c) PCC ha de completarse con la letra d) del mismo precepto, de modo que el crédito ha de considerarse mancomunado salvo que sea colectivo si la prestación es material o jurídicamente indivisible [letra a)], o sea solidario en virtud del título de la obligación o de la ley [letra c)]. Y aquí sí que no hay las dudas que, a mi juicio, suscita la regulación de la PMCC, antes ya apuntadas, sobre el alcance y significado concreto de la presunción de mancomunidad activa. Porque el texto del PCC ya diferencia en su articulado, claramente, como he mantenido con anterioridad, entre obligaciones mancomunadas (para referirse a las parciarias) y colectivas. Por consiguiente, cuando la letra d) del art. 513-2 alude a obligaciones mancomunadas se refiere a créditos y deudas divididos y no a créditos y deudas colectivos.

V. CRÉDITOS PARCIARIOS

1. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS

[19] El Código Civil español pertenece a un primer grupo de ordenamientos nacionales que ni definen esta forma básica de organización de la pluralidad de acreedores ni acogen una denominación de este tipo de créditos que refleje de modo adecuado su naturaleza y sus principales efectos. Es decir, como ya ha quedado reflejado en el epígrafe III, por un lado, es un determinado sector doctrinal el que adopta la terminología de «créditos parciarios» y, por otro lado, el artículo 1138 del Código parte de su existencia sin definir este tipo de créditos, limitándose a recoger una presunción *iuris tantum* de división de los créditos. Según el precepto, en principio el crédito se presume dividido en tantas partes iguales como acreedores haya (también prevé la hipótesis de pluralidad de deudores).

Una regulación similar a la española se halla en Alemania y en Holanda en dos preceptos ya citados con anterioridad. El § 420 BGB mantiene que si varios acreedores deben reclamar una prestación divisible, en la duda cada acreedor solo está legitimado para reclamar una parte igual. Por su parte el artículo 6.15.1 BW establece que cada uno de los acreedores tiene el derecho de exigir una parte igual, a menos que en virtud de una disposición legal, uso o acto jurídico ellos puedan reclamar partes desiguales de tal obligación o posean un crédito conjunto.

Otros códigos europeos no se limitan a incluir una presunción de división de los créditos, como hacen los anteriormente analizados, sino que contienen una regulación de estos créditos, más o menos parca, en la sección dedicada, no a la pluralidad de acreedores o deudores, sino dentro la sección dedicada a las obligaciones divisibles e indivisibles. Es decir, este tipo de créditos gira en torno a la noción de obligación divisible.

Así, el ya aludido art. 1314 del Código Civil italiano, que encabeza la Sección IV (De las obligaciones divisibles e indivisibles) del Capítulo VII del Título I del Libro Cuarto, se ocupa de las obligaciones divisibles caracterizadas por la presencia de varios acreedores. Si se está ante una obligación divisible no solidaria, el crédito se fracciona en partes. El precepto señala que cada uno de los acreedores no puede reclamar la satisfacción del crédito más que por su parte.

Del art. 1220 del Código Civil francés, anterior a la reforma de 2016 y ubicado entre los efectos de las obligaciones divisibles,

la doctrina deriva el principio de división de los créditos (y de las deudas) como norma general. En su primera parte señala una norma de derecho y de sentido común: que la obligación divisible debe ser ejecutada entre acreedor y deudor como si fuese indivisible. Esto significa que el deudor no puede compeler al acreedor a recibir un pago parcial. La segunda parte se refiere ya, como ya se ha explicado antes, a la división del crédito entre los herederos del acreedor (y del deudor) que ha fallecido.

Sin embargo la Ordenanza que reforma el Código Civil francés en el año 2016 no considera ya la obligación divisible como una de las modalidades de la obligación; en concreto, como he apuntado con anterioridad, solo regula, entre las obligaciones con pluralidad de sujetos, dos tipos: la obligación solidaria (arts. 1310 a 1319) y la obligación con prestación indivisible (art. 1320, que sustituye a los anteriores preceptos que se ocupaban tanto de las obligaciones divisibles como de las indivisibles). El texto legal se ha limitado a reconocer, en el artículo que encabeza la subsección dedicada a la regulación de las obligaciones con pluralidad de sujetos (art. 1309), el principio de división de los créditos y de las deudas entre los sujetos iniciales de las obligaciones y entre sus herederos, sin dar un *nomen* específico a tales obligaciones⁸⁸. En el segundo párrafo del precepto se recogen las consecuencias de la afirmación de este principio: así, en lo concerniente a las hipótesis de pluralidad de acreedores, cada uno de los acreedores no tiene derecho más que a su parte en el crédito común. Por consiguiente, cabría afirmar que la reforma francesa de 2016 se aproxima más a aquellos ordenamientos jurídicos, como el español, que, aunque no definen los créditos parciarios, se limitan a incluir una presunción *iuris tantum* de división de los créditos dentro de la parte dedicada a la regulación de la pluralidad de acreedores y deudores.

[20] Los textos básicos para un futuro Derecho Contractual europeo suponen un avance indudable respecto a los ordenamientos nacionales, ya que aportan tanto una definición de los créditos

⁸⁸ El Anteproyecto de reforma del *Code Civil* de 2005 (denominado *Catalá*) proponía también ciertos cambios respecto a la regulación de la obligación divisible. CATALÁ, P.: *Avant-projet de réforme du Droit des Obligations et de la Prescription*, La documentation Française, Paris, 2006, p. 67, señala que aquella no es una modalidad de la obligación, pues forma parte de su naturaleza cuando la indivisibilidad no viene impuesta por la fuerza de las cosas, por la ley o por el contrato. Se suprime, así, en este anteproyecto la obligación divisible en el capítulo dedicado a las modalidades de la obligación (permaneciendo las indivisibles solo), y la norma del art. 1220 del Código anterior a la reforma de 2016 (principio de división de los créditos y de las deudas entre los herederos del acreedor o deudor fallecido) es llevada al capítulo del pago. Una traducción del Anteproyecto francés de 2005 en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la Prescripción (Estudio preliminar y traducción)», *ADC*, Tomo LX, fasc. II, 2007, pp. 621-848.

parciarios, en la que se afirman sus principales efectos, como una terminología clara e inequívoca que refleja de modo adecuado su naturaleza⁸⁹. El art. 10:201 (2) PECL entiende que son aquellos en que el deudor debe pagar a cada acreedor solo una parte concreta de la deuda y cada acreedor tiene derecho a pedir únicamente la parte que le corresponde. En el mismo sentido se pronuncian los arts. III-4: 202 (2) DCFR y 11.2.1 (a) PICC⁹⁰.

[21] El artículo 1124 PMCC tampoco contiene ni una definición completa en la que se afirmen de modo claro los principales rasgos característicos de este tipo de créditos, ni una denominación que refleje de modo pertinente su naturaleza (sigue hablando de «obligación mancomunada», generando la misma confusión que el código civil actual con las obligaciones mancomunadas en sentido estricto o en mano común). Se limita a señalar el párrafo 1.º del aludido artículo, en la materia concreta que aquí interesa, que en una obligación de este tipo los créditos han de quedar divididos en tantas partes como acreedores haya. Hace alusión, eso sí, a los presupuestos necesarios para la existencia de un crédito de este tipo, señalando, como un nuevo presupuesto para la existencia del mismo, además de los ya conocidos de la divisibilidad objetiva de la obligación y de la no oposición del título constitutivo a la división, «[...] *que cualquiera de los acreedores o de los deudores hubiere manifestado a la otra parte su voluntad de que la división se produzca*».

Por su parte la PCC, aún con ciertas deficiencias, sí se aproxima más en su regulación de este tipo de créditos a los textos básicos de armonización del Derecho Europeo de Obligaciones. Así, en primer lugar, su artículo 513-1.2 contiene una definición de esta forma de organización de pluralidad de acreedores, señalando con claridad los efectos de la misma: así, una obligación es mancomunada cuando el crédito se divide en tantas partes como acreedores haya, de manera que cada acreedor puede reclamar al deudor solo la parte del crédito que le corresponde. En segundo lugar, aunque adopta una terminología que no se adecúa a la naturaleza de estos créditos (habla de «obligaciones mancomunadas»,

⁸⁹ De tal terminología ya se ha dado cuenta en el epígrafe III del presente trabajo.

⁹⁰ Art. 10: 201 (2) PECL: «*Claims are separate when the debtor owes each creditor only that creditor's share of the claim and each creditor may require performance only of that creditor's share*».

Art. III-4: 202 (2) DCFR: «*A right to performance is divided when each creditor may require performance only of that creditor's share and the debtor owes each creditor only that creditor's share*».

Art. 11.2.1 PICC: «*When several obligees can claim performance of the same obligation from an obligor: (a) the claims are separate when each obligee can only claim its share*».

que en absoluto alude a la idea de división, que es la nota característica de los citados créditos), sin embargo sí tiene el acierto de distinguir ya entre obligaciones mancomunadas (para referirse, insisto, a las parciarias) y obligaciones colectivas, no solo después el punto de vista meramente nominal sino también desde el punto de vista del concepto y de los efectos jurídicos asociados al mismo. Así, considera como obligaciones colectivas aquellas en que el acreedor únicamente puede exigir el cumplimiento como grupo y el deudor debe cumplir en favor de todos los acreedores (art. 513-1.3).

2. PRINCIPIOS RECTORES

Los criterios que rigen la dinámica y extinción de los créditos parciarios son la fragmentación de la obligación y la independencia de los créditos resultantes de la división⁹¹.

2.1 Principio de división del crédito

[22] La parciariedad conduce a la división del crédito, de modo que hay tantos créditos distintos como acreedores haya⁹². Cuál es el criterio para llevar a cabo tal división. El criterio escogido en los sistemas jurídico-nacionales es la distribución igualitaria del crédito, de acuerdo con el cual el crédito se divide en atención al número de sujetos, haciendo tantas partes iguales como acreedores concurrieran en la obligación. Tal criterio de igualdad es una regla presuntiva y supletoria en todos ellos, de modo que, o bien por la voluntad de los interesados o bien por disposición legal, puede concluirse una fragmentación no igualitaria. La distribución igualitaria del crédito se desprende, pues, de los ya citados arts. 1138 del Código Civil español, § 420 BGB y 6:15 (1) BW. En Francia, aunque antes de la reforma de 2016 no venía recogida en el articulado una norma semejante, la doctrina se inclinaba también por tal solución⁹³. El nuevo artículo 1309 del *Code Civil* recoge explícitamente que la división del crédito (y de la deuda) se haga por partes iguales, salvo que la ley o el contrato establezcan otro criterio.

[23] Reglas muy parecidas se encuentran también en los textos base de un futuro Derecho Contractual Europeo. Así, el artículo

⁹¹ CAFFARENA, J.: «Comentario al art. 1138 Código Civil», cit. p. 121.

⁹² MALAURIE/AYNÉS/STOFFEL-MUNCK: *Droit Civil. Droit des Obligations*, cit. p. 711 núm. 1350.

⁹³ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE: *Droit Civil*, cit. p. 1227 núm. 1242.

10:202 PECL incluye ya una regla específica en cuanto a la división de los créditos parciarios, en concreto, mantiene que los acreedores parciarios serán titulares de partes iguales de la deuda, salvo que el contrato o la ley dispongan otra cosa⁹⁴. En el DCFR existe una norma similar; el artículo III.-4:204 señala, sin más, que en el caso de los derechos parciarios, los acreedores tienen partes iguales. En el tenor literal del precepto no se hace referencia a esas excepciones establecidas en los PECL (que el contrato o la ley dispongan otra cosa). Pero en los comentarios al artículo III.-4: 204 DCFR se puntualiza que esta norma general puede ser reemplazada si las condiciones que regulan el derecho disponen lo contrario⁹⁵. En cambio, los PICC guardan silencio al respecto⁹⁶.

[24] En relación con la PMCC, al igual que en el artículo 1138 del Código Civil español vigente, el principio de división del crédito en partes iguales aparece también recogido en el artículo 1124.1. Pero alguna modificación cabría apuntarse a propósito de las excepciones a la división igualitaria del crédito en este último precepto. Con carácter general, puede suscitarse la duda de si la solución distinta a la división igualitaria del crédito puede derivar solo de una expresa voluntad de las partes o también de la naturaleza interna existente entre los acreedores, siempre que sea conocida por el deudor: Por ejemplo, los dueños de una casa que la venden a un tercero, si no hay pacto expreso, tienen derecho a recibir el precio de venta en proporción a la cuota que poseían en la comunidad y no por partes iguales⁹⁷. Podría entreeverse dicha solución en el párrafo 2.º del art. 1124 PMCC, en cuanto señala que «*la división se hará por partes iguales, salvo que resulte otra cosa de la relación existente (...) entre los acreedores*». Ahora bien, el precepto no alude a la exigencia de que el acuerdo interno entre los acreedores sea conocido por el deudor⁹⁸.

⁹⁴ Señala su carácter de simple presunción *iuris tantum* MALO VALENZUELA, M. A.: «Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo», *RCDI*, núm. 713, 2009, p. 1458.

⁹⁵ VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 1003.

⁹⁶ Seguramente el grupo de trabajo que prepara la tercera edición de este texto del año 2010 sigue la opinión dada por *Marcel Fontaine*, redactor del *paper* relativo a la materia de la pluralidad de acreedores y deudores, que aconseja que la normativa aplicable a los créditos separados debe ser mucho más breve frente a un tratamiento más extenso de los créditos solidarios. Consúltase «Position paper on plurality of obligors and/or obligees», cit. p. 20.

⁹⁷ A favor de este último planteamiento Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 210.

⁹⁸ CARRASCO PERERA, A. F.: «Comentario al artículo 1138 del Código Civil», cit. pp. 8370-8371, en relación al extremo de cuándo habrá de interpretarse que hay una voluntad en contra de la igualdad de cuotas, mantiene la regla general de que habrá tal desigualdad cuando el crédito sea instrumental de una situación jurídica previa no igualitaria. Cita el ejemplo de un préstamo sindicado, en el que los diversos acreedores prestan cantidades diversas, por tanto, son diferentes sus créditos de amortización. Pero hay casos en que, aunque el origen causal del crédito sea una situación de concurrencia no igualitaria, mantener la conclusión a favor de la desigualdad es más complicado. Pone el ejemplo de un

En términos muy similares se pronuncian los artículos 513-1.2 y 513-3.2 de la PCC. En el primero se mantiene la idea, aplicada a la materia que aquí interesa, de que en los créditos mancomunados el crédito se divide en tantas partes como acreedores haya, y en el segundo se afirma que la división es por partes iguales, haciendo alusión, y con idéntico tenor literal, a la misma excepción que señala el artículo 1124 párrafo 2.º PMCC.

2.2 Principio de independencia de los créditos resultantes de la división

[25] Una vez dividido el crédito inicial, los créditos parciarios se convierten en derechos subjetivos independientes y funcionan también con independencia.

Pero ello no significa que el origen común de los créditos no imponga cierta interdependencia entre ellos y el mantenimiento de un cierto grado de unidad en la relación obligatoria⁹⁹. Este argumento es, en buena medida, el fundamento para sostener la necesidad del ejercicio conjunto, por todos los acreedores, de la facultad resolutoria por incumplimiento¹⁰⁰.

Las consecuencias jurídicas concretas del principio de independencia, señaladas por la doctrina de los distintos sistemas jurídicos, son las siguientes:

En primer lugar, cada acreedor solo puede reclamar su parte en el crédito y es el único legitimado para recibir del deudor el pago de dicha parte. El pago hecho por el deudor a uno de los acreedores claramente no le libera de la obligación total¹⁰¹.

En segundo lugar, cada acreedor puede ejercitar de manera independiente su poder de disposición sobre el crédito. Puede, primero, realizar actos de enajenación de su derecho de crédito a otras personas. Segundo, está legitimado para llevar a cabo tanto actos extintivos como modificativos del crédito, pero tales actos solo

crédito frente a tercero originado por un acto de disposición de la cosa común, así, venta del bien. Según mantiene este autor el comprador no tiene que aceptar que, con posterioridad a la compra, se le impute una división del crédito correspondiente a las cuotas iniciales que tiene cada copropietario en el bien, si ello no se pactó en el contrato.

⁹⁹ SINESIO, D.: «Le specie», cit. p. 413 y GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario arts. 1137-1140 del Código Civil», cit. p. 202.

¹⁰⁰ Según Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, pp. 204 y 821, la independización de los créditos no rompe por completo su enlace con la relación obligatoria de origen cuando ésta tiene carácter sinalagmático. Añade este autor otros argumentos para sustentar su tesis: La demanda de resolución es un acto de disposición del crédito y ha de seguir unas reglas diferentes a las de la pretensión de cumplimiento. Aunque haya pluralidad de sujetos, la relación sustancial es única y no puede subsistir frente a alguno de los sujetos y decaer frente a otros. Además, la sentencia que se dicte es constitutiva y existe litisconsorcio necesario.

¹⁰¹ PEEL, E.: *Treitel on The Law of Contract*, cit. p. 688 para. 13-033.

afectan a la parte correspondiente a dicho acreedor¹⁰². Así, entre los actos extintivos cabe citar la condonación de la deuda¹⁰³. O la confusión, ya que si se reúne en una misma persona la cualidad de acreedor parciario y de deudor la obligación se extingue de manera parcial y aquel en quien se produzca la confusión deberá abonar a los demás acreedores la porción en el crédito que a cada uno corresponda¹⁰⁴. Entre los actos modificativos está el ejercicio de la facultad para la conservación y tutela preventiva del crédito, de modo que, a título ejemplificativo, la reclamación hecha al deudor por parte de uno de los acreedores no es útil a los demás para la interrupción de la prescripción¹⁰⁵.

[26] Los textos básicos para la armonización del futuro Derecho Europeo de Obligaciones y Contratos son muy pocos a la hora de concretar las consecuencias jurídicas del principio de funcionamiento independiente de los créditos. Esto es, se limitan a señalar que este tipo de créditos se caracterizan porque cada acreedor solo puede exigir su parte concreta [así, arts. 10: 101 (2) PECL, III.-4: 202 (2) DCFR y 11.2.1 (a) PICC].

[27] El principio de que los créditos divididos funcionan independientemente unos de otros no aparece recogido como tal en el artículo 1138 del Código Civil español y, en cambio, sí en el párrafo tercero del artículo 1124 PMCC y en el art. 513-3.1 PCC en idénticos términos («[...] pueden ejercerse o cumplirse independientemente unos de otros»). Recogen ambos textos ya de forma expresa en los citados artículos, como excepción al principio del funcionamiento independiente de los créditos, la necesidad del concurso de todos los acreedores para el ejercicio de la acción resolutoria. Con la salvedad, apreciada únicamente en el caso de la PCC, de que se pretenda una resolución parcial.

En relación a las consecuencias jurídicas concretas del principio de independencia del crédito, el artículo 1124.3 PMCC no explicita ninguna, mientras que el art. 513-1.2 PCC apunta un efecto preciso en cuanto al cobro del crédito, de modo que cada acreedor puede reclamar únicamente su parte.

¹⁰² BUSCH, D.: «Plurality», cit. p. 58.

¹⁰³ PEEL, E.: *Treitel on The Law of Contract*, cit. p. 687 para. 13-031.

¹⁰⁴ En España consúltese SANTOS MORÓN, M. J.: «Comentario al art. 1194 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (dir), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1328. Dicho artículo señala, refiriéndose solo a las deudas mancomunadas divisibles: «La confusión no extingue la deuda mancomunada sino en la porción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurran los dos conceptos». No parece haber inconveniente en aplicar también dicha norma a los créditos parciarios [en este sentido MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1194 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz, R. (director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 881].

¹⁰⁵ En este sentido CAFFARENA, J.: «Comentario art. 1138 del Código Civil», cit. p. 121 y TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE: *Droit Civil*, cit. p. 1228 núm. 1243.

VI. CRÉDITOS SOLIDARIOS

1. CONCEPTO, FUENTES Y RELEVANCIA PRÁCTICA DE LA SOLIDARIDAD ACTIVA

[28] El crédito es solidario cuando cada uno de los acreedores, actuando de forma individual, está facultado para exigir y para recibir del deudor la totalidad de la prestación debida, y el deudor, pagando a uno de los acreedores, queda liberado por completo de su obligación. Tanto el artículo 1137 del Código Civil español como los artículos 1137.1.º PMCC y 513-1.4 y 513-15.1 PCC solo se refieren de modo expreso, en la parte del articulado dedicada al concepto de crédito solidario, al primero de los dos rasgos característicos (derecho del acreedor a exigir la totalidad de la prestación), pero no hacen referencia al efecto liberatorio que posee para el deudor el pago a uno de los acreedores de la prestación debida¹⁰⁶. Este último efecto tampoco se recoge en el articulado de los PECL [10: 201 (1)] y DCFR [III.-4: 202 (1)], pero sí en los comentarios a los artículos 10: 205 PECL y III.-4: 207 DCFR¹⁰⁷. Por el contrario, en la mayoría de los ordenamientos nacionales europeos sí se alude a ambos rasgos característicos del crédito solidario. Así, en los artículos 1311 del *Code Civil* (en el mismo sentido se pronuncia el artículo 1197 anterior a la reforma de 2016), § 428 BGB y artículo 1292 del Código Civil italiano¹⁰⁸. También los arts. 11.2.1 (b) y 11.2.2 PICC¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Art. 1137.1.º PMCC: «Cada uno de los acreedores solidarios tiene derecho a exigir la totalidad de la prestación».

Arts. 513-1.4 PCC: «Las obligaciones son solidarias cuando (...) cada acreedor puede reclamar el cumplimiento de la totalidad del crédito como si fuera acreedor único».

Art. 513.15.1: «Cada uno de los acreedores solidarios tiene derecho a exigir la totalidad del crédito».

¹⁰⁷ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN.: *Principles*, cit. p. 82 y VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 1008.

¹⁰⁸ Art. 1311 *Code Civil*: «La solidarité entre créanciers permet à chacun d'eux d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous».

§ 428 BGB: «Sind mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (Gesamtgläubiger), so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten (...)».

Art. 1292 *Codice Civile*: «L'obbligazione è in solido (...) quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori».

¹⁰⁹ Art. 11.2.1 PICC: «When several obligees can claim performance of the same obligation from an obligor: (b) the claims are joint and several when each obligee can claim the whole performance».

Art. 11.2.2 PICC: «Full performance of an obligation in favour of one of the joint and several obligees discharges the obligor towards the other obligees».

Singular es el ordenamiento holandés. Antes del vigente art. 6:15 BW se reconocen los créditos solidarios como una categoría separada y distinta. Pero en la actualidad son reconfigurados como créditos colectivos. En el citado precepto, entre las excepciones a la regla principal de la división del crédito, no se enumeran los créditos solidarios. Si las partes manifiestan su intención de que dos o más personas están legitimadas para reclamar el cumplimiento íntegro de la prestación y que ello produce el efecto liberatorio del deudor, se entiende que ellas han estipulado un crédito colectivo, incluso si han mencionado la expresión «*crédito solidario*»¹¹⁰.

[29] Cabe mencionar dos fuentes de la solidaridad; además de la ley, es común en los diversos ordenamientos jurídicos que sea la voluntad de las partes la que determine si la obligación es o no solidaria. Como he apuntado antes, el artículo 1137 del Código Civil español, siguiendo el modelo del antiguo artículo 1197 del Código Civil francés, exige en su tenor literal que la solidaridad se establezca de modo expreso en el título que constituye la relación obligatoria. Tras la reforma de 2016 en el Código francés desaparece la exigencia de que la solidaridad ha de ser expresa, estableciéndose simplemente en el artículo 1310, precepto aplicable tanto a la solidaridad pasiva como a la activa, que la solidaridad puede ser legal o convencional y no se presume. Por consiguiente, la solidaridad puede venir establecida de forma implícita. Por su parte la doctrina italiana mantiene de forma unánime que la solidaridad activa solo surge con una específica previsión legal o un acuerdo inequívoco en tal sentido (aunque el Código Civil no se pronuncia al respecto)¹¹¹.

En este punto concreto de nuevo se vislumbra un cambio en la PMCC y en la PCC en relación con la literalidad del artículo 1137 del Código Civil español. Sus artículos 1122.4.º y 513-2.1 c), establecen, respectivamente, que solo habrá solidaridad activa cuando así lo determinen el título de la obligación o la ley, eliminando, pues, la exigencia actual de que la solidaridad ha de constituirse de forma expresa. Es cierto que la jurisprudencia ha relativizado bastante la exigencia del carácter expreso de la solidaridad del artículo 1137 del Código Civil, de modo que para la existencia de solidaridad no ha de utilizarse el *nomen* de «solidaridad», siendo suficiente con que de la voluntad de los contratantes se desprenda la intención de conseguir los fines propios de este régimen. Ahora bien, se considera dudoso si la labor de interpretación para

¹¹⁰ BUSCH, D.: «Plurality», cit. pp. 58-60.

¹¹¹ BAGGIO, S. «Commentario articolo 1294 del Codice Civile», *Commentario al Codice Civile*, Cendon, P. (dir), Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 2028.

indagar dicha intención debe circunscribirse al texto de la obligación o si puede haber una voluntad tácita inferida de un comportamiento concreto de los contratantes¹¹². Desde luego el tenor literal de los artículos antes citados de la PMCC y de la PCC parecen optar únicamente por la primera posibilidad en cuanto ambos textos hablan de «*título de la obligación*».

[30] Esta hipótesis de la solidaridad activa tiene poca relevancia práctica. Su uso queda restringido a las cuentas corrientes bancarias o depósitos de valores que son establecidos para que cada uno de los titulares pueda disponer del total del saldo o depósito. Así, por ejemplo, una cuenta corriente indistinta entre familiares, entre consocios, o entre un empresario y un apoderado de la empresa. Cuáles son las razones de esta escasa relevancia práctica. Es unánime la afirmación de que el régimen de la solidaridad implica un riesgo elevado para los acreedores, en la medida en que, al concederse unos a otros un gran poder en relación con el crédito, en especial, el derecho a reclamar y recibir la prestación íntegra del deudor, están asumiendo el peligro de la insolvencia o del fraude por parte del que cobra toda la prestación¹¹³. La estipulación de la solidaridad solo tiene sentido donde los intereses de los acreedores están tan estrechamente vinculados que la prestación hecha a uno de ellos satisface al mismo tiempo el interés del otro. Esto es, la concesión de poderes tan grandes solo se justifica en la medida en que confían los unos en los otros y desean simplificar los trámites relativos a la reclamación del crédito. De hecho con este objetivo el Derecho Romano instituye la noción de crédito solidario¹¹⁴.

Llama la atención la regulación tan extensa que existe para la solidaridad activa tanto en la PMCC (artículos 1137 a 1145) como en la PCC (arts. 513-15 a 513-19), frente a los dos preceptos que se dedican, respectivamente, a los créditos parciarios y colectivos (arts. 1124 y 1123 PMCC y 513-3 y 513-4 PCC). Sobre todo cuando la solidaridad activa es una fórmula que apenas se emplea en la práctica, como acabo de indicar, salvo en las cuentas corrientes bancarias indistintas. La extrañeza ante una regulación tan detalla-

¹¹² Sobre ello DÍEZ-PICAZO, L: *Fundamentos*, cit. p. 200. LACRUZ *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, II, cit. p. 30, opta por una interpretación del precepto vigente más restringida, de modo que aunque la expresión exigida por el art. 1137 no supone el necesario uso de un determinado término que haga referencia explícita a la solidaridad, sí que requiere, en cambio, que haya «*expresión* de la voluntad en el *acto* constitutivo».

¹¹³ DACORONIA, E.: «PECL III-Plurality of creditors. A comparison with the Greek Civil Code», *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Vaquer, A. (ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 62.

¹¹⁴ Pone de relieve esta característica de la confianza MEIER, S.: «Plurality», cit. p. 1286.

da es aún mayor si se cae en la cuenta de que el régimen jurídico previsto para la solidaridad activa en los ordenamientos nacionales en general, no solo en el español, no se adapta de forma adecuada o es incompatible con el funcionamiento de este tipo de cuentas indistintas. En ellas la exacta extensión de los derechos de cada acreedor está regulada por el contrato bancario (que suele ser además un contrato-tipo) y no por la normativa prevista en los códigos civiles para los créditos solidarios¹¹⁵.

El banco no puede pagar por iniciativa propia, sino que atiende a las órdenes de pago de sus clientes. Por ello la entidad bancaria carece de la iniciativa típica de todo deudor para cumplir la prestación. Los titulares indistintos de la cuenta pueden extraer fondos en cuantías parciales y llevar a cabo ingresos. No hay por ello una deuda determinada permanente, sino flotante o variable en función del movimiento continuo de dicha cuenta. En un crédito solidario normal los acreedores no pueden exigir, imponer al deudor un pago parcial ni aumentar la cuantía de lo debido¹¹⁶. Por consiguiente, se habla en este sector de una solidaridad atípica, esto es, de un régimen especial, convencional y con alta incidencia en los usos comerciales. Parece que la singularidad actual de la solidaridad activa bancaria se justifica con frecuencia en la particular condición de la entidad bancaria, en este sujeto que es más que un deudor de los clientes acreedores solidarios; se trata de un prestador de amplios servicios y con ello se convierte en un acreedor de dichos acreedores solidarios¹¹⁷.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

Es preciso distinguir dos esferas distintas: la externa, existente entre los acreedores y el deudor y, por otro lado, la interna, que regula las relaciones entre los acreedores solidarios.

¹¹⁵ MEIER, S.: «Plurality», cit. p. 1287.

¹¹⁶ MUÑOZ PLANAS, J. M.: *Cuentas bancarias con varios titulares*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003, pp. 34-37 y «Titularidad y «propiedad» en las cuentas bancarias indistintas», Alonso Ureba, A./ Martínez-Simancas, J. (dirs), *Instituciones del Mercado Financiero. Contratos bancarios*, vol. II, Sopec, Madrid, 1999, pp. 432-435. En concreto, OREJUDO, P.: «La solidaridad», cit. pp. 491 ss, estudia si la regulación de la solidaridad activa de los PECL y el DCFR se adecua a las obligaciones derivadas de las cuentas bancarias con titularidad indistinta. Su respuesta es negativa. Como ejemplo ella cita también, entre otros, el *ius electionis* para el pago que tiene el deudor concedido en dichos textos respecto a los acreedores. Señala que tal figura no tiene sentido en la relación bancaria, ya que no hay una deuda permanente de la que el deudor desee liberarse y que los acreedores quieran liquidar.

¹¹⁷ MORO ALMARAZ, M. J.: «Fuentes de solidaridad activa y poderes de actuación de los acreedores solidarios», *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Vaquer (ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 100.

2.1 Esfera externa

El problema fundamental a los efectos de la solidaridad es la trascendencia de la actuación de cada uno de los acreedores respecto de los demás titulares del crédito. Como ha quedado puesto de relieve, los diversos sistemas jurídicos europeos coinciden en el reconocimiento de la posibilidad que tiene cada acreedor de exigir íntegramente la prestación al deudor. Pero el *quid* de la cuestión es si realmente cualquiera de los acreedores está legitimado para disponer del crédito en su totalidad, esto es, para proceder a su extinción así como a la modificación de la relación obligatoria. Esto es, si tales actos son eficaces frente al resto de los acreedores y cuál es la extensión de dicha eficacia.

2.1.1 FACULTAD DE RECLAMAR LA PRESTACIÓN

[31] Los diversos textos europeos están de acuerdo en que cada acreedor está facultado para exigir y recibir de forma íntegra la prestación, pero no se pronuncian sobre las medidas necesarias para evitar la duplicidad de iniciativas entre los acreedores para el cobro de la deuda y los costes de ahí derivados. Sí se ocupan, en cambio, como ya se ha apuntado con anterioridad, sobre la consecuencia jurídica del pago hecho por el deudor a uno de los acreedores solidarios: se extingue la obligación y el deudor queda liberado. Una buena muestra son los arts. 1311 del *Code Civil*¹¹⁸, 1292 del *Codice Civile*, § 428 BGB y 11.2.2 PICC¹¹⁹. Tanto los PECL como el DCFR no recogen tal efecto en el articulado, pero sí en los comentarios al art. 10: 205 PECL¹²⁰ y al art. III.-4: 207 DCFR¹²¹.

[32] Los distintos sistemas jurídicos nacionales y textos básicos para la armonización del Derecho Contractual Europeo también prevén el *ius electionis* del deudor, esto es, la posibilidad de que el deudor elija al acreedor a quien quiere hacer el pago. El fundamento del *ius electionis* radica fundamentalmente en evitar consecuencias perjudiciales al deudor que pudieran surgir por la inactividad

¹¹⁸ El artículo 1311 del Código Civil, reformado en 2016, está inspirado en el anterior artículo 1197 del Código Civil, tal y como señala el Informe del Presidente de la República relativo a la Ordenanza de 10 de febrero de 2016 (*Journal Officiel de la République Française, 11 février 2016*). En el nuevo artículo se introduce la precisión de que, para que se produzca la liberación del deudor respecto a todos los acreedores, el pago hecho a uno de ellos debe tener en cuenta a los otros («[...] *qui en doit compte aux autres*»). Señalan DISSAUX, N./JAMIN, C.: *Projet de Réforme*, cit. p. 172 que es lamentable que un dato esencial para el régimen de la solidaridad no aparezca más que en un pequeño inciso del precepto.

¹¹⁹ Véase el tenor literal de estos preceptos en las notas 108 y 109 del presente trabajo.

¹²⁰ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles*, cit. p. 82.

¹²¹ VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 1008.

de los acreedores o por la falta de acuerdo entre ellos. Pero, a la vez, también satisface los intereses de los acreedores, en cuanto facilita el cumplimiento puntual de la obligación¹²².

Cabe realizar una doble clasificación de los ordenamientos en función de la formulación más o menos amplia del *ius electionis*. Tanto Francia, como Italia y España contienen en sus códigos una formulación del derecho con restricciones, esto es, el deudor conserva íntegra la facultad de elegir a qué acreedor paga hasta que haya existido una demanda judicial por parte de uno de los acreedores (con la demanda se inicia el «efecto concentración»¹²³). Aunque no es una cuestión resuelta en el articulado, a partir de la demanda la doctrina afirma que el pago solo puede hacerse de forma regular al acreedor demandante, de modo que el pago hecho a otro acreedor distinto carece de efectos liberatorios para el deudor y puede verse obligado a pagar de nuevo¹²⁴.

Ejemplos de tal formulación restrictiva del *ius electionis* son, pues, los arts. 1142 del Código civil español¹²⁵, 1296 del Código Civil italiano¹²⁶ y 1311.2.º del *Code Civil*¹²⁷. El artículo 1137 PMCC, en sus párrafos 2.º y 3.º, también recoge esta facultad de elección del deudor y con el mismo límite del art. 1142 del Código Civil, pero sí señala, como novedad, que solo queda liberado el

¹²² GUILARTE, V.: «Comentario al art. 1142 del Código Civil», *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, V. 2.º, Albaladejo (dir), Edersa, Madrid, 1983, pp. 284-285.

¹²³ RIEDLER, A.: «Plurality of creditors in the Austrian, French, Swiss and German Law», *European Review of Private Law* 3, 1999, p. 349. Señala CARRASCO PERERA, A. F.: «Comentario al artículo 1142 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8394 que, aunque tiene que haber sido demandado el deudor judicialmente (no cabe una reclamación extrajudicial), no es preciso que se trate de una demanda principal. Puede tratarse, por ejemplo, de una medida cautelar, incluso aunque la medida cautelar solicitada no sea la retención de la deuda en cuestión.

¹²⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, F.: «Comentario al art. 1142 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (dir), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1270. Ahora bien, se ha matizado que el artículo 1142 del Código Civil español contempla la cuestión como un límite al derecho de elección por parte del deudor, pero no como un límite al derecho de los demás coacreedores solidarios para el cobro íntegro del crédito. En este sentido cabe dudar de que, a partir de la demanda judicial al deudor por un acreedor, el demandante sea el único legitimado para dicho cobro (así RAMÓN CHORNET, J. C.: «Comentario al art. 1142 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Tomo III, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R., 2.ª edición, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2016, p. 284).

¹²⁵ «El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero, si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a este deberá hacer el pago».

¹²⁶ «Il debitore ha la scelta di pagare all'uno o all'altro dei creditori in solido, quando non è stato prevenuto da uno di essi con domanda giudiziale».

¹²⁷ El artículo 1311.2.º («Le débiteur peut payer l'un ou l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux»), fruto de la reforma de 2016, reitera la idea formulada en el anterior artículo 1198.1.º del Código Civil francés («Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux»).

deudor cuando paga al acreedor demandante, pero le faculta para oponer en compensación el crédito que tenga contra otro de los acreedores¹²⁸. Idéntico tenor literal al de la PMCC se recoge en el artículo 513-15 párrafos 2.º y 3.º de la PCC.

Un segundo grupo de textos mantienen una formulación amplia, sin restricciones, del *ius electionis*. Esto es, no constituye un límite a dicha libertad de elección que el deudor haya sido demandado judicialmente por uno de los acreedores. Se ha sostenido que parece más justo y equitativo para el acreedor que ha demandado la solución española, francesa o italiana, y además obliga al deudor a ser más cuidadoso cuando hay una demanda pendiente frente a él¹²⁹.

Manifestación de esta formulación amplia es el § 428 BGB *in fine*¹³⁰. Por su parte ni los PECL, ni el DCFR o los PICC regulan esta cuestión en el articulado, pero en los comentarios a los correspondientes artículos (art. 10: 201 PECL¹³¹, art. III.-4: 202 DCFR¹³² y art. 11.2.2 PICC¹³³) sí se hace mención de la misma, manteniendo que el deudor dispone de elección incluso en el caso de que uno o más de los acreedores le hayan exigido el pago. No aclaran, no obstante, si también continúa la libre elección del deudor en caso de que la reclamación haya sido judicial. En general se interpreta que encierran una formulación amplia¹³⁴.

Uno de los argumentos dados a favor de una formulación amplia del derecho de elección del deudor es que un procedimiento judicial de reclamación del pago puede, en algunos países al menos, tardar años en concluir. El deudor demandado pagaría la deuda al

¹²⁸ «(...) *El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios mientras no haya sido demandado judicialmente por alguno. La misma facultad tendrá para consignar, compensar si procediere y cumplir el acuerdo de dación en pago si lo hubiere.*

Demandado judicialmente el pago a un deudor, este solo se libera por el pago hecho al acreedor demandante; pero podrá oponer en compensación el crédito que tenga contra otro de los acreedores».

¹²⁹ DACORONIA, E.: «PECL III», cit. p. 63.

¹³⁰ «(...) *so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Dies gilt auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat*». Al respecto HARKE, J. D.: *Allgemeines Schuldrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2010, cit. p. 460.

¹³¹ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles*, cit. p. 78.

¹³² VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. pp. 998-999.

¹³³ Consúltese el comentario oficial al precepto, cit. p. 399.

¹³⁴ En este sentido MORO ALMARAZ, M. J.: «Fuentes de solidaridad activa y poderes de actuación de los acreedores solidarios», cit. p. 95. No obstante, MALO VALENZUELA, M. A.: «Pluralidad de deudores y acreedores», cit. p. 1460, señala, en relación con la omisión de regulación de dicha materia en los PECL, que la misma debe ser suplida aplicando el principio de la buena fe tanto para el deudor como para los acreedores. Así, de acuerdo con dicho principio el deudor ha de pagar al acreedor que ha sido más diligente a la hora de exigir el cumplimiento de la prestación (a su juicio el que ha demandado en la vía judicial) y, por otra parte, el acreedor que ha recibido el pago debe notificarlo a los demás acreedores para evitar las sucesivas reclamaciones frente al deudor que ha pagado.

acreedor demandante ya transcurrido bastante tiempo y los demás acreedores, por tanto, tardarían, a su vez, más tiempo en recibir el pago. En este sistema de formulación amplia el inicio del procedimiento legal por uno de los acreedores no impide que otro acreedor interponga otro procedimiento contra el mismo deudor. Ni tampoco impide, por supuesto, que el deudor cumpla frente a otro acreedor. Por consiguiente, los acreedores deberían cooperar e informarse los unos a los otros para impedir la doble litigación. Los adicionales costes que pudieran surgir, o bien a causa de la falta de información de un acreedor a los otros, o bien porque un acreedor, conociéndolo, inicia un segundo procedimiento legal, pueden ser reclamados a dicho acreedor por los otros acreedores¹³⁵.

[33] La facultad de elección del deudor implica que, ante el ofrecimiento de pago efectivo y completo al acreedor elegido, si este se niega injustificadamente a recibir la prestación quedará constituido en mora, extendiéndose la misma a los demás acreedores y el deudor podrá proceder a la consignación de la cosa debida¹³⁶. La extensión de los efectos de la mora de un acreedor a los coacreedores se sostiene de forma expresa en el § 429 (1) BGB¹³⁷ y, dentro del ámbito nacional español, frente al silencio del artículo 1142 del Código Civil español en este punto concreto, en los artículos 1138.2.º PMCC y 513-16. 3.º PCC¹³⁸.

2.1.2 PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CRÉDITO

A continuación procede cuestionarse si el acreedor solidario individual tiene más derechos que el simple cobro o la reclamación del cumplimiento de toda la prestación. Dicho de otra forma, se trata de analizar cuál es la extensión del poder de disposición sobre el crédito que posee un acreedor solidario. Cabe distinguir dos grandes tesis dentro de los sistemas europeos y de los textos bási-

¹³⁵ En este sentido véase MEIER, S.: «Commentary article 11.2.2 PICC», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (dir), University Press Oxford, 2015, p. 1256.

¹³⁶ CAFFARENA, J.: «Comentario al 1142 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, T. II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 131. Señala RAMÓN CHORNET, J. C.: «Comentario al artículo 1142 Código Civil», cit. p. 284, que cabe discutir la extensión de la mora al resto de los acreedores solidarios en algunos casos. Es dudosa tal solución, en primer lugar, si ha habido algún acreedor que, con anterioridad al intento de pago del deudor al acreedor que se niega a recibir el pago, ha reclamado extrajudicialmente el crédito. En segundo lugar, si ante la negativa injustificada de un acreedor a aceptar el pago, el deudor no procede a la consignación del importe de la deuda, cualquier otro acreedor podrá demandarle por la vía judicial y se producirá la extinción de la *mora accipiendi*.

¹³⁷ «*Der Verzug eines Gesamtgläubigers wirkt auch gegen die übrigen Gläubiger*».

¹³⁸ El tenor literal es idéntico en ambos preceptos: «*Los efectos de la mora en recibir de un acreedor solidario se extienden a los demás*».

cos para la armonización del Derecho Europeo de Contratos en relación con el alcance de la extensión del poder de disposición del crédito por parte de un acreedor solidario.

[34] La primera tesis, inspirada en el Derecho Romano, faculta a cada coacreedor para la realización individual de cualquier acto, ya sea este perjudicial o beneficioso, vinculando a los demás acreedores frente al deudor. Hay una eficacia total, pues, del acto individual de un acreedor solidario con el deudor hacia los demás coacreedores solidarios. Así, se legitima a cada uno de los acreedores solidarios para la ejecución de los actos como si fuera el único titular del crédito obligando a los restantes frente al deudor común, si bien con el deber de dar cuenta y de responder de su conducta en la relación interna¹³⁹.

Prototipo de esta tesis es el ordenamiento español. En el Código Civil hay dos preceptos que es preciso conciliar en cuanto mantienen regulaciones un tanto contradictorias, los artículos 1141 y 1143. El artículo 1143 faculta a cada acreedor solidario para realizar, de modo individual, los actos más importantes modificativos y extintivos del crédito: novación, compensación, confusión o remisión de deuda, de modo que la realización de los mismos extingue o modifica la obligación. En su párrafo 2.º prevé que el acreedor que ha llevado a cabo alguno de estos actos responderá a los demás acreedores de la parte que les corresponda en la obligación. Por su parte el artículo 1141 señala que el acreedor solidario puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial. En un primer momento se sostiene por *Manresa* que la regla general se halla en el artículo 1141 y la excepción en el artículo 1143. Pero, como afirma *Caffarena*, esta explicación inicial resulta poco satisfactoria si se cae en la cuenta de la importancia de los actos del artículo 1143¹⁴⁰.

La doctrina posterior a *Manresa* mantiene la tesis opuesta, de modo que la citada importancia de las excepciones del artícu-

¹³⁹ Explica KASER, M.: *Derecho Privado Romano*, cit. pp. 248-249, que de las circunstancias que inciden en la obligación, muchas de ellas producen los efectos propios de la solidaridad, esto es, producen efectos contra todos los acreedores. Así, el cumplimiento, la imposibilidad causal de la prestación, la novación y en Derecho Clásico también la *litis contestatio*. Justiniano añade la transacción y la prescripción. En relación con la *litis contestatio* del Derecho Clásico las acciones de varios acreedores suelen considerarse como acciones referidas al mismo objeto, de modo que con la *litis contestatio* producida en el ejercicio de una de estas acciones, la acción queda consumida e impedida la utilización de las acciones restantes de los demás acreedores (se da una concurrencia consumptiva de acciones). Justiniano elimina el efecto consuntivo de la litispendencia y únicamente impide el ejercicio posterior de la acción el hecho de que el acreedor haya sido pagado o satisfecho de otro modo su pretensión.

¹⁴⁰ «Comentario al art. 1141 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 128.

lo 1143 vacía de contenido la regla del artículo 1141. Por consiguiente, el artículo 1141 despliega su eficacia solo en las relaciones internas entre los acreedores, de modo que en la relación externa el acreedor solidario podría realizar cualquier acto con propagación de efectos a los otros acreedores, incluso si es perjudicial¹⁴¹. La explicación que se ha dado a la antinomia de los preceptos citados parece que tiene su origen en la incorporación indiscriminada al Código Civil español de disposiciones que se corresponden con distintas regulaciones de la solidaridad: el artículo 1141 procede del Anteproyecto de *Laurent* y el artículo 1143 del Código Civil argentino de *Vélez Sarfield*. Este último código responde a la concepción romanista de la solidaridad, que permite considerar a cada acreedor como titular de todo el crédito, mientras que el artículo 1141 introduce una perspectiva asociativa de esta institución y, por tanto, elementos extraños a ella¹⁴².

[35] La PMCC cambia radicalmente la tesis actual mantenida por la doctrina española sobre la interpretación que ha de darse a los artículos 1141 y 1143 del Código Civil, alineándose con una segunda tesis, presente en los principales sistemas jurídico-nacionales y en los textos europeos básicos para la armonización del Derecho Europeo de Contratos, que tiende a limitar el principio de propagación de efectos del régimen de la solidaridad, probablemente con la finalidad de aminorar los riesgos que tal institución lleva consigo. Frente a la primera tesis analizada, que otorga grandes poderes a los acreedores solidarios, esta segunda restringe mucho sus derechos; de modo que subyace la idea de que los créditos solidarios cumplen una función equivalente a un simple poder para el cobro, dándole al acreedor solidario amplios poderes para demandar al deudor y recibir la prestación, pero no otorgándoselos para otros aspectos¹⁴³. Esta última concepción parte, sin duda, de una desconfianza hacia los poderes excesivos concedidos a los acreedores solidarios.

A mi juicio cabe afirmar que son dos los criterios que inspiran la normativa de los créditos solidarios en esta segunda tesis y, en particular, en la PMCC. Por su interés para el ordenamiento jurídico español, la explicación de ambos criterios se llevará a cabo a

¹⁴¹ Por todos DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 218.

¹⁴² En este sentido DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 219 y CARRASCO PERERA, A. F.: «Comentario al artículo 1141 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8389.

¹⁴³ En este sentido GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario al art. 1141 del Código Civil», cit. p. 264 y MEIER, S.: «Plurality», cit. p. 1287. A juicio de esta autora con esta segunda concepción de los créditos solidarios cabe plantearse si la solidaridad activa no es más que un crédito colectivo o en mano común con ciertos derechos de representación y/o disposición, o si realmente constituye una institución diferente.

partir de la exposición de la nueva regulación introducida por la PMCC, haciendo al hilo de ello las alusiones pertinentes a la PCC española, a los sistemas nacionales europeos y a los textos básicos para la armonización del Derecho Europeo de Contratos.

A. El primer criterio es la no comunicabilidad al resto de los acreedores de los efectos de los actos perjudiciales llevados a cabo por un solo acreedor. Es decir, se acoge la ineficacia colectiva de dichos actos. Este primer criterio aparece recogido, como norma general, en el artículo 1144 PMCC («[...] *cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial*»). Junto a esta norma general, se recogen una serie de disposiciones específicas (artículos 1138 a 1142), que se aplican con carácter preferente al artículo 1144 PMCC, que regulan la concreta eficacia que tiene para los otros acreedores la realización de una serie de determinados actos llevados a cabo por un acreedor solidario (puesta en mora del deudor, confusión, remisión, facultad resolutoria y cesión en favor de un tercero)¹⁴⁴. Me refiero ahora de forma breve a cada uno de estos preceptos particulares.

Primero, la puesta en mora al deudor por cualquier acreedor posee efectos para todos los demás acreedores (artículo 1138.1 PMCC); no podía ser de otra forma al tratarse de un acto beneficioso. Idéntica medida contiene el artículo 513-16 párrafo 2.º PCC, a la que se añade además la previsión de que la interrupción de la prescripción llevada a cabo por uno solo de los acreedores tiene efectos para todos los demás (extremo este que no aparece regulado, sin embargo, en la PMCC).

Segundo, el resto de los actos concretos mencionados en esas disposiciones específicas (artículos 1139 a 1142 PMCC: confusión, remisión, facultad resolutoria y cesión en favor de tercero) van a ser ineficaces para el resto de acreedores. Lo mismo puede decirse de la regulación incluida en la PCC, excepto en el caso de la novación y de la transacción realizada entre uno de los acreedores y el deudor; ya que el artículo 513-16.6.º entiende que ambos actos tienen efecto extintivo de la obligación para los demás acreedores, sin perjuicio de la responsabilidad existente en la relación interna (actos que tampoco se regulan en la PMCC).

¹⁴⁴ En un planteamiento similar se mueve la PCC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Así, en el artículo 513-16.1 se parte de la regla general de que los actos individuales llevados a cabo por un acreedor sin contar con el consentimiento de los demás acreedores solo afectan a estos en lo que les beneficie, pero no en lo que les perjudique, con la excepción de que, de manera explícita, se prevea algo distinto en el articulado.

La ineficacia de los actos llevados a cabo por uno de los acreedores, sin consentimiento de los otros coacreedores, se construye de dos maneras diferentes.

A.1. Puede tratarse, en primer lugar, de una *ineficacia total del acto individual de un acreedor hacia el resto de los acreedores solidarios*. Así sucede con la cesión del crédito en favor de un tercero realizada por uno de los acreedores solidarios, que en principio no afecta a los demás salvo que den su consentimiento (artículo 1142 PMCC)¹⁴⁵. Y lo mismo sucede con la facultad resolutoria en las obligaciones sinalagmáticas, ya que el artículo 1141 PMCC requiere que se ejercite con el consentimiento de todos los acreedores¹⁴⁶. El contenido del artículo 513-17 de la PCC es idéntico al de la PMCC, salvo en su inciso final, en que excepciona de esta regla el caso de que se trate de una resolución parcial.

A.2. En segundo lugar, la ineficacia del acto individual de un coacreedor puede configurarse como una *ineficacia parcial de tal acto individual*: dicho acto produce ciertos efectos, pero tales efectos quedan restringidos a la parte proporcional del acreedor que ha llevado a cabo el acto. No existirá en este caso acción de regreso de ese acreedor hacia los demás.

Así sucede con la condonación de la deuda hecha por uno de los acreedores solidarios al deudor, que «*solo libera al deudor frente a los restantes acreedores en la parte de deuda que corresponda al primero*» (artículo 1140 PMCC). Exactamente el mismo tenor literal aparece recogido en el artículo 513-16.5.º PCC. No puede dejar de afirmarse que esta consecuencia que prevén la

¹⁴⁵ En idéntico sentido que el artículo 1142 PMCC se pronuncia el artículo 513-16.7 PCC; de hecho introduce el mismo tenor literal. No obstante, Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 220, señala, en relación al Código civil español, que, aunque el artículo 1143 no se refiere de modo directo a este problema, a su juicio la contemplación de la novación y, en concreto, el artículo 1203.1 del Código («*Las obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales*») conducen a admitir que el acreedor solidario pueda llevar a cabo actos de cesión del crédito transmitiéndolo a un tercero, cualquiera que sea el alcance y la causa de la cesión.

¹⁴⁶ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 821, apunta, sin embargo, que, a su juicio, solo en los casos de solidaridad cabría la acción resolutoria individual por uno de los acreedores solidarios. En mi opinión quizás ha pesado en los redactores de la PMCC, para sostener lo contrario, la tesis de que en la solidaridad activa existe un único derecho de crédito con varios sujetos y no una pluralidad de derechos de crédito. Pero aunque se adoptara esta segunda tesis, esto es, la pluralidad de derechos de crédito, ello no querría decir que estos derechos sean absolutamente independientes entre sí. La relación de solidaridad reclama una estrecha interdependencia entre tales derechos y una necesaria articulación, que produce importantes límites. El comentario al art. 10:201 PECL señala, sin embargo, que en caso de incumplimiento del deudor, cuando alguno de los acreedores hubiera reclamado el pago, dicho acreedor puede ejercitar la acción resolutoria (o cualquier otro medio de defensa previsto en caso de incumplimiento) sin estar obligado a hacerlo de forma conjunta con los otros coacreedores. Véase LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles of European Contract Law*, cit. p. 78. En el mismo sentido el comentario al artículo III.-4:202 DCFR (VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 999).

PMCC y la PCC respecto a la normativa del Código Civil español (en el artículo 1143, que prevé el efecto extintivo de la obligación) parece más adecuada; de hecho que cualquiera de los acreedores pueda, según la vigente regulación, disponer a título gratuito de lo que en realidad no le corresponde se ha calificado por la doctrina como injustificado¹⁴⁷.

Esta solución consistente en la reducción parcial del crédito es acogida también en el artículo 1301.2 del Código civil italiano¹⁴⁸ y en el artículo 1350-1.2.º del *Code Civil* francés¹⁴⁹. Por su parte, los PICC, apartándose de la solución dada por los PECL y el DCFR (que optan por la ineficacia total de la condonación de la deuda), prevén esta fórmula segunda a favor de la reducción parcial del crédito [así, el art. 11.2.3. (2) reenvía al art. 11.1.6, ubicado en materia de solidaridad pasiva]¹⁵⁰. La doctrina ha explicado que,

¹⁴⁷ GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario al artículo 1146 del Código Civil», cit. p. 368. Por su parte CARRASCO PERERA, A. F.: «Comentario al artículo 1143 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8398 y 8399 señala la inconsistencia del sistema legal de la solidaridad en el Código Civil, proponiendo que se limite en el artículo 1143 del Código la posibilidad general de eficacia global hacia todos los coacreedores con el acto dispositivo de un acreedor. Por ejemplo, que haya una remisión o compensación de la deuda por uno de los acreedores, pero siempre por la parte de quien la lleva a cabo y no por la de sus coacreedores. Salvo, eso sí, que el resto de los acreedores quisiera aprovechar los efectos.

¹⁴⁸ «*Se la remissione è fatta da uno dei creditori in solido, essa libera il debitore verso gli altri creditori solo per la parte spettante al primo*».

¹⁴⁹ Este artículo 1350-1.2.º del código («*La remise de dette faite par l'un seulement des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier*»), fruto de la reforma de 2016, se inspira en el anterior artículo 1198.2.º de dicho texto legal. Pero hay una diferencia clara entre ellos desde el punto de vista de su ubicación: el primer precepto ahora aparece ubicado en la regulación relativa a la materia de la condonación de la deuda (Sección 4 del Capítulo IV del Título IV) y el segundo, por el contrario, se hallaba en sede del régimen de los créditos solidarios (Sección 3 del Capítulo I del Título IV). DISSAUX, N./JAMIN, C.: *Projet de Réforme*, cit. p. 173, señalan la sorpresa que causa desde el punto de vista metodológico la ubicación del nuevo precepto legal, aunque, a su juicio, detrás subyace la exigencia de una facilitación de la lectura y el hecho de que, al haberse basado en buena medida en el Proyecto *Terré*, se ha estimado preferible que una institución, que es objeto de una regulación particular, sea tratada en el título concerniente a dicha institución. Les extraña, a la vez, a tales autores, la incoherencia de que no se haya dado el mismo tratamiento a la suspensión o a la interrupción de la prescripción hecha por uno de los acreedores solidarios y que beneficia a todos ellos, que se regula en la parte dedicada a los acreedores solidarios en el nuevo artículo 1312 del Código Civil francés («*Tout acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard d l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers*»). El artículo 1312 se inspira en el anterior artículo 1199 del Código Civil, aunque este último solo contemplaba la interrupción de la prescripción del crédito y ahora se amplía a la suspensión. Desde luego sí extraña tal incoherencia teniendo en cuenta que en el Proyecto *Terré*, no solo la condonación de la deuda sino también la interrupción de la prescripción a iniciativa de uno de los acreedores solidarios, decidió no regularse dentro del articulado relativo a la solidaridad activa (en este sentido DESHAYES, O.: «De la pluralité de sujets», cit. p. 85). Señalan también que en el nuevo Código Civil francés hay una cierta dispersión y desorden en los efectos secundarios del régimen de la solidaridad, CHANTEPIE, G./LATINA, M.: *La réforme du droit des obligations*, cit. pp. 713-714.

¹⁵⁰ En la regulación de los PECL [art. 10: 205 (1)] y del DCFR [art. III-4: 207 (1)] dicha condonación no surtirá efecto sobre los demás acreedores solidarios. Según los comentarios al precepto de los PECL (LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles*, cit.

aunque la referencia al 11.1.6 PICC significa que, en caso de duda, debe existir una parcial liberación del deudor, las partes pueden también acordar que una condonación por parte de un acreedor no afecte en absoluto a los derechos de los coacreedores para la reclamación de la prestación integral al deudor¹⁵¹.

Esta misma construcción relativa a la condonación de la deuda también aparece en materia de confusión, de modo que se limita la eficacia de la confusión a la parte de deuda correspondiente al acreedor en el que tiene lugar la reunión de la doble condición de deudor y acreedor (artículo 1139 PMCC¹⁵²). Del mismo contenido participa el artículo 513-16.4 PCC. Los acreedores, por tanto, podrán dirigirse al deudor en reclamación de la parte de deuda que aún subsiste. En esta línea el 1303.2 del Código civil italiano¹⁵³, el artículo 10: 205 PECL (que remite al 10:107¹⁵⁴) y el III.-4: 207 (2) DCFR (que remite al III.-4: 108)¹⁵⁵. Los PICC no contienen ninguna regla relativa a la confusión, porque guardan silencio con carácter general en relación con la confusión de las obligaciones¹⁵⁶.

La confusión hecha por un acreedor solidario no venía regulada tampoco en el Código civil francés antes de su reforma de 2016, pero la doctrina francesa consideraba que podía servir la solución dada en el 1198.2 para la condonación: es decir, la ineficacia par-

p. 82), ello significa que un acreedor no puede disponer del crédito en perjuicio de los demás. Los acreedores solidarios lo seguirán siendo de la totalidad de la cantidad adeudada, es decir, sin eliminar la parte que pudiera corresponder al cotitular remitente. El ejemplo citado es el siguiente: A y B son acreedores solidarios frente a C por una cantidad de 10.000 euros. A hace una remisión total de la deuda a C. A ya no puede reclamar el crédito al haber quedado liberado el deudor frente a él, pero B continúa siendo acreedor de C por el importe total de 10.000 euros (idéntico ejemplo se recoge en el comentario al artículo III.-4:207 DCFR, consúltese VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p 1006). Señala MALO VALENZUELA («Pluralidad», cit. p. 1462) que probablemente dicha solución se base en la desconfianza de los ordenamientos del *Common Law* hacia los actos gratuitos. A su juicio es una opción difícilmente justificable, ya que los demás acreedores no resultarían perjudicados por una condonación parcial limitada a la parte del acreedor condonante.

¹⁵¹ MEIER, S.: «Commentary article 11.2.3 PICC», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (dir), Oxford University Press, 2015, pp. 1261-1262.

¹⁵² «La confusión extingue la obligación en la parte que correspondiera al acreedor en quien haya recaído».

¹⁵³ «Se nella medesima persona si riuniscono le qualità di debitore e di creditore in solido, l'obbligazione si estingue per la parte di questo».

¹⁵⁴ En el comentario al citado precepto se recoge el siguiente ejemplo: A y B tienen un crédito solidario frente a C por la cantidad de 10.000 euros. B muere y su único heredero, C, le sucede. A podrá exigir 5000 euros a C, que es el nuevo coacreedor. Consúltese LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles*, cit. p. 83.

¹⁵⁵ Igual ejemplo que en los PECL (vid la nota de pie de página inmediatamente anterior) se recoge en los comentarios al art. III-4:207 DCFR (VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 1008). En contra de esta solución, con un sistema similar al derecho vigente español en materia de confusión en los créditos solidarios (art. 1143 del Código Civil), el BGB [véase art. 429 (2)], que establece el efecto extintivo de la obligación frente al deudor: «Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers, so erlöschen die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner».

¹⁵⁶ MEIER, S.: «Commentary article 11.2.3 PICC», cit. p. 1260.

cial del acto individual¹⁵⁷. Pero sí se recoge ya de forma expresa en el nuevo artículo 1349-1.1.º del Código, no en sede de créditos solidarios, sino que se ubica en la regulación específica dedicada a la confusión. Deja claro el precepto que cuando la confusión concierne solo a uno de los acreedores solidarios, la extinción del crédito no tiene lugar, respecto a los otros acreedores, más que por su parte¹⁵⁸.

B. El segundo criterio inspirador de la normativa reguladora de la solidaridad en esta segunda gran tesis es el principio consistente en permitir a los acreedores elegir o decidir la eventual extinción de los efectos del acto individual realizado por uno de ellos. Está recogido en el artículo 1143 PMCC, que señala en principio la ineficacia total frente al resto de acreedores solidarios de la sentencia dictada en un proceso seguido entre uno de los acreedores y el deudor. Ahora bien, en el segundo inciso afirma que los acreedores solidarios podrán hacerla valer frente al deudor en la medida que les sea provechosa¹⁵⁹. El mismo tenor literal se recoge en el artículo 513-16.8.º de la PCC.

En esta línea se encuentra el artículo 1306 del Código Civil italiano. En su primer párrafo contiene, como regla general, que la sentencia dictada entre el deudor y uno de los acreedores solidarios carece de efectos contra los otros acreedores solidarios que no han sido partes en el proceso. Pero en el párrafo 2.º se afirma que los otros acreedores extraños al juicio pueden hacer valer la sentencia contra el deudor, con la salvedad de las excepciones personales que este último pueda oponer a cada uno de los acreedores¹⁶⁰. Por con-

¹⁵⁷ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE: *Droit Civil*, cit. p. 1230, núm. 1246.

¹⁵⁸ «Lorsqu'il y a solidarité entre plusieurs débiteurs ou entre plusieurs créanciers, et que la confusion ne concerne que l'un d'eux, l'extinction n'a lieu, à l'égard des autres, que pour sa part». Este precepto, previendo ahora para la confusión la solución a la que antes había llegado la doctrina francesa mediante el recurso de la analogía con la condonación, constituye una buena muestra para explicar el primer objetivo buscado por la reforma francesa de 2016, esto es, la seguridad jurídica. Al margen de la trasposición de las Directivas de la Unión Europea, la normativa del Derecho de Obligaciones y Contratos del *Code Civil* ha permanecido prácticamente inalterada durante dos siglos. La evolución de dicha normativa se ha producido por medio de la labor modificadora del articulado, doctrinal y jurisprudencial, mediante el recurso a la analogía, a las interpretaciones extensivas o restrictivas y a la interpretación *a sensu contrario*. Y ello se ha hecho en detrimento de la seguridad jurídica. Con la reforma se persigue, en definitiva, «tratar de recuperar la plena sintonía entre el tenor literal de la ley y su aplicación a la realidad» [en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: «La reforma francesa del derecho de obligaciones y contratos», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2016 (BIB 2016/860), p. 1].

¹⁵⁹ «La sentenza dictada en proceso seguido entre uno de los acreedores solidarios y el deudor no produce, en relación con los demás acreedores, efecto de cosa juzgada; pero estos podrán hacerla valer frente al deudor en la medida en que les sea provechosa».

¹⁶⁰ «La sentenza pronunciata (...) tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto (...) contro gli altri creditori.

(...) gli altri creditori possono farla valere contro il debitore, salve le eccezioni personali che questi può opporre a ciascuno di essi».

siguiente, aunque la sentencia sea favorable a los otros acreedores, no se admite una eficacia inmediata, *ipso iure*, frente a ellos, sino que el precepto solo les atribuye el poder de aprovecharse de la sentencia. De ahí deriva que el juez no puede alegar de oficio la extensión de la eficacia de la sentencia, que deberá, por el contrario, ser opuesta por la parte interesada¹⁶¹.

Una fórmula similar se halla en el artículo 11.2.3 (2) PICC [que remite a su vez al artículo 11.1.8 (1), en sede de pluralidad de deudores)]. En este último, aunque la regla general también es la ineficacia de la decisión judicial, no obstante se afirma que los acreedores solidarios pueden invocar dicha decisión si les beneficia, excepto si está basada en motivos personales relativos al acreedor demandante¹⁶².

2.2 Esfera interna

[36] En primer lugar, en el plano interno suele presumirse la división de la obligación entre los acreedores, de modo que cada uno son titulares de una cuota. Cuál es el alcance y la medida de dicha cuota. De modo mayoritario en los ordenamientos nacionales y en los textos europeos se establece que las partes de cada uno son iguales. Se trata de una presunción *iuris tantum*, de modo que cabe acreditar la proporción exacta que corresponde a cada uno de los acreedores. Por consiguiente, el hecho de que haya varios titulares de una cuenta indistinta y puedan disponer de dichos fondos cada uno de ellos no significa que necesariamente sean propietarios de los mismos a partes iguales¹⁶³.

¹⁶¹ BAGGIO, S.: «Comentario al artículo 1306 del Código Civil», *Commentario al Codice Civile*, Cendon, P. (dir), Giuffrè editore, Milano, 2009, pp. 2109-2110.

¹⁶² Véase el comentario oficial al artículo 11.1.8 (1) PICC (cit. pp. 384-386). De nuevo encontramos distinta regulación en los PICC respecto a la prevista en los PECL y el DCFR. Estos últimos textos afirman la ineficacia de la sentencia para los acreedores solidarios que no han intervenido en el pleito. Tanto el artículo 10: 205 PECL (que reenvía al artículo 10: 109) como el artículo III.4: 207 DCFR (que reenvía al III.-4: 110) optan por consagrar la eficacia estrictamente personal de las decisiones judiciales, de modo que solo tengan efectos entre las partes en el litigio. Los comentarios al artículo 10: 109 PECL (LANDO/CLIVE: *Principles*, cit. p. 73), relativo a la pluralidad de deudores, señalan que con ello se está rechazando la idea de «representación recíproca» y subrayando la idea de que cada deudor debe ser libre para poder hacer el máximo uso de sus posibilidades de defensa. MEIER, S.: «Commentary article 11.2.3 PICC», cit. p. 1263 estima que la solución de los PECL y DCFR, además de poner al deudor en una situación desfavorable, puede dar lugar a multiplicidad de demandas, que deberían ser evitadas al menos en un contexto internacional. A su juicio las partes negociadoras deberían considerar si desean este tipo de regla, por ejemplo, previendo que el deudor pueda exigir a los acreedores que se unan al procedimiento entablado por uno de ellos.

¹⁶³ A título ejemplificativo, esta es la tesis mantenida por el TS español desde hace años. Véase en este sentido GARCÍA RUBIO, M. P.: «Comentario a la STS 8.2.1991», *CCJC*, núm. 25, 1991, pp. 273 ss.

Dicha regla se encuentra recogida de modo expreso, para la solidaridad activa, en el art. 1298 del Código Civil italiano (la división de obligación solidaria en el plano interno solo se exceptúa cuando ésta ha sido contraída en interés exclusivo de alguno de los acreedores)¹⁶⁴, § 430 BGB¹⁶⁵, art. 10: 204 (1) PECL¹⁶⁶, art. III.-4: 206 (1) DCFR (los comentarios señalan que se trata de una norma supletoria¹⁶⁷) y art. 11.2.4 (1) PICC¹⁶⁸. En España el artículo 1143.2 del Código Civil, cuando regula el derecho de regreso, no especifica el alcance y la medida de la cuota que corresponde a los acreedores en el plano interno¹⁶⁹. Pero se sostiene por la doctrina que es posible aplicar la presunción de que existen cuotas o partes iguales, aunque tal regla posee un mero valor interpretativo y supletorio¹⁷⁰.

En la PMCC ya sí se especifica, como novedad, en el art. 1145 que en las relaciones internas el crédito se presume dividido por partes iguales. Recoge también tal presunción el artículo 513-19.2 PCC, pero con la singularidad de que se exceptiona que lo contrario derive del título constitutivo o de las relaciones entre los acreedores. En Francia, antes de la reforma del código civil de 2016, no existe un precepto semejante para la solidaridad activa, pero se desprende del paralelismo con la solución dada para la solidaridad pasiva (art. 1213 Código: «*L'obligation contractée solidairement*

¹⁶⁴ «*Nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi.*

La parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente».

¹⁶⁵ «*Die Gesamtgläubiger sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen berechtigt, soweit nicht ein anderes bestimmt ist».*

¹⁶⁶ «*Solidary creditors are entitled to equal shares unless the contract or the law provides otherwise».*

¹⁶⁷ VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 1006. El tenor literal del precepto es el siguiente: «*In the case of solidary rights the creditors have equal shares».*

¹⁶⁸ El tenor del artículo es el siguiente: «*As among themselves, joint and several obligees are entitled to equal shares, unless the circumstances indicate otherwise».* Señala MEIER, S.: «*Commentary article 11.2.4 PICC»*, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (dir), Oxford University Press, 2015, p. 1264, en relación con el precepto incluido en los PICC, que si no hay una previsión expresa en el contrato, las cuotas pueden ser determinadas por la interpretación del contrato, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por su parte, el artículo 88.3 del Código Europeo de Contratos, elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), también prevé, en las relaciones internas, la división de la obligación solidaria en partes iguales entre todos los acreedores, salvo pacto en contrario. En el informe del coordinador sobre los artículos 42-88, se apunta que este párrafo tercero ha sido redactado teniendo en cuenta el artículo 1298 del Código Civil italiano. Véase ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS: *Code Europeen des Contrats*, Livre Premier, Gandolfi (coordinateur), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 240.

¹⁶⁹ «*El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá frente a los demás de la parte que les corresponde en la obligación».* Los actos a los que hace referencia el precepto en su párrafo primero son la novación, compensación, confusión o remisión de deuda hechas por cualquiera de los acreedores solidarios.

¹⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 224.

envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion»). Tras la reforma podría llegarse a la misma afirmación, ya que expresamente no se prevé más que la división interna de la obligación entre los codeudores solidarios y no entre los acreedores solidarios (artículo 1317 del Código: «*Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part*»).

[37] Otra cuestión es la regulación del derecho de regreso, es decir, la acción que se otorga a los coacreedores frente al acreedor que recibe la prestación íntegra o que ha realizado actos extintivos de la obligación, para que este último les restituya la cuota que les corresponde. Tal acción se regula para la solidaridad activa en el § 430 BGB (bajo la denominación «deber de compensación») y en el art. 1143.2 del Código Civil español (el precepto emplea de modo erróneo el término «responder», ya que lo que hay es un específico derecho de reembolso). Idéntico error comete el artículo 1137.4 PMCC, que señala que el acreedor que haya cobrado la deuda *responderá* frente a los demás de la parte que les corresponda en la obligación. Lo mismo puede afirmarse del artículo 513-19.1 de la PCC, aunque este precepto incluye, como novedad frente al art. 1137.4 PMCC, la admisión de la acción de regreso no solo en el caso del cobro de la deuda por uno de los acreedores sino también el caso de la realización de un acto extintivo de la deuda por un acreedor.

En otros ordenamientos, como en el francés (tanto antes de la reforma del código civil como después) y en el italiano, no hay regulación específica del derecho de regreso en la solidaridad activa, pero se ha mantenido que tal derecho de regreso puede hacerse derivar de los principios generales en materia de solidaridad, o bien activa o bien pasiva¹⁷¹. En el ordenamiento italiano se mantiene que tal derecho de regreso puede derivarse del art. 1298 del Código civil italiano, que reconoce que en las relaciones internas la obligación se divide entre los acreedores solidarios¹⁷². En particular, en el derecho francés solo se recoge expresamente un derecho de repetición del codeudor solidario que ha pagado la deuda entera frente a los otros codeudores, pero solo por la parte correspondiente a cada uno de ellos (artículo 1214 anterior a la reforma de 2016 y, con el mismo contenido, el nuevo artículo 1317-2.º del Código Civil francés).

Por su parte ni los PECL [(art. 10: 204 (2))] ni el DCFR [art. III-4: 206 (2)] ni los PICC [art. 11.2.4 (2)] contemplan en sentido propio

¹⁷¹ En Francia en este sentido FAGES, B.: *Droit des Obligations*, 3 ed., LGDJ, Paris, 2011, p. 460 núm. 488.

¹⁷² BAGGIO, S.: «Commentario al art. 1299 del Codice civile», *Commentario al Codice Civile*, Cendon, P. (dir), Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 2063.

el derecho de regreso, aunque sí cabe afirmar que queda reflejado de modo implícito en la obligación del acreedor que ha recibido más de lo que le corresponde de transferir el exceso a los otros acreedores en proporción a sus respectivas cuotas¹⁷³. Y desde luego un acreedor recibe más de lo que le corresponde cuando reclama al deudor la prestación íntegra. Esta obligación de devolución del exceso nunca es solidaria en el sentido de que ninguno de los otros acreedores puede reclamar al acreedor la totalidad de dicho exceso.

VII. CRÉDITOS COLECTIVOS O EN MANO COMÚN

1. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS

[38] Bajo la denominación de créditos colectivos se agrupan aquellos casos en que el derecho de crédito pertenece a un grupo de acreedores y ha de ser ejercitado conjuntamente por ellos, de tal manera que todos los acreedores juntos, en mano común, lo son de la totalidad de la prestación¹⁷⁴. El origen de tales créditos puede ser triple: cuando hay una objetiva indivisibilidad de la prestación, cuando se pacte por las partes aunque la prestación sea objetivamente divisible¹⁷⁵ y, en ausencia de los presupuestos anteriores, cuando el crédito pertenece a una patrimonio colectivo atribuido a varias personas (por ejemplo, patrimonio hereditario o patrimonio social)¹⁷⁶.

Los créditos parciarios, como se ha analizado en el epígrafe correspondiente, permiten que todos los acreedores participen en la recepción de la prestación en la medida en que cada acreedor puede reclamar al deudor su parte respectiva. Pero cuando la división del crédito no es posible, la figura de los créditos colectivos también asegura la participación de todos los acreedores sin dividir el obje-

¹⁷³ MORO ALMARAZ, M. J.: «Fuentes», cit. p. 81.

¹⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 211.

¹⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. p. 212, señala que en este concreto caso la mancomunidad responde al cumplimiento de fines empíricos buscados por las partes, a quienes les interesa que el derecho de crédito se ejercite de modo colectivo. Por ejemplo, si dos personas constituyen en una entidad bancaria un depósito de cien acciones de la sociedad X y pactan que, para cancelar el depósito o disponer de forma total o parcial del mismo, será preciso la firma conjunta de los dos depositantes.

¹⁷⁶ Explica PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: «Los sujetos de la obligación», cit. p. 127, que para distinguir si se está ante una obligación divisible o indivisible es preciso analizar en cada caso particular si la prestación o no es susceptible de ser ejecutada de modo parcial. Denomina indivisibilidad objetiva a aquella hipótesis en que, si la prestación se cumpliera de modo parcial, la obligación resultaría alterada o se haría inservible desde el punto de vista económico. Y nos encontramos ante una indivisibilidad subjetiva cuando la voluntad de las partes ha excluido el cumplimiento parcial de la obligación.

to del cumplimiento¹⁷⁷. Como estos obtienen la prestación en su conjunto, no corren el riesgo de ser engañados por parte del resto de los acreedores y de tener que acudir a un supuesto derecho de reembolso de difícil cumplimiento¹⁷⁸.

Cabe citar algunos ejemplos reconducibles a esta figura de los créditos colectivos¹⁷⁹:

A y B son miembros de una entidad sin personalidad jurídica, que abren una cuenta indistinta en una entidad bancaria. Ambos son acreedores colectivos de la misma (ejemplo 1).

Un grupo de amigos realiza un contrato de alquiler de vehículo con conductor para una excursión. Los amigos son acreedores colectivos, en cuanto dicho servicio solo puede llevarse a cabo en favor del grupo (ejemplo 2).

[39] Respecto al reconocimiento legal de la figura de los créditos colectivos cabe distinguir dos grupos de ordenamientos jurídico-nacionales.

Hay un primer grupo, como el francés y el italiano, que siguen inicialmente la tradición romanista, en cuanto el Derecho Romano clásico regulaba, junto a la solidaridad de origen contractual, la solidaridad objetiva que procedía de la naturaleza indivisible de la prestación, haciendo una equiparación en el tratamiento de ambas (si bien es cierto que el Derecho romano justiniano aplica un régimen especial a la segunda hipótesis alejándola de la solidaridad en su acepción estricta, y que al combinar pluralidad subjetiva con indivisibilidad objetiva le da unos rasgos característicos propios)¹⁸⁰. Esta doctrina se recoge en el Derecho Común y se incorpora al Código Civil francés de 1804 y a algunos de los Códigos que son influidos por él. Así, se considera que cada acreedor de la obligación indivisible está legitimado para exigir el cumplimiento en su integridad. Por tanto, los efectos de la indivisibilidad se aproximan a los de la solidaridad. Tal tradición reconoce en esencia, pues, los regímenes jurídicos de las obligaciones solidarias (al que adaptan las obligaciones indivisibles) y el de las mancomunadas (al que adaptan las obligaciones divisibles)¹⁸¹.

¹⁷⁷ MEIER, S.: «Plurality», cit. p. 1285.

¹⁷⁸ LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 9. Auf., Verlag C. H. Beck, München, 2011, p. 403 Rn. 1187.

¹⁷⁹ Algunos de estos ejemplos aparecen recogidos en el comentario al artículo 10:201 PECL. Véase LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles of European Contract Law*, cit. p. 78. En idéntico sentido los comentarios al artículo III.4:202 DCFR (VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 999).

¹⁸⁰ Consúltese GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario a los artículos 1137 a 1140 del Código Civil», cit. p. 206.

¹⁸¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a los arts. 1149-1151 Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, V. 2.º, Albaladejo, M. (dir), Edersa, Madrid, 1983, p. 411.

Dentro del ordenamiento italiano, muy significativo de esta aproximación de las obligaciones indivisibles a las solidarias es el art. 1319 del Código Civil, según el cual cada uno de los acreedores puede exigir la ejecución de la prestación entera. Ya he indicado, además, con anterioridad que la doctrina italiana deriva de la interpretación del art. 1317 del Código Civil que la obligación indivisible es una clase de obligación solidaria, en cuanto este precepto señala que las obligaciones indivisibles se regulan por las reglas de las obligaciones solidarias¹⁸². Pero tal precepto señala un doble límite a la aplicación de esta última normativa a las obligaciones indivisibles: El primer límite es la compatibilidad de las obligaciones indivisibles con la normativa de la solidaridad. Por ejemplo, una vez producido el cumplimiento, sí son aplicables a las relaciones internas entre coacreedores de una obligación indivisible las disposiciones sobre solidaridad relativas al regreso (arts. 1298 y 1299 del Código Civil). El segundo límite es la existencia de reglas especiales para las obligaciones indivisibles, que llevan consigo la derogación de la extensión de la normativa de las obligaciones solidarias a aquellas (arts. 1318-1320). Así, el art. 1320 otorga una disciplina específica para la remisión de la deuda, transacción, novación, compensación y confusión en las obligaciones indivisibles, distinta a la de las obligaciones solidarias.

Respecto a Francia, con anterioridad a la reforma de 2016, la doctrina también señala de forma unánime que los efectos de la indivisibilidad son muy próximos a los efectos de la solidaridad, al menos desde la perspectiva del cumplimiento y de la exigencia¹⁸³. De los artículos que regulan los efectos de las obligaciones indivisibles (arts. 1222 a 1225 del Código Civil), especialmente relevante es el artículo 1224.1.º, en cuanto señala que, en estas obligaciones, cada heredero del acreedor puede exigir la ejecución integral de la obligación.

La Ordenanza francesa de 2016 introduce ciertos cambios respecto al régimen anterior. Los artículos dedicados a las obligaciones divisibles e indivisibles (arts. 1217 a 1225) son sustituidos por el nuevo y único artículo 1320, que lleva por rúbrica «*L'obligation á prestation indivisible*»¹⁸⁴. Una novedad importante es que tanto la obligación de prestación indivisible como la obligación solidaria, ya diferenciadas, se consideran como dos subespecies autóno-

¹⁸² BAGGIO, S.: «Commentario al art. 1317 del Codice civile», *Commentario al Codice Civile*, Cendon, P. (dir), Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 2175.

¹⁸³ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE: *Droit Civil*, cit. p. 1255 núm. 1269.

¹⁸⁴ DISSAUX, N./JAMIN, C.: *Project de Réforme...* cit. pp. 174-175 estiman más acertada la nueva denominación de «obligación de prestación indivisible» que la de «obligación indivisible».

mas del género de la obligación de sujeto plural, regulándose cada una en un parágrafo distinto.

Explica el Informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza que el propósito que subyace a la nueva reglamentación es el deseo de simplificación del derecho. El aludido precepto reitera el rasgo característico de esta clase de créditos, ya presente antes de la reforma, de modo que cada uno de los acreedores puede exigir y reclamar el crédito total, aunque con ciertos cambios: por una parte, el anterior artículo 1224.1.º del Código solo se refería en su tenor literal a la hipótesis más restringida de reclamación del crédito por uno de los herederos del acreedor y, por otra parte, en el nuevo tenor literal se añade la expresión «sin perjuicio de la rendición de cuentas a los demás acreedores». El nuevo precepto, por último, también realiza afirmaciones claras en torno al régimen jurídico de este tipo de créditos, afirmando que un acreedor no puede disponer solo del crédito ni recibir el precio en lugar de la cosa¹⁸⁵.

Un segundo grupo de ordenamientos, aunque tampoco incluyen en sus códigos la denominación de «crédito colectivo» como tal, sí prevén un régimen específico, distinto al de la solidaridad y al de la parciariedad, para la pluralidad de acreedores de una obligación indivisible (y desde el punto de vista de la estructura de los códigos, ubican dicho régimen dentro de la sección dedicada a las formas de organización de la pluralidad de acreedores y deudores, y no en la parte dedicada a los efectos de las obligaciones indivisibles). Así, entroncan directamente con el antiguo derecho germánico, que reconocía la deuda y el crédito en mano común. Se trata del BGB y el Código Civil español.

En España el art. 1139 del Código Civil establece una regla especial para el caso de que la obligación no pueda dividirse y haya pluralidad de acreedores, exigiendo la actuación colectiva de estos para la eficacia de los actos perjudiciales para el crédito. En el Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888, junto a las obligaciones solidarias y parciarias, se fija el régimen de lo que podría denominarse «obligaciones en mano común» precisamente para las obligaciones indivisibles. En ese momento las obligaciones

¹⁸⁵ El tenor literal del art. 1320.1.º es el siguiente: «*Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose*». En efecto, si cada uno de los acreedores está legitimado para exigir y recibir el pago íntegro; no lo está, sin embargo, para adoptar una decisión por los otros coacreedores. Esto es, no podría aceptar una modificación de la ejecución de la obligación: esto se expresa en el precepto cuando enuncia que el acreedor accipiens no puede recibir el precio en lugar del bien. Véase CHANTEPIE, G./LATINA, M.: *La réforme du droit des obligations*, cit. p. 726.

indivisibles, en el derecho español, quedan desenganchadas de su tradicional adscripción al régimen de las obligaciones solidarias y, por consiguiente, de la tradición romanista¹⁸⁶. En la asimilación de las obligaciones indivisibles con el régimen de las obligaciones en mano común pesa, sin duda, la desaparición del principio de la división automática de las deudas y de los créditos del causante, que fundamentaba la organización tradicional de la obligación indivisible. Esta desaparición fue seguramente la causa de que se reorganizara el régimen de la indivisibilidad y que las obligaciones indivisibles ya no se aproximaran en la regulación del Código Civil español a las obligaciones solidarias¹⁸⁷. Por consiguiente, en las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos se produce un sistema de organización que debe ser calificado como obligaciones en mano común.

Pero tampoco puede afirmarse que el Código Civil español, abandonando dicha construcción romanista de las obligaciones indivisibles, haya adoptado en su totalidad la concepción germanista¹⁸⁸.

Efectivamente, la diferencia del Código Civil español con el BGB es que este último aplica el régimen de las obligaciones colectivas solo a los acreedores de una prestación indivisible (§ 432), pero no a las deudas indivisibles, a las que les aplica el régimen de la solidaridad (§ 431). Según el § 432 (1) BGB, que es el precepto que aquí interesa, el deudor solo puede realizar la prestación a todos de modo conjunto y cada acreedor solo puede reclamar la prestación para todos¹⁸⁹. Tampoco este último párrafo alude al concepto específico de «*crédito colectivo*» o «*en mano común*» (el precepto lleva por rúbrica «*Varios acreedores de una prestación indivisible*»), sino que es la doctrina la que acuña el concepto técnico para referirse a esta forma de pluralidad de acreedores: «*Mitgläubigerschaft*»¹⁹⁰.

[40] Tanto la PMCC como la PCC, dentro del ámbito nacional español, recogen ya importantes novedades respecto a la regulación del Código Civil. Por una parte, el artículo 513-4 PCC incorpora un concepto técnico propio para denominar a esta forma de

¹⁸⁶ Explica GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario a los artículos 1137 a 1140 del Código Civil», cit. p. 206, que en principio la tradición romanista es el régimen seguido también en el Derecho Histórico español, en el que se considera que la obligación indivisible plural coincide con la solidaria desde el punto de vista del cumplimiento.

¹⁸⁷ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil*, cit. p. 198.

¹⁸⁸ En este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a los arts. 1149-1151, Código Civil», cit. p. 411.

¹⁸⁹ «*Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern (...)*».

¹⁹⁰ MEDICUS/LORENZ: *Schuldrecht*, cit. p. 399.

organización básica de pluralidad de acreedores: habla de «obligaciones colectivas», denominación muy exacta teniendo en cuenta la naturaleza y rasgos característicos de este tipo de créditos. Más deficiente en este sentido es el artículo 1123.1.^a PMCC, que utiliza el término de «obligación mancomunada» para referirse a este tipo de obligación. Este último concepto sería muy adecuado también, dada la naturaleza de los créditos colectivos, si no fuera porque en el precepto siguiente, artículo 1124, emplea idéntica denominación de «obligación mancomunada» para referirse a las en realidad obligaciones parciarias.

Otro mérito de ambas propuestas españolas es que, con independencia de que la denominación utilizada sea más o menos adecuada, sí dejan ya perfectamente claros, frente al artículo 1139 del Código Civil, los rasgos característicos de esta forma de organización de la pluralidad de acreedores. Así, ambos mantienen que el deudor solo se libera pagando a todos los acreedores conjuntamente y que cualquier acreedor puede reclamar el pago para todos [en este sentido artículos 1123.1.^a PMCC y artículos 513-1.3 y 513-4 a) PCC]. La única afirmación que ambos textos conservan del artículo 1139 del Código Civil es la de que solo perjudican al derecho de los acreedores los actos colectivos de estos, idea sobre la que volveré más adelante.

La tercera novedad reseñable es que el tenor literal de los artículos aludidos de la PMCC y del PCC no asocian ya de forma exclusiva, frente a lo dispuesto en el artículo 1139 del Código Civil, los créditos colectivos a la noción de obligación indivisible. De hecho el artículo 513-2 a) PCC contiene la regla supletoria de que la obligación se considera colectiva si la prestación es material o jurídicamente indivisible, pero tal regla solo se aplica en defecto de lo señalado en el título constitutivo o en la ley.

[41] Sin ninguna duda la fuente de inspiración de las anteriores propuestas españolas es la regulación de los créditos colectivos presente en los textos base del futuro Derecho Contractual Europeo. Estos últimos incorporan la denominación «crédito colectivo» en su articulado, señalando con claridad sus rasgos definitorios y no asocian de forma exclusiva los créditos colectivos a la noción de obligación indivisible.

El art. 10:201 (3) PECL define el crédito colectivo como aquel en que el deudor debe cumplir la prestación a favor de todos los acreedores y aquel en que cada acreedor solo puede exigir el pago en beneficio de todos ellos¹⁹¹. Con idéntico contenido el art. III.-

¹⁹¹ «A claim is communal when the debtor must perform to all the creditors and any creditor may require performance only for the benefit of all».

4:202 (3) DCFR. Por su parte el art. 11.2.1 (c) PICC lo define como aquel en que todos los acreedores deben exigir la prestación de forma conjunta¹⁹². En la línea más novedosa de estos textos está el BW, cuyo art. 6:15 (2) explicita que cuando la prestación es indivisible o el derecho a la prestación se posee en comunidad los acreedores tienen conjuntamente un solo derecho de crédito¹⁹³.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

2.1 Regla general: Principio de actuación colectiva de todos los acreedores

Del carácter en mano común del derecho de crédito puede derivarse la idea de que las facultades inherentes al mismo han de ejercitarse de forma colectiva. Ahora bien, cabe preguntarse si esta actuación colectiva de todos los acreedores ha de predicarse solo de los actos perjudiciales (primera tesis) o bien de cualquier acto llevado a cabo por aquellos (ya sea beneficioso o perjudicial) (segunda tesis).

[42] La adopción de la primera tesis implica que *la realización de actos beneficiosos para el derecho de crédito no exige el principio de actuación conjunta*. En estos casos los actos hechos por uno de los acreedores beneficiarán a los demás. Desde esta perspectiva que legitima la actuación individual de los acreedores para los actos beneficiosos se aproxima la obligación en mano común a la obligación solidaria. No obstante, si se trata de actos perjudiciales para el derecho de crédito no se propagarán a los demás acreedores las consecuencias de dicho acto individual. La adopción de esta segunda tesis trae consigo un problema: la delimitación previa de los actos beneficiosos y perjudiciales, ya que la calificación de perjudicial o beneficioso realmente es apreciable *a posteriori*. Parecen, no obstante, beneficiosos todos aquellos actos que se dirijan a preservar la existencia del crédito o lo refuercen. Son perjudiciales,

¹⁹² «When several obligees can claim performance of the same obligation from an obligor: (c) the claims are joint when all obligees have to claim performance together». Ya he comentado con anterioridad que MEIER, S. («Commentary article 11.2.1 PICC», cit. p. 1245) considera que hay dos tipos distintos de créditos colectivos en los PICC, por una parte, y en los PECL y DCFR por otra. En ambos tipos de hipótesis el denominador común es que el deudor tiene que cumplir la prestación para todos los acreedores juntos, pero la diferencia radica en que en los créditos regulados en los PICC todos los acreedores tienen que reclamar juntos el cumplimiento, mientras que en los PECL y en el DCFR se permite que cada acreedor individual pueda reclamar, eso sí, siempre que sea en beneficio de los demás acreedores.

¹⁹³ «Where the obligation is indivisible or the right to it is held in community, they jointly have a single right of claim».

en cambio, los que pueden conducir a su extinción o disminución. Prototipo de esta tesis es el ordenamiento español.

El tenor literal del art. 1139 del Código Civil español señala que solo perjudican al derecho de los acreedores los actos colectivos de estos [en idéntico sentido se pronuncian los artículos 1123.1.ª PMCC y 513-4 a) PCC]. Este artículo, según explica *Caffarena*, excluye que un acreedor pueda perjudicar a los demás con una actuación individual¹⁹⁴. La duda se suscita con aquellos actos que no sean perjudiciales para los derechos de los acreedores. El texto del precepto parece admitir, a juicio del anterior autor, de modo implícito la eficacia frente a los coacreedores de una actuación individual en tales casos.

[43] La segunda tesis mantiene que *la actuación colectiva ha de predicarse de cualquier tipo de acto, ya sea beneficioso o perjudicial*. En esta línea se halla el ordenamiento jurídico alemán, que no permite la extensión de las actuaciones favorables llevadas a cabo por un acreedor a sus coacreedores.

Así se desprende del § 432 (2) BGB, que señala que un supuesto que solo afecta a la persona de un acreedor no tiene eficacia, ni a favor ni en contra, en el resto de los acreedores¹⁹⁵. Solo se permite la actuación individual de cada acreedor, con relevancia para todos, a la hora de exigir el cumplimiento al deudor [§ 432 (1) BGB].

Dos grandes cuestiones se plantean en torno a esta forma de pluralidad de créditos: La primera, quién puede reclamar y recibir el cumplimiento de la prestación. La segunda, si y con qué extensión, los acreedores podrán disponer del crédito.

2.2 Facultad de exigir el cumplimiento de la prestación

[44] Cabe distinguir dentro del actual panorama jurídico tres posibilidades en torno a la facultad de reclamar el cumplimiento de la prestación por un acreedor¹⁹⁶:

A. La primera es que cada acreedor puede exigir y recibir el total de la prestación de forma individual. Esta solución implica un peligro para el resto de los acreedores y constituye un rasgo característico de la solidaridad. Por ello esta fórmula se halla en ordenamientos que en un inicio ligan las obligaciones indivisibles a la

¹⁹⁴ CAFFARENA, J.: «Comentario al 1139 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, T. II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 123.

¹⁹⁵ «Im Übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger».

¹⁹⁶ Consúltense en MEIER, S.: «Plurality», cit. p. 1285.

solidaridad siguiendo la tradición romanista. Así, Italia (art. 1319 del Código Civil¹⁹⁷) y Francia (párrafo 1.º del art. 1224 del *Code Civil* anterior a la reforma de 2016¹⁹⁸). Tras la reforma de la Ordenanza sí cabe vislumbrar un cierto matiz en el nuevo artículo 1320.1.º del *Code* ya que, aunque sigue manteniendo que cada uno de los acreedores de una obligación de prestación indivisible puede exigir y recibir el pago de forma integral, no obstante añade una expresión que no venía recogida en el anterior artículo 1224.1.º del Código: sin perjuicio de la rendición de cuentas de tal acreedor a los otros coacreedores («*sauf à rendre compte aux autres*»). Esta expresión significaría que el acreedor tiene que conservar el pago que ha recibido¹⁹⁹.

B. La segunda posibilidad consiste en que todos los acreedores están obligados a exigir y recibir el cumplimiento juntos, de modo que, en el caso de incumplimiento del deudor, los procedimientos legales para reclamar la prestación iniciados por uno solo de los acreedores no tendrán inicialmente éxito. Prototipo de ello es el art. 11.2.1 PICC. Los *joint claims* en el *Common Law* se parecen a esta forma de organización de la pluralidad de acreedores de los PICC (*joint claims*) en que una acción de reclamación del cumplimiento de la obligación solo puede ser interpuesta por los acreedores de modo conjunto, pero se diferencian en que, mientras que en el *Common Law* cada acreedor tiene el poder de recibir la prestación, en la figura prevista en los PICC los acreedores tienen que exigir dicha prestación del deudor de modo colectivo también²⁰⁰. Por consiguiente, de acuerdo con la institución regulada en el *Common Law* el pago a cualquier acreedor posee efectos liberatorios para el deudor, mientras que en la incluida en los PICC sucede lo contrario²⁰¹.

En la preparación del texto de la tercera edición de los PICC del año 2010 algunos miembros objetaron que el requisito de que todos los acreedores tuvieran que exigir de forma conjunta el cumplimiento era inapropiado en un contexto internacional, en el cual las partes pueden estar lejos unas de otras. El borrador de los PICC de la tercera edición del año 2008 contenía una regla según la cual los

¹⁹⁷ «*Ciascuno dei creditori può esigere l'esecuzione dell'intera prestazione*».

¹⁹⁸ «*Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible*».

¹⁹⁹ En este sentido, CHANTEPIE, G./LATINA, M.: *La réforme du droit des obligations*, cit. p. 726.

²⁰⁰ MEIER, S.: «*Commentary article 11.2.1 PICC*», cit. pp. 1248-1249.

²⁰¹ PEEL E.: *Treitel on the Law of Contract*, cit. p. 688 para. 13.032. Pero esta regla general puede variar según cada contrato, y tal variación puede derivarse del curso de los tratos. Así, si varias personas tienen una cuenta colectiva en un banco, y el usual curso de los tratos es hacer pagos solo con la autorización de todos ellos, un pago hecho a uno sin la autorización de los otros no libera a la entidad bancaria.

acreedores estaban obligados a reclamar juntos el pago excepto que las circunstancias indicaran otra cosa. Sin embargo esta regla fue abandonada en el texto final de los PICC. La exigencia de que los acreedores tengan que exigir el cumplimiento de forma conjunta forma parte ahora de la definición de los *joint claims*, sin la excepción antes aludida²⁰².

El mayor obstáculo que presenta esta alternativa es que, a veces, puede dificultarse con ella el cumplimiento del derecho en caso de que un acreedor rechace unirse al procedimiento judicial de reclamación del crédito (quizás confabulándose incluso con el deudor). El articulado de los PICC no regula si los otros acreedores pueden entonces añadir directamente en la demanda de reclamación a dicho acreedor como un demandado (que parece ser posible en caso de las *common law joint claims*²⁰³), o bien tienen que realizar alguna acción previa contra él para intentar obtener su acuerdo para la demanda²⁰⁴.

Es cierto que el obstáculo mencionado con anterioridad puede ser evitado si todos los acreedores se conceden, de forma previa, un poder de representación unos a los otros, o a uno de entre ellos, o a una tercera parte, para poder reclamar la prestación en nombre de todos ellos. Con el fin de eliminar el riesgo de que uno de los acreedores frustre el procedimiento judicial de reclamación revocando el poder, podrán acordar otorgar uno con carácter irrevocable; sin embargo, no es claro que tal posibilidad fuera aceptada por un tribunal²⁰⁵.

C. La tercera opción es que cada acreedor individual tiene derecho a exigir que el deudor cumpla la prestación para todos los demás acreedores, y cada acreedor solo puede exigir el pago en beneficio de todos los coacreedores. Esta es la fórmula adoptada por el § 432 (1) BGB y los artículos 10:201 (3) PECL y III.-4:202 (3) DCFR. También acogen esta alternativa, de forma novedosa frente al artículo 1139 del Código Civil español (que guarda silencio en este punto), los artículos 1123.1.º PMCC y 513-4 a) PCC. Ambos artículos tienen el mismo tenor literal: Si son varios los acreedores «*el deudor solo se libera pagando a todos conjuntamente, y cualquier acreedor puede reclamar el pago para todos*».

²⁰² MEIER, S.: «Commentary article 11.2.1 PICC», cit. p. 1249.

²⁰³ Efectivamente, como he apuntado antes, si una promesa es hecha *jointly*, todos los acreedores deben ser partes en la acción de reclamación del cumplimiento. Pero si uno de los acreedores no está dispuesto a unirse al procedimiento, la única exigencia previa es que se le debe ofrecer una indemnización por los gastos del pleito; si él, sin embargo, rechaza unirse al procedimiento entonces él puede ser añadido como codemandado. Consúltense PEEL, E.: *Treitel on The Law of Contract*, cit. p. 686 para. 13-023.

²⁰⁴ MEIER, S.: «Commentary article 11.2.1 PICC», cit. p. 1249.

²⁰⁵ MEIER, S.: «Commentary article 11.2.1 PICC», cit. p. 1249.

[45] A continuación, por su mayor interés para el ordenamiento jurídico español, voy a analizar ciertas dificultades que pueden surgir en caso de adoptarse esta tercera posibilidad mencionada.

A. En primer lugar, el deudor puede encontrarse con la dificultad de que, al tener que cumplir la prestación para todos los acreedores, alguno de estos rechace dicha prestación o no pueda recibirla. Los anteriores textos mencionados, partidarios de la última opción, incluyen una norma protectora del deudor, permitiendo que pueda liberarse de su obligación de cumplimiento depositando el bien o el dinero ante un tercero. Así, los arts. 10: 203 PECL y III.-4: 205 DCFR²⁰⁶. Una norma similar está en el § 432 (1) inciso segundo BGB, que prevé la consignación de la cosa debida para todos, o en caso de que no sea apta para la consignación, la entrega a un depositario nombrado judicialmente. Aunque ni el Código Civil español ni la PMCC recogen un precepto semejante, es posible alcanzar un resultado similar aplicando los mecanismos generales de la consignación y del depósito (arts. 1176 ss del Código Civil). Ahora bien, el artículo 513-4 b) PCC sí apunta de forma expresa, en la línea de los textos europeos mencionados, la liberación del deudor mediante la consignación: «*Si alguno de los acreedores rechaza el pago o no puede recibirlo, el deudor puede liberarse mediante la consignación*».

B. Un segundo problema derivado de este tercer modelo es que el deudor no cumpla su obligación de pago y se pretenda la demanda judicial pidiendo el cumplimiento. Se duda si existe un litisconsorcio activo necesario y si, por tanto, el deudor, cuando no es demandado por la totalidad de los acreedores, puede oponer una excepción fundada en una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal. Así como es claro que la reclamación extrajudicial del cumplimiento es un acto beneficioso (y por ello cabría legitimación activa individual para tal reclamación), no es tan evidente que lo sea, al menos *a priori*, el ejercicio judicial del derecho de crédito, en la medida en que solo la sentencia hará posible su calificación como beneficioso o perjudicial.

En concreto, los comentarios al artículo 10: 201 PECL²⁰⁷ plantean la duda de si los acreedores deben actuar de manera conjunta

²⁰⁶ El ejemplo que cita el comentario al art. 10:203 PECL es el siguiente: A y B compran un coche de segunda mano a C. B no puede recibir la prestación de C porque se encuentra hospitalizado ni puede por ello dar un mandato de cobro a A. C no puede entregar el coche a A únicamente, al tratarse de un crédito colectivo. C tiene la posibilidad de entregar el coche en depósito a una tercera persona en favor de los dos acreedores. Consúltese el ejemplo en LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles...*, cit. p. 81. El mismo ejemplo se recoge en el comentario al art. III.-4:205 DCFR (VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 1005).

²⁰⁷ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles*, cit. p. 79.

contra el deudor que no cumple, o si basta que uno de ellos actúe en beneficio de los demás. Se responde a dicha cuestión sosteniendo que el propio artículo 10:201 (3), al señalar que «cada acreedor solo puede exigir el pago en beneficio de todos ellos», está facilitando la posibilidad de reclamar lo debido por uno solo y permite a los acreedores evitar la paralización que supondría en otro caso la inactividad de uno de ellos. En otros ordenamientos, como el español, aunque se guarda silencio en el articulado (así, el art. 1139 del Código Civil para la pluralidad activa, pero no para la solidaridad pasiva), la mayoría de la doctrina se pronuncia a favor del ejercicio individual del derecho de crédito siempre que el demandante pida el cumplimiento para todos los acreedores²⁰⁸. Parecen hallarse en esta misma línea los arts. 1123.1.^a PMCC y 513-4 a) PCC, cuando permiten de modo expreso que «cualquier acreedor puede reclamar el pago para todos».

En idéntico sentido se pronuncian los comentarios al artículo III.-4: 202 DCFR²⁰⁹ y el Código Civil holandés. Respecto a este último sostiene *Busch*, que en virtud del artículo 3: 171 BW, cabe concluir que un acreedor colectivo no debería depender de los otros acreedores si quiere interponer procedimientos judiciales contra el deudor; pero, claro, siempre que trate de obtener una decisión judicial para el beneficio de la comunidad²¹⁰.

²⁰⁸ CAFFARENA, J.: «Comentario al artículo 1139 del Código Civil», p. 124. El silencio del artículo 1139 del Código Civil en cuanto a la mancomunidad activa ha sido interpretado de formas muy distintas respecto al ejercicio judicial del derecho de crédito. Para una primera tesis ha de solucionarse aplicando el régimen supletorio de la comunidad de bienes y, en concreto, el artículo 397 del Código, al ser la reclamación judicial del crédito un acto de disposición y no de administración. Por consiguiente, todos los acreedores deberían reclamar de forma colectiva y si solo lo hace uno de ellos, el deudor podría alegar la excepción de defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal. Una segunda alternativa mantiene que cualquiera de los acreedores tiene la facultad de reclamar el cumplimiento y que, por tanto, es de ejercicio individual. Se han alegado en su favor los antecedentes históricos del Proyecto de 1851 (que incluía tal solución) y la regla del artículo 1772 del Código Civil para el depósito. Por último, la tercera posibilidad, intermedia, permite que cualquiera de los acreedores ejercite el derecho de crédito y, aplicando la solución dada por el Tribunal Supremo para la comunidad de bienes, la sentencia solo afecta al resto de coacreedores en lo que les beneficia. Pero, claro, de antemano no puede discernirse si tal acto será beneficioso o perjudicial. Sobre las diferentes tesis véase Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit. pp. 213-215.

No obstante, señala RAMÓN CHORNET, J. C.: «Comentario al art. 1139 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Volumen III, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (dirs), 2.^a edición, Thomson Reuters Civitas, 2016, p. 279, que el debate acerca de la existencia de un litisconsorcio activo necesario en la doctrina aún sigue vivo. Hay jurisprudencia para lo que no cabe hablar de tal tipo de litisconsorcio y la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 parece ir en esta línea, ya que ni siquiera contempla el litisconsorcio activo necesario en el art. 12.2, que únicamente se refiere al pasivo.

²⁰⁹ VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. pp. 999-1000.

²¹⁰ «Plurality», cit. p. 73. De distinta posición es el ordenamiento inglés, ya que cuando una promesa es hecha colectivamente a varias personas, todas ellas deben ser partes en el proceso. Si uno de los acreedores no está dispuesto a demandar, el que sí lo desea

C. Una última cuestión a plantearse sería si, ante el incumplimiento del deudor, debe requerirse también el principio de actuación colectiva de los acreedores para resolver el contrato. No soluciona dicha cuestión ni el articulado ni de los PECL ni el del DCFR, pero sí los comentarios a los artículos 10: 201 PECL y III.4: 202 DCFR, que señalan que para resolver el contrato todos los acreedores deberán ponerse y actuar de acuerdo²¹¹. En los comentarios al artículo 10:201 PECL²¹² se cita el siguiente ejemplo: Si un grupo de amigos ha alquilado un coche con conductor para realizar una excursión, y el conductor incumple al no presentarse el día fijado, la resolución del contrato requiere que todos los amigos comuniquen la decisión conjuntamente al conductor o que autoricen a uno de los acreedores para que actúe en nombre de todos los demás.

Los artículos 1139 del Código Civil español, 1123.1.^a PMCC y 513-4 PCC tampoco se refieren a este problema particular.

Esta materia ha tenido particular relevancia en el Tribunal Supremo español, sobre todo en relación a la resolución del contrato de compraventa de un bien en comunidad por parte de los comuneros vendedores. En muchas de sus decisiones exige la concurrencia de la unanimidad de los comuneros vendedores para instar la resolución del contrato de compraventa de dicho bien²¹³. El fundamento de dichas decisiones radica en que la resolución lleva consigo la extinción de la relación obligatoria y constituye un acto de disposición del crédito: Si uno de los comuneros resuelve por sí solo se infringe el artículo 397 del Código Civil, ya que la extinción del derecho al precio del bien vendido y su sustitución por otro bien (la devolución de la cosa) supone una alteración que ha de ser consentida por todos los comuneros. *Miquel González* mantiene que para esclarecer esta cuestión hay que distinguir, como dos cuestiones diversas, quién puede resolver mediante la oportuna declaración de voluntad (aquí es claro que todos los conductores deben resolver por el todo) y por otra parte, una vez resuelto el contrato, quién puede exigir las consecuencias de la resolución ya producida (sin duda podría ya permitirse que lo hiciera uno solo de

ha de ofrecerle una indemnización por los gastos. En caso de que todavía rechace demandar, puede ser incluso demandado (véase PEEL, E.: *Treitel on The Law*, cit. pp. 608-609 núm. 13-021).

²¹¹ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles*, cit. p. 79 y VON BAR/CLIVE: *Principles*, cit. p. 1000.

²¹² LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN: *Principles*, cit. p. 79.

²¹³ Consúltese las SSTS 7.5.1999 (RJ 1999, 4251), 20.1.2000 (RJ 2000, 58), 18.11.2000 (RJ 2000/9309) y 10.10. 2006 (6470). Un análisis jurisprudencial sobre el tema en GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: «Resolución del contrato sobre el bien en comunidad. Legitimación activa de los comuneros», *ADC*, fasc. IV, 2003, p. 1679.

los condueños). Aquí podría aplicarse la doctrina jurisprudencial en torno a la permisión del ejercicio de acciones por un comunero en beneficio de todos los demás para recuperar las cosas objeto del contrato²¹⁴.

Distinto del caso de la resolución del contrato de compraventa del bien en comunidad por parte de los comuneros-vendedores se plantea el supuesto de la admisión de la resolución parcial por la parte del condueño que quiere resolver cuando los otros se niegan, es decir, aquel quiere resolver solo por su cuota. La consecuencia del efecto restitutorio de la resolución es que el comunero o comuneros que optan por la resolución recuperan su cuota de participación sobre el bien vendido constituyéndose una nueva comunidad sobre el bien integrada por los vendedores que deciden resolver y el comprador. Pero se podría objetar, con razón, que el comprador no podría ser obligado a aceptar dicha resolución parcial en cuanto ello implicaría imponerle una transformación del objeto del contrato cuando, al fin y al cabo, la venta se ha llevado a cabo de modo conjunto por todos los comuneros en un solo contrato²¹⁵.

2.3 Poder de disposición del crédito

La segunda cuestión planteada en los créditos conjuntos es si, y con qué extensión, los acreedores podrán disponer del crédito.

[46] Una primera tesis exige la actuación colectiva de los acreedores para llevar a cabo cualquier tipo de acto (sea perjudicial o beneficioso).

De este modo el § 432 (2) BGB señala que un supuesto que solo afecta a la persona de un acreedor no posee eficacia, ni a favor ni en contra, de los demás acreedores. Se señala²¹⁶, como ejemplos, que si el requerimiento al deudor solo procede de un acreedor aquel solo incurre en mora frente al requirente, y también que la

²¹⁴ «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, Vol. 2.º, Albaladejo (dir), Edersa, Madrid, 1985, p. 92. Señala CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario al artículo 1124 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (dirs), Volumen III, Thomson Reuters Civitas, 2.ª edición, 2016, p. 232 que, en caso de admisión del ejercicio extrajudicial de la resolución, opción que a su juicio es preferible al ejercicio judicial de la misma, lo que habrían de realizar de modo colectivo los acreedores es la declaración de voluntad precisa para que la resolución tenga lugar.

²¹⁵ En este sentido GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: «Resolución», cit. pp. 1686-1693. Por el contrario, a favor de la resolución parcial MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Comentario al artículo 394 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Bercovitz, R./Diez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 1078.

²¹⁶ MEDICUS/LORENZ: *Schuldrecht*, cit. p. 399.

sentencia firme solo produce efectos para los acreedores intervinientes en el proceso.

El ordenamiento francés también se enmarca en esta misma dirección. Ya antes de la reforma de 2016 el anterior artículo 1224.2.º del Código Civil señalaba que cada uno de los herederos del acreedor no podía, solo, ni condonar al deudor la totalidad de la deuda ni recibir el precio en lugar de la cosa. Con mayor claridad y con carácter más amplio el nuevo artículo 1320.1.º del Código prohíbe que cada uno de los acreedores en las obligaciones de prestación indivisible pueda, él solo, disponer del crédito o recibir el precio en sustitución del bien. Al no precisar si el acto de disposición es perjudicial o no, parece que ha de interpretarse que la prohibición para su realización con carácter individual abarca cualquier tipo de acto, ya sea beneficioso o perjudicial²¹⁷.

[47] Para una segunda tesis solo se requiere la actuación colectiva para los actos perjudiciales, no para los beneficiosos. Así, estará legitimado de modo individual cada acreedor para realizar, con eficacia para los demás, los actos encaminados a preservar la existencia del crédito o su reforzamiento (a título ejemplificativo, intimidación al deudor para constituirlo en mora o interrupción de la prescripción del crédito en beneficio de la comunidad). Se exigirá la actuación colectiva para los actos dirigidos a la extinción o a la disminución del crédito (condonación de deuda, confusión, cesión del crédito...).

En este sentido el tenor literal del artículo 1139 Código Civil, del artículo 1123.1.ª PMCC y del artículo 513-4 a) PCC establecen de forma expresa que «Solo perjudican al derecho de los acreedores los actos colectivos de estos». Por consiguiente, de ellos se deduce que para la realización de los actos perjudiciales se precisa el concurso de todos los acreedores²¹⁸. La duda se suscita, tal y

²¹⁷ Explican CHANTEPIE, G./LATINA, M.: *La réforme du droit des obligations*, cit. p. 726, que del art. 1320.1.º del Código cabe deducir que el acreedor tiene que conservar el crédito que ha recibido, puesto que ha de rendir cuentas a los otros coacreedores, y ello excluye que pueda disponer del crédito por su propia iniciativa.

²¹⁸ Así, la doctrina española, en relación con el derecho vigente, ha sostenido que ni la remisión de la deuda, ni la confusión ni la compensación entre uno de los acreedores y el deudor común impiden a los demás acreedores exigir el cumplimiento total de la obligación (véase GUILARTE, V.: «Comentario a los arts. 1137-1140 del Código Civil», cit. p. 209). En concreto, en cuanto a la confusión, no hay regulación expresa al respecto en el Código Civil para las obligaciones indivisibles: el artículo 1194 solo se refiere a a las «deudas mancomunadas divisibles», y sigue el criterio dispuesto en el artículo 1138 del Código Civil, esto es, la confusión parcial: «*La confusión no extingue la deuda mancomunada sino en la porción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurran los dos conceptos*». No parece haber inconveniente en aplicar también dicha norma a los créditos parciales. Ante la laguna legal sobre el régimen jurídico de la confusión en las obligaciones indivisibles, la doctrina ha mantenido la necesidad de buscar una solución mediante las reglas generales de dichas obligaciones (arts. 1139 y 1150 del Código Civil). La extinción parcial de la obligación no es posible, de modo que la obligación subsiste aunque se pro-

como he explicado con anterioridad, en relación con los actos beneficiosos para los derechos de los acreedores. Del tenor literal de los anteriores preceptos parece concluirse, *a sensu contrario*, la eficacia, frente a todos los coacreedores, de una actuación individual en estos últimos casos.

Tanto los PECL como el DCFR guardan silencio al respecto, pero parece claro, sin embargo, que si, tal y como recogen en su articulado, un acreedor puede por sí solo reclamar el cumplimiento en beneficio de todos los acreedores [artículos 10: 201 (3) PECL y III.-4:202 (3) DCFR], debería concluirse también la legitimación individual para llevar a cabo otros actos que sean igualmente ventajosos para el resto de los acreedores.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS: *Code Européen des Contrats*, Livre Premier, Gandolfi (coordinateur), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Libros Quinto y Sexto, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- BAGGIO, S.: «Comentario art. 1294 *Codice Civile*», Cendon, P. (dir), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 2023-2028.
- «Comentario art. 1299 *Codice civile*», CENDON, P. (dir), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 2051-2064.
- «Comentario art. 1317 *Codice Civile*», Cendon, p. (dir), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 2175-2182.

duzca la confusión en alguna de las partes (INFANTE RUIZ, F. J.: «Comentario al artículo 1194 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Volumen III, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (dirs), 2.ª edición, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2016, p. 450). Por su parte GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: «Comentario al artículo 1194 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./ Paz-Ares, C./ Salvador, P. (dirs) 2.ª edición, Ministerio de Justicia, 1993, p. 278, sostiene que, ante la imposibilidad de la extinción parcial, la obligación se transforma de modo automático en una indemnización de daños y perjuicios (artículo 1150 del Código Civil), aplicándose entonces el régimen de las obligaciones mancomunadas divisibles. Mantiene, por su parte, SANTOS MORÓN, M. J.: «Comentario al 1194 del Código Civil», cit. p. 1328 que, aunque esta última solución pudiera ser preferible para los interesados en los supuestos de indivisibilidad acordada por las partes, a su juicio tal solución no tiene que aplicarse en todo caso, en especial en las hipótesis de indivisibilidad material, donde puede darse como resultado un régimen de comunidad. Cita el siguiente ejemplo: si A y B compran un caballo que es propiedad de C, y A, comprador, hereda al vendedor, la relación no se extingue, y B puede perfectamente exigir a A, que ha adquirido la propiedad del caballo, que le transmita la cuota que le corresponde recibir en concepto de comprador, abonándole, por supuesto, la parte del precio de la compraventa que le correspondía entregar a C (vendedor). En cuanto a la compensación entre el deudor y uno de los acreedores, no cabe la extinción de la obligación. En lo que respecta a la compensación, no puede producirse porque falta la identidad de sujetos. El crédito del grupo frente al deudor no se compensa con el crédito que el deudor ostente contra uno de los miembros del grupo. En este sentido DÍEZ-PICAZO, L: *Fundamentos*, cit. p. 215.

- BARRES BENLLOCH P./EMBED IRUJO, J. M. /MARTÍNEZ SANZ, F.: *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Parte III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a los arts. 1149-1151 Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, V. 2.º, Albaladejo, M. (dir), Edersa, Madrid, 1983, pp. 412-465.
- «La reforma francesa del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016 (BIB 2016/860).
- BREMOND, V.: «L'obligation solidaire: emplacement et statut commun», *Blog Réforme du Droit des Obligations*, Dalloz, 2015 (www.reforme-obligations.dalloz.fr/2015/06/03/lobligation-solidaire-emplacement-et-statut-commun) (fecha de consulta: junio 2017).
- BUSCH, D.: «Plurality of creditors», *The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law*, vol. II, Busch, D./Hondius, E./Van Kooten, H./Schelhaas, H. (eds), Kluwer Law International, 2006, pp. 54-76.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la Prescripción (Estudio preliminar y traducción)», *ADC*, Tomo LX, fasc. II, 2007, pp. 621-848.
- CABRILLAC, R.: *Droit des obligations*, 12^e édition, Dalloz, 2016.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: «Comentario al artículo 1138 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, T. II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), 2.^a edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 120-122.
- «Comentario al artículo 1139 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, T. II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), 2.^a edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 122-124.
- «Comentario al artículo 1141 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, T. II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), 2.^a edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 127-130.
- «Comentario al 1142 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, T. II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), 2.^a edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 130-132.
- «La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen», *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, Caffarena y Ataz (coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CARRASCO PERERA, A. F.: «Comentario al artículo 1137 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8361-8367.
- «Comentario al artículo 1138 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8368-8373.
- «Comentario al artículo 1141 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8388-8392.
- «Comentario al artículo 1142 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8393-8396.
- «Comentario al artículo 1143 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8397-8409.
- CATALÁ, P.: *Avant-projet de réforme du Droit des Obligations et de la Prescription*, La documentation Française, Paris, 2006.

- CHANTEPIE, G./LATINA, M.: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, Dalloz, 2016.
- CIAN, G./TRABUCCHI, A.: *Commentario Breve al Codice Civile*, 10.^a ed, Cedam, Padova, 2011.
- CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario al artículo 1124 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Volumen III, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (dirs), 2.^a edición, Thomson Reuters Civitas, 2016, pp. 225-235.
- CLIVE, E.: «PECL III-An Overview and Assessment», *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Vaquer, A. (ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 15-22.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, enero, 2009, pp. 3-70 (www.mjusticia.gov.es/cs/Satellite/Portal/1292427518878) (fecha de consulta: junio 2017).
- DACORONIA, E.: «PECL III-Plurality of creditors. A comparison with the Greek Civil Code», *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Antoni Vaquer (ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 51-67.
- DESHAYES, O.: «De la pluralité de sujets», *Par une Réforme du Régime Général des Obligations*, Terré, F., (dir), Dalloz, 2013, pp. 79-91.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.^a ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- «La propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril, 2011, pp. 1-9.
- DISSAUX, N./JAMIN, C.: *Projet de Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations*, Dalloz, Paris, 2015.
- FAGES, B.: *Droit des Obligations*, 3^{ed.}, LGDJ, Paris, 2011.
- FENOY PICÓN, N.: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera. Aspectos Generales. El incumplimiento», *ADC*, T. LXIII, fascículo I, enero-marzo, 2010, pp. 47-136.
- FONTAINE, M.: «Position paper on plurality of obligors and/or obligees». *Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts (Third edition)*, Second session, Rome, 4-8 June 2007 (<http://www.unidroit.org/english/documents/2007/study50/s-50-102-e.pdf>) (fecha de consulta: junio 2017).
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «Comentario a la STS 8.2.1991», *CCJC*, núm. 25, 1991, pp. 273-284.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C.: *Solidaridad y Derecho de Daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson Civitas, 2007.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: «Comentario al artículo 1194 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), 2.^a edición, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 278-280.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: «Resolución del contrato sobre el bien en comunidad. Legitimación activa de los comuneros», *ADC*, fasc. IV, 2003, pp. 1675-1699.

- GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario arts. 1137-1140 Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, Vol. 2.º, Albaladejo, M. (dir), Edersa, Madrid, 1983, pp. 190-261.
- «Comentario al artículo 1141 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XV, Vol. 2.º, Albaladejo (dir), Edersa, Madrid, 1983, pp. 261-283.
- «Comentario al artículo 1142 Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, V. 2.º, Albaladejo (dir), Edersa, Madrid, 1983, pp. 283-292.
- «Comentario al artículo 1146 Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XV, V. 2.º, Albaladejo (dir), Edersa, Madrid, 1983, pp. 363-379.
- HARKE, J. D.: *Allgemeines Schuldrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2010.
- INFANTE RUIZ, F. J.: «Comentario al artículo 1194 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Volumen III, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (dirs), 2.ª edición, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2016, pp. 450-451.
- JEREZ DELGADO, C.: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Colección Derecho Privado, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- KASER, M.: *Derecho Romano Privado*, Versión directa de la 5.ª edición alemana por Santa Cruz Teijeiro, 1.ª edición, Reus, 1968.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. 1.º, 5.ª edición revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011.
- LANDO, O./CLIVE, E./PRÜM, A./ZIMMERMANN, R. (eds): *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003.
- LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 9. Auf., Verlag C. H. Beck, München, 2011.
- MALAURIE, F./AYNÉS, L./STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit Civil. Droit des Obligations*, 7 éd., LGDJ, Paris, 2015.
- MALO VALENZUELA, M. A.: «Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo», *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1419-1466.
- MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1194 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8810-8816.
- MEDICUS, D./LORENZ, S.: *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, 21. Auf, Verlag C. H. Beck, München, 2015.
- MEIER, S.: «Commentary article 11.2.1 PICC», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (dir), 2th ed., Oxford University Press, 2015, pp. 1244-1254.
- «Commentary article 11.2.2 PICC», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (dir), 2th ed., Oxford University Press, 2015, pp. 1255-1257.
- «Commentary article 11.2.3 PICC», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (dir), 2th ed., Oxford University Press, 2015, pp. 1258-1263.
- «Commentary article 11.2.4 PICC», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer (dir), 2th ed., Oxford University Press, 2015, pp. 1264-1265.

- «Plurality of creditors», *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, V. II. University Press, Oxford, 2012, pp. 1285-1288.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Comentario al artículo 394 Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, V. 2.º, Albaladejo (dir), Edersa, Madrid, 1985, pp. 70-101.
- «Comentario al artículo 394 Código Civil», *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Paz-Ares, C./Salvador, P. (dirs), Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 1075-1078.
- MORO ALMARAZ, M. J.: «Fuentes de solidaridad activa y poderes de actuación de los acreedores solidarios», *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Vaquer, A. (ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 69-101.
- MUÑOZ PLANAS, J. M.: *Cuentas bancarias con varios titulares*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003.
- «Titularidad y “propiedad” en las cuentas bancarias indistintas», *Instituciones del Mercado Financiero. Contratos bancarios*, Vol. II, Alonso Ureba, A./Martínez-Simancas, J. (dirs), Sopec, Madrid, 1999, pp. 427-479.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F.: «Comentario al artículo 1142 Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (dir), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1269-1270.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: «La solidaridad activa en el derecho contractual europeo: Aplicación a las cuentas bancarias con pluralidad de titulares indistintos», *Derecho Contractual Europeo*, Bosch, E. (dir), Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya (coord.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 491-505.
- PEEL, E.: *Treitel on The Law of Contract*, 14 th edition, Thomson Reuters Sweet & Maxwell, 2015.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: «Los sujetos de la obligación», *Curso de Derecho Civil (II). Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Vol. II, Martínez de Aguirre, C/ De Pablo Contreras, P./Pérez Alvarez, M. A./Parra Lucán, A., reimpresión de la 4.ª edición, Edisofer, 2016, pp. 103-131.
- RAMÓN CHORNET, J. C.: «Comentario al art. 1139 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Volumen III, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (dirs), 2.ª edición, Thomson Reuters Civitas, 2016, pp. 276-279.
- «Comentario al artículo 1142 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Volumen III, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R., 2.ª edición, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2016, pp. 284-285.
- RIEDLER, A.: «Plurality of creditors in the Austrian, French, Swiss and German Law», *European Review of Private Law* 3: 349-354, 1999.
- SANTOS MORÓN, M. J.: «Comentario al art. 1194 Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (dir), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1328.
- SINESIO, D.: «Le specie delle obbligazioni», *Diritto Civile III. Obbligazioni*, vol. I, Lipari, N./Rescigno, P. (dirs), Zoppini, A. (coord.), Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 393-438.
- TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil. Les obligations*, 10 éd., Dalloz, Paris, 2009.
- UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016 (www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf) (fecha de consulta: junio 2017).

VON BAR, C./CLIVE, E. (eds): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. I, Sellier, Munich, 2009.

WARENDORF, H./THOMAS, R./CURRY-SUMMER, I.: *The Civil Code of the Netherlands*, Wolters Kluwer, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2009.



La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos*

NIEVES FENOY PICÓN
Prof. Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La regulación del error en los contratos del Código civil es antigua y parca, y no refleja la doctrina de los autores, ni su aplicación práctica por los tribunales, siendo conveniente su reforma. La cuestión es cómo hacerse. Para responderlo, en el trabajo se analizan diferentes modelos de regulación del error en los contratos, teniendo en cuenta la distinción error vicio/error en la declaración. Categorizando, puede distinguirse entre: a) el modelo tradicional: Código civil, Code civil francés antes de su reforma de 2016, algunos Códigos civiles latinoamericanos; b) el modelo tradicional actualizado: Code civil tras su reforma de 2016; y c) el modelo moderno: Principles of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference, Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, Derecho holandés, Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales, Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos, Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Propuesta para el Código civil de Cataluña de los profesores Bosch/del Pozo/Vaquero. Por otro lado, hay que tener en cuenta al Derecho inglés. La adopción, en el error, de uno u otro modelo es decisión de política legislativa, en cuyo trasfondo se entremezclan los principios de autorresponsabilidad, de confianza y seguridad del tráfico jurídico, y el logro de una buena y equilibrada regulación. La regulación moderna del error responde, en principio, a lo anterior y existe una tendencia favorable a ella.

* En el marco del Proyecto DER2014-53972-P, Ministerio de Economía y Competitividad.

En los sistemas jurídico continentales, la imposibilidad inicial, total, absoluta y definitiva se ha tratado tradicionalmente como supuesto de nulidad absoluta del contrato. Pero, hay también sistemas jurídicos que para aquélla admiten la validez del contrato y permiten que el contrato pueda anularse (por error, dolo) y aplican, en ocasiones, el régimen del incumplimiento contractual. Otras veces, aquella imposibilidad se reconduce, sin más, al incumplimiento contractual. En los textos jurídicos anteriormente citados se encuentran ambos modelos de regulación y al igual que para el error, la cuestión es cuál adoptar en la reforma del Código civil. En dichos textos se percibe la tendencia a evitar la nulidad absoluta del contrato, pero, en el Code civil tras su reforma de 2016 y en la Propuesta para el Código civil de Cataluña se continúa con el modelo tradicional de la nulidad absoluta del contrato.

PALABRAS CLAVES

Error vicio, error en la declaración, requisitos del error, imposibilidad inicial y su tratamiento jurídico, modelos de regulación, modernización del Derecho de obligaciones y contratos, reforma del Código civil.

ABSTRACT

The mechanism for the regulation of contractual mistakes contained in the Civil Code is both ancient and sparing, and neither reflects the academic literature nor its practical application by the courts, thus making it advisable to reform it. The issue is how this reform should be implemented. To that effect, this paper analyses different methods of regulation of contractual mistakes, on the basis of the distinction between material mistake/mistaken statements. Broken down by categories, a distinction could be made between: a) the traditional model: Civil Code, French Code civil before its 2016 reform, different Latin American Civil Codes; b) the updated traditional model: Code civil, after the 2016 reform; and c) the modern model: Principles of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Dutch Law, OHADAC Principles of International Commercial Contracts, Latin American Principles of Contract Law, Proposal for the modernisation of the Liabilities and Contracts Law, Civil Code Proposal submitted by the Association of Professors of Civil Law, Proposal for a Catalonian Civil Code submitted by professors Bosch/del Pozo/Vaquero. On the other hand, English law should also be taken into consideration. As far as mistakes are concerned, the adoption of one model or another is a decision which has to do with legislative policy and has a background where the principles of self-responsibility, confidence and safety of the relationship between the different players of the legal system are intertwined with an appropriate and well-balanced regulation. In principle, the modern regulation of mistakes meets the requirements established, and its popularity is gradually increasing.

As far as continental systems are concerned, the initial, full, absolute and definitive impossibility has been traditionally considered a case of absolute invalidity of the contract. However, in connection with such impossibility, some legal systems admit the validity of the contract, which may subsequently be declared void (due to a mistake or wilful intent) and, on some occasions, the rules governing contractual breach are applied. On some occa-

sions, however, such impossibility is simply considered as a contractual breach. The above-mentioned legal texts contain both types of regulation, and the question, as in the case of mistakes, would be to ascertain which one will be incorporated into the Reform of the Civil Code. A trend to avoid the full invalidity can be perceived in such texts, but the Code civil, after the 2016 reform, as well as the Proposal for a Catalonian civil Code, insist on the traditional model that entails the full invalidity of the contract.

KEYWORDS

Material mistake, mistaken statements, mistake requirements, initial impossibility and its legal consideration, regulatory models, modernisation of the liabilities and contracts Law, Reform of the Civil code.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. UNA PRIMERA Y BÁSICA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO. II. LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y DE QUÉ TRATO. 1. La *Parte Primera*. 2. La *Parte Segunda*. 3. La *Parte Tercera*. III. EL OBJETIVO DEL TRABAJO.

PARTE PRIMERA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN LOS PECL, EN EL DCFR, EN LOS *PRINCIPIOS UNIDROIT 2010*, Y EN EL DERECHO HOLANDES. I. *Los PECL*. 1. El artículo 4:102 PECL: *Initial Impossibility*. 2. El error en los PECL. 2.1 El artículo 4:103 PECL: *Fundamental Mistake as to Facts or Law*. 2.2 El artículo 4:104 PECL: *Inaccuracy in Communication*. II. *El DCFR*. 1. El artículo II.-7:102 DCFR: *Initial impossibility or lack of right or authority to dispose*. 2. El error en el DCFR. 2.1 El artículo II.-7:201 DCFR: *Mistake*. 2.2 El artículo II.-7:202 DCFR: *Inaccuracy in communication may be treated as mistake*. III. *Los Principios UNIDROIT 2010*. 1. El artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*: imposibilidad inicial. 2. El error en los *Principios UNIDROIT 2010*. 2.1 El artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*: Definición del error. 2.2 El artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*: Error determinante. 2.3 El artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*: Error en la expresión o en la transmisión. IV. *El Derecho holandés*. 1. La imposibilidad inicial: su evolución al régimen del incumplimiento. 2. El error. 2.1 El artículo 6:228 BW: el error. Su influencia en la regulación de los PECL y en otros textos jurídicos. 2.2 El error en la declaración.

PARTE SEGUNDA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN LOS *PRINCIPIOS OHADAC*, EN EL DERECHO INGLÉS Y EN LOS PLDC. I. *La OHADAC y los Principios OHADAC*. 1. La OHADAC: una panorámica general. 2. Los *Principios OHADAC*: una panorámica general. 3. Cuándo se aplican los *Principios OHADAC* y otras cuestiones. 4. El artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*: imposibilidad inicial, y el artículo 7.1.8 *Principios OHADAC*: *Fuerza mayor*. 5. El error en los *Principios OHADAC*. 5.1 El artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*: *error*. 5.2 El artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*: *error en la declaración*. El error de cálculo. II. *El Derecho inglés*. 1. Sobre el *mistake*. 1.1 El *mistake negatives consent*. 1.2 El *common mistake*. 1.3 La defensa *non est factum* («this is not my deed»). 2. La *misrepresentation*. III. *Los PLDC*. 1. Cómo se

concibieron, el camino recorrido y la programación de futuro. 2. Algunas de las dificultades a las que los PLDC se enfrentan. 3. El problema de las fuentes y la tensión entre la tradición y la modernización del Derecho de contratos en la elaboración de los PLDC. 4. Cuándo se aplican los PLDC y qué funciones desempeñan. 5. La imposibilidad inicial en los PLDC. 5.1 Las preguntas del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica* (2012) que interesan para la imposibilidad del objeto. 5.2 Las respuestas de los informes nacionales *en lo que interesa*. 5.2.1 El informe de Argentina. 5.2.2 El informe de Brasil. 5.2.3 El informe de Colombia. 5.2.4 El informe de Chile. 5.2.5 El informe de Paraguay. 5.2.6 El informe de Uruguay. 5.2.7 El informe de Venezuela. 5.3 La imposibilidad inicial en los PLDC: ¿una regulación tradicional o moderna? 6. El error en los PLDC. 6.1 La pregunta del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica* (2012) que interesa para el error. 6.2 Las respuestas de los informes nacionales. 6.2.1 El informe de Argentina. 6.2.2 El informe de Brasil. 6.2.3 El informe de Colombia. 6.2.4 El informe de Chile. 6.2.5 El informe de Paraguay. 6.2.6 El informe de Uruguay. 6.2.7 El informe de Venezuela. 6.3 La presentación general del error de los PLDC, las influencias recibidas en su regulación, y la adopción de una regulación moderna del error. 6.4 Excurso sobre las diferentes dimensiones del error según Morales Moreno. Algunos intentos de revisión de la dogmática del error en Alemania. 6.5 El concreto análisis del error de los PLDC. 6.5.1 El artículo 28 PLDC: *el error*. 6.5.2 El artículo 29 PLDC: *Causales del error*. 6.5.3 El artículo 31 PLDC: *Error en la declaración o en la transmisión*.

PARTE TERCERA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL, EN LA PMCC, EN LA PCCAPDC, EN LA *P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER*, Y EN EL DERECHO FRANCÉS (ANTES Y DESPUÉS DE LA ORDONNANCE N.º 2016-131). I. *El Código Civil*. 1. La imposibilidad inicial. 2. El error. 2.1 El error vicio. 2.1.1 Su noción. El requisito del nexo causal entre el error y la celebración del contrato. 2.1.2 Sobre qué puede, o no, recaer el error para poder ser relevante. 2.1.3 El requisito del error esencial. 2.1.4 El requisito del error excusable. 2.1.5 La reconocibilidad del error por el otro contratante como requisito del error, y su funcionamiento, según Luna Serrano. 2.1.6 La imputabilidad del error al otro contratante como requisito del error, según Morales Moreno. 2.1.7 Los deberes de información y el error: la jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito del contrato de *swap* y otros contratos de riesgo. 2.2 El error de derecho, en particular. 2.2.1 Su noción. 2.2.2 La evolución del error de derecho: de su irrelevancia, a su relevancia. 2.3 El error en la declaración (error obstativo): su noción y el problema del régimen de ineficacia aplicable. II. *La PMCC*. 1. Los artículos 1303 y 1450/1460 PMCC: la imposibilidad inicial. 1.1 El análisis y la valoración del artículo 1303 PMCC por algunos autores. 1.2 El análisis y la valoración del artículo 1450/1460 PMCC por algunos autores. 2. El artículo 1298 PMCC: el error, y la inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad. 2.1 El entronque del artículo 1298 PMCC con el Moderno Derecho de contratos, y con la doctrina y la jurisprudencia sobre el error del artículo 1266 CC. 2.2 El análisis del artículo 1298 PMCC. Los apuntes de Clavería Gosál-

bez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma. 2.2.1 El error (error vicio). 2.2.2 La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad (error en la declaración). 2.3 Los apuntes de Clavería Gosálbez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma. III. *La PCCAPDC*. 1. Cómo surgió el proyecto de crearla, su planificación y estado. 2. Una visión general y básica del Libro V de la PCCAPDC, y de sus Títulos I y II, según la EM de la PCCAPDC. 3. La imposibilidad inicial en la PCCAPDC. 4. El error en la PCCAPDC. 4.1 El artículo 527-3 PCCAPDC: *Error*. 4.2 El artículo 527-4 PCCAPDC: *Esencialidad del error*. 4.3 El artículo 527-5 PCCAPDC: *Relevancia del error*. 4.4 El artículo 527-6 PCCAPDC: *Excusabilidad del error*. IV. *La P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*. 1. Su razón, alcance y objetivos. 2. La imposibilidad inicial en la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*. 3. El error en la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*. 3.1 El artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: *error*. 3.2 El artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: *error en la declaración*. V. *El Derecho francés*. 1. La imposibilidad inicial. 1.1 La imposibilidad inicial *antes* de la *Ordonnance* n.º 2016-131. 1.2 La imposibilidad inicial *tras* la *Ordonnance* n.º 2016-131. 2. El error. 2.1 El error *antes* de la *Ordonnance* n.º 2016-131. 2.1.1 El error vicio (*l'erreur, vice du consentement*). El error de cálculo (*erreur matérielle*). 2.1.2 El error obstativo (*l'erreur-obstacle*). 2.2 El error *tras* la *Ordonnance* n.º 2016-131: error vicio y error obstativo. 3. Breve excursión sobre el deber general de información de una parte a la otra, y su relación con los vicios del consentimiento.

PARTE CUARTA: CONSIDERACIONES GENERALES. I. *Para el error (el llamado error vicio)*. II. *Para el error en la declaración o en su transmisión*. III. *Para la imposibilidad inicial*.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. UNA PRIMERA Y BÁSICA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO

[1] Este trabajo se inserta en lo que viene denominándose la *Modernización del Derecho de obligaciones*¹. Y lo centro en el análisis de las siguientes cuestiones jurídicas.

[2] La *primera cuestión* versa sobre el *error jurídicamente relevante*, lo que supone analizar *cuáles son sus requisitos de aplicación*. Como es conocido, del error se ha destacado su gran comple-

¹ MORALES MORENO selecciona los siguientes aspectos dogmáticos claves en esa modernización: «1.º) El cambio en la relación obligatoria modelo tomada en cuenta para articular el Derecho de las obligaciones nacidas del contrato. 2.º) El cambio en la idea de contrato y sus requisitos. 3.º) El cambio en el modo de entender la vinculación contractual en el nuevo Derecho de contratos» [(2016) p. 39, pero v. desde p. 33; con anterioridad (2012) p. 337].

alidad², lo que, ya mismo, se percibirá en las siguientes consideraciones que vierto en este apartado I del trabajo.

[3] Al *aproximarse* al error, es habitual encontrarse con la afirmación de que, en él, se enfrentan los siguientes intereses. Está el interés *de proteger la voluntad del sujeto que erró*, lo que lleva a que, descubierto su error, se le permita desvincularse del contrato. También está el interés *de la protección del sujeto que no erró y que fue de buena fe*, lo que conduce al mantenimiento del contrato. A esto último se le suele referir como *el interés de la confianza*. Por último, está *el interés de la seguridad del tráfico jurídico*; que los terceros puedan confiar en la validez de los contratos celebrados. El otorgar mayor importancia a uno u otro interés, o lograr un cierto equilibrio entre todos ellos, da lugar a la *variedad* de regulaciones de los distintos sistemas jurídicos³. Realidad, la anterior, que Kramer describe del modo que sigue.

«5. *Freedom of the will.*—The difficulty of the issue is due to the fundamental and contradictory principles of contract law which all come into play when one considers the legal significance of mistake. On the one side there is the principle of freedom of the will, according to which, as *Savigny* wrote, “the will itself must be treated as the only real and effective consideration”. This view, which supports the will theory of the GERMAN pandectists of the

² Según KRAMER: «4. *Complexity of the law of mistake.*—The problem of how to deal with contracts that have been made under the erroneous beliefs of the parties has for centuries been one of the hardest of general contract law. *Grotius* opened his comments on mistake with the words: “*De pacto errantis perplexa satis tractatio.*” This perplexity is only insignificantly relieved when one releases oneself from a fixation with national legal systems and considers the matter from the more remote viewpoint of the comparative lawyer. It is significant that *Zweigert* entitled his comparative overview of the law of mistake, “mistakes about mistake”» [cursiva del original; (2008) núm. 4, p. 4]. En la misma línea y también desde el Derecho comparado y citando a Konrad Zweigert, ESTEBAN DE LA ROSA (2016) núm. 6, pp. 1124-1125. Lo mismo sucede si me traslado a los *Derechos nacionales*. Así, para el Derecho *holandés*, según HARTKMAP: «Error is the most important and the most problematic defect of consent. It has given rise to a considerable amount of case law» [(2015) núm. 78, p. 88]; para los Derechos *alemán e inglés*, MARKESINIS/UBERATH/JOHNSTON: «The law of mistake presents formidable difficulties in all legal systems. In any event this is true for German (Stephan Lorenz [...]: ‘one of the most controversially discussed’ areas of the law) and English law (an ‘extremely difficult area of the law’, McKendrick [...])» [(2006) p. 277]. V. DE CASTRO Y BRAVO, *ADC* (1988) pp. 403-406.

³ ESTEBAN DE LA ROSA destaca la diversidad del tratamiento jurídico del error, en el Derecho comparado: «[...] una muy acusada dosis de particularismo jurídico, que se concreta tanto en definiciones diferentes del error relevante como a la hora de establecer las consecuencias que provoca su concurrencia. Estas desigualdades son perceptibles también en la comparación entre sistemas que pertenecen a una misma órbita jurídica» [(2016) núm. 1, p. 1118; en núm. 32, p. 1146, vuelve a aludir al particularismo].

last century, logically requires the invalidity of a declaration not conforming to the will of a party. [...] ⁴.

[...] ⁵.

7. *Reliance; economic arguments.*—On the other side there is the need to protect the reliance of the other party, along with, if one likes, the maxim “*pacta sunt servanda*” and the peculiarly ENGLISH principle of the sanctity of contract. According to this, one ought to be able to rely on the contractual word of the parties —“one man, one word” as an old GERMAN legal adage put it— without having to fear that one’s trust in the contract as concluded might be undermined by an appeal to subjective and erroneous assumptions of the other party. This principle of reliance can be supported by the notion of responsibility for one’s own actions. Whoever makes declarations under the influence of a mistake is liable for the defects arising from his own “sphere of risk”, and should not be allowed to shift the risk of a onesided mistake onto the shoulders of the other party.

[...] ⁶.

8. *Conclusion.*—It is clear that these two major conflicting evaluations cannot easily be reconciled. *One should thus not be surprised that legal systems throughout the world waver in uneasy compromises, sometimes emphasising the freedom of the will, sometimes suggesting that one errs at one’s own risk and that the reliance of the contractual partner on what has been declared is to be protected*» (salvo esta última cursiva, mía, el resto y las mayúsculas del autor) ⁷.

⁴ Los puntos suspensivos: «This is entirely consistent with ROMAN sources such as Digest 44.7.57: “*In omnibus negotiis contrahendis..., si error aliquis intervenit, ... nihil valet quod actum sit*” (Pomponius) or Digest 50.17.116.2: “*Non videntur qui errant consentire*” (Ulpian)» [cursiva del original; KRAMER (2008) núm. 5, p. 4].

⁵ Los puntos suspensivos: «6. *Disruption of contractual equivalence.*—The influential argument of the GERMAN economic lawyer *Schmidt-Rimpler* (1941) that a contract affected by mistake is lacking “*Richtigkeitgewähr*” (guarantee of correctness), *i. e.* does not typically lead to a rational (*i. e.* well-considered) balancing of interests between the parties, also tends to support the relevance of mistake. Such a contract loses its presumption of fairness. From this viewpoint, it is indefensible that one contracting party can make an enormous and objectively fully unjustifiable gain at the cost of another, who was, perhaps, momentarily and excusably distracted in a way that is fully excusable (*errare humanum est!*). In very similar fashion, *Perillo* has recently stated that, in considering the relevance of a mistake, “ideas of unjust enrichment are heavily involved. Before applying any relief based on mistake, one must search the facts for unexpected, unbargained-for, gain on the one hand and unexpected, unbargained-for, loss on the other... Involved are cultural beliefs about unjust enrichment and unjust impoverishment./ In France, *Ghestin* has recently advocated a similar position. [...]» [cursiva del original; KRAMER (2008) núm. 6, pp. 4-5].

⁶ Los puntos suspensivos: «The economic argument that generous rules relating to mistake undermine the efficiency of transfer and discourage contracting parties from taking as much care as possible in informing themselves of all the circumstances relevant to the contract also points towards a limitation of the right to avoid for mistake» [KRAMER (2008) núm. 7, p. 5].

⁷ KRAMER (2008) núms. 5, 7 y 8, pp. 4-6. En su exposición de Derecho comparado, resalta la protección del interés de la confianza del que no erró, ESTEBAN DE LA ROSA (2016) núm. 32, pp. 1145-1146; para el Derecho alemán y con un ejemplo de error en la

[4] Centrándome ya en el llamado *error vicio*, recordaré el distinto punto de partida con el que el *Civil Law* y el *Common Law* se enfrentan a aquél. Según Smits, con el que coincido, el *Civil Law* normalmente se acerca a partir del sujeto que yerra, mientras que el *Derecho inglés* lo hace desde la parte que causó el error. El autor lo expone como sigue.

«The civil law usually approaches these questions from the perspective of the party in error. If the intention to be bound is the most essential element in the formation of a contract, then his intention must be properly formed. In cases where there is a ‘defect’ in the intention – because it is based on a wrong assumption – this must affect the validity of the contract. A party must therefore be able to invalidate the contract in cases where the defect is serious enough. Civil law countries traditionally accept three *defects of consent* (*vices du consentement*, *Willensmängel*, *wiltsgebreken*): mistake, fraud and threat. Civil codes usually group these three grounds for avoidance together in one section (see for example Arts. 1109 ff. *Code Civil* and §§ 119 ff. BGB; see however Arts. 3:44 and 6:228 Dutch BW). In addition to these three grounds, several jurisdictions also allow avoidance of the contract for *undue influence*.

The starting point of English law is different. It does not begin with the (defective) intention of the party in error, but from the party who *caused* the error. This party may have made false statements or – exceptionally – remained silent while it ought to have spoken. English law therefore requires a so-called *misrepresentation* in order for the contract to be avoided by the innocent party. It was only in the nineteenth century that, under continental influence, English law also carved out a place for avoidance on the basis of mistake not caused by a misrepresentation (a so-called self-induced misapprehension), but the scope of this possibility has remained very limited. As the English lawyer John Cartwright puts it: ‘English law rarely allows a remedy for mistake’ (practically speaking only the ‘common mistake’, [...], is accepted). The underlying policy reason behind this different approach is [...] that English law puts great emphasis on protecting the reasonable reliance of the other party who believes an agreement did come into being. Avoidance for mistake would frustrate this reliance» (cursiva del original)⁸.

[5] En cuanto al llamado *error obstativo* o *error en la declaración*, este presenta también una pluralidad de trato en los distintos

declaración, destaca los intereses contrapuestos presentes a la hora de regular el error, FLUME [trad. Miquel González/Gómez Calle (1992, obra original/1998, traducción del original) pp. 495-497]; para el Derecho *español*, MORALES MORENO *infra* nota 630; para los Derechos *español* y *francés*, VERDA Y BEAMONTE (1999) pp. 19-38; para el Derecho *francés*, FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 193, p. 191, MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 495, p. 250, y núm. 499, p. 252, y antes BÉNABENT (2010) para la teoría de los vicios del consentimiento núm. 71, p. 57 y para el error núm. 75, p. 60.

⁸ SMITS (2014) p. 160.

sistemas jurídicos. Kramer, de nuevo, describe sintéticamente esa pluralidad, y así, en algunos sistemas jurídicos el error obstativo tiene una posición privilegiada en cuanto que no hay vinculación contractual, o tiene la misma solución jurídica que la del error vicio, o es irrelevante bajo cierto presupuesto, etc.

«67. *Errors in expression privileged.*—[...], the error in expression has a privileged position in certain legal systems on the conceptual ground that an undesired declaration cannot really be binding. GERMAN and SWISS law are paradigmatic of this approach. While it is true that FRENCH law only regulates mistakes of fact in its central provision (CC art. 1110 par. I), in practice the *erreur-obstacle*, which lacks express statutory basis, is given a privileged position in that it leads to nullity. Both writers and courts include cases where contractual statements have been misunderstood by the other party within the category of *erreur-obstacle*. The SPANISH Supreme Court holds that a declaration of will vitiated by an error of expression can be void under the doctrine of *error obstativo*, so long as the one making the statement cannot be criticised because he could have prevented the mistake with appropriate care. In other cases, *i. e.* where the one making the statement can be accused of carelessness, or where the other party is in good faith, the declaration of will is treated as fully valid.

68. *Equal treatment of error in expression and mistakes of fact.*—Other legal systems treat both categories identically. As has already been shown [...], AUSTRIAN (CC § 871 par. I) and ITALIAN law are notable for this approach.

69. *Netherlands.*—Finally, one must emphasise the solution adopted by the DUTCH new Civil Code. This only permits avoidance for mistake of fact, while invoking an error in expression (concerning the content of a contract as correctly interpreted) is expressly excluded by art. 3:35: “[...]”. Reference has already been made to rules of the SCANDINAVIAN Contracts Act, which have the same effect [...].

70. *Common Law; Objective theory of assent.*—[...]./ ENGLISH law also starts from an “objective principle”, or “objective test”. The person making a statement is bound in spite of his error in expression, so long as “whatever [his] real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him...”⁹.

⁹ KRAMER (2008) núms. 67-70, pp. 35-36. V. el cuadro 4.1, en el que SMITS indica el enfoque y trato que al *dissensus* dan los Derechos francés (arts. 1101, 1108, 1382 *Code civil*), alemán (§§ 119.I, 122 BGB), holandés (art. 3:35 BW) e inglés [(2014) p. 66]. El § 119 BGB dispone: «Impugnabilidad por error/ (1) Quien al emitir una declaración de voluntad estaba incurso en un error respecto de su contenido o no quería en absoluto realizar una declaración con ese contenido, puede impugnarla si puede suponerse que, de haber conocido la realidad de los hechos y apreciado razonablemente el caso, no la habría emitido./ (2) [...]»; y el § 122 BGB: «Deber de resarcir el daño por quien impugna/ (1) Si una

[6] La segunda cuestión jurídica que en el trabajo trato se refiere al régimen jurídico aplicable a la imposibilidad inicial, total, absoluta y definitiva de la prestación contractual. Desde la perspectiva del Derecho comparado, a la misma se la ha aplicado el régimen de la nulidad absoluta, o el de la inexistencia¹⁰; el de la anulabilidad (o nulidad relativa) por subsumirla en el error o en el dolo, vicios del consentimiento; y también se la ha aplicado el régimen del incumplimiento contractual, pues el deudor asume la posibilidad del cumplimiento, o por las circunstancias del caso ello se le imputa. La razón del estudio de esta segunda cuestión jurídica, junto con la anterior de los requisitos del error relevante, se debe a la apuntada posible solución a través de la figura del error, materia con la que inicié mi investigación. Kramer, de nuevo, me va permitir ilustrar la aludida pluralidad de los posibles regímenes jurídicos.

«134. *Independence of the doctrine of impossibility in Civil Law.*—CIVILIAN legal systems traditionally distinguish clearly between mistake and initial objective impossibility of performance. In the latter case, the contract is a nullity from the start, without the need to examine whether there is at the same time a significant mistake—which doubtless must often be the case: *Impossibilium nulla obligatio est*. This independence of the doctrine of impossibility, which treats nullity as the “natural” consequence, and which completely excludes any possibility of conflict with avoidance for mistake, can be found in the majority of CIVILIAN Civil Codes, e. g. AUSTRIAN [...], GERMAN [...], ITALIAN [...], SPANISH [...] and the SWISS CO [...]. It is also recognised in FRENCH law, although the Civil Code contains only one specific rule, namely art. 1601 par. I, whereby nullity is the consequence of the sale of a certain object, if the object has been completely destroyed at the time of contracting.

135. *Common Law and modern trend.*—In the COMMON LAW world, i. e. in ENGLISH and AMERICAN law, one starts from a different presumption, in that the promise of performance in a contract always has the character of a guarantee. This means that in principle the promise to perform is binding even in a case of initial impossibility, and that the failure to perform is in principle treated as a breach of contract.

declaración de voluntad es nula según el § 118 o ha sido impugnada conforme a los §§ 119 y 120, y debía ser emitida frente a otro, el declarante debe resarcir a este otro el daño sufrido o, en otro caso, a un tercero, por confiar en la validez de su declaración, aunque no se deba superar la cuantía del interés que el otro o el tercero tenían en la validez de la declaración./ (2) El deber de resarcir el daño no procede si el perjudicado conocía la causa de nulidad o de impugnabilidad o la desconocía por negligencia (debía conocer)» [trad. ARROYO AMAYUELAS, revisión de la trad. BECKMANN (2008) p. 55]

¹⁰ Sobre la categoría de la inexistencia contractual, DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN (2005) pp. 42-47.

In recent years, this view has had an influence outside the COMMON LAW world. Thus it makes no difference to the concept of breach in the Convention on the International Sale of Goods whether the vendor's performance was objectively possible or not at the time of contracting. The only decisive fact is that there was no performance, and that the vendor was thereby in breach (CISG art. 45). He can be relieved of the consequences of this solely under the provisions of CISG art. 79¹¹. The DUTCH new Civil Code also unifies the consequences of breach of contract: no distinction is drawn between initial and subsequent impossibility. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts contain an express statement to the same effect: "[...]" (art. 3.3 (I)). [...] (par. 2).

The principle that under ENGLISH and AMERICAN law a contract is not automatically void when performance was always impossible because of its status as guarantee, is however not unlimited. It is precisely these limitations that create interesting points of connection with the law of mistake for the purposes of this chapter. [...]»¹².

II. LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y DE QUÉ TRATO

[7] El trabajo lo he dividido en tres *Partes*, cuyos contenidos y respectivas razones son como siguen.

1. LA PARTE PRIMERA

[8] La dedico a la exposición que, de la imposibilidad inicial y del error, ordenan diversos y conocidos textos de *soft law*, unos de ámbito europeo, otro, mundial. En ellos se dispone una *regulación moderna*. Se trata de: a) los *Principles of European Contract Law* (PECL); b) el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR); y c) los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (*Principios UNIDROIT 2010*). En el ámbito del *Derecho nacional*, expongo el *Derecho holandés* adscrito al modelo de *regulación moderna*.

¹¹ Para la CISG, ROJO AJURIA: «[l]a inexistencia del objeto de la venta, según la opinión dominante de la doctrina, debe ser resuelta según las normas referentes al incumplimiento del contrato, y no a las normas de Derecho interno que declaran la nulidad del contrato» [«Comentario del artículo 4 CISG» (1988) p. 81].

¹² KRAMER (2008) núms. 134-135, pp. 60-61; v. hasta p. 62 (refiriéndose al Derecho inglés y al *American law*). VARA PARRA se refiere al movimiento favorable en el Derecho comparado consistente en desplazar la imposibilidad inicial absoluta desde la nulidad absoluta *ab initio* hasta el ámbito de la responsabilidad contractual [(2016) núms. 1-2, pp. 1161-1163; v. además núms. 3-4 pp. 1163-1164]. V. también L. DíEZ-PICAZO (2006) pp. 1087-1096.

[9] La anterior mención de los PECL me permite llamar la atención sobre el dato de que el Tribunal Supremo, en varias ocasiones, se ha referido a los PECL al conocer de un caso de *error vicio*¹³. En concreto y al menos en:

a) Para los requisitos del error –art. 1266 CC y doctrina jurisprudencial– el Tribunal Supremo ha mentado el artículo 4:103 PECL (*infra* [17]) en sus *SS, 1.ª, de Pleno, 27.01.2016, y 03.02.2016*.

[A] *La STS, 1.ª, de Pleno, 27.01.2016 (Pte. Excmo Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 92/2016)*.–Se conoció de la adquisición de unas acciones a *Bankia* en julio de 2011 y cuyo valor, tras su adquisición, cayó drásticamente. Los compradores demandaron al banco y ejercitaron la acción de error vicio del consentimiento¹⁴. En la sentencia se lee:

«La jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el art. 1266 del Código Civil, ha declarado que para que el error invalide el consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular.

Esta doctrina jurisprudencial es acorde con lo previsto por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), cuyo art. 4:103 establece: [se reproduce ese artículo en español]» (cursiva mía; FD 9.º, 1).

[B] *La STS, 1.ª, de Pleno, 03.02.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 91/2016)*.–También se conoció de la adquisición de unas acciones a *Bankia* en julio de 2011, cuyo valor cayó de modo drástico tras su adquisición y los compradores ejercitaron la acción de error vicio¹⁵. En la sentencia, se vuelven a recordar los requisitos que según jurisprudencia debe reunir el error para ser relevante y se alude al artículo 4:103 PECL. En concreto:

«1. Es jurisprudencia de esta Sala que para que el error resulte invalidante del consentimiento, deben concurrir los siguientes

¹³ No sorprende, pues, es conocido, ello no es algo raro en el hacer del Tribunal Supremo (v. FENYOY PICÓN, *ADC* (2009) [10] pp. 167-168, nota 17 en pp. 168-169, y *ADC* (2015) [14] pp. 819-820). ESTEBAN DE LA ROSA se refiere al interés que la regulación del error de los PECL, de los *Principios UNIDROIT* y del DCFR tienen para superar el particularismo de las regulaciones nacionales del error [(2016) núm. 4, pp. 1122-1123; también se refiere a los *Principios OHADAC* y al CESL, *op. cit.*, pp. 1123-1124).

¹⁴ *Infra* nota 669 para los hechos, en detalle.

¹⁵ *Infra* nota 670 para los hechos, en detalle.

requisitos: [y se reproducen los de la anterior letra [A] para el error del art. 1266 CC]

[...].

3. *Esta conclusión sobre la existencia de error en el consentimiento no solo tiene apoyatura en el art. 1266 CC, sino que está en línea con lo previsto por los Principios de derecho europeo de los contratos, cuyo art. 4:103 establece: [...] [transcribiéndose el art. 4:103 PECL]» (cursiva mía; FD 3.º, 3).*

b) Para la fijación del momento a partir del cual se computa el plazo de ejercicio de la acción de anulación por error (art. 1301 CC), el Tribunal Supremo se ha referido, *para ciertos contratos (contratos de tracto sucesivo y complejos)*, al artículo 4:113 PECL, en su *S, 1.ª, de Pleno, 12.01.2015*; y también en su *S, 1.ª, 16.09.2015*.

[A] *La STS, 1.ª, de Pleno, 12.01.2015 (Pte. Excmo Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 254/2015)*.—En esta ocasión, la demandante había celebrado un contrato de seguro de vida *unit linked multiestrategia* y demandó su nulidad por error. Además de otras cuestiones, se planteó *si la acción había sido ejercitada en plazo*¹⁶.

Según el artículo 1301 CC, la acción de anulación por error se computa «desde la consumación del contrato» (criterio objetivo). *Pero* el Tribunal Supremo adopta, en su sentencia, un criterio *subjetivo* de cómputo *para ciertos contratos* (con apoyo en el art. 3 CC). *Y precisamente el artículo 4:113 PECL* adopta el crite-

¹⁶ HECHOS.—El 13.10.2009, la demandante —ciudadana alemana que hacía años que pasaba temporadas en Tenerife— demandó al *Banco Santander, S. A.* Suplicó la declaración de nulidad del contrato de seguro de vida *unit linked multiestrategia por error en el consentimiento* —no se la había informado adecuadamente de la naturaleza y del riesgo del producto; que se trataba de un producto *sin garantía de capital*— y suplicó la restitución del capital con los intereses legales desde la celebración del contrato, el día 06.07.2005. Alegó que *solo conoció* que podía perder su inversión *cuando* el 11.12.2011 (*sic*; 11.12.2008) se suspendió la liquidación periódica de los beneficios, informándosela de que la inversión había sido afectada por el *caso Madoff*; se la ofreció acciones preferentes como compensación, lo que rechazó. El banco se opuso a la demanda y aparte de otras alegaciones, alegó la excepción de caducidad (señaló el 19.09.2009 como fecha de inicio del cómputo del plazo, fecha en la que el seguro de vida comenzó a surtir efectos). La demanda se desestimó *en primera instancia*, aparte de otras cosas, por considerarse caducada la acción [se entendió que la consumación del contrato tuvo lugar *cuando* hubo el concurso de voluntades de los contrantes el día de la firma del contrato (el 06.07.2005)]. La clienta recurrió; además de otras cosas, cuestionó que el momento inicial de cómputo fuera el de la perfección del contrato, pues el contrato tenía liquidaciones periódicas de beneficios que cesaron el 11.12.2008; además, su solicitud de diligencias previas a la demanda para obtener documentación fue presentada dentro de los cuatro años desde la firma del contrato. El banco se opuso y alegó, entre otras cosas, la caducidad de la acción porque los cuatro años se computaban desde el pago de la prima del seguro, y la solicitud de diligencias no interrumpe el plazo de caducidad. En *segunda instancia* se desestimó el recurso, pues se consideró caducada la acción y la presentación de diligencias preliminares no interrumpe un plazo de caducidad. La clienta interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. En el último alegó infracción del artículo 1301 CC [cese de la caducidad por las diligencias preliminares que promovió (motivo tercero)]. Para todo lo anterior, los FD 1.º y 4.º El Tribunal Supremo casó; entendió que hubo error (FD 7.º 9) y que la acción no había caducado (FD 5.º 6); declaró la nulidad del contrato y condenó a la oportuna restitución (FD 9.º).

rio subjetivo para el inicio del plazo de la anulación por error [«*Time Limits/* (1) Notice of avoidance must be given within a reasonable time, with due regard to the circumstances, *after the avoiding party knew or ought to have known of the relevant facts or became capable of acting freely*», cursiva mía¹⁷]. En su sentencia, el Tribunal Supremo *diferencia* los negocios jurídicos *simples*, y los contratos (relaciones contractuales) *complejos* como con frecuencia son *los contratos bancarios, los financieros y de inversión actuales*. Y para los de inversión actuales, el cómputo de los cuatro años *no* puede tener lugar *antes* de que el cliente haya podido conocer su error, *computándose desde aquel evento que le permita la comprensión real de las características y de los riesgos del producto complejo adquirido*. Lo anterior supone, para el caso, que el Tribunal Supremo considera ejercitada la acción en plazo (FD 5.º6). Lo argumentó así:

«Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a “*la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”, tal como establece el art. 3 del Código Civil [cursiva del original].

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881 [sic; 1889], solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los “*contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente*”, quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción [cursiva del original].

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la “consumación del contrato” como si de un negocio jurídico simple se tra-

¹⁷ a) Según el *Comment A* del artículo 4:113 PECL: «The need for security in transactions requires that the party entitled to avoid a contract should do so *within a reasonable time after it learns the relevant facts*, or, in cases of duress or undue persuasion, it is free of the threat or influence of the other party» [cursiva mía; LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 275]. Según el *Comment B*: «The party should act within a reasonable time *of learning the relevant facts; it is not necessary that it know that they give it a right to avoid the contract*. If it is in doubt it should take legal advance. *A reasonable time will include time to take advice and consider its position*» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 275). En las *Notas de Derecho* comparado del artículo y para el Derecho español se informa: «SPAIN, *four years from end of threat or, in cases of fraud and error, from date of contract*, CC art 1301» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 276).

b) DE CASTRO Y BRAVO advierte: «conviene tener en cuenta que el Código se ha separado de sus antecedentes inmediatos (Proyecto de 1851 y Código francés e italiano), al disponer que el plazo de cuatro años, que dura la acción de la nulidad, empezará a contarse desde la consumación del contrato (artículo 1301) y no desde el momento en que se tuvo conocimiento del error. Coincide en ello con lo establecido para la acción de rescisión por vicio o defecto oculto (art. 1490)» [ed. fac. (1971) § 149, p. 120]. V. además DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN (2005) pp. 124-127, 129, 132.

tara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. *Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113 [cursiva mía].*

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error» (FD 5.º-5;)¹⁸.

[B] *La STS, 1.ª, 16.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Cendoj, Roj STS 4004/2015).*—La clienta demandó la

¹⁸ En el FD 5.º (núms. 3 y 4) el Tribunal Supremo señala la *incorrección* de la tesis de que el día de inicio del cómputo de los cuatro años es el de la celebración del contrato, sostenida por el Juzgado de Primera Instancia y no corregida adecuadamente por la Audiencia (v. *supra* nota 16); el Tribunal Supremo indica que no puede confundirse la consumación del contrato (art. 1301 CC) con su perfección; y se detiene en cuándo se considera consumado al contrato, con apoyo en diversas sentencias y en el diccionario de la RAE; señala que la «consumación del contrato» ha de interpretarse buscando el equilibrio entre la seguridad jurídica (que no se prolongue indefinidamente la eficacia claudicante del contrato) y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. En la *STS, 1.ª, de Pleno, 24.05.2016* (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán; Cendoj, Roj STS 2133/2016) se indica cuándo se inicia el cómputo del plazo del artículo 1301 CC para el error y el dolo en los *contratos de tracto sucesivo y no complejos*: «[...]», procede declarar que en los contratos de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad, como es el caso del arrendamiento litigioso, un arrendamiento de cosa, *la consumación se produce, a los efectos del cómputo inicial del plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC, cuando quien luego alegue el dolo o el error hubiera recibido de la otra parte su prestación esencial*» (cursiva mía; FD 4.º 7.ª; v. de ese FD 4.º desde 4.ª hasta 8.ª); comenta dicha *STS, 1.ª, de Pleno, 24.05.2016*, CASASAYAS RAMIS, *RDC* (2017) pp. 126-129, 154-157 y 158-159 para los *contratos de tracto sucesivo no complejos*, y pp. 149-154 para los *contratos de tracto sucesivo y complejos*.

declaración de «nulidad de la orden de compra de valores (participaciones preferentes) Landbanski Island realizada el 4 de enero de 2007 por error vicio del consentimiento» (cursiva mía; FD 1.º1) y la correspondiente restitución (pretensión principal)¹⁹. El Tribunal Supremo consideró que la acción *no* había caducado y reprodujo lo transcrito en [A] de la anterior STS, 1.ª, de Pleno, 12.01.2015 sobre el inicio del cómputo de la acción de anulación por error. Dijo:

«1. [número, negra en el original] La sentencia de la Audiencia Provincial aborda correctamente la cuestión de cuál es la naturaleza de la nulidad derivada del error vicio del consentimiento, que no es la de una nulidad radical, [...], sino la de una nulidad relativa o anulabilidad. [...]/

[...].

En esta clase de nulidad, el ejercicio de la acción está sometida al plazo previsto en el art. 1301 del Código Civil, [...].

2. [número, negra en el original] Ahora bien, lleva razón la demandante cuando, en su recurso de casación, alega que el momento inicial del cómputo de ese plazo de ejercicio de la acción no es el declarado por la sentencia de la Audiencia Provincial, según la cual la fecha inicial sería la de celebración del contrato, lo que determinaría que la acción de anulación por error vicio del consentimiento estuviera caducada.

En la sentencia núm. 769/2014, de 12 de enero declaramos: [se transcriben los párrafos de la anterior letra [A]]» (FD 4.º).

[C] Expuestas las anteriores sentencias, considero oportuno recordar que el artículo 1304 de la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009 dispone un plazo de dos años para la anulación del contrato por error²⁰, de

¹⁹ HECHOS.—Subsidiariamente pidió la declaración de que *Bankinter* fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y se le condenara a indemnizarla. En primera instancia se estimó la pretensión principal de la clienta; se consideró que hubo error esencial en su consentimiento —no fue informada de las características y de los riesgos del producto como su carácter perpetuo, sin posibilidad de rescate por la demandante por su sola voluntad; producto emitido por una entidad extranjera de la que no existía información habitual en los mercados secundarios nacionales; la posible ausencia de rentabilidad y el riesgo de pérdida del capital invertido—; y se afirmó que el vicio del consentimiento conllevaba la nulidad radical y absoluta, no sometida a plazo de caducidad (el banco alegaba excepción de caducidad). En segunda instancia se estimó el recurso del banco, pues la Audiencia Provincial entendió que la acción tenía un plazo de cuatro años, de caducidad, que empezaba cuando la celebración del contrato, y la acción había caducado cuando fue ejercitada. La clienta interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Todo lo anterior en el FD 1.º El Tribunal Supremo estimó el recurso extraordinario por infracción procesal, asumió la instancia y dictó sentencia (FD 3.º 4); entendió que la acción *no* había caducado cuando se ejercitó (FD 4.º 3) —la acción se ejercitó en diciembre de 2011, y al menos fue, hasta octubre de 2008, cuando la clienta conoció los elementos determinantes de su error— y hubo error en el consentimiento de la clienta (FD 5.º 12).

²⁰ Sobre la reducción a dos años de la *Propuesta* (art. 1304) frente a los cuatro años del Código civil (art. 1301), SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS considera que esa «considerable reducción del plazo de ejercicio de la acción de anulación puede encontrarse, quizá, en la intención de favorecer al contratante que no puede ejercitar dicha acción. Ciertamente, el contratante que no puede anular el contrato se encuentra en una posición incómoda e insegura, en cuanto que los efectos del negocio están en manos de otra persona, que puede mantener esta situación de inseguridad durante bastante tiempo. Ni el CC ni la Propuesta

caducidad, y computado «desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad» (cursiva mía)²¹. En dicha *Propuesta*, además, se dispone expresamente el ejercicio *extrajudicial* de la facultad de anular; y frente a la demanda de cumplimiento, puede oponerse la *excepción de anulación* «y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior» (art. 1305)²².

Y c) en la distinción de los campos aplicativos del error y del dolo, y sobre el alcance de la autonomía de la voluntad en cada uno de ellos, el Tribunal Supremo se ha referido a los PECL, en su *S*, 1.ª, 29.09.2015.

La STS, 1.ª, 29.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno; Cendoj, Roj STS 4286/2015).—En esencia, se había celebrado una compraventa de participaciones sociales de una sociedad propietaria de una finca; la compra tenía por objeto esa finca para posteriormente urbanizarla, lo cual resultó inviable. El comprador demandó a los dos vendedores la nulidad de la compra —por dolo y error en la formación del consentimiento— y las

se ocupan de la situación del contratante no legitimado, acaso por suponer que es siempre culpable, causante de la anulabilidad y, por tanto, no merecedor de protección. Sin embargo, debe advertirse que tal afirmación no es siempre correcta: el que contrató con un incapaz o con quien sufrió la violencia o intimidación de un tercero, puede ser ajeno o desconocedor de estas causas de anulación. En cualquier caso, no hay por qué llevar los perjuicios para el culpable más allá de lo que exige la razonable protección del inocente; por ello, podría pensarse en articular alguna medida que pudiera forzar a éste a decidir, definitivamente, sobre la eficacia o ineficacia del contrato» [(2016) p. 434; en la siguiente nota se transcribe el art. 1304]. La reducción de la duración del plazo en el artículo 1304 de la *Propuesta* se insertaría en la generalizada tendencia favorable a la reducción de la duración de los plazos de ejercicio (otro ejemplo, de Derecho positivo, es el reformado art. 1964 CC: de un plazo general de quince años para las acciones personales se pasó a otro de cinco años; sobre el mismo, COBACHO GÓMEZ (2016) pp. 531-535; GÓMEZ POMAR, *InDret* (2015) pp. 1-3).

²¹ Artículo 1304 PMCC: «La acción de anulación caducará a los dos años y este tiempo empezará a correr: / [...] / — En los de error o dolo, y [...], desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad; [...]». V. BOSCH CAPDEVILA (2012) pp. 505-506; PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER (1935) pp. 204-205. Sobre la gran variedad de plazos e inicio de cómputo en los sistemas jurídicos del Caribe, «Comentario del artículo 3.5.1 Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) pp. 184-186, y 183-184.

²² Artículo 1305 PMCC: «La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde. / También podrá oponerse mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior». Sobre el artículo 1305 PMCC, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2016) pp. 435-436; BOSCH CAPDEVILA (2012) pp. 502-503; CLAVERÍA GOSÁLVEZ (2013) p. 360. Para el Código civil, PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER (1935) p. 204; DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN (2005) pp. 96-115, 150-154. Para los *Principios OHADAC*, la anterior nota 21. Da cuenta del modelo extrajudicial de anulación del contrato (Derechos alemán y estadounidense) y del modelo judicial (Derecho francés antes de su reforma de 2016), JEREZ DELGADO (2011) [12]-[20] pp. 39-51 (en la actualidad, v. art. 1178 *Code civil*); la autora es partidaria de interpretar el sistema de anulabilidad del Código civil como modelo extrajudicial, *op. cit.*, [116]-[142] pp. 151-168, y en su relación con el proceso [143] ss., pp. 169 ss.

consiguientes y oportunas restituciones, y el pago de otras cantidades²³. El Tribunal Supremo consideró que «el dolo contractual de la mercantil vendedora se presenta de forma inequívoca» (FD 2.º3), *lo que hacía improcedente entrar a valorar el supuesto del error* (FD 2.º4). Dijo:

«La fundamentación jurídica del presente caso parte, necesariamente, de las perspectivas analíticas y conceptuales que presenta el dolo y el denominado error vicio, en la formación de la voluntad contractual, para precisar el distinto tratamiento jurídico que hay que establecer respecto de uno y otro supuesto. [...].

En nuestro ordenamiento, el tratamiento jurídico del dolo contractual, conforme a la tipicidad legal que históricamente lo ha distinguido como vicio del consentimiento, cobra una clara especificidad en atención a su naturaleza de acto antijurídico, esto es, de conducta que infringe un deber jurídico y que resulta especialmente reprobable por vulnerar el principio de buena fe contractual que debe informar el curso de la formación del consentimiento contractual (STS de 14 de enero de 2014, núm. 537/2013).

En este sentido, el error que produce o comporta el dolo queda también particularizado respecto de la noción general del error, pues es producto o consecuencia de una intención o propósito de engañar a la otra parte contratante y provocar, de este modo, una injusta vinculación obligacional que, por lo general, le será claramente perjudicial.

Esta nota de antijuridicidad que acompaña al dolo determina, a su vez, que la reacción del ordenamiento jurídico se centre en la protección del contratante engañado permitiendo, entre otras medidas de protección, la consecuente nulidad del contrato²⁴. *En esta línea se desenvuelven también los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), no sólo en la distinción del dolo como causa preeminente del vicio del consentimiento, sino también en la exclusión de la autonomía de la voluntad en orden a modular las consecuencias de la anulación, por error o información incorrecta, cuando dicha previsión resulte contraria a los postulados de buena fe y lealtad a la palabra dada; caso del dolo que nos ocupa²⁵*» (cursiva mía; FD 2.2.º).

²³ Para el caso de que eso no prosperase, ejercitó la acción rescisoria del Código civil, artículo 1294. *En primera instancia se desestimó* la demanda. El comprador recurrió y la *Audiencia Provincial estimó* el recurso y la demanda. Los vendedores interpusieron recurso de casación, alegando infracción de los artículos 1261.1.º, 1266 y 1300 CC (motivo primero) e infracción de los artículos 1260.1.º (*sic*, 1261.1.º), 1269, 1270.I y 1300 CC (motivo segundo; cfr. Antecedente de Derecho 5.º, y FD 2.º). El *Tribunal Supremo* no casó.

²⁴ Sobre la concurrencia y diferencias error/dolo, DE VERDA Y BEAMONTE (1999) pp. 166-171.

²⁵ Artículo 4:118 PECL: «Exclusion or Restriction of Remedies/ (1) Remedies for fraud, threats and excessive benefit or unfair advantage-taking, and the right to avoid an unfair term which has not been individually negotiated, cannot be excluded or restricted./ (2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing».

2. LA PARTE SEGUNDA

[10] La aglutino en torno a la armonización del Derecho de contratos –de su Teoría general– que en los últimos años se está produciendo en el ámbito *internacional latinoamericano*. Expondré dos regulaciones de *soft law* que recogen una regulación *moderna del error*. Sobre la imposibilidad inicial, si bien en una se dispone claramente una regulación *moderna*, de la otra no puede hacerse firmemente tal aseveración. Se tratan de: a) los *Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales de 2015* (*Principios OHADAC*); y b) los *Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos*, versión de octubre de 2015 (PLDC; *infra* [105])²⁶.

Trato también del *Derecho inglés*²⁷. Su exposición, en esta *Parte Segunda*, se debe a la especial referencia que en los *Comentarios oficiales* de los *Principios OHADAC* se le hace, y que su conocimiento permite un mejor entendimiento de las materias que en el trabajo analizo. También en esta *Parte Segunda* expongo el tratamiento que de la imposibilidad inicial y del error hacen los Derechos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela según ciertos informes nacionales. Siendo difícil la calificación global de esos Derechos por la pluralidad de sus regulaciones, puede *genéricamente* decirse que responden a los *modelos tradicionales* de la imposibilidad inicial, y del error.

3. LA PARTE TERCERA

[11] La dedico a la imposibilidad inicial y al error del *Código civil*, cuyas regulaciones responden al modelo *tradicional*. Además, es conocido, existen distintas propuestas de reforma del Derecho de contratos que expongo en esta *Parte Tercera* para aquellas materias. Se tratan de: a) la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009* de la Sección Civil

²⁶ Sobre la unificación del Derecho en Latinoamérica, FERRANTE, *Revista de Derecho Privado* (2016) pp. 116-122 y *RChDP* (2014) pp. 12-20. En otro plano, DÍAZ ALABART, *RDP* (2012) pp. 115-116.

²⁷ Sobre la gran importancia práctica del Derecho inglés en la contratación internacional, y problemas que su elección como Derecho aplicable al contrato celebrado puede plantear, v. las genéricas consideraciones de SÁNCHEZ LORENZO (2013) pp. 11-14; para la relación del Derecho inglés, con la CISG, el CESL, los PECL, el DCFR y los *Principios UNIDROIT*, *op. cit.*, pp. 170-174. Sobre el *Civil Law* y el *Common Law*, de interés las consideraciones de DE EIZAGUIRRE, *ADC* (2012) pp. 533-546. Y sobre los PECL: «One of the major benefits offered by the Principles is to provide a bridge between the civil law and the common law by providing rules designed to reconcile their differing legal philosophies» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) *op. cit.*, p. xxiii].

de la Comisión General de Codificación (PMCC)²⁸ que responde al modelo *moderno*; y b) la *Propuesta de Código civil, Libros V y VI*, de la *Asociación de Profesores de Derecho Civil* de mayo de 2016 (PCCAPDC) que también responde al modelo *moderno*. Informo también de ciertos apuntes de Luis Humberto Clavería Gosálbez que responden al modelo *tradicional actualizado*.

Asimismo, analizo la regulación que de la imposibilidad inicial y del error proponen, en 2016 y para el *Código civil de Cataluña*, los profesores Esteve Bosch Capdevila, Pedro del Pozo Carrasco, y Antoni Vaquer Aloy (*P. Bosch/del Pozo/Vaquer*). La imposibilidad inicial responde al *modelo tradicional*, y el error, *al moderno*.

Finalmente trato del *Derecho francés*, diferenciando: a) su regulación de la imposibilidad inicial, y del error, *antes* de la reforma del *Code civil* por *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*²⁹, que responde al *modelo tradicional*; y b) su regulación *tras* dicha reforma, que responde al *modelo tradicional actualizado*.

[A] La *Ordonnance* es fruto de la amplia habilitación dada al *Gouvernement* por el artículo 8 de la «loi n.º 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures»³⁰. El artículo 9.I de la *Ordonnance* dispuso su

²⁸ Utilizo la versión publicada en papel por el Ministerio de Justicia/Gobierno de España, ISBN 978-84-7787-116-3 (v. *infra* nota 788). Sobre las funciones, organización, y otras consideraciones sobre la *Comisión General de Codificación* tras sus nuevos Estatutos de 28.09.2015, PAU PEDRÓN, *ADC* (2016) pp. 980-990. La PMCC se ha traducido al francés, VV. AA (2016) pp. 9-88.

²⁹ *JORF, 11 février 2016, texte 26 sur 113* (NOR: JUSC1522466R); para una información general sobre la reforma francesa, SAVAUX, *ADC* (2016) pp. 715-741; v. QUIÑONES ESCÁMEZ (2016) pp. 243-281, en particular a partir de la p. 253. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance –JORF, 11 février 2016, texte 25 sur 113* (NOR: JUSC1522466P)– se informa de una futura reforma del *Code civil* sobre la responsabilidad civil (v. SAVAUX, *op. cit.*, p. 717). Por su parte, PIZARRO WILSON destaca que tras el bicentenario del *Code civil* «les esprits commecèrent à s’inquiéter», y en vez de la satisfacción de contar con un código que había logrado mantenerse vigente durante doscientos años, las críticas al mismo se multiplicaron en coloquios y congresos; si el código se celebró con todo honor, numerosas voces se alzaron denunciando un cierto «anquilosamiento» del derecho positivo en distintos ámbitos, no siendo el Derecho de obligaciones una excepción [*Revue de Droit des Contrats* (2015) p. 706; v. hasta p. 707 en donde, entre otras cosas, el autor realiza unas consideraciones sobre el Derecho chileno y el español]. V. la siguiente nota 32.

³⁰ Según el *Rapport au Président de la République*: «A ce titre, afin de moderniser, de simplifier, d’améliorer la lisibilité, de renforcer l’accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l’efficacité de la norme, le Gouvernement est autorisé, selon les termes de l’habilitation, à prendre par voie d’ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour: 1.º Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle; énumérer et définir les principales catégories de contrats; préciser les règles relatives au processus de conclusion du contrat, y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d’offre et d’acceptation de contrat,

entrada en vigor el 01.10.2016, con las precisiones de sus apartados II, III y IV³¹.

[B] Sobre la «Genèse de la réforme», según el *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131*:

«Alors que de nombreuses parties du code civil des Français issu de la loi du 30 ventôse an XII, devenu par la suite code Napoléon puis code civil, ont, au cours des dernières années, fait l'objet d'adaptation et de modernisation, le droit commun des obligations, à l'exception de quelques textes issus de la transposition de directives communautaires, n'a pas été modifié depuis plus de deux siècles. Ces règles ont certes été depuis complétées par une jurisprudence abondante, mais cette dernière est par essence fluctuante, voire incertaine, et peut être ressentie par les acteurs économiques comme difficilement accessible et complexe dans son appréhension. La seule lecture du code civil ne

notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de promesse de contrat et de pacte de préférence;/ 2.º Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre;/ 3.º Affirmer le principe du consensualisme et présenter ses exceptions, en indiquant les principales règles applicables à la forme du contrat;/ 4.º Clarifier les règles relatives à la nullité et à la caducité, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat;/ 5.º Clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion;/ 6.º Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances;/ 7.º Clarifier les règles relatives à la durée du contrat;/ 8.º Regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification;/ 9.º Moderniser les règles applicables à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu et consacrer la notion d'enrichissement sans cause;/ 10.º Introduire un régime général des obligations et clarifier et moderniser ses règles; préciser en particulier celles relatives aux différentes modalités de l'obligation, en distinguant les obligations conditionnelles, à terme, cumulatives, alternatives, facultatives, solidaires et à prestation indivisible; adapter les règles du paiement et expliciter les règles applicables aux autres formes d'extinction de l'obligation résultant de la remise de dette, de la compensation et de la confusion;/ 11.º Regrouper l'ensemble des opérations destinées à modifier le rapport d'obligation; consacrer, dans les principales actions ouvertes au créancier, les actions directes en paiement prévues par la loi; moderniser les règles relatives à la cession de créance, à la novation et à la délégation; consacrer la cession de dette et la cession de contrat; préciser les règles applicables aux restitutions, notamment en cas d'anéantissement du contrat;/ 12.º Clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve; préciser, ensuite, les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques; détailler, enfin, les régimes applicables aux différents modes de preuve;/ 13.º Aménager et modifier toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées en application des 1.º à 12.º» [hay traducción al español de los números 1.º a 12.º primera frase, en QUIÑONES ESCÁMEZ (2016) pp. 252-253].

³¹ Artículo 9 de la *Ordonnance n.º 2016-131*: «Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016./ Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne./ Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance./ Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation»; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 9 *Code v.o.*» (2016) pp. 17-25.

permet plus dans ces conditions de donner une vision claire et précise de l'état du droit positif qui, devenu en grande partie prétorien, a changé depuis 1804, la jurisprudence ayant tenu compte de l'évolution des mœurs, des technologies et des pratiques.

Par ailleurs, dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale.

Tout d'abord, des pays qui s'étaient autrefois grandement inspirés du code Napoléon ont réformé leur propre code civil, en s'affranchissant du modèle français, trop ancien pour demeurer source d'inspiration, comme le Portugal, les Pays-Bas, le Québec, l'Allemagne ou l'Espagne, et il est apparu à cette occasion que le rayonnement du code civil français passait par sa rénovation.

Mais en dehors même de cette dimension politique, l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique: les rapports "Doing business" publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français.

Dans le même temps, au cours de ces vingt dernières années, les projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats se sont multipliés: les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 et complétés en 2004, les principes du droit européen des contrats (PDEC) élaborés par la commission dite Lando, publiés entre 1995 et 2003, le projet de code européen des contrats ou code Gandolfi, publié en 2000, le projet de cadre commun de référence (DCFR), qui couvre tout le droit privé et a été remis officiellement au Parlement européen le 21 janvier 2008, et enfin les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française qui ont abouti à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en février 2008.

Il est donc apparu nécessaire, conformément au vœu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles.

Plusieurs projets académiques ont ainsi été élaborés ces dernières années: celui du groupe de travail réuni autour de Pierre Catala puis celui du groupe de travail de l'académie des sciences morales et politiques sous l'égide de François Terré. Par la publicité donnée à ces projets, les acteurs de la vie économique et juridique ont été mis en mesure d'émettre des observations. La Chancellerie a également préparé des avant-projets qui ont été largement diffusés et commen-

tés. Enfin, à la suite de l'habilitation accordée au Gouvernement pour procéder à cette réforme par voie d'ordonnance, un nouveau texte, nourri de l'ensemble de ces travaux, a été soumis à consultation publique. Celle-ci a permis de recueillir les observations des professionnels du droit et des acteurs du monde économique qui, complétées par les nombreux articles de doctrine publiés sur le sujet, ont permis au Gouvernement d'aboutir à un texte répondant aux objectifs fixés de modernisation, de simplification, d'accessibilité et d'efficacité du droit commun des contrats et du régime des obligations, et susceptible de répondre aux attentes des praticiens³²».

III. EL OBJETIVO DEL TRABAJO

[12] Consiste en mediante la anterior selección de textos jurídicos (*supra* [8] ss.), junto con sus posibles interpretaciones y aplicaciones, constatar la evolución habida en el tratamiento jurídico de la imposibilidad inicial y del error, y la oportunidad de apreciar en qué medida procede la revisión de aquellas figuras en el Derecho español.

PARTE PRIMERA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN LOS PECL, EN EL DCFR, EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT 2010, Y EN EL DERECHO HOLANÉS

[13] Hago un tratamiento individualizado de cada uno de esos textos, aplicando el mismo orden expositivo, consistente en analizar en primer lugar la imposibilidad inicial, y en segundo lugar, el error.

³² Una información genérica sobre los diferentes y sucesivos hitos de la reforma francesa de las obligaciones y de los contratos –del *Avant-projet de réforme du Droit des obligations et du Droit de la prescription de 22.05.2005* [o *Avant-projet Catala (AP Catala)*], del Proyecto de la *Chancellerie* (julio de 2008), de las *Propositions de réforme du Droit des contrats* de la *Académie des Sciences morales et politiques* de diciembre de 2008 (o *P. Terré*) y del Proyecto de *Ordonnance* de la *Chancellerie* de 2015 (*P. Ord. 2015*)– por MOMBERG URIBE, *RChDP* (2015) pp. 121-140. Focalizando su trabajo sobre el (entonces) Proyecto de la *Chancellerie* y comparándolo con el *AP Catala* y con la *P. Terré* (tiene también presentes a los PECL, los *Principios UNIDROIT* y al DCFR), CABANILLAS SÁNCHEZ, *ADC* (2012) pp. 1783-1794 y el mismo autor y para el *AP Catala* y otras consideraciones, *ADC* (2007) pp. 621-633 (su traducción del *AP Catala* al español en pp. 634-848). También para el *AP Catala*, VOGENAUER (2009) pp. 3-21, en particular pp. 9-18, 20-21; POILLOT, *ADC* (2006) pp. 1309-1320; CATALA en su «Présentation générale de l'avant-projet» (2005) pp. 2-7.

El 25.02.2015, «la Chancellerie a publié son projet d'ordonnance et ouvert une consultation publique sur son site internet jusqu'au 30 avril» [MOLFESSIS, *SJ, Supplément* (2015) p. 4].

Y sobre la reforma de la *Ordonnance* n.º 2016-131, BÉNABENT/AYNÈS opinan que es difícil, globalmente, descubrir en ella una filosofía clara para las relaciones sociales, siendo más bien una obra de compromiso que extrae su inspiración en la convergencia de los proyectos Catala y Terré, y en los PECL (*RD*, 25 février 2016, n.º 8). V. las consideraciones generales sobre la reforma francesa de DESHAYES/GENICON/LAITHIER (2016) pp. 2-15.

I. LOS PECL

1. EL ARTÍCULO 4:102 PECL: INITIAL IMPOSSIBILITY

[14] De la imposibilidad inicial se ocupa dicho precepto.

Artículo 4:102 PECL: «Initial Impossibility

A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contracts relates».

[15] Según el *Comment* del artículo, *en algunos sistemas legales, un contrato que, desconocido por los contratantes, es imposible de cumplir porque, por ejemplo, falta el «objeto», o porque el vendedor no tiene derecho a disponer de los bienes que pretende vender, puede ser «ineffective»*³³ *Dicho tratamiento jurídico no se adopta en los PECL*³⁴. Para los PECL, aquellos casos son frecuentemente situaciones de *error esencial* –de *fundamental mistake* del art. 4:103 PECL, *infra* [17] ss– y error esencial que permitirá a cualquiera de las partes afectadas anular el contrato –por el *common mistake* del art. 4:103 (1) (a) (c) PECL–³⁵. Ahora bien, *también* habrá casos en que se entiende que *uno* de los contratantes *ha asumido el riesgo de la imposibilidad, por lo que no tendrá derecho a anular el contrato*³⁶. Se advierte, que el *cumplimiento específico del contrato será naturalmente imposible, pero la parte que asumió el riesgo podrá tener que responder de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento*³⁷.

En el *Comment* del artículo 4:102 PECL se lee la siguiente:

«*Illustration: A sells to B, who is a salvage contractor, the wreck of an oil tanker which A says is at a particular location. As A should have known, there never was an oil tanker at that location, but B does not discover this until his preliminary salvage expedition searches the area. The contract is not void and A is liable in*

³³ «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228; la palabra *objeto*, en cursiva en el original.

³⁴ «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228.

³⁵ «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228. Para el Derecho español y sobre el error que recae sobre un derecho subjetivo, OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 42-46.

³⁶ «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228.

³⁷ «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228.

damages to B»³⁸ (cursiva mía; ejemplo de cosa que nunca existió, considerándose a A de mala fe)³⁹.

Tras lo cual se remite al lector al *Comment G* del artículo 4:103 PECL, en el que se lee esta:

«*Illustration 7*: J sells K a piece of used equipment which is on a remote construction site from which K is to collect it; it is not feasible for K to inspect the equipment before agreeing to purchase. When K arrives there it finds that the equipment *had been destroyed by fire some time before* the contract was made. *J should have known this. J is liable for non-performance and cannot avoid the contract for mistake*» (cursiva mía; ejemplo de cosa que existió y dejó de existir antes de la celebración del contrato, considerándose a J de mala fe)⁴⁰.

Y tras esa *Illustration*, de nuevo otra remisión, ahora al *Comment F* del artículo 4:103 PECL, cuya:

«*Illustration 5* [es]: An Englishwoman who owns a cottage in France agrees to rent it for one month to a Danish friend, although the Englishwoman does not normally rent the cottage. The lease is to start five days later. The Dane books non-refundable air tickets to fly to France. *It is then discovered that the cottage had been totally destroyed by fire the night before the contract was agreed. The contract may be avoided by either party*, with the result that no rent is payable and the Dane gets no compensation for the wasted air tickets» (cursiva mía; ejemplo de cosa que existió y dejó de existir antes de la celebración del contrato, siendo ambos contratantes de buena fe)⁴¹.

[16] En las *Notas de Derecho Comparado* del artículo 4:102 PECL –publicadas en 2000– se constata que los Derechos nacionales que se exponen *oscilan* en solucionar los supuestos del artículo 4:102 PECL, bien con la *nullidad* (*void, nullité absolue*), bien con la *anulabilidad* (*voidable contract, nullité relative*). Pero, algunos de esos Derechos nacionales han sufrido posteriormente importantes reformas, cambios que se recogen en las *Notas de Derecho comparado* del artículo II.-7:102 DCFR, a 2009⁴².

³⁸ «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228.

³⁹ En las notas de Derecho comparado del artículo 4:102 PECL se indica: «[...] *McRae v. Commonwealth Disposals Commission* (1950) 84 C. L. R. 377 (the illustration in the comment is based on this case)» [cursiva del original; LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 229; *infra* nota 42 b), y en [98] b) expongo dicho caso].

⁴⁰ «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234. Al ejemplo reproducido le precede este párrafo: «Cases of initial impossibility and the non-existence of a thing sold are treated in the same way as other mistakes. *Under the Principles the contract may be avoided for mistake but it is not void for lack of object*: see Article 4:102. *Indeed there may be cases in which a sale of a non-existent object is valid and the seller is liable for non-performance, because the court concludes that in the circumstances the seller is the party which should bear the risk*» (cursiva mía, salvo el *object*; puesto en redonda; *op. cit.*, p. 234).

⁴¹ «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

⁴² Según esas notas de Derecho comparado del artículo II.-7:102 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009)] y en lo que interesa:

2. EL ERROR EN LOS PECL⁴³

[17] De él se ocupan los artículos 4:103 y 4:104 PECL.

Artículo 4:103 PECL: «Fundamental Mistake as to Facts or Law

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

- (a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or
- (ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or
- (iii) the other party made the same mistake,

a) «1. In many of the legal systems a contract which, at the time it was made, provided for obligations impossible to perform is not voidable but absolutely void: e. g., in the case of “evident” impossibility, AUSTRIAN CC § 878 (this includes only cases which are legally impossible and factually absurd, such as the promise of an eternal life; a “simple” initial possibility –e.g. the sale of goods that belong to another– is subject to the legal consequences of bad performance); ITALIAN CC art. 1346; and so did the former § 306 of the GERMAN CC in case of “objective” impossibility. FRENCH law, and the law of BELGIUM and LUXEMBOURG, require “*un objet certain qui forme la matière de l’engagement*” (CC art. 1108). Thus a contract to supply a specific object which does not exist is void (*nullité absolue*), unless it is a future object (art. 1130(1)). [...] The situation is similar in BULGARIA, where the “impossible object” is ground for nullity, [...]; PORTUGUESE and SPANISH law are broadly similar [...]; Spanish CC arts. 1184, 1272 and 1460. French and Belgian law treat the sale of an item which belongs to another in a broadly similar way, but the contract is voidable (*nullité relative*) (CC art. 1599). Italian CC art. 1478 differs in not treating this last case as a one of impossibility and so did the former German CC in § 437. In GERMAN and AUSTRIAN law, if one party knew or ought to have known that the performance was impossible, the other may recover reliance interest damages: German CC § 307; Austrian CC § 878 3rd sentence. There may also be delictual liability in French law if the conditions for such liability are satisfied (i.e. if there is a fault) [...]. In GERMANY the rule was not only abolished in 2002 but the legislator felt a need to establish an explicit rule similar to PECL art. 4:102 (and hence similar to present Article) in CC § 31 Ia(1)» [mayúsculas y cursiva del original; *op. cit.*, nota 1, pp. 454-455].

b) «In ENGLAND and IRELAND there are traces of the traditional civil law doctrine. First, a contract to sell specific goods which without the knowledge of the seller has perished at the time the contract is made is void: Sale of Goods Act 1979, s. 6. However it is now widely accepted that the common law is more flexible; a contract for non-existent goods may be void for common mistake but is not necessarily so. Thus in a case in which a seller purported to sell goods which, as the seller should have known, had never existed at all, the High Court of Australia held that the contract was no void; the seller was liable for non-delivery: *McRae v. Commonwealth Disposals Commission* (1950) 84 CLR 377 (the illustration in the comment is based on this case) [v. *supra* nota 39]. Secondly, the doctrine of common mistake (the “common law” rule) results in the contract being void, not voidable. It had been said that there is a separate rule in equity that a contract may be voidable for common fundamental mistake: see *Solle v. Butcher* [1950] 1 KB 671, CA, but the Court of Appeal has now held this to be incorrect: *Great Peace Shipping Ltd. v. Tsavliris Salvage (International) Ltd. (The Great Peace)* [2002] EWCA Civ 1407, [2003] QB 679» [mayúsculas y cursiva del original; *op. cit.*, nota 5, p. 456]. Doy cuenta de la *Section 6 SGA 1979* y de los casos *McRae*, *Solle*, y *Great Peace infra* [97]-[98].

V. PALAZÓN GARRIDO (2014) núm. 79, p. 84, y también núms. 80 y 82, pp. 84-85; pero v. desde núm. 75, p. 81 (la autora trata la imposibilidad como límite del derecho a reclamar el cumplimiento específico).

⁴³ Entre otros, han analizado los vicios del consentimiento de los PECL, MORALES MORENO (2006) pp. 289-321; MALO VALENZUELA, *RCDI* (2005) pp. 887-926.

and

(b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms.

(2) However a party may not avoid the contract if:

(a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or

(b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it».

Artículo 4:104 PECL: «Inaccuracy in Communication

An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is to be treated as a mistake of the person which made or sent the statement and Article 4:103 applies».

2.1 El artículo 4:103 PECL: *Fundamental Mistake as to Facts or Law*

[18] Antes de explicar cada una de las reglas del artículo, en su *Comment A* se recogen esas *consideraciones generales* con las que, como indiqué *supra* [3], suelen comenzar las exposiciones sobre el error. Y al respecto, se advierte lo frecuente que es que una parte celebre el contrato a causa de una falsa representación de los hechos, o del derecho, que afecta al contrato⁴⁴. Y que, *mientras el principio de la libertad para contratar* sugiere que una parte *no* ha de vincularse contractualmente *salvo* que haya consentido informada, *la necesidad de la seguridad* en las *transactions* sugiere que la otra parte deba, con carácter general, *poder confiar en la existencia del contrato*, *salvo* que esta segunda no hubiere actuado de buena fe, o se hubiera aprovechado deliberadamente de la otra parte en circunstancias en las que, de conformidad con los estándares del *fair dealing*, ello no se le permite, o se hubiera comportado sin cuidado o de algún modo irrazonablemente⁴⁵. En el citado *Comment* se hace también otra importante consideración. Que cuando una parte celebra el contrato bajo un error o una falsa representación, *lo normal es* que *no* tenga derecho a *anularlo*, *salvo* que aquel/aquella haya sido *muy grave* («*very serious*»)⁴⁶.

⁴⁴ «*Comment A* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230.

⁴⁵ «*Comment A* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230.

⁴⁶ «*Comment A* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230; «Thus a contract may be set aside for mistake *only if* the mistake is *fundamental*» y para los errores *menos importantes* (menos serios) puede disponerse del remedio de la indemnización de daños (art. 4:106 PECL), salvo que hubiere habido *fraud* (dolo), en el cual la *intención de engañar* es, en sí mismo, fundamento suficiente para justificar que la otra parte –*the innocent party*– pueda anular el contrato (art. 4:107 PECL) (cursivas mías,

Para el *error común*, se apunta que es adecuado permitir la anulación del contrato cuando aquel error hace, del último, algo esencialmente diferente de lo que se esperaba. En el error común *normalmente* no hay mala fe, ni un aprovechamiento de una ventaja, ni hay un comportamiento negligente cuando la celebración del contrato, sino *un riesgo que ninguna de las partes esperó y no distribuyó el contrato*. Y puede considerarse de mala fe la insistencia en que el contrato se lleve a cabo, *cuando este se ha transformado en algo esencialmente diferente de lo que ambas partes esperaban*⁴⁷. Ahora bien, si en el contrato se contempló el riesgo del error, distribuyéndose el mismo y el contrato se interpreta correctamente, el artículo 4:103 PECL no puede aplicarse⁴⁸.

[19] Para la *relevancia* del error, el artículo 4:103 (1) (b) PECL exige –primer requisito– *que la otra parte conociera, o debería haber conocido, que, si la parte que erró, hubiera sabido la verdad, la misma no habría celebrado el contrato, o solo lo habría celebrado en diferentes condiciones («terms») esenciales*. En el *Comment C* se llama la atención acerca de que el error deba recaer sobre algo «esencial» –por disposición del art. 4:103 (1) (b) PECL– y no recaiga sobre algo simplemente «material»⁴⁹. El artículo 1:301 (5) PECL señala cuando un asunto es «material», y lo es, si *una persona razonable, situada en la misma posición de una parte, debía haber conocido la influencia que el asunto tendría en la decisión de esa parte para contratar o contratar en las condicio-*

op. cit., p. 230). Las anteriores consideraciones del *Comment A* se encuentran en el *Comment C* del mismo artículo 4:103 PECL (esto es, se insiste en la protección de la seguridad de las *transactions*, lo que implica que el Derecho solo admita los errores que tengan la condición de muy serios [*Comment C* del artículo 4:103 PECL», *op. cit.*, p. 231]. Según el artículo 4:106 PECL: «Incorrect Information/ A party which has concluded a contract relying on incorrect information given it by the other party may recover damages in accordance with Article 4:117(2) and (3) even if the information does not give rise to a fundamental mistake under Article 4:103, unless the party which gave the information had reason to believe that the information was correct». Artículo 4:107 PECL: «Fraud/ (1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed./ (2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive./ (3) [...] [apartado (3) transcrito *infra* nota 649]».

⁴⁷ «*Comment A* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230.

⁴⁸ «*Comment B* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230; «*Illustration 1*: A builder employed to build a house finds, when it starts to dig the foundations, that across the site runs an old sewer which is not marked on the maps and which neither it nor the employer had ever expected. This will make completion of the task very much more expensive. It must first be determined whether the contract, as properly interpreted, covers the problem. If the contract provides that in the event of "unforeseeable ground conditions" the contractor is entitled to extra time and extra payment, and a correct interpretation of "unforeseeable ground conditions" would include the sewer, there is no basis for the contractor to invoke this Article [4:103 PECL]» (cursiva mía; *op. cit.*, pp. 230-231).

⁴⁹ «*Comment C* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 231.

nes propuestas⁵⁰. Las calificaciones de *esencial* y «material» pueden no coincidir. Un error puede ser «material» –criterio de la persona razonable– y si *no es esencial* –criterio subjetivo del art. 4:103 PECL– *no da derecho a anular el contrato en virtud del artículo 4:103 PECL*⁵¹.

[20] En cuanto al análisis de *las concretas causas por las que hubo el error* –segundo requisito del error relevante–, para el *surgido por la incorrecta información suministrada por la otra parte* –*apartado (i)* del art. 4:103 (1) (a) PECL–, en el *Comment D* se señala que, tal vez, sea la más probable razón del error y si este es *esencial*, se permite anular el contrato. Esta causa del error no consiste solo en que la parte que erró no fue informada adecuadamente, sino en que *su error resultó del comportamiento de la otra*⁵². Esto es, la información suministrada fue la causa del error (nexo causal). La regla se aplica, *incluso* si la parte que suministró la información *creía razonablemente que era verdadera*, pues, decidió darla⁵³; de ahí, que no pueda quejarse de que se permita al que recibió su información, que anule el contrato con tal de que su error haya sido *esencial*^{54, 55}.

[21] En el supuesto de que *la otra parte conociera, o debiera conocer, la existencia del error y fuera contrario a la buena fe* y al *fair dealing dejar en su error al que se equivocó* –*apartado (ii)* del art. 4:103 (1) (a) PECL; segunda posible causa del error– en el *Comment E* se advierte, que *algunos sistemas jurídicos* admiten como *principio general* que uno de los contratantes pueda *aprove-*

⁵⁰ Artículo 1:301 PECL: «Meaning of Terms/ In these Principles, except where the context otherwise requires/ [...] (5) a matter is ‘material’ if it is one which a reasonable person in the same situation as one party ought to have known would influence the other party in its decision whether to contract on the proposed terms or to contract at all/ (6) [...]».

⁵¹ «*Comment C* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (eds.) (2000) p. 231. En el «*Comment E* del artículo 1:301 PECL»: «Under the Principles, ‘material’ is different to ‘fundamental’, which [...] and is also referred to in determining whether a mistake as to facts or law is sufficiently serious to justify avoidance (see Article 4:103). A matter which is fundamental is more important than one which is only material» (*op. cit.*, p. 124).

⁵² «*Comment D* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 231.

⁵³ «*Comment D* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 231.

⁵⁴ «*Comment D* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 231. «*Illustration 2*: The seller of the lease of a property which he had used for residential purposes told a prospective purchaser that the purchaser would be able to use it as a restaurant, which was the purchaser’s main object. In fact the seller had forgotten that there was a prohibition on using the property other than for residential purposes without the landlord’s consent and the landlord refuses consent. The purchaser of the lease may avoid the contract» (cursiva mía, *op. cit.*, p. 231).

⁵⁵ ESTEBAN DE LA ROSA destaca que la presente causa de error se acoge en general [CC holandés, CC austríaco, Derechos inglés y estadounidense, francés, español; el autor se refiere además a los PECL, *Principios OHADAC*, *Principios UNIDROIT*, CESL] [(2016) núms. 33 y 34 pp. 1146-1149]. Sobre «[t]he mistake is caused by incorrect information given by the other party», según SMITS, «[t]his is probably the most important reason why a legally relevant mistake occurs in a civil law jurisdiction» [(2014) p. 163].

charse de una ventaja, incluso si el otro contratante tuvo un muy serio error con tal de que no lo hubiere causado⁵⁶ –piénsese en el *Common Law* del Derecho inglés⁵⁷–. Sin embargo, *crecientemente se reconoce que ese comportamiento es inaceptable* (supuesto de mala fe)⁵⁸. Y los PECL reconocen el principio general de que una parte no debe tener derecho a *aprovecharse* de la ventaja de un error serio de la otra acerca de hechos, o derecho, relevantes⁵⁹. La misma regla se aplica *si no puede probarse que la parte que no erró sabía del error de la otra, pero debía haberlo sabido por ser un error obvio*⁶⁰. Sentado lo anterior, se reconoce que *en ciertas situaciones* ha de permitirse el *aprovecharse* de la ignorancia del otro contratante. Así, en el *contrato de naturaleza especulativa*, en el que ninguno espera ser asistido por el otro de algún modo⁶¹. Y lo mismo, *si uno ha hecho un considerable esfuerzo en obtener un conocimiento del que el otro carece*^{62, 63}.

[22] Para el *error compartido* –*apartado (iii)* del art. 4:103 (1) (a) PECL, y último supuesto del art. 4:103 (1) (a) PECL–, bajo el presupuesto de la *seria* falsa representación, en el *Comment F* se indica que aquel error plantea cuestión diferente a las planteadas por las otras dos posibles causas de error –*supra* [20], [21]–⁶⁴. Aquí, hay que preguntarse *si el contrato distribuyó el riesgo de la*

⁵⁶ «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232.

⁵⁷ V. como CHEN-WISHART contrapone el artículo II.-3:101 DCFR (*Duty to disclose information about goods, other assets and services*) y el *Common Law*, *infra* nota 120 b).

⁵⁸ «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232.

⁵⁹ «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232.

⁶⁰ «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232.

⁶¹ «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232; «contracts for high-risk shares are an example» (*op. cit.*, p. 232).

⁶² «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232; si no se permite al que obtuvo con un duro esfuerzo su conocimiento aprovecharse de él, no habría incentivo para investigar y ambas partes estarían en peor situación (*op. cit.*, p. 232; «*Illustration 4: Through extensive research, A discovers that demand for a particular chemical made by X Corporation is about to rise dramatically. A buys a large number of shares in X Corporation from B without revealing his knowledge, which he knows B does not share. B has no remedy*», *op. cit.*, p. 233). Distinto es en los frecuentes casos de contratos no especulativos, en los que una parte tiene un pequeño, o ningún coste, en la adquisición de la información, información que la otra parte obviamente no tiene y que es crucial para el contrato; en tal caso, no debe permitirse aprovecharse del error ajeno a la parte no equivocada, pues va en contra de los estándares razonables del *fair dealing* dejar al *errans* en su error («*Illustration 3: A sells her house to B without revealing to B that A knows there is extensive rot under the floor of one room. She does not mention it because she assumes B will be aware of the risk of it from the fact that there are damp marks on the wall and will have the floor checked. B does not appreciate the risk and buys the house without having the floor checked. B may avoid the contract*», *op. cit.*, p. 232).

⁶³ ESTEBAN DE LA ROSA apunta que muchos sistemas jurídicos permiten anular el contrato por error debido a «su cognoscibilidad por la otra parte», fórmula a la que suelen añadir si el «error habría debido ser conocido, atendidas las circunstancias, aunque no haya existido un conocimiento real» [(2016) núm. 35, p. 1149; en el núm. 36, pp. 1150-1151, expone distintos sistemas que lo acogen, y cierta particularidad del Derecho suizo, en el núm. 37, p. 1152].

⁶⁴ «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

*pérdida habida, y pérdida debida a que los hechos se han descubierto diferentes*⁶⁵. En ocasiones sucede que las partes *son conscientes de su limitado conocimiento*, o es un *contrato especulativo; para tales casos puede decirse que se persigue la aplicación del contrato, pese a la diferencia, pues las partes así lo asumieron*⁶⁶. Pero en otras ocasiones es más realista afirmar que el riesgo, de que los hechos se muestren diferentes, *no se distribuyó en el contrato* y si ello hace del mismo algo muy diferente para una de las partes, esta ha de tener derecho a anular el contrato^{67, 68}.

[23] Señalado todo lo anterior, en el *Comment G* se hace una *muy importante aclaración: no es necesario determinar distintas categorías (tipos) de error, unas de posible relevancia jurídica, y otras no*⁶⁹. Simplemente, el artículo 4:103 PECL admite que el error *puede recaer sobre los hechos que envuelven el contrato*—error de hecho— *o sobre el derecho que le afecta*—error de derecho—⁷⁰. La anterior característica (clave) del error de los PECL no impide que, en ese mismo *Comment G*, se viertan algunas consideraciones *sobre algunos tipos de error, lo que seguramente se deba al tratamiento que del error se hace en algunos Derechos nacionales* (en los que, si el error recae sobre ciertos aspectos, *puede ser relevante; y no, si recae sobre otros*)⁷¹. Y así, para el error *sobre el*

⁶⁵ «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

⁶⁶ «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

⁶⁷ «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233; el *Comment F* contiene la *Illustration 5*, reproducida *supra* [15].

⁶⁸ Según ESTEBAN DE LA ROSA, hay cierta convergencia en «[I]os sistemas jurídicos estatales [...] a la hora de legitimar la anulación del contrato cuando el error en que ha incurrido una de las partes a la hora de contratar es común a la otra» [(2016) núm. 38, p. 1152; en los núms. 38 y 39 y 40 (pp. 1152-1153), se refiere a distintos sistemas jurídicos que acogen al error común].

⁶⁹ «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

⁷⁰ «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

⁷¹ Algunos ejemplos de lo indicado: a) Para el Derecho italiano: a.1) *Código civil italiano de 1942* (CC ital. 1942).—Artículo 1429: «Errore essenziale.—L'errore è essenziale: / 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; / 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; / 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; / 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stata la ragione unica o principale del contratto»; artículo 1430: «Errore di calcolo.—L'errore di calcolo non dà luogo ad annullamento del contratto, ma solo a rettifica, tranne che, concretandosi in errore sulla quantità, sia stato determinante del consenso»; artículo 1433: «Errore nella dichiarazione o nella sua trasmissione.—Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche al caso in cui l'errore cade sulla dichiarazione, o in cui la dichiarazione è stata inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio che ne era stato incaricato». Para los artículos 1428 y 1431 CC ital. 1942, *infra* nota 709; a.2) *Código civil italiano de 1865*.—Artículo 1109: «El error de derecho producirá la nulidad del contrato, sólo cuando el mismo sea la causa única ó principal»; artículo 1110: «El error de hecho no producirá la nulidad del contrato, sino cuando recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituya su objeto. / No producirá la nulidad, cuando recaiga solamente sobre la persona con quien se ha contratado, excepto cuando la consideración de aquella con quien se supone contratar sea la causa principal de la convención».

mero valor de la cosa vendida, se indica que normalmente no es un error esencial, y que los PECL no contienen una explícita regla que rehúse su relevancia jurídica⁷². Se recuerda que, en los PECL, la imposibilidad inicial y la inexistencia del objeto vendido son tratados del mismo modo que los otros errores (*supra* [15])⁷³. Que el error sobre la persona del otro contratante, también se trata como el resto de errores⁷⁴. Y sobre el error en la comunicación –error en la declaración o en su transmisión– se adelanta su subsunción en el artículo 4:103 PECL con base en el artículo 4:104 PECL⁷⁵.

[24] Ahora bien, si quien erró, lo hizo, dadas las circunstancias, por un error *inexcusable*, aquél no podrá anular el contrato [art. 4:103 (2) (a) PECL]. Según el *Comment I*, no parece adecuado permitir, a quien fue la mayor causa de su error, que pueda anular el contrato, salvo que la otra parte fuera, al menos, igualmente culpable⁷⁶. Si se le permitiera la posibilidad de la anulación, se le permitiría trasladar las consecuencias de su propia negligencia a la otra parte. Esta última no debe, normalmente, asumir la carga de tener que comprobar que la primera no sufrió descuidadamente su error. Ahora bien, si la otra parte sabe que la primera se encuentra en un error y le supone poco problema destacárselo, el que esa primera parte hubiere actuado negligentemente (sin cuidado) no debe impedirle liberarse y su error no ha de tratarse como inexcusable⁷⁷.

[25] Por último, en relación con el artículo 4:103 (2) (b) PECL se apunta, en el *Comment K*, que hay algunos contratos en los que las partes asumen deliberadamente el riesgo de lo desconocido, o

En otro plano, sobre la excusabilidad y la reconocibilidad del error en el Derecho italiano, DE VERDA Y BEAMONTE (1999) pp. 115-127.

b) Para el Derecho español, *infra* [204] ss., y para el francés antes y después de su reforma de 2016, *infra* [276] ss.

⁷² «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233. «*Illustration 6*: A party pays £200,000 for an antique desk made by Chippendale. She agrees to this price because she has read that such prices were commonly paid for Chippendale desks a few years ago. She does not know that subsequently the market prices for antique furniture of all types have declined dramatically and is the desk much less valuable than she supposed. The buyer may not avoid the contract» (*op. cit.*, p. 233).

⁷³ «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234.

⁷⁴ «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234. Añado, sobre la identidad del otro contratante o sobre sus cualidades cuando las mismas sean relevantes.

⁷⁵ «*Comment H* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234. «A frequent form of “mistake” is that one party makes some slip in communicating its intentions, e. g. by writing “£10,000” when it meant “£100,000”» (*op. cit.*, p. 234).

⁷⁶ «*Comment I* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234.

⁷⁷ «*Comment I* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234. «*Illustration 8*: N asks for bids for a piece of construction work; the information give to tenderers indicates that the contractor will probably strike rock at one point on the site. O sends in a tender which has no item for excavating rock, only for excavating soil. N should point this out, and if it does not and the mistake is sufficiently serious, O should be able to avoid the contract» (*op. cit.*, p. 234).

han de ser tratadas como si lo hicieran⁷⁸. *En tales casos, la parte afectada no debe ser capaz de anular el contrato por error, si el riesgo se materializa*⁷⁹. Un ejemplo es, si dicha parte sabía que celebraba el contrato sin pleno conocimiento⁸⁰; en otras ocasiones, ha de considerarse que la parte asumió el riesgo de la materialización del error⁸¹.

2.2 El artículo 4:104 PECL: *Inaccuracy in Communication*

[26] La explicación de dicho error se conecta, en el *Comment* del artículo, con las normas de interpretación contractual; en concreto, con el artículo 5:101 PECL, que en breve reproduzco. Advierto de la extrema minuciosidad con la que en dicho *Comment* se van distinguiendo hipótesis y soluciones.

Artículo 5:101 PECL: «General Rules of Interpretation

(1) A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.

(2) If it is established that one party intended the contract to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party could not have been unaware of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.

(3) If an intention cannot be established according to (1) or (2), the contract is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances».

[27] Según el *Comment A* del artículo 4:104 PECL, a veces sucede que, debido a un error de expresión en una comunicación, o a un error en su transmisión, *dicha comunicación no expresa la verdadera voluntad de la parte*⁸². Por ejemplo, la oferta escrita

⁷⁸ «*Comment J* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234.

⁷⁹ «*Comment J* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234.

⁸⁰ «*Comment J* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234.

«*Illustration 9*: A decides to sell the entire contents of a house he has inherited at an auction. He is conscious that he does not know the value of the items, but he deliberately decides not to bother to have them valued first. At the auction B buys a picture for a low price. B knows that it is by Constable but does not point this out. A cannot avoid the contract for mistake» (*op. cit.*, p. 235).

⁸¹ «*Comment J* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 235.

«*Illustration 10*: A yacht chandler in England charters to a German amateur sailor a yacht which they believe to be moored at Marseilles. Unknown to either party, shortly beforehand the yacht had been sunk when it was rammed by another vessel. The chandler, being a professional dealing with a non-professional, and moreover being in a position to know the facts whereas the other party had no possibility of this, may not avoid the contract but is liable for non-performance» (*op. cit.* p. 235).

⁸² «*Comment A* del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242.

expresa, por error, un precio de 10.000 £ en vez de 100.000 £⁸³. Si la otra parte acepta la oferta escrita –precio de 10.000 £– *sin saber del error* –que el precio era 100.000 £– ¿cuál es su posición si más tarde sale a la luz el desacuerdo en el precio?⁸⁴

*Si no hay una común voluntad entre las partes, lo normal es que la parte se vincule al aparente sentido de lo que dice o hace, pues la otra parte habrá razonablemente tomado sus palabras o su conducta por lo que aparentemente valen, y si el destinatario de la oferta no sabe del error que esta contiene, ni tiene razón para saberlo, puede mantener vinculado al contrato al que se equivocó*⁸⁵. Pero, si el destinatario de la oferta *sabe* lo que el oferente quería y *acepta su oferta sin comentar nada*, pues *quiere* el precio de 100.000 £, el artículo 5:101 (1) PECL soluciona el problema: *la común intención de las partes fue 100.000 £ como precio*⁸⁶. Y si la otra parte –la que no erró– *no quería aceptar una oferta de 100.000 £, y sabiendo que la oferta (real) eran esas 100.000 £, simplemente la acepta sin llamar la atención sobre el error* (10.000 £), él *no* ha de aprovecharse de la ventaja del error ajeno, vinculándose contractualmente al precio 100.000 £ (no al de 10.000 £)⁸⁷.

Otro supuesto es si la otra parte –la que no erró– *sabe* que hay un error, *pero no sabe en qué consiste y se limita a aceptar* la oferta, u otra comunicación, *sin llamar la atención acerca del error*; en tal caso *no* se le podrá mantener vinculado al contrato según lo que la parte que erró realmente pretendía⁸⁸ (100.000 £). Pero si el error fue *fundamental*, la parte que *erró* ha de poder anular el contrato⁸⁹.

⁸³ «Comment A del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242.

⁸⁴ «Comment A del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242.

⁸⁵ «Comment A del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242. Se citan los artículos 5:101 (2) PECL [*sic*, art. 5:101 (3) PECL] y 2:102 PECL («Intention/ The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party»).

⁸⁶ «Comment B del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242; se advierte: «and the contract is for that sum [100.000 £] even if the other party later uses the inaccuracy as a pretext for avoiding the contract».

⁸⁷ «Comment C del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242. «Illustration 1: A offers to sell B, another fur trader, hare skins at £1.00 per kg; this is a typing error for £1.00 per piece. Skins are usually sold by the piece and, as there are about six skins to the kilo, the price is absurdly low. B knows what A meant as skins are never sold by the kilo, always by the piece, but nonetheless B purports to accept. He cannot hold A to supplying skins at £1.00 per kilo; instead there is a contract at £1.00 per piece» [*op. cit.*, pp. 242-243; v. *Hartog v Colin & Shields* (1939), CHEN-WISHART (2015) p. 49].

⁸⁸ «Comment D del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

⁸⁹ «Comment D del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243. «Illustration 2: A and B have been negotiating for a lease of A's villa; A has been asking £1,300 per month, B has offered £800 per month. A writes to B offering to rent him the villa for £100 per month; this is a slip of the pen for £1,000. B realises that A must have made a mistake but does not know what it is. He writes back simply accepting. A may avoid the contract» (*op. cit.*, p. 243).

El artículo 4:104 PECL trata ese error y quien erró puede anular el contrato según el artículo 4:103 PECL⁹⁰.

Si la otra parte *no sabía del error* en la comunicación de la otra, *no* se la mantendrá necesariamente vinculada con el que erró *según el significado normal de las palabras empleadas*⁹¹. Si, en las circunstancias del caso, una persona razonable *no* hubiera interpretado las palabras en su significado *usual, sino en la forma que pretendía la persona que hizo la comunicación*, entonces –con apoyo en el art. 5:101 (2) PECL– a la otra parte se la mantendrá vinculada a esa interpretación⁹². *Si no fue claro el significado de lo que se pretendía*, la parte que erró puede anular el contrato con fundamento en el artículo 4:103 PECL⁹³.

[28] *Otro caso* es si una parte se equivoca acordando algo que no quiere y *ello se debe a la conducta de la otra parte (la que no yerra)*⁹⁴. Esta última no podrá mantener vinculado al que erró al aparente acuerdo, si debía haberse dado cuenta de que este último podría haber acordado algo que no quiso⁹⁵.

[29] Tras toda la antecedente exposición sobre el error del artículo 4:104 PECL, se recuerda que, según el artículo 4:103 PECL, aplicable a los errores del artículo 4:104 PECL, *el error inexcusable no permite la anulación del contrato*, recordándose su justificación⁹⁶. Y *ubicándose en los errores del artículo 4:104 PECL*, se apunta que muchos de ellos lo son por falta de cuidado, lo que no significa necesariamente que sean inexcusables, pues el concepto de inexcusabilidad es *relativo*⁹⁷. Frente a los errores de hecho o de derecho del artículo 4:103 PECL, en el error del artículo 4:104 PECL *es mucho menos gravoso preguntar a la otra parte*, a fin de chequear la aparente declaración sobre la que se tienen razones para pensar que podría adolocer de un error, incluso si ello fuera por una actuación sin cuidado del que erró⁹⁸. Por último, se

⁹⁰ «Comment D del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

⁹¹ «Comment E del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

⁹² «Comment E del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243. «Illustration 3: As Illustration 1 above [*supra* nota 87] but it is not proved that B knew of the mistake. If, given the custom in the trade and the price offered, the meaning of A's communication should have been known to any reasonable person in the same circumstances, B cannot hold A to the apparent contract and is bound to buy a £1 per piece» (*op. cit.*, p. 243).

⁹³ «Comment E del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

⁹⁴ «Comment F del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

⁹⁵ «Comment F del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243; «Illustration 4: A books a package holiday with B Company. B offers various tours as well as the flight and hotel accommodation. A does not want these tours as they are very expensive, but the booking form used by B is very hard to follow and by mistake A checks a box indicating that she wants all the tours. B cannot hold A to this» (*op. cit.*, pp. 243-244).

⁹⁶ «Comment G del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244.

⁹⁷ «Comment G del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244.

⁹⁸ «Comment G del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244; «It has only to ask, “You do mean what you say on page 2?”, or “You are aware of clause x?”

recuerda que el error relevante, según el artículo 4:103 PECL, es el *fundamental*, lo que se aplica al error del artículo 4:104 PECL^{99,100}.

[30] *Finalmente, otras veces* el error tiene lugar *en la transmisión de la comunicación que se envía a través de un tercero* –por ejemplo, una compañía de telégrafo– *sin culpa del emisor*¹⁰¹. Quien así envió su declaración, eligió su forma de comunicación y debe asumir el riesgo, y los PECL tratan esa situación como si el error lo hubiera causado el que envió la declaración¹⁰².

II. EL DCFR

[31] Como es conocido, *parte del DCFR es una versión revisada de los PECL y en esa parte revisada se encuentran la imposibilidad inicial y el error. Además, los Comments oficiales de los artículos del DCFR que interesan suelen reproducir, o tener un similar contenido, al de los equivalentes Comments oficiales de los PECL –hay pequeños cambios de redacción o/y se añade algún Comment más–*¹⁰³. Por ello, no reitero para el DCFR lo que ya indiqué para los PECL y me detengo en la novedad.

Thus the fact that the mistaken party was seriously at fault is not necessarily a bar to relief» (*op. cit.*, p. 244).

⁹⁹ «Comment G del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244.

¹⁰⁰ Expuesto el error del artículo 4:104 PECL, adelanto que su regulación coincide con la del artículo II.-7:202 DCFR (*Inaccuracy in communication may be treated as mistake; infra* [34] y [38]). BOSCH CAPDEVILA se muestra crítico con el tratamiento unitario que el DCFR da al error (vicio) y al error en la declaración –lo que traslado a los PECL–. Tras indicar que, si el error obstativo no puede solucionarse con las reglas de la interpretación contractual, procede aplicar las del error vicio del artículo II.-7:201 DCFR [art. 4:103 PECL], el autor destaca que no todas las reglas del último artículo pueden sin más trasladarse al error obstativo, siendo algunas de difícil aplicación [así la exigencia de la excusabilidad del error, que entiende que pocas veces sucederá, pues lo normal es que el error en la declaración se deba a la culpa del que erró; también es de difícil aplicación los requisitos del artículo II.-7:201.1.b) DCFR]. «Por ello, no puede hacerse una traslación mimética de las reglas del error vicio al error en la declaración de la voluntad» y de conformidad con el principio de buena fe, esas reglas han de ajustarse a las especialidades del error obstativo. Advierte, que por existir una voluntad negocial correctamente formada (la voluntad interna), el error obstativo puede también dar lugar a la adaptación del contrato según los términos de esa voluntad interna. Y «[a]sí [...] la remisión a las reglas del error vicio no parece lo más oportuno, sino que, en nuestra opinión, harían falta unas reglas propias reguladoras del error obstativo. Y lo cierto es que los Comentarios Oficiales, tanto de los PECL como del DCFR, no aplican exactamente las reglas del error vicio, sino que hacen una adaptación peculiar de las mismas. [...]» [(2012) pp. 473-474].

¹⁰¹ «Comment I del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244.

¹⁰² «Comment I del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244. De la regla se excluye el supuesto en que la notificación fue necesaria *por el incumplimiento del destinatario de la declaración*, al que se aplica el *dispatch principle*, artículo 1:303 (4) PECL (*op. cit.*, p. 244).

¹⁰³ Lógicamente, las *Notas de Derecho comparado* de los artículos del DCFR (2009) son más actuales y completas que las de los PECL (2000); de ahí que las utilizara para la imposibilidad inicial *supra* [16] y nota 42.

1. EL ARTÍCULO II.-7:102 DCFR: *INITIAL IMPOSSIBILITY OR LACK OF RIGHT OR AUTHORITY TO DISPOSE*

[32] Dispone la regla del artículo 4:102 PECL (*supra* [14]) con el añadido de que el contrato no es inválido *en todo o en parte* y una mayor precisión en su leyenda.

Artículo II.-7:102 DCFR: «Initial impossibility or lack of right or authority to dispose

A contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible, or because a party has no right or authority to dispose of any assets to which the contract relates»¹⁰⁴.

[33] El contenido de los *Comments* del artículo II.-7:102 DCFR equivale *en esencia* al del *Comment* del artículo 4:102 PECL y a ello remito (*supra* [15])¹⁰⁵, si bien a este último contenido se añaden las siguientes consideraciones: «[t]he second situation [...] – namely, where the seller of an asset, at the time of conclusion of the contract, has no right or authority to dispose of it – *is an even more clear case where it would be bad policy to preclude the formation of a contract*. It might be perfectly possible for the seller to obtain the asset, or to acquire authority to dispose of it, by the time the obligation to transfer ownership falls to be performed. In practice many contracts are entered into in relation to assets which do not yet exist but which are expected to exist by the time when the obligation falls to be performed» (cursiva mía)¹⁰⁶.

2. EL ERROR EN EL DCFR¹⁰⁷

[34] Lo regulan los artículos II.-7:201 y II.-7:202 DCFR¹⁰⁸.

Artículo II.-7:201 DCFR: «Mistake

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

(a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different

¹⁰⁴ De los artículos del DCFR hay traducción al español: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia* (DCFR), coord. Carmen Jerez Delgado (2015).

¹⁰⁵ «*Comments* del artículo II.-7:102 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 454.

¹⁰⁶ «*Comments* del artículo II.-7:102 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 454.

¹⁰⁷ Analiza los vicios del consentimiento del DCFR, BOSCH CAPDEVILA (2012) pp. 465 y ss.

¹⁰⁸ Un breve comentario crítico comparando las regulaciones del error de la *Interim Outline Edition* del DCFR (2008) y de los PECL, por EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, *ADC* (2009) pp. 1511-1513.

terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and

(b) the other party:

(i) caused the mistake;

(ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake;

(iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or

(iv) made the same mistake.

(2) However a party may not avoid the contract for mistake if:

(a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or

(b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party».

Artículo II.-7:202 DCFR: «Inaccuracy in communication may be treated as mistake

An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is treated as a mistake of the person who made or sent the statement».

2.1 El artículo II.-7:201 DCFR: *Mistake*

[35] *Comparándolo con el artículo 4:103 de los PECL*, el del DCFR presenta cambios *menores* –así, el orden en la disposición de sus reglas– e incorpora *la siguiente importante novedad*: a las (posibles) causas de error de los apartados (i), (ii) y (iii) del artículo 4:103 (1) (a) PECL (*supra* [17] ss.) –cuyos equivalentes son las (posibles) causas de error de los apartados (i) (ii) y (iv) del artículo II.-7:201 DCFR– el DCFR añade otra (nueva). Según el *apartado (iii)* del artículo II.-7:201 (1) DCFR, cumpliéndose los demás requisitos, es causa de error que el contrato se celebrara *por el incumplimiento de un deber precontractual de información de la otra parte, o por el incumplimiento de la otra parte del deber de poner a disposición medios que permitan la corrección de errores de input*. En el *Comment F* poco se indica sobre esas *nuevas* (posibles) causas de error, aunque se aclara que se refieren a situaciones en que se incumple, *no un deber general de buena fe, sino un particular deber de información precontractual, o un deber de poner medios para corregir la introducción de errores (inputs errors)*¹⁰⁹.

¹⁰⁹ «*Comment F* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 461.

El artículo II.-7:201 DCFR *establece una sanction para los deberes del Libro II del DCFR –Capítulo 3, Sección 1, y Sección 2 (Duty to prevent input errors and acknowledge receipt)– y para los deberes precontractuales del Libro IV del DCFR –Specific contracts and the rights and obligations arising from them–*¹¹⁰.

En el Libro II del DCFR –*Contracts and other juridical acts–*, Capítulo 3 –*Marketing and pre-contractual duties–*, Sección 1 –*Information duties–*, el artículo II.-3:109 dispone las reglas que siguen, siendo de particular interés, en lo que ahora interesa, la del apartado (4):

«Remedies for breach of information duties

(1) If a business has a duty under II.-3:103 (Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage) to provide information to a consumer before the conclusion of a contract from which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period does not commence until all this information has been provided. Regardless of this, the right of withdrawal lapses after one year from the time of the conclusion of the contract.

(2) If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section and a contract has been concluded, the business has such obligations under the contract as to the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations.

(3) Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure. This paragraph does not apply to the extent that a remedy is available for non-performance of a contractual obligation under the preceding paragraph.

(4) *The remedies provided under this Article are without prejudice to any remedy which may be available under II.-7:201 (Mistake)*¹¹¹.

(5) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects»¹¹².

¹¹⁰ «*Comment F* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 461. Cfr. con el artículo 48.1 (b) (ii) del retirado CESL. Sobre el error del CESL, MESA MARRERO, *RDC* (2015) pp. 29-63; y sobre los distintos vicios del consentimiento del CESL y sus efectos (arts. 48-57 CESL), BOSCH CAPDEVILA (2015) pp. 195-221 (para el error, pp. 196-202).

¹¹¹ «[...]. Finally, it is made clear by paragraph (4) that remedies for mistake are not affected. Under II.-7:201 (Mistake) paragraph (1)(b)(iii) a party may be able to avoid a contract for mistake if the other party caused the contract to be concluded in error by failing to comply with a pre-contractual information duty» [«*Comment A* del artículo II.-3:109 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 235]. V. la nota siguiente.

¹¹² En el «*Comment E* del artículo II.-3:109 DCFR» se explica la relación entre los remedios disponibles por el incumplimiento de deberes de información precontractual y otras reglas del DCFR: «In some situations an omission to give information can be mislea-

[36] *Más allá de lo anterior*, en el *Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR se vierten unas interesantes y certeras consideraciones acerca de la variedad que hay en el Derecho comparado en la regulación del error (*supra* [2]-[3]), de las que conviene dar cuenta. Según dicho *Comment*, como se desprende de las *Notas de Derecho comparado* del artículo II.-7:201 DCFR, hay diferencias sustanciales entre los Derechos de los Estados miembros sobre cómo conceptualizar los casos de error y sus soluciones sustantivas¹¹³. Y al respecto, algunos sistemas son muy reacios a conceder un remedio cuando una parte celebró el contrato como resultado de un *self-induced* error, más que como el resultado de la incorrecta información suministrada por la otra parte¹¹⁴. Además, incluso si la otra parte conoció del error de la primera, puede no exigírsele que llame la atención sobre él¹¹⁵. Otros Derechos tratan esa conducta, dependiendo de las circunstancias, como algo contrario a la buena fe; y pueden permitir a una parte anular el contrato con fundamento en que se trata de un error serio, incluso si fue *self-induced* y desconocido para la otra parte¹¹⁶. *El artículo II.-7:201 DCFR* (y los cuatro siguientes artículos) persigue(n) establecer unos principios que contengan un justo equilibrio entre la naturaleza voluntaria del contrato y la protección de la razonable confianza de la otra parte¹¹⁷. No se pretenden «principios comunes» con fundamento en los diferentes Derechos, aunque reflejen lo que es fundamento en muchos de ellos¹¹⁸. Se señala que en algunos casos, particular-

ing in a way that makes the general provisions on validity of contracts or on unfair contract terms applicable. Failure to comply with the duties in this Section may have consequences within existing validity rules, e.g. when establishing whether there has been legal intention, fraud, etc., although those consequences may not amount to remedies in the strict sense./ In other situations the omission can lead to such a difference between the other party's expectations and the actual performance that remedies for non-performance of contractual obligations may be available. In particular, if the omission to provide information leads to a situation in which the other party concludes a contract misinformed about some relevant fact, this party in a contract of sale has the ordinary remedies for lack of conformity» [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 237].

¹¹³ «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

¹¹⁴ «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

¹¹⁵ «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

¹¹⁶ «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

¹¹⁷ «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

¹¹⁸ «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009)

p. 457. VAQUER ALOY señala que, frente a los PECL, basados «en profundos estudios de derecho comparado, previos a la redacción de las *black letter rules*», en el *Study Group* (uno de los grupos encargados del DCFR) o al menos en algunos de sus grupos, «el método [de trabajo] consistió en la formulación de *best rules*, esto es, de aquellas normas que se consideraron más apropiadas, pero no necesariamente a partir de estudios comparados, sino sobre la base de las convicciones del *working team* y, en su caso, de los *advisors*», redactándose con posterioridad las notas de Derecho comparado que acompañan a cada artículo, y eso constituye «una de las críticas formuladas al Marco Común de Referencia académico, que pretendía contribuir a la armonización sin la base de la comparación previa y profunda» [(2015) p. 32]. La idea indicada en el cuerpo del texto, del *Comment A* del

mente en contratos con consumidores, las previsiones del artículo II.-7:201 DCFR se complementan con las reglas de los deberes precontractuales de información –Capítulo 3, Sección 1, del Libro II del DCFR–¹¹⁹. Y –recuerdo– el antes mencionado artículo II.-3:109 DCFR ordena que los remedios que provee, lo son, *sin perjuicio de cualquier remedio del que pueda disponerse con base en el artículo II.-7:201 (mistake)*.

[37] El contenido del resto de los *Comments* del artículo II.-7:201 DCFR es esencialmente similar a los del artículo 4:103 PECL y remito a ellos (*supra* [18] ss)¹²⁰.

artículo II.-7:201 DCFR, responde implícitamente a esa búsqueda de la *best rule*, y no a la búsqueda de principios comunes a los distintos Derechos nacionales, y en lo que a mí me interesa, el error, lo cierto es que los PECL y el DCFR, cada uno con su método de trabajo, tienen unas regulaciones muy cercanas, con alguna importante diferencia que he expuesto en el cuerpo del texto.

¹¹⁹ «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

¹²⁰ a) Así sucede entre: «*Comment B* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment B* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment C* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment C* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment D* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment D* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment F* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment G* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment G* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment H* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment H* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment I* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment I* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment J* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment J* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment K* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment K* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment L* del artículo II.-7:201 DCFR» [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) pp. 458-463].

b) Los «*Comment E* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment E* del artículo II.-7:201 DCFR», ambos referidos al *mistake known to other party*, si bien contienen ideas similares, las del *Comment* del artículo II.-7:102 DCFR son más rotundo y directas; en concreto: «A party should not normally be permitted to remain silent, with the deliberate intention of deceiving the other party, on some point which might influence the other party's decision on whether or not to enter the contract. It is true that some legal systems within the EU as a general rule do allow a party to remain silent about important information, even if aware that it would influence the other's decision. That may be appropriate in certain cases, for example when the knowledgeable party has only gained the knowledge at considerable expense, or in highly competitive commercial situations [...], but as a blanket rule it is not appropriate. It does not accord with either commercial morality or what contracting parties will normally expect of each other. Unless there is a good reason for allowing the party to remain silent, silence is incompatible with good faith and will entitle the other party to avoid the contract under this Article./ The Article recognises a general principle that a party should not be entitled knowingly to take advantage of a serious mistake by the other as to the relevant facts or law. The same applies when it cannot be shown that the non-mistaken party actually knew of the mistake but where that party could reasonably be expected to have known of the mistake because it was obvious» [«*Comment E* del artículo II.-7201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 460].

Desde el *Common Law*, comparando con el DCFR, CHEN-WISHART: «During contractual negotiations, a party need not say anything; but anything he or she *does* say should at least be honest. Contract law responds to *active* misrepresentations; at common law there is generally no liability for omissions; that is, for silence or non-disclosure, even if it relates to important facts that the silent party knows or should know that the other party is ignorant of or mistaken about [...]./ English law contrasts sharply with the position in the *European Draft Common Frame of Reference* [esa cursiva, negrita en el original]. Article II.-3:101 recognises a general duty of disclosure which applies to *all* business and consumer contracts, with the latter attracting a higher duty. The business is liable for any loss caused to the other party by its failure to disclose even if no contract is concluded (art. II.-

2.2 El artículo II.-7:202 DCFR: *Inaccuracy in communication may be treated as mistake*

[38] Ese artículo tiene la misma redacción que el paralelo artículo 4:104 PECL. Los *Comments* del artículo II.-7:202 DCFR reproducen en esencia los del artículo 4:104 PECL¹²¹. Por lo anterior, me remito a lo indicado *supra* [26] ss.

III. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT 2010

1. EL ARTÍCULO 3.1.3 PRINCIPIOS UNIDROIT 2010: IMPOSIBILIDAD INICIAL

[39] Como indica la leyenda del artículo, el mismo se refiere a la imposibilidad inicial.

Artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviera facultada para disponer de los bienes objeto del contrato» (cursiva del original).

[40] *Para el supuesto del apartado (1) –imposibilidad de cumplimiento cuando la celebración del contrato– en el Comentario 1 del artículo se destaca el distinto trato que los Principios UNIDROIT 2010 dan a la compraventa de bien periculado cuando la perfección del contrato, teniendo en cuenta que «numerosos sistemas jurídicos» «consideran nulo» al contrato¹²². Los Principios UNIDROIT 2010, «de acuerdo con las tendencias más modernas», «establece[n] en términos generales que la validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que en el momento de celebrarse la obligación contraída sea de cumplimiento imposible» (cursivas*

3:109(3))./ Nevertheless, English law can protect the less knowledgeable party by: (i) extending the catchment of actionable misrepresentations; (ii) imposing a duty to disclose where the parties are in special relationships; and/ (iii) invoking other doctrines which can meet the problem of non-disclosure indirectly» [salvo la indicación que he hecho, el resto de la cursiva es del original; (2015) pp. 215-216, v. hasta p. 218].

¹²¹ Así, *Comments A, B, C, D, E, F, G, H e I* del artículo II.-7:202 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) pp. 478-481] y los paralelos *Comments* del artículo 4:104 PECL.

¹²² «Comentario 1 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114.

mías)¹²³. *El contrato es válido y se aplica el régimen del incumplimiento; la imposibilidad inicial se equipara a la sobrevenida*¹²⁴.

*Se aclaran, además, dos cosas. Una, que el artículo 3.1.3 Principios UNIDROIT 2010 «despeja las dudas» sobre la validez del contrato de cosas futuras*¹²⁵. *Otra, que si el origen de la imposibilidad inicial de cumplimiento es una prohibición legal –de exportación, de importación, etc.– la validez del contrato depende de si conforme al Derecho bajo el que se dicta la prohibición, la misma «tiene el propósito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato» (cursiva mía)*¹²⁶.

*Finalmente se advierte, que los Principios UNIDROIT 2010 se apartan de «algunos sistemas de tradición jurídica romanista» que disponen que el objeto del contrato debe ser posible (requisito) y de «la exigencia de causa establecida por estos sistemas jurídicos, ya que en el supuesto de una imposibilidad inicial de cumplimiento falta la causa de la contraprestación»*¹²⁷.

[41] *Para el supuesto del apartado (2) –no se tiene la facultad de disposición del bien cuando la celebración del contrato– en el Comentario 2 del artículo se indica, desde la perspectiva del Derecho comparado, que «[a]lgunos sistemas jurídicos establecen la nulidad de un contrato de compraventa celebrado bajo tales circunstancias», «y en base a razones más convincentes» los Principios UNIDROIT 2010 lo consideran válido (cursiva mía)*¹²⁸. El contratante afectado «puede, y de hecho frecuentemente así suce-

¹²³ «Comentario 1 del artículo 3.1.3 Principios UNIDROIT 2010», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114.

¹²⁴ «[...]». Conforme a estas disposiciones [del incumplimiento] podría tenerse en cuenta, por ejemplo, al hecho de que el deudor o el acreedor conocieran la imposibilidad de cumplimiento en el momento de celebrarse el contrato» [«Comentario 1 del artículo 3.1.3 Principios UNIDROIT 2010», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114].

¹²⁵ «Comentario 1 del artículo 3.1.3 Principios UNIDROIT 2010», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114.

¹²⁶ «Comentario 1 del artículo 3.1.3 Principios UNIDROIT 2010», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114. Cfr. artículo 3.3.1 Principios UNIDROIT 2010 (*Contratos que violan normas de carácter imperativo*) y comentario (*op. cit.* pp. 145-156).

¹²⁷ «Comentario 1 del artículo 3.1.3 Principios UNIDROIT 2010», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114. Sobre la consideración de la causa, en el Comentario se remite al artículo 3.2 Principios UNIDROIT, que no existe en la versión 2010 de los Principios UNIDROIT (la que empleo), pero, en la *Tabla de correspondencia de los artículos de las ediciones de 1994, 2004 y 2010 de los Principios UNIDROIT* se indica que el artículo equivalente al artículo 3.2 Principios UNIDROIT edición 2004 y 1994 es el artículo 3.1.2 edición 2010 (*op. cit.*, p. LIII); y este último dispone: «(Validez del mero acuerdo)/ Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional» (la última cursiva, mía). Por otro lado, se ha publicado la versión 2016 de los Principios UNIDROIT, en la que no se modifican los artículos y comentarios de la versión 2010 de los Principios UNIDROIT que en este trabajo analizo [v. tabla de equivalencias en p. xxxviii, y también pp. vii-viii, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016* (2016)].

¹²⁸ «Comentario 2 del artículo 3.1.3 Principios UNIDROIT 2010», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 115.

de, adquirir la legitimación o el poder de disposición sobre dichos bienes *con posterioridad* a la celebración del contrato», y «[s]i esto no sucede, se aplicarán las disposiciones sobre incumplimiento» (cursiva mía)¹²⁹.

2. EL ERROR EN LOS *PRINCIPIOS UNIDROIT 2010*

[42] Los artículos 3.2.1, 3.2.2, y 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010* lo regulan.

Artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato» (cursiva del original).

Artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Error determinante)

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas; y:

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo» (cursiva del original).

Artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración» (cursiva del original).

¹²⁹ «Comentario 2 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 115.

2.1 El artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010: Definición del error*

[43] Según dicho artículo, el error es una «concepción equivocada» y puede ser *de hecho* o *de derecho*. En el *Comentario 1* del artículo se destaca esa *equiparación* de trato jurídico, justificado en «la creciente complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos», lo cual se acrecienta «en el tráfico transfronterizo», pues el contrato puede ser afectado «por un sistema jurídico extranjero con el cual una de las partes no se encuentra familiarizado»¹³⁰. Es pues una razón de *eficiencia práctica*, la que conduce *al tratamiento jurídico unitario* entre el error de hecho y el de derecho.

También se destaca –ahora en el *Comentario 2* del artículo– que el momento jurídicamente relevante para la apreciación del error es el de la *celebración del contrato*. Esa exigencia permite diferenciar al error de los supuestos «en que se deberán ejercer[se] las acciones por incumplimiento»¹³¹.

2.2 El artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010: Error determinante*

[44] Es *requisito* del error su *gravedad* (art. 3.2.2 inicio *Principios UNIDROIT 2010*)¹³². Para apreciarlo se ordena el criterio de «una persona razonable, [que] en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas». Según el *Comentario 1* del artículo, «[e]l peso e importancia del error deben valorarse combinando criterios objetivos/subjectivos»¹³³. Se «recurre a una fórmula abierta» y «ese criterio flexible hace una referencia directa a la voluntad de las

¹³⁰ «Comentario 1 del artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 117.

¹³¹ «Comentario 2 del artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) pp. 117-118; «muchas veces un caso típico de error puede ser considerado como un obstáculo que evita o impide el cumplimiento del contrato. Se aplican las reglas del error si una parte ha celebrado un contrato bajo una falsa concepción de los hechos o del contexto jurídico, y por lo tanto, se equivoca acerca de los efectos del contrato. Si, por el contrario, una parte ha tenido una acertada concepción de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que se celebró el contrato, pero incurre en un juicio equivocado acerca de sus efectos y más tarde se niega a cumplirlo, en este supuesto se trata de un caso de incumplimiento más que de error» (*op. cit.*, p. 118).

¹³² «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 119.

¹³³ «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 119.

partes y a las circunstancias del caso»¹³⁴. Se aclara que para saber la intención de las partes han de aplicarse las normas de la interpretación del contrato (Capítulo 4), y los «parámetros mercantiles y los usos pertinentes cobrarán especial importancia»¹³⁵.

El artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010* no menciona tipos de error que pueden ser relevantes, y tipos que no pueden serlo. Simplemente, ordena los requisitos que el error –de hecho o de derecho, art. 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*– debe reunir para ser jurídicamente relevante¹³⁶.

[45] Junto con ser grave, el apartado (a) del artículo 3.2.2 (1) *Principios UNIDROIT 2010* exige que el error reúna otros requisitos (*alternativos*), «que tienen *en común* el hecho de que la contraparte de quien incurre en error *no merece protección*, porque de una u otra forma ha contribuido al error de la parte equivocada» (*cursiva mía*)¹³⁷. Procedo a su análisis.

Un (posible) supuesto (causa) es el *error compartido*, para el que se indica como ejemplo el de un objeto *existente en el momento de la celebración del contrato* (objeto robado y dato desconocido por los contratantes)¹³⁸. Pues, si el objeto *no existía cuando la celebración del contrato* por haberse *destruido*, ha de tenerse presente lo que dispone el artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010* (*Imposibilidad inicial; supra* [39] ss.)¹³⁹.

Otra (posible) causa de error es el *causado por la contraparte*. «Este supuesto suele presentarse cuando el error se origina en manifestaciones concretas –expresas o tácitas, *culposas o no culposas*– o en un comportamiento que en determinadas circunstancias [*sic*] puede ser considerado como una manifestación. Incluso el

¹³⁴ «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 119.

¹³⁵ «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 119.

¹³⁶ Ahora bien, en el «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*» se considera: «Normalmente, ciertos errores, tales como los que versan sobre el valor de los bienes o servicios o las meras expectativas o propósitos de la parte que ha incurrido en error, no se consideran relevantes en las operaciones mercantiles. Lo mismo puede decirse del error que se refiere a la identidad de la persona con quien se contrata o a sus cualidades personales, aunque en algunos casos, circunstancias especiales pueden convertir el error en determinante (*v.gr.* cuando los servicios que deben prestarse requieren de cierta cualidad personal, o cuando el préstamo se otorga en base a la solvencia del prestatario)» [*Principios UNIDROIT 2010* (2012) pp. 119-120].

¹³⁷ «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 120.

¹³⁸ «Ejemplo/ 1. Al celebrar un contrato de compraventa de un automóvil deportivo, “A” y “B” no tenían conocimiento –y no podrían haberlo tenido– de que en ese momento el automóvil había sido robado. En este caso es admisible la anulación del contrato» [«Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 120].

¹³⁹ «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 120.

silencio puede dar lugar a error. Generalmente sería tolerada una simple exageración en la propaganda o en el curso de las negociaciones» (cursiva mía)¹⁴⁰. Ahora bien, si el error lo causó la otra parte *intencionadamente*, se aplica el artículo 3.2.5 *Principios UNIDROIT 2010* referido al dolo¹⁴¹.

Y la *tercera* (posible) causa de error se origina en que *la otra parte conoció del error en que se encontraba su contraparte, o debía haberlo conocido, y dejarla en ese error contrariaba los criterios comerciales de lealtad negocial*. En el *Comentario 2* se alude al criterio de la persona razonable, en circunstancias similares, para apreciar el «conocía o debió haber conocido»¹⁴². Además, para poder anular el contrato, «la parte equivocada debe demostrar [...] que la otra tenía la obligación de informarle de su error»¹⁴³.

[46] Y junto con ser grave, el apartado (b) del artículo 3.2.2 (1) *Principios UNIDROIT 2010* dispone una regla *alternativa* a las de su apartado (a): que se puede anular el contrato, si en el momento de la anulación, *la otra parte aún no había actuado razonablemente de conformidad con el contrato*. En el *Comentario 2* nada se justifica sobre la razón de la norma, mencionándose, para el momento de la anulación, a los artículos 3.2.12 (Plazos) y 1.10 *Principios UNIDROIT 2010* (Notificación)¹⁴⁴.

[47] *Ahora bien*, el error *no* permite la anulación del contrato, si se debió a *culpa grave* del que erró [art. 3.2.2 (2) (a) *Principios*

¹⁴⁰ «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 120.

¹⁴¹ «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121. Artículo 3.2.5 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Dolo)/ Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial» (cursiva del original).

¹⁴² «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121.

¹⁴³ «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121.

¹⁴⁴ «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121. Artículo 3.2.12 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Plazos)/ (1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente./ (2) [...]»; artículo 1.10 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Notificación)/ (1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias./ (2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida./ (3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal./ (4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención» (cursivas del original).

UNIDROIT 2010]. Si en tal caso se permitiere la anulación del contrato, ello sería «injusto» para la otra parte¹⁴⁵.

[48] *Ni tampoco* puede anularse el contrato, si el error recayó sobre una materia sobre la cual *se asumió la posibilidad del error, o debía soportarse* el riesgo de su error –su posible materialización– tomando en cuenta las circunstancias del caso [art. 3.2.2 (2) (b) *Principios UNIDROIT 2010*]. Para la asunción del riesgo, en el *Comentario 3* se indica el ejemplo de los «contratos de especulación» (contrato aleatorio)¹⁴⁶; se incluyen cuando *una* de las partes asumió el riesgo del error¹⁴⁷ y cuando *ambas* lo asumieron en contratos con «expectativas antagónicas acerca de lo que ocurrirá en el futuro (v.gr. las relativas a precios y tipos de cambio)»¹⁴⁸.

2.3 El artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010: Error en la expresión o en la transmisión*

[49] De conformidad con dicho artículo, a esos errores se les aplican las reglas del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT* (equiparación en el trato jurídico¹⁴⁹).

[50] Según el *Comentario 1*, si el error es de «entidad suficiente (especialmente si deriva de una expresión incorrecta de cifras), el receptor de dicha transmisión será –o debería ser– consciente del error»¹⁵⁰. Lo anterior apunta al error que, *dada su gravedad*, ha de percibirse por el destinatario de la declaración, e indirectamente se apunta a que este último podría haber deshecho el error (algo éticamente correcto). Pero, «[c]omo los Principios [UNIDROIT 2010] no impiden al receptor/destinatario aceptar una oferta transmitida o expresada erróneamente, corresponde al remitente/oferente alegar el error y anular el contrato, conforme a lo dispuesto en el Artículo

¹⁴⁵ «Comentario 3 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121.

¹⁴⁶ «Comentario 3 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121; «[l]a asunción del riesgo de error es una práctica frecuente que caracteriza a los contratos de especulación» (*op. cit.*, p. 121).

¹⁴⁷ «Comentario 3 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121; «Ejemplo/ 2. “A” vende a “B” una pintura “atribuida” a “C”, un pintor relativamente desconocido, por un precio justo para dichas pinturas. Posteriormente se descubre que dicha obra fue pintada por el famoso pintor “D”. “A” no puede anular el contrato con “B” en base a un supuesto error, dado que el hecho de que la pintura fuese tan sólo “atribuida” a “C” implicaba, sin embargo, el riesgo de que hubiese sido pintada, sin embargo, por un pintor más famoso» (*op. cit.*, pp. 121-122).

¹⁴⁸ «Comentario 3 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 122.

¹⁴⁹ «Comentario del artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 122; y también se le aplican los artículos 3.1.4 y 3.2.9 a 3.2.16 *Principios UNIDROIT 2010* (*op. cit.*, p. 122).

¹⁵⁰ «Comentario 1 del artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 122.

3.2.2 cuando concurren las condiciones requeridas. Esta medida procederá especialmente cuando sea contrario a criterios comerciales razonables de lealtad negocial que el receptor/destinatario no informe del error al remitente/oferente»¹⁵¹.

[51] El *Comentario 1* del artículo termina con la indicación de que, en algunos casos, el riesgo del error en la expresión, o en su transmisión, *puede o debe asumirlo el «remitente, si éste recurre a un método de transmisión que sabe, o debiera haber sabido, que no era confiable en general o conforme a las circunstancias concretas del caso»* (cursiva mía)¹⁵².

IV. EL DERECHO HOLANDÉS

1. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL: SU EVOLUCIÓN AL RÉGIMEN DEL INCUMPLIMIENTO

[52] Hartkamp señala que, a veces, el cumplimiento de las obligaciones contractuales es imposible *ab initio*; por ejemplo, la compraventa de una cosa que no existía, o que ya pertenecía al comprador¹⁵³. Bajo el anterior Código civil (1838), esos contratos eran inválidos por falta de «causa»¹⁵⁴, pero en el nuevo Código civil (BW) se les aplica *las disposiciones del incumplimiento*¹⁵⁵. Lo anterior significa, que la parte con derecho al cumplimiento (imposible) puede desvincularse del contrato (arts. 6:265 ss. BW) y si el incumplimiento puede imputarse al deudor, aquella parte puede reclamarle la reparación de los daños (arts. 6:47 ss. BW)¹⁵⁶.

Por otro lado, Hartkamp indica que el contrato puede recaer sobre cosas o derechos patrimoniales *futuros*, y si bien el Código

¹⁵¹ «Comentario 1 del artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 122; cfr. artículo 3.2.2 (1) (a) *Principios UNIDROIT 2010*.

¹⁵² «Comentario 1 del artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) pp. 122-123; cfr. artículos 3.2.2 (2), (a) y (b), *Principios UNIDROIT 2010*.

¹⁵³ HARTKAMP (2015) núm. 92, p. 94.

¹⁵⁴ Redacción originaria del Código civil holandés de 1838 (CCH 1838): artículo 1356: «Cuatro condiciones son esenciales para la validez de los contratos:/ 1.º Consentimiento de las partes que se obligan;/ 2.º Capacidad en ellas para contraer la obligación;/ 3.º Objeto cierto;/ 4.º Causa lícita»; artículo 1371: «La obligación sin causa ó establecida con expresión de una causa falsa, no producirá efectos» [ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890) pp. 365-366].

¹⁵⁵ HARTKAMP (2015) núm. 92, p. 94. Por otro lado, para el CCH 1838, *op. cit.*, núm. 21, p. 48, y para el BW, *op. cit.*, núm. 22, pp. 49-51; para el BW, también HONDIUS/KEIRSE (2013) pp. 304-311.

¹⁵⁶ HARTKAMP (2015) núm. 92, p. 94.

civil de 1838 disponía eso expresamente¹⁵⁷, en el BW se omitió por considerarse superfluo, salvo la prohibición de donar bienes futuros y la de disponer de la herencia futura¹⁵⁸.

2. EL ERROR

[53] De él se ocupan los artículos 3:35 –error en la declaración– y 6:228 –error vicio– BW. Invierto el orden en su análisis, por ser el que he seguido para la exposición de la oportuna regulación de los PECL, del DCFR y de los *Principios UNIDROIT 2010*.

Artículo 3:35 BW: «The absence of intention in a declaration cannot be invoked against a person who has interpreted another's declaration or conduct in conformity with the sense which he could reasonably attribute to it in the given circumstances, as a declaration of a particular meaning made to him by that other person»¹⁵⁹.

Artículo 6:228 BW: «1. A contract which has been entered into under the influence of a mistake and which would not have been concluded had there been a correct assessment of the facts, is avoidable:

- a. if the mistake is caused by information given by the other party, unless this party could assume that the contract would have been concluded even without this information;
- b. if the other party, in view of what it knew or ought to have known about the mistake, should have informed the mistaken party;
- c. if the other party, at the moment of concluding the contract, has based itself on the same incorrect assumption as the mistaken party, unless the other party, even if there had been a correct assessment of the facts, would not have had reason to understand that the mistaken party would therefore be prevented from entering into the contract.

2. The avoidance cannot be based on a mistake as to an exclusively future fact, or on a mistake for which, given the nature of the contract, common opinion or the circumstances of the case, the mistaken party should remain accountable»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Artículo 1370 CCH 1838: «Las cosas futuras pueden servir de objeto á la obligación./ Sin embargo, no se puede renunciar á una sucesión todavía no abierta, ni convenir ó estipular nada referente á la misma, aun con la aquiescencia de quien deba ser heredado, salvo lo prescrito en los artículos 224, 231 y 233» [ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890) p. 366; v. *supra* nota 154].

¹⁵⁸ HARTKAMP (2015) núm. 90, p. 93.

¹⁵⁹ Traducción en SMITS (2014) p. 67; otras traducciones al inglés del artículo 3:35 BW: HAANAPPEL/MACKAAY (1990) p. 21; HARTKAMP (2015) núm. 74, p. 86; y al español, VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996).

¹⁶⁰ Traducción de SMITS (2014) pp. 161-162; otras traducciones al inglés del artículo 6:228 BW: HARTKAMP (2015) núms. 78 y 80 pp. 88-89; HAANAPPEL/MACKAAY (1990) pp. 330-331; y al español VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996).

2.1 El artículo 6:228 BW: el error. Su influencia en la regulación de los PECL y en otros textos jurídicos

[54] Dicho artículo regula el «error properly so-called», en el que no hay una discrepancia entre la voluntad y la declaración, sino que la voluntad se formó bajo la influencia del error¹⁶¹. El artículo 6:228.1 BW contempla *tres* tipos de errores. *Uno* –letra a)–, el error causado por una *misrepresentation* (independientemente de su origen fraudulento, negligente o inocente) y error inspirado en el *Common Law*¹⁶². *Otro* –letra b)–, el error causado por, o reforzado por, el incumplimiento de un deber de (revelar) información. Y el *tercero* –letra c)–, el error compartido por ambas partes contratantes e inspirado en la doctrina alemana de la «subjektive Geschäftsgrundlage»¹⁶³. El artículo 6:228.1 BW exige, además, un nexo causal entre el error y la celebración del contrato, lo cual significa que el error ha de recaer sobre hechos o circunstancias (pueden ser extrínsecos al contrato) que sean *esenciales para el que erró en el sentido de que*, sin su error, él no habría celebrado un contrato, o no lo habría celebrado en los mismos términos¹⁶⁴, requiriéndose, en el momento de la celebración del contrato, que *el otro contratante deba haber conocido que esos hechos o circunstancias eran esenciales para el que erró* en el sentido antes mencionado (esto es, que no hubiera celebrado el contrato, o lo hubiera celebrado en otros términos)¹⁶⁵.

Según el artículo 6:228.2 BW, el contrato no puede anularse por un error sobre una estricta circunstancia futura, o por un error que ha de asumir la parte equivocada dada la naturaleza del contrato, la común opinión, o los hechos del caso. Para el error sobre la circunstancia futura, Hartkamp apunta que puede ser error relevante si es la consecuencia de algún error sobre circunstancia pasado o

¹⁶¹ HARTKAMP (2015) núm. 76, p. 88; «[t]he provisions on error [...] are to be found in the titles on contract (Article 6:228) and partition (Article 3:196) and may be applied by way of analogy to other juridical acts» (*op. cit.*, núm. 77, p. 88).

¹⁶² HARTKAMP (2015) núm. 78, p. 88. ESTEBAN DE LA ROSA destaca que el artículo 6:228.1.a BW «incorpora [...] un matiz importante que aparece como excepción y que, cuando se da, permite la conservación del contrato. En efecto, el contrato podrá ser anulado salvo que la otra parte hubiera podido asumir que el contrato habría sido celebrado de todas maneras, a pesar de la existencia de la información errónea» [(2016) núm. 34, p. 1147]. Para la *misrepresentation* del Derecho inglés *infra* [101] ss.

¹⁶³ HARTKAMP (2015) núm. 78, p. 88.

¹⁶⁴ HARTKAMP (2015) núm. 79, p. 89; aclara que, «[t]he party in error does not have to state in court on what other conditions he would have concluded the contract if he had known the facts that caused the error, but he must state and make plausible which specific parts of the contract he would not have entered into» (*op. cit.*, núm. 79, p. 89).

¹⁶⁵ HARTKAMP (2015) núm. 79, p. 89; para lo último, aclara: «(This requirement is formulated a little differently for the three different types of error, but comes down to the same thing)» (*op. cit.*, núm. 79, p. 89).

presente¹⁶⁶. El autor también señala que el artículo 6:228.2 BW da mucha discreción a los tribunales¹⁶⁷.

En cuanto al *error iuris*, cumpliéndose todos los requisitos del error, puede anular el contrato, pero Hartkamp apunta, que en la mayoría de los casos el *error iuris* lo asumirá quien erró de acuerdo con el artículo 6:228.2 BW¹⁶⁸. Si el contrato se concluyó en consideración a la persona del otro contratante, el error sobre su identidad o sus cualidades permite anular el contrato¹⁶⁹.

Finalmente, Hartkamp advierte que la posibilidad de invocar el error *no excluye* la posibilidad de invocar el incumplimiento de la obligación u otro fundamento para anular el contrato, si sus condiciones se cumplen (por ejemplo, por *fraud*)¹⁷⁰.

[55] De la anterior exposición del error del artículo 6:228 BW se desprende, sin dificultad, su gran semejanza con la regulación del error de los artículos 4:103 PECL y II.-7:201 DCFR; con más matices, también recuerda al error del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*. Hondius/Keirse han apuntado que la influencia del BW en el Derecho europeo ha cambiado con el tiempo¹⁷¹. Así, si en los noventa su influencia fue *directa*, en la siguiente década, los proyectos académicos como los PECL y los *Principios UNIDROIT* sustituyeron al BW como fuente de inspiración, pero ello no significó la desaparición completa de la importancia del BW, pues su influencia se ejerce de modo *indirecto, a través del impacto del Derecho holandés sobre aquellos Principios*, y la razón básicamente fue que los redactores de esos Principios no buscaron un compromiso entre la mayoría de los sistemas legales europeos, o a nivel global, *sino que buscaron, más bien, el mejor derecho*¹⁷². En esa búsqueda de ejemplos, es bastante natural que esos redactores consultaran los códigos más recientes que tuvieran a mano: el BW de 1992, especialmente porque este se basaba en una investigación comparada¹⁷³. *Hondius/Keirse afirman que un ejemplo de lo que indican es la disposición de los PECL sobre el error*, transcribiendo sucesivamente los artículos 6:228 BW, 4:103 PECL, y II.-7:201 DCFR¹⁷⁴. Llegado a este punto, conviene traer a colación la valoración de Morales Moreno sobre el artículo 4:103 PECL, según el cual esa «combinación de elementos en la regula-

¹⁶⁶ HARTKAMP (2015) núm. 80, p. 89.

¹⁶⁷ HARTKAMP (2015) núm. 80, p. 89.

¹⁶⁸ HARTKAMP (2015) núm. 81, p. 90.

¹⁶⁹ HARTKAMP (2015) núm. 82, p. 90.

¹⁷⁰ HARTKAMP (2015) núm. 83, p. 90.

¹⁷¹ HONDIUS/KEIRSE (2013) p. 314.

¹⁷² HONDIUS/KEIRSE (2013) p. 314.

¹⁷³ HONDIUS/KEIRSE (2013) p. 314.

¹⁷⁴ HONDIUS/KEIRSE (2013) pp. 314-316.

ción del error de los PECL *no es, a mi entender, una simple acumulación de requisitos presentes en los distintos ordenamientos europeos, sino el modo de armonizar la protección del interés del error con el de la confianza*» (cursiva mía)¹⁷⁵. Y en la misma línea se sitúan –recuerdo– las consideraciones del *Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR, acerca de que la regulación del error del DCFR persigue establecer unos principios que contengan un justo equilibrio entre la naturaleza voluntaria del contrato y la protección de la razonable confianza de la otra parte (*supra* [36]).

2.2 El error en la declaración

[56] Hartkamp señala, que en el Derecho holandés el contrato se forma mediante el mutuo consentimiento de las partes, siendo necesario que la voluntad de las partes de celebrar el contrato se manifieste mediante declaración dirigida a la otra parte (art. 3:33 BW)¹⁷⁶. Ahora bien, a veces sucede que la declaración es errónea por no corresponderse con la verdadera voluntad (el llamado «error improperly»)¹⁷⁷. El autor se detiene en exponer diversos supuestos en los que existe una discrepancia entre la voluntad y la declaración del declarante, o entre las voluntades de ambas partes, que plantean la cuestión de si el contrato llegó a formarse en base a la declaración, a lo cual responde el artículo 3:35 BW¹⁷⁸. Según dicho artículo, la ausencia de voluntad en una declaración *no puede invocarse contra* la persona que interpretó esa declaración o conducta de conformidad con el sentido que él podría razonablemente atribuir, en las circunstancias, como una declaración de una particular consecuencia hecha a él por la otra parte. Hartkamp indica que *si se reúnen* los requisitos del artículo 3:35 BW¹⁷⁹, el

¹⁷⁵ MORALES MORENO (2006) pp. 295-296; en nota a pie de página 14, en p. 296, señala que «[m]antiene un punto de vista diferente FABRE-MAGNAN, [...] sin duda, porque para este autor la esencia del error es solo la psicológica de la parte que lo padece».

¹⁷⁶ HARTKAMP (2015) núm. 70, p. 85. Artículo 3:33 BW: «A juridical act requires an intention to produce juridical effects, which intention has manifested itself by a declaration» [trad. HAANAPPEL/MACKAAY (1990) p. 20].

¹⁷⁷ HARTKAMP (2015) núm. 70, p. 85.

¹⁷⁸ HARTKAMP expone esos supuestos de discrepancia [(2015) núms. 71 a 73, pp. 85-86; v. núm. 74, p. 86] y de ellos interesan los siguientes: lapsus «of the tongue or the pen», declaración erróneamente entregada por telegrama o mensajero, y firma de un instrumento que no refleja la voluntad del que lo firma (*op. cit.*, núm. 71, p. 85).

¹⁷⁹ HARTKAMP apunta que el artículo 3:35 BW debe considerarse en conexión con el artículo 3:11 BW sobre la buena fe [(2015) núm. 74, p. 86, v. hasta p. 87]; sobre la relación entre esos artículos, *op. cit.*, núm. 15, p. 45. Artículo 3:11 BW: «Where good faith of a person is required to produce a juridical effect, such person is not acting in good faith if he knew the facts or the law to which his good faith must relate or if, in the given circumstances, he should know them. Impossibility to inquire does not prevent the person, who had good reasons to be in doubt, from being considered as someone who should know the facts or the law» [trad. HAANAPPEL/MACKAAY (1990) p. 5].

acto jurídico es válido, y a diferencia de los §§ 119 y ss. BGB¹⁸⁰, el acto jurídico *no puede anularlo* la parte cuya voluntad no se corresponde con su declaración, incluso si estuviere dispuesta a indemnizar a la otra parte¹⁸¹.

PARTE SEGUNDA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN LOS *PRINCIPIOS OHADAC*, EN EL DERECHO INGLÉS, Y EN LOS PLDC

[57] Indiqué *supra* [10], que en la *Parte Segunda* del trabajo analizaría las regulaciones de la imposibilidad inicial y del error de los *Principios OHADAC* y de los PLDC, y así procedo. Advierto que, dada su reciente aparición, las exposiciones de cada uno de esos *Principios* van precedidas de una presentación general, lo que no he hecho con los asentados y conocidos PECL, DCFR, y *Principios UNIDROIT*. Aplico el mismo orden expositivo empleado hasta ahora, expongo primero la imposibilidad inicial, después el error. Trato además del Derecho inglés para esas materias, lo que igualmente avancé *supra* [10].

I. LA OHADAC Y LOS *PRINCIPIOS OHADAC*

1. LA OHADAC: UNA PANORÁMICA GENERAL

[58] La OHADAC es una «una institución cuyo objetivo esencial consiste en la aproximación, armonización o unificación del Derecho mercantil en el marco geográfico de los países caribeños. [Pues] [s]e considera que esta armonización constituye un medio esencial para conseguir facilitar e intensificar los intercambios comerciales en ese espacio regional, al tiempo que procurar, a la larga, sumar esfuerzos para reforzar su papel en el marco del mercado mundial, estrechando lazos tanto económicos como políticos entre los países de la región»¹⁸². Entre las prioridades que en 2013 la OHADAC se fijó, estaba la armonización del ámbito contractual.

¹⁸⁰ Para el error en el Derecho alemán, FLUME [trad. Miquel González/Gómez Calle (1992, obra original/1998, traducción del original) pp. 495 ss.]; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 276-302.

¹⁸¹ HARTKAMP (2015) núm. 74, p. 87.

¹⁸² «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 11.

En concreto, «[e]l proyecto OHADAC nace con ocasión de un conferencia celebrada en Pointe-à-Pitre (Guadalupe) el 15 de mayo de 2007, organizada por el CARICOM, las Cámaras de Comercio y de Industria del Caribe, el Consejo Regional de Guadalupe y la Cámara de Comercio e Industria de Pointe-à-Pitre. Guadalupe, liderando la iniciativa de los departamentos franceses de ultramar, con ayuda de los fondos de cooperación regional y los fondos europeos “INTERREG”, ha tenido, pues, un protagonismo evidente en la puesta en marcha de este proyecto, definiendo asimismo el mecanismo de participación de otros países, mediante la constitución de capítulos regionales y estatales de las asociaciones “ACP Legal”, de carácter no gubernamental, que al día de hoy cuenta con representaciones en varios países de la región.

En junio de 2008 tuvo lugar la segunda conferencia OHADAC en Puerto Príncipe, con el objeto de definir las prioridades de armonización; y en junio de 2010 OHADAC fue el centro de atención del Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional celebrado en La Habana, que concluyó con la “Declaración de la Habana”, una formalización del afán de promocionar y avanzar en la idea de la armonización del Derecho Comercial en el Caribe. En octubre de 2010 un Seminario de formación en materia de arbitraje comercial y de inversiones tuvo lugar asimismo en Panamá, con la vista ya puesta en los fundamentos para la redacción de un Reglamento OHADAC de Arbitraje.

En el marco de las prioridades establecidas por la OHADAC, finalmente se retuvieron en 2013 cuatro propuestas normativas, centradas en los ámbitos contractual, societario, arbitral y de Derecho internacional privado, cuyos objetivos finales son diversos» (cursiva mía)¹⁸³.

[59] La OHADAC ha tenido en cuenta el éxito de la OHADA en África¹⁸⁴, siéndole consciente de las diferencias existentes (tradicción común en los países constituyentes de la OHADA; diversidad y heterogeneidad en los países del Caribe).

La OHADAC se ha «inspirado en la experiencia OHADA, [pero] ha sido bien consciente desde el principio de los elementos diferenciales que impedían importar sin más la estrategia seguida en el África esencialmente francófona. En contraste con la tradición esencialmente común de los Estados constituyente [sic] de OHADA, el proyecto OHADAC afronta desde el principio la diversidad y heterogeneidad de los países de los países [sic] del entorno del Caribe.

Un elemento relevante del contexto territorial de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales es el nutrido número de organizaciones internacionales en torno al Caribe. Ciertos países pertenecen [...]. Esta pluralidad de organizaciones internacionales es similar a la que afecta a los Estados de la

¹⁸³ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 11-13.

¹⁸⁴ Sobre la OHADA y su actividad en la armonización del Derecho de los contratos, de interés, VAQUERO LÓPEZ (2016) pp. 479-519.

OHADA, y en este caso no fue óbice para que la armonización del Derecho comercial se implementara con indudable éxito sobre la base de una organización específica, como es la OHADA. La OHADAC, aunque no pretende cumplir un papel tan amplio como el de la OHADA en África, al menos en un primer momento, pretende contribuir al mismo objetivo en el ámbito regional del Caribe y los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales constituyen un pilar fundamental»¹⁸⁵.

[60] *Sobre el territorio OHADAC, este presenta gran diversidad al «afecta[r] a una treintena de Estados independientes y a más de cuarenta territorios diferentes»*¹⁸⁶.

«Los territorios continentales son doce. Once de ellos son Estados independientes: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Surinam, Guayana y Belice. La Guayana francesa es una colectividad bajo soberanía francesa. Los territorios insulares presentan mayor cantidad y heterogeneidad. Por una parte hallamos Estados independientes: Cuba, República Dominicana, Haití, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad-Tobago. Sin embargo, se encuentran asimismo un conjunto de territorios sujetos a la soberanía de Francia (departamentos de ultramar de Guadalupe y Martinica, y colectividades de San Martín y San Bartolomé), del Reino Unido (Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Monserrat y Bermudas, si bien este último territorio no forma parte del Caribe *stricto sensu*), de los Países Bajos (Bonaire, Sint Eustatius y Saba, pertenecientes a las antiguas Antillas Holandesas, tras su nuevo estatus político desde el 10 de octubre de 2010). Finalmente cabe señalar el particular estatus de Puerto Rico, Estado libre asociado, territorio no incorporado a los EE.UU., al igual que las Islas Vírgenes Estadounidenses; y el de Curaçao, Aruba o Sint Maarten, como territorios autónomos de los Países Bajos»¹⁸⁷.

[61] *La diversidad del territorio OHADAC es cultural, lingüística y de grado de proximidad con las antiguas metrópolis. Desde el análisis jurídico, una parte del Caribe se adscribe a los sistemas romano-germánicos, con la influencia de la tradición jurídica francesa y española en el ámbito contractual; y otra parte se encuentra influida por el Common Law. De este modo aparece una cuestión bien conocida en el marco de la unificación del Derecho contractual: la adopción de un texto que pueda ser aceptado desde la cultura del Common Law y desde los sistemas romano-germánicos.*

¹⁸⁵ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 13-14.

¹⁸⁶ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 14.

¹⁸⁷ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 14.

«En términos políticos, OHADAC envuelve la sexta parte de los Estados que componen la Comunidad Internacional, y en torno a 260 millones de habitantes. *La herencia cultural e idiomática de estos países es diversa, como también lo es el grado de proximidad con las antiguas metrópolis.* [...].

La diversidad no es solo política, sino también cultural. Los territorios que conforman la OHADAC muestran una gran variedad lingüística: español, francés, inglés y holandés, sin contar las lenguas indígenas, que son relevantes especialmente en el continente, y los idiomas de mestizaje: creole y papiamentu. [...].

Buena parte de los territorios continentales e insulares se incardinan en la familia romano-germánica, y su Derecho contractual es tributario de la tradición jurídica francesa y española. [...].

También la influencia romano-germánica es palpable en los territorios bajo soberanía o tradición holandesa, tanto insulares como continentales, e incluso convive con el common law en territorios como Guyana. [...].

La influencia del common law es evidente, [...].

La influencia del common law se detecta asimismo en la propia incidencia que el Derecho estadounidense despliega en ciertos sistemas jurídicos caribeños, [...].

Esta asimetría en las influencias y tradiciones jurídicas reaparece en las fuentes internacionales del Derecho contractual, que también deben ser consideradas en el marco de una estrategia de armonización jurídica regional. La Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías ha sido ratificada por Cuba, República Dominicana, Honduras y Colombia, pero también por países de tradición anglosajona como San Vicente y Granadinas y Guyana. [...].

En consecuencia, la diversidad de la región caribeña impone un reto bien conocido en el marco de la unificación del Derecho contractual, tanto en Europa como a nivel mundial, cuya prueba de fuego es alcanzar un texto que se muestre igualmente aceptable desde la cultura del common law y de los sistemas romano-germánicos» (cursiva mía)¹⁸⁸.

2. LOS PRINCIPIOS OHADAC: UNA PANORÁMICA GENERAL

[62] La OHADAC encargó la redacción del borrador de los *Principios OHADAC* «a un equipo de investigación compuesto íntegramente por expertos en Derecho contractual comparado»¹⁸⁹. La redacción y discusión del borrador *inicial* se hizo bajo la dirección de Sixto Sánchez Lorenzo¹⁹⁰ y en la *revisión* del borrador y confección *defini-*

¹⁸⁸ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 14-19.

¹⁸⁹ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 26.

¹⁹⁰ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 27; «intervinieron los siguientes especialistas: / Dr. Ángel Espiniella Menéndez [...]/ Dr. Fernando Esteban de la Rosa [...]/ Dra. Rosa García Pérez [...]/ Dra. Pilar Jiménez Blanco [...]/ Dra. Ángeles Lara Aguado [...]/ Lda. Rosa Miquel Sala [...]/ Dra. Patricia Orejudo Prieto de los Mozos [...]/ Dra. María Luisa Palazón Garrido [...]/ Dr. Francisco Pertñez Vílchez [...]/ Dr.

tiva intervinieron, por la *Asociación Henri Capitant*, Denis Mazeaud, Phillippe Dupichot, y Cyril Grimaldi¹⁹¹. Los trabajos del borrador se iniciaron en septiembre de 2013, concluyendo a finales de diciembre 2014¹⁹². «La finalidad esencial de los Principios OHADAC [...] consiste en proporcionar a los operadores, particulares y empresas establecidos en el territorio caribeño un instrumento útil para la regulación de sus contratos internacionales, que facilite la seguridad jurídica en sus intercambios comerciales mutuos y con terceros»¹⁹³.

[63] Los *Principios OHADAC* disponen una *teoría general solo* para el contrato internacional; *solo* se aplican a las obligaciones contractuales en sentido estricto; y *solo* se aplican a los contratos comerciales. Se componen de un *Preámbulo* y nueve capítulos

[A] Los *Principios OHADAC*:

a) «[S]e circunscriben a una *regulación general* del régimen de los contratos *internacionales*. *No contiene normas sobre contratos específicos, por lo que las partes deben tener en cuenta la necesidad de completar la regulación de aquellos contratos particularmente especializados a través de cláusulas específicas, contratos-tipo, o incluso mediante la sujeción, en su defecto, a un Derecho nacional que estimen particularmente apto o desarrollado técnicamente para atender las necesidades de reglamentación de sus obligaciones*» (cursiva mía)¹⁹⁴.

b) «[S]e circunscriben al *régimen de las obligaciones contractuales en un sentido estricto*. *Quedan fuera de su regulación* las cuestiones procesales, las cuestiones reales, las obligaciones no contractuales, así como los denominados cuasi-contratos. *Tampoco se contempla* en el ámbito de aplicación de los Principios el régimen de la responsabilidad precontractual. En la mayoría de los sistemas jurídicos, la denominada *culpa in contrahendo* merece una calificación extracontractual, [...]. La conveniencia de excluir estas cuestiones obedece, además de a una razón calificadoria, a la diversidad de tratamiento de dicha responsabilidad entre los sistemas jurídicos que componen el territorio OHADAC. [...]

c) «[S]e aplican *exclusivamente a los contratos comerciales, excluyendo los contratos celebrados por consumidores y, con carácter general, para fines distintos a una actividad profesional o comercial*» (cursiva mía)¹⁹⁶. No se aplican «a los contratos o negocios incardinados en el Derecho de familia o en el Derecho sucesorio», ni «al régimen de las donaciones», y «no son asimismo fun-

Ricardo Rueda Valdivia [...] / Dra. Carmen Ruiz Sutil [...] / Dra. Carmen Vaquero López [...]» (*op. cit.*, p. 27).

¹⁹¹ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 27-28.

¹⁹² «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 13.

¹⁹³ «Comentario 1 del Preámbulo *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 29.

¹⁹⁴ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 25-26.

¹⁹⁵ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 26.

¹⁹⁶ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 26.

cionales por lo que respecta a las obligaciones cambiarias y sobre los instrumentos negociables»¹⁹⁷. Los *Principios OHADAC* armonizan «el Derecho de los países caribeños en el marco de las transacciones *exclusivamente comerciales (B2B)*» (cursiva mía)¹⁹⁸.

[B] Los *Principios OHADAC* cuentan con un *Preámbulo* y los siguientes capítulos y secciones:

- Capítulo 1 «Disposiciones generales».
- Capítulo 2 «Formación del contrato»: Sección 1 «Oferta y aceptación», Sección 2 «Lugar y momento de perfección del contrato», Sección 3 «Representación».
- Capítulo 3 «Validez del contrato»: Sección 1 «Disposiciones generales», Sección 2 «Capacidad», Sección 3 «Ilícitud», Sección 4 «Consentimiento viciado», Sección 5 «Anulación».
- Capítulo 4 «Interpretación y contenido del contrato»: Sección 1 «Interpretación de los términos del contrato», Sección 2 «Contenido del contrato», Sección 3 «Obligaciones contractuales», Sección 4 «Pluralidad de partes».
- Capítulo 5 «Efectos del contrato»: Sección 1 «Duración del contrato», Sección 2 «Efectos frente a terceros».
- Capítulo 6 «Cumplimiento del contrato»: Sección 1 «Disposiciones generales», Sección 2 «Compensación», Sección 3 «*Hardship*».
- Capítulo 7 «Incumplimiento del contrato»: Sección 1 «Disposiciones generales», Sección 2 «Cumplimiento específico», Sección 3 «Resolución», Sección 4 «Indemnización por daños y perjuicios».
- Capítulo 8 «Cesión»: Sección 1 «Cesión de derechos», Sección 2 «Cesión de obligaciones», Sección 3 «Cesión de contrato».
- Capítulo 9 «Prescripción».

[64] Los *Principios OHADAC* son *soft law*¹⁹⁹. «[P]retenden proporcionar un modelo legal *neutral* que permita facilitar [...] [la] negociación y proporcionar seguridad jurídica a las partes contratantes» (cursiva mía)²⁰⁰. Pero, para tener «éxito en un espacio *de gran diversidad jurídica*» como el de la OHADAC, se requieren «unos Principios que resulten *fácilmente aceptables desde* las diversas culturas jurídicas involucradas»²⁰¹. Y lo anterior exige «superar los errores y [las] limitaciones» de los Principios UNIDROIT –que siendo *soft law*, responden exclusivamente a un esquema de texto normativo–, de los PECL –que

¹⁹⁷ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 26.

¹⁹⁸ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 24.

¹⁹⁹ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 19.

²⁰⁰ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 20.

²⁰¹ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 21; «Los Principios OHADAC pretenden, además, resultar de fácil aplicación tanto para árbitros como para los tribunales estatales de las distintas jurisdicciones caribeñas. En este sentido, proporcionan soluciones comprometidas con la convergencia de los sistemas nacionales involucrados, y respetuosas con el resultado de un análisis comparativo. No incorporan, en consecuencia, reglas que puedan violentar de forma directa ninguna de las culturas jurídicas representadas en el ámbito del Caribe» [«Comentario 1 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 29-30].

ordenan el mismo sistema contractual general para los contratos entre empresarios, y con consumidores–, y del DCFR –que acentuó la ruptura entre los sistemas continentales y el *Common Law*–²⁰².

Esos errores y limitaciones de los *Principios UNIDROIT*, de los PECL y del DCFR son descritos así:

«Los Principios UNIDROIT, por muy dispositivos que sean en su conjunto y compatibles con las cláusulas contractuales y los usos del comercio, proporcionan una regulación *que sigue exclusivamente el esquema de un texto normativo*. Los Principios UNIDROIT son *soft law* en cuanto a sus efectos, especialmente por el carácter opcional de la reglamentación que encierran, pero no son definitivamente *soft* en cuanto a la forma. Aunque no sean una reglamentación completa, los aspectos regulados *tratan de ser cerrados o completados a través de una regulación que podría perfectamente extrapolarse a una reglamentación nacional*. Y en este proceso, a menudo en cuestiones claves, *los Principios UNIDROIT deben tomar partido y optar por un modelo determinado de reglamentación*. Esta decisión se ha decantado en algunas cuestiones cruciales por el modelo romano-germánico, de cuyo más proclive a la justicia material que a la seguridad jurídica, *en detrimento de la opción alternativa que brinda el Derecho inglés*. Dicho de otra forma, *los Principios UNIDROIT han preferido la definición a respetar la regla del máximo consenso, y se han pronunciado con valentía sobre soluciones que, a menudo, pueden no ser las más seguras o compartidas desde el punto de vista de los contratos comerciales*.

Los PECL son, quizás, más respetuosos o permeables a dicho consenso, *pero en muchos aspectos brindan la misma opción que los Principios UNIDROIT con un inconveniente añadido: la pretensión de crear un sistema de Derecho contractual general, igualmente válido para los contratos entre profesionales (B2B) y con consumidores (B2C)*. El telón de fondo europeo de este texto puede atenuar la crítica, pero es muy difícil admitir hoy por hoy la coherencia de dicha opción, al menos si la finalidad esencial de la armonización es contribuir al desarrollo del comercio transfronterizo.

La OHADAC aborda *exclusivamente* la finalidad de armonizar el Derecho de los países caribeños en el marco de las transacciones *exclusivamente* comerciales (B2B) y en consecuencia se halla más cerca del punto de partida de los Principios UNIDROIT, sin las servidumbres que conllevó para los PECL redactar un sistema de Derecho contractual que había de servir asimismo para los contratos con consumidores. *Por otra parte, la deriva del DCFR, abiertamente inspirado en la idea de un código civil europeo, acentuó la ruptura de diálogo entre los sistemas continentales y el common law, bien visible en el sentido de un Libro III dedicado a una categoría de “Obligaciones”, una especie de declaración de guerra al Derecho inglés y a los propios PECL»* (cursiva mía)²⁰³.

²⁰² «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 21; y pp. 23-24 transcritas a continuación.

²⁰³ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 23-24. Un análisis general crítico de la entonces *Interim Outline Edition* del DCFR (2008) por EIDENMÜLLER/FAUST/

Y por lo anterior se ha adoptado, en la elaboración de los *Principios OHADAC*, por «respetar el principio del máximo consenso, que debe a su vez guiarse por una serie de principios o líneas rojas: a) *no redactar normas que puedan resultar culturalmente inaceptables o incómodas para una parte o un juez de un determinado sistema jurídico*; b) *crear reglas novedosas únicamente en la medida en que supongan resolver problemas comunes a todos los sistemas jurídicos, facilitando el tráfico comercial internacional y la seguridad del comercio*; c) *respetar la regla del mínimo común denominador cuando las divergencias se presenten como insalvables*» (cursiva mía)²⁰⁴. «Para superar los inconvenientes de esta *autolimitación*, los Principios OHADAC se convertirán en ocasiones en una suerte de *guía jurídica comercial, proponiendo reglas y usos comunes, proporcionando cláusulas-tipo* para que las partes puedan suplir los vacíos o limitaciones legales a través de regímenes contractuales especialmente diseñados por ellas mismas y en atención a la naturaleza y fin del contrato y a sus propias expectativas. *Esta aportación integrada de reglas jurídicas, recomendaciones de conducta y cláusulas-tipo constituye la especial seña de identidad de los Principios OHADAC, la razón de su singularidad y su aportación esencial a la armonización comparada*» (cursiva mía)²⁰⁵.

3. CUÁNDO SE APLICAN LOS PRINCIPIOS OHADAC Y OTRAS CUESTIONES

[65] Ha de acudirse al *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*.

Preámbulo de los Principios OHADAC:

«I. Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales serán de aplicación, en todo o en parte, cuando las partes contratantes así lo haya acordado expresamente.

II. Salvo que se establezca otra cosa, las reglas de estos Principios pueden ser excluidas o modificadas por las partes. Prevalecerán las cláusulas contractuales que sean contrarias a los Principios.

III. Los presentes Principios no impiden la aplicación de normas imperativas o de orden público internacional, tanto de origen

GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, *ADC* (2009) pp. 1475-1522; para el DCFR, VAQUER ALOY (2015) pp. 38-42 y *supra* nota 118, y *ERPL* (2009) pp. 488-512.

²⁰⁴ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 24; pero los *Principios OHADAC* no hacen tabla rasa de la CISG, de los *Principios UNIDROIT*, de los PECL y del DCFR; al contrario, los tienen presentes, aunque corregidos «conforme a los imperativos de consenso que se ha señalado más arriba» (*op. cit.*, p. 25); «Los Principios OHADAC se detendrán en la última frontera de ese consenso aceptable para todos los intervinientes en el mercado caribeño, con independencia de su tradición jurídica» (*op. cit.*, p. 25); cursivas mías.

²⁰⁵ «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 25.

estatal como internacional, que resulten de aplicación conforme a las normas de Derecho internacional privado.

IV. Los presentes Principios no impiden la aplicación de los usos comerciales internacionales.

V. Los presentes Principios serán objeto de interpretación uniforme, teniendo en cuenta su carácter internacional».

[66] Según el *Preámbulo*.I de los *Principios OHADAC*, estos se aplican, en *todo* o en *parte*, cuando las partes lo hayan acordado expresamente²⁰⁶. Y «a diferencia de otros sistemas jurídicos contractuales no estatales, como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (*Preámbulo*) o los PECL (art. 1:101), [los *Principios OHADAC*] no pretenden representar o entrañar un cuerpo de principios generales del Derecho, ni mucho menos ser expresión de una eventual o presunta *lex mercatoria*²⁰⁷. Su aplicación, consecuentemente, *solo está indicada cuando las partes han sometido su contrato de forma expresa a los Principios OHADAC o los han incorporado como ley aplicable de manera inequívoca (punto I del Preámbulo)*. En otro caso, jueces o árbitros deberán determinar la ley aplicable al contrato conforme a las reglas de Derecho internacional privado previstas en sus respectivas legislaciones o regulaciones arbitrales aplicables al caso» (cursiva mía)²⁰⁸.

Por ese «carácter *opcional* de los Principios OHADAC, y en virtud de su consideración como sistema jurídico *no estatal*, las partes pueden decidir incorporar únicamente *una parte de los Principios*, excluir un capítulo o algunas de sus disposiciones» (cursiva mía)²⁰⁹.

[67] También se destaca, que «[l]os Principios OHADAC no son por definición, normas imperativas»²¹⁰ y «las partes [...] pueden excluir una parte de los Principios, [...] [e] introducir en su contrato exclusiones o modificaciones de algunas reglas específicas. Estas exclusiones o modificaciones pueden ser explícitas o implícitas»²¹¹.

²⁰⁶ «Los Principios OHADAC son [...] una normativa esencialmente opcional. Y dicha opción debe resultar de un *acuerdo inequívoco* de las partes» [cursiva mía; «Comentario 1 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 30].

²⁰⁷ «[...] la pretensión de presentar tales textos [*Principios UNIDROIT*, PECL, DCFR] como una manifestación de la *Lex mercatoria* no supera el test más elemental» [«Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 22].

²⁰⁸ «Comentario 1 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 30.

²⁰⁹ «Comentario 1 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 31.

²¹⁰ «Comentario 3 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 32.

²¹¹ «Comentario 3 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 32; el texto sigue: «En particular, *se entenderán derogadas o modificadas* las reglas de los Principios que resulten *contradictorias* con las cláusulas contenidas en el contrato, que *prevalecerán*, ya se trate de cláusulas negociadas individualmente o contenidas en condiciones generales o formularios incorporados al contrato. I [...].

El carácter dispositivo de los *Principios OHADAC* tiene la única *salvedad de las excepcionales reglas dispuestas como imperativas por dichos Principios*, imperatividad que puede ser «expresa» o resultar «de forma consustancial a la regla»²¹². Pero la imperatividad no impide que esas normas puedan excluirse «expresamente, incluso en bloque, *en virtud de sus cláusulas de sumisión a los Principios OHADAC*» (cursiva mía)²¹³. En cambio, «si la sumisión por las partes a los Principios OHADAC es *genérica*, [...] implica que las partes asumen la imperatividad excepcional de ciertas reglas, *de forma que las cláusulas contrarias a dichas reglas se tendrán por no puestas o se considerarán nulas*» (cursiva mía)²¹⁴.

[68] «[E]l punto III [del Preámbulo] establece la compatibilidad de los Principios OHADAC con la necesidad o conveniencia de que el intérprete aplique o tenga *en consideración normas internacionalmente imperativas, leyes de policía o normas de orden público internacional, de origen interno o internacional, incluyendo en estas últimas las de carácter supranacional.* / Es lugar común en el Derecho de los contratos internacionales que las partes no pueden evitar la aplicación de las leyes de policía y de las normas imperativas, tanto de origen estatal, como internacional o supranacional, que se hallen vigentes en el país del tribunal que conoce (*lex fori*), o incluso en un tercer Estado que presente una vinculación estrecha con el contrato, singularmente el país de ejecución de las obligaciones pactadas» (cursiva mía)²¹⁵.

En suma, el principio general que formula el punto II del Preámbulo [recogido asimismo en los artículos 6 CV [CISG]; 1.5 PU; 1:102 (2) PCL; II-1:102 (2) DCFR; 1.2 CESL] implica que una sujeción *genérica* a los Principios OHADAC no puede ser interpretada de forma que anule las cláusulas contractuales establecidas por las partes» (cursiva mía; *op. cit.* p. 32).

²¹² «Comentario 3 del Preámbulo de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 32; se indican algunas de las reglas imperativas de los Principios OHADAC, como, por ejemplo, «[...] resulta consustancialmente imperativa [...]. [...]», ciertas normas que garantizan una declaración de voluntad no viciada y libre, como las que regulan la nulidad del contrato por dolo, intimidación, o abuso de debilidad o dependencia (arts. 3.4.6, 3.4.7, 3.4.8 y 3.4.9), [...]» (*op. cit.* p. 32).

²¹³ «Comentario 3 del Preámbulo de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 33; «Así, las partes pueden someterse a los Principios y excluir por completo la sección 4 del Capítulo 3, relativa a los vicios del consentimiento, que en su mayor parte es imperativa. En este caso, la sumisión parcial a los Principios es efectiva, y los vicios de consentimiento se regirán por el Derecho nacional en virtud de las reglas de Derecho internacional privado» (*op. cit.* p. 33).

²¹⁴ «Comentario 3 del Preámbulo de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 33; «[e]n este punto, la sujeción por las partes a los Principios OHADAC debe ser interpretada como fruto de una cautela o interés por las propias partes en someter su contrato a un autocontrol o autotutela a través de la exclusión de los pactos que puedan ser contrarios a las normas imperativas de los Principios OHADAC, cuya razonabilidad y aceptación comparada quedan fuera de toda duda» (*op. cit.* p. 33).

²¹⁵ «Comentario 4 del Preámbulo de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 33; «Una regla similar se contiene en el art. 1.4 PU [*Principios UNIDROIT*] y en el art. 1:103 PECL» (*op. cit.*, p. 34).

[69] Los *Principios OHADAC ceden también ante los usos comerciales internacionales*. Según el Comentario 5, «el punto IV del Preámbulo establece la prevalencia de los usos del comercio internacional. Dicha preferencia se refiere no solo a los *usos generales* del comercio internacional, sino, de forma especial, a los *usos sectoriales generalmente aceptados* en un ramo concreto del comercio internacional, así como a los *usos particulares* que las partes hayan establecido en sus propias relaciones comerciales» (cursiva mía)²¹⁶.

La formulación del *Preámbulo* «es conscientemente abierta. El intérprete valorará en cada caso la concurrencia de un uso comercial entre las partes, conforme a las evidencias probatorias de que disponga. Igualmente podrá servirse de indicios o incluso pruebas periciales para concluir en la existencia de un uso comercial sectorial o general, cuya eficacia normativa dependerá de su observancia regular, grado de conocimiento de dicho uso en el comercio internacional, y de la situación concreta de las partes./ En muchos casos, los usos comerciales se encuentran recopilados en instituciones como la Cámara de Comercio Internacional y revelan una práctica comercial uniforme en sectores variados, como [...]. Dicha estandarización resulta evidente asimismo a través del desarrollo de pólizas o contratos-tipo elaborados, además de por la CCI, por organizaciones como [...]»²¹⁷.

[70] Sobre la *interpretación* de los *Principios OHADAC*, se explicita que esos *Principios* «han sido redactados en un lenguaje claro y lo menos idiosincrático posible en sus distintas versiones lingüísticas. *Han tratado de mantener no solo una neutralidad comparativa en el contenido, sino también la máxima neutralidad gramatical posible*. En consecuencia, *aun cuando* ciertas expresiones puedan ser tributarias de una familia jurídica concreta, *su sentido* debe ser considerado con la misma neutralidad que anima a los *Principios*, acorde con su finalidad armonizadora./ En consecuencia, los *Principios [OHADAC]* deben ser interpretados atendiendo a *criterios de objetividad*, extrayendo el sentido *especialmente de los comentarios a cada artículo o sección normativa, y teniendo presente en todo momento la finalidad armonizadora de los Principios en un marco de pluralidad cultural jurídica, como es el Caribe*» (cursiva mía)²¹⁸.

²¹⁶ «Comentario 5 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 34.

²¹⁷ «Comentario 5 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 35.

²¹⁸ «Comentario 6 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 35-36; se aconseja a árbitros y jueces nacionales que tengan en cuenta las decisiones que puedan dictarse aplicando los *Principios OHADAC*, «para lo cual la

[71] *Por último*, la norma V del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC* «es conscientemente más modesta en sus objetivos», que las correspondientes en otros textos internacionales²¹⁹. Los *Principios OHADAC* «no pretenden ser aplicados más allá de sus disposiciones a cuestiones no reguladas en ellos, a menos que exista una analogía o identidad de razón evidentes. Por ese motivo, se aconseja que las partes designen en todo momento un Derecho nacional que pueda ser capaz de cumplimentar sus lagunas» (cursiva mía)²²⁰. Se aclara, que no se acoge la regla de integrar las lagunas de los *Principios OHADAC* «sobre la base de unos principios generales subyacentes o de una regla extensa de aplicación analógica», pues se considera «que no contribuye de forma inconcusa a la seguridad jurídica de las transacciones caribeñas, precisamente por la diversidad de métodos legales existentes para la interpretación o integración de las fuentes normativas escritas» (cursiva mía)²²¹.

4. EL ARTÍCULO 3.1.3 *PRINCIPIOS OHADAC: IMPOSIBILIDAD INICIAL*, Y EL ARTÍCULO 7.1.8 *PRINCIPIOS OHADAC: FUERZA MAYOR*

[72] Como especifica su leyenda, el artículo 3.1.3 *Principios OHADAC* se ocupa de la imposibilidad inicial. En él se hace expresa referencia a las normas de los *Principios OHADAC* sobre fuerza mayor, situadas en el *incumplimiento*²²².

Artículo 3.1.3 *Principios OHADAC: «Imposibilidad inicial*
[cursiva y negrita en el original]

OHADAC implementará bases de datos e información sobre la aplicación de los Principios [OHADAC], incluyendo comentarios a las decisiones registradas» (*op. cit.*, p. 36).

²¹⁹ «Comentario 6 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 35; «(ad ex. Art. 7 CV; art. 1.6 PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 1:106 PECL; art. I-1:102 DCFR; art. 4 CESL)» (*op. cit.*, p. 35).

²²⁰ «Comentario 6 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 36; v. último párrafo del Comentario en pp. 36-37.

²²¹ «Comentario 6 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 36; «una de las divergencias más claras entre las familias jurídicas representadas en el ámbito caribeño tiene que ver con la capacidad del intérprete para la interpretación y el desarrollo judicial del Derecho escrito. Mientras que en los sistemas romano-germánicos dicha interpretación tiende con facilidad a la creación jurídica a través de la analogía y el desarrollo judicial, la metodología jurídica en los sistemas tributarios del common law se muestra mucho más proclive a una interpretación muy ajustada al texto legal escrito, sin un margen de maniobra amplio por parte del intérprete. Esta diversidad metodológica implica que una norma sobre integración de un texto escrito, amparada en el recurso a la integración sobre la base de principios generales, no plantea la misma familiaridad para un juez de Guadalupe o Cuba que para uno de Jamaica o Antigua» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 36).

²²² Del *Incumplimiento* se ocupa el Capítulo 7 de los *Principios OHADAC* (arts. 7.1.1 a 7.4.7); PALAZÓN GARRIDO ha coordinado ese Capítulo 7 [(2016) p. 341] y es autora de la monografía *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado* (2014).

La imposibilidad de cumplimiento del contrato en el momento de su celebración no afectará a su validez, sin perjuicio del derecho de las partes a invocar las normas sobre fuerza mayor».

Artículo 7.1.8 *Principios OHADAC*: «Fuerza mayor [cursiva y negrita en el original]

1. Una parte podrá justificar el incumplimiento de sus obligaciones cuando el cumplimiento resulte imposible por razones de fuerza mayor.

2. Se entenderá que existe fuerza mayor cuando la parte afectada acredite la concurrencia de un hecho:

- a) ajeno a su responsabilidad y fuera de su control razonable, y
- b) cuyo riesgo no ha asumido, y
- c) que no podía razonablemente haberse previsto o tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato, y
- d) que imposibilita el cumplimiento de sus obligaciones.

3. [...] ²²³.

4. El contrato se entenderá resuelto desde que se produjo la notificación, a menos que la otra parte manifieste su voluntad en sentido contrario en un plazo razonable. Si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, deberá compensar a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido.

5. [...] / 6 [...] ²²⁴».

[73] El Comentario del artículo el artículo 3.1.3 *Principios OHADAC* comienza indicando, que «[I]a imposibilidad de ejecución del contrato, y más concretamente la imposibilidad de su objeto, ha sido considerada *tradicionalmente como causa de nulidad o inexistencia del contrato (impossibilium nulla obligatio est)*. Dicha regla se encuentra contemplada en buena parte de los códigos civiles vigentes en los sistemas caribeños» (cursiva mía, salvo

²²³ «3. La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer imposible el cumplimiento debe notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Si la notificación no llega a la otra parte en un plazo razonable a partir del momento en que la parte que lo invoque ha tenido o debería haber tenido conocimiento del impedimento, la parte destinataria de la notificación tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta o tardanza en la notificación».

²²⁴ «5. Si la imposibilidad de cumplimiento fuera temporal, la resolución del contrato únicamente se producirá si la demora en el cumplimiento priva sustancialmente a una de las partes de sus expectativas razonables. En otro caso, la parte que alegue los hechos impeditivos deberá proceder al cumplimiento una vez desaparecido el hecho impeditivo./ 6. Si la imposibilidad de cumplimiento fuera parcial, la resolución del contrato únicamente se producirá si el cumplimiento parcial priva sustancialmente a una de las partes de sus expectativas razonables. En otro caso, la parte que alegue los hechos impeditivos deberá proceder al cumplimiento parcial, con el correspondiente ajuste en la contraprestación de la otra parte».

la frase en latín)²²⁵. En cambio, «[l]os textos más modernos [Principios UNIDROIT, PECL, DCFR], [...], defienden una regla como la mantenida en estos Principios [OHADAC], que disipa cualquier duda no solo sobre la validez de los contratos que recaen sobre cosa futura o que no se encuentra a disposición de las partes en el momento de contratar, sino también sobre prestaciones que en el momento de contratar resultan material, personal o incluso legalmente imposibles [...]» (cursiva mía)²²⁶. Tras ello, se hace una muy breve referencia al *common mistake* del *Common law*. En concreto, al *error compartido* por los contratantes cuando la *celebración del contrato* y *error consistente* en que *ambos desconocían la imposibilidad física* de la cosa *–res extincta–* o la *imposibilidad jurídica –res sua–*. En el Derecho inglés, la *nulidad del contrato* es el efecto jurídico para esos errores. Para la *imposibilidad física* se cita a *Couturier v. Hastie* (1856), 5 HL Cas. 673; para la *imposibilidad jurídica*, *Abraham v. Oluwa* (1944), 17 NLR 123²²⁷.

[74] En cuanto a los *Principios OHADAC*, estos disponen «la validez del contrato»²²⁸ y se aplican «las reglas generales sobre incumplimiento, lo que incluye las reglas sobre fuerza mayor (art. 7.1.8)» (cursivas mías)²²⁹. Los *Principios OHADAC* adoptan «un concepto amplio de fuerza mayor», que incluye las «circunstancias imprevisibles *sobrevenidas*» y «las circunstancias imprevistas [que] *concurrían en el momento de celebrarse el contrato y no eran conocidas ni podían haber sido conocidas por las partes en el momento de contratar. En este sentido, los Principios OHADAC introducen un deslinde entre imposibilidad inicial y error* que en los textos internacionales adoptados hasta la fecha se muestra más difusa» (cursiva mía)²³⁰.

²²⁵ «Comentario del artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 134; así, «(ad ex. arts. 1518 CC colombiano; arts. 627 y 631 CC costarricense; arts. 1599 y 1601 CC dominicano y [...]; art. 1564 CC hondureño, art. 1827 CC mexicano; art. 1832 CC nicaragüense; art. 1123 CC panameño; art. 1224 CC portorriqueño; [...])» (op. cit., p. 134).

²²⁶ «Comentario del artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 134.

²²⁷ «Comentario del artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 134.

²²⁸ «Comentario del artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 134.

²²⁹ «Comentario del artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 134. Los artículos 7.1.1 a 7.4.7 *Principios OHADAC* regulan el incumplimiento (op. cit., pp. 374-472).

²³⁰ «Comentario del artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 134. En el «Comentario del artículo 7.1.8 *Principios OHADAC*» [apartado 2.c)] –precepto ubicado en el Capítulo 7 «Incumplimiento del contrato»– se insiste en la idea: «En tercer término, debe tratarse de un acontecimiento o circunstancia que razonablemente las partes no pudieron prever o tener en cuenta en el momento de contratar. Con cierta unanimidad, la imprevisibilidad suele reconducirse en todos los sistemas a criterios más objetivos de improbabilidad razonable. Debe notarse que la norma propuesta *no exige* que la cir-

Y si las partes «son conscientes o hubieran debido prever la imposibilidad del objeto o del cumplimiento del contrato y aun así deciden celebrarlo, se entiende que asumen el riesgo de incumplimiento por imposibilidad, aplicándose las reglas generales [de los Principios OHADAC] sobre determinación del incumplimiento y sus remedios. Esta solución no solo respeta en mayor medida la autonomía de las partes en la contratación comercial internacional, sino que evita la ineficacia de contratos que juegan con un cálculo especulativo sobre los avances técnicos o la evolución de las circunstancias previstas en el momento de contratar» (cursiva mía)²³¹.

«Ejemplo 1: La empresa de construcción X, propietaria de unos terrenos no urbanizables, celebra un contrato por el que se compromete a construir en dichos terrenos y vender a una empresa de servicios un edificio de oficinas, que debe entregar en el plazo de cinco

cunstancia o hecho impeditivo *sean sobrevenidos o posteriores a la celebración del contrato*. Basta con el hecho de que *no* se hubieran podido prever o tener en cuenta en el momento de celebrarse el contrato, aunque ya concurrieran en dicho momento. En muchos sistemas, si el hecho impeditivo concurre en el momento de celebrarse el contrato, pero las partes razonablemente ignoran tal hecho, se suele optar por decretar la ineficacia o nulidad del contrato por la vía del error o por la imposibilidad inicial del objeto del contrato, con efectos sustancialmente similares (ad ex. Arts. 1.601 francés y dominicano; arts. 4:103 y 8:108 PECL; art. II-7:201; art.-3:104 DCFR). Esta solución tiene, sin embargo, algunos inconvenientes. De un lado, la doctrina del error en el Derecho comparado presenta mayor complejidad e irreductibilidad. De otro, en la contratación moderna se tiende a considerar que un contrato donde una de las prestaciones sea inicialmente imposible no es necesariamente inválido, salvo error por las partes, pues las partes pueden confiar en que la prestación originariamente imposible pueda devenir posible en el momento de la ejecución (ad ex. Art. 3.1.3 PU [Principios UNIDROIT; art. 4:102 PECL; art. II-7:102 DCFR]. De ahí que se considere que la justificación del incumplimiento en caso de fuerza mayor o imposibilidad presente en realidad los mismos perfiles cuando la imposibilidad es sobrevenida e imprevisible que cuando es concurrente e incognoscible para las partes. Este es el criterio seguido en la sección 266 del *Second Restatement of Contracts* norteamericano, y según algunas opiniones cabría asimismo en el tenor de los arts. 79 CV [CISG], 7.1.7 PU [Principios UNIDROIT] y 88 CESL» [salvo la cursiva del *Second Restatement of Contracts*, el resto mía; Principios OHADAC (2015) p. 406; en el «Comment B del artículo 8:108 PECL» se indica que si el impedimento existía cuando la celebración del contrato, sin saberlo las partes, eso «is not covered by Article 8:108 but the contract might be avoidable under Article 4:103, Mistake as to Facts or Law», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 379].

En otro orden de consideraciones, para los Principios OHADAC, si hay fuerza mayor, no se indemnizan los daños y perjuicios; tiene lugar la resolución *ipso iure* de la relación contractual desde la notificación del hecho impeditivo, salvo manifestación de voluntad en contra de la otra parte en plazo razonable (para la imposibilidad *parcial*, y la *temporal*; «o incluso una solución de reemplazo puede resultar de interés a la otra parte»; conservación del contrato); se dispensa del cumplimiento del contrato, lo que es efecto natural de la resolución; y se restituyen las prestaciones si hubo cumplimiento total o parcial de la obligación, y si ello no fuera posible, procede compensar el beneficio obtenido («regla basada en un principio de elemental equilibrio del contrato») (Art. 7.1.8, 1 y 4, Principios OHADAC) [«Comentario del artículo 7.1.8 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) pp. 407-408. Para la imposibilidad de cumplimiento parcial y para la temporal, y la resolución de la relación contractual, artículo 7.1.8, 5 y 6, Principios OHADAC y el Comentario 3 (*op. cit.*, pp. 408-411); v. también, Principios OHADAC (2015) pp. 378, 384 [cfr. art. 7.1.3 (1) Principios OHADAC], 421-422, 442, 444 [cfr. art. 7.4.1 (1) Principios OHADAC].

²³¹ «Comentario del artículo 3.1.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) pp. 134-135.

años. *Aunque el cumplimiento resulta imposible legalmente en el momento de celebrarse el contrato, la empresa promotora confía en un inminente cambio del régimen legal de los terrenos y asume el riesgo del incumplimiento si se mantiene la imposibilidad y no logra entregar la construcción en el plazo establecido.*

Ejemplo 2: La empresa X, fabricante de motores eléctricos, se compromete con la empresa Y, fabricante de automóviles, a entregar en el plazo de cinco años unos motores capaces de cumplir con unas especificaciones y un rendimiento actualmente inviables a la luz del estado de la técnica. No obstante, el contrato es válido, *pues la empresa X es consciente del estado de la técnica y confía en que su departamento de diseño y desarrollo obtenga pronto un prototipo capaz de cumplir con las especificaciones requeridas.*

Ejemplo 3: Una compañía de alquiler de aeronaves, alquila un jet de lujo determinado para un desplazamiento de los directivos de una compañía petrolífera. El contrato es imposible porque el jet ha sufrido un accidente *media hora antes de perfeccionarse el contrato, sin que la empresa haya tenido aún conocimiento ni posibilidad de conocer el accidente.* El contrato es válido, pero la empresa de alquiler puede invocar fuerza mayor para ser exonerada del cumplimiento de su obligación» (cursivas mías)²³².

5. EL ERROR EN LOS *PRINCIPIOS OHADAC*

[75] De él se ocupan *directamente* los artículos 3.4.3 y 3.4.4 *Principios OHADAC*.

Artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*: «*Error* [cursiva y negrita en el original]

1. Una parte podrá anular el contrato si en el momento de su perfección cometió un error esencial de hecho o de derecho, y si:

- a) la otra parte provocó el error o hizo el error posible por razón de su silencio contrario a los deberes legales de información; o
- b) la otra parte incurrió en el mismo error; o
- c) la otra parte conocía o cabía esperar que conociera la existencia del error, y dejar a la otra parte en el error resulta contrario a la lealtad negocial propia del comercio.

2. Se considera que un error es esencial cuando es de tal gravedad que una persona razonable, en la misma situación de la parte que sufrió el error, no habría celebrado el contrato.

3. El derecho a anular el contrato no procede si:

- a) el error es inexcusable debido a una falta de atención o diligencia de la parte que sufrió el error; o

²³² «Comentario del artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 135.

b) el riesgo de error ha sido asumido por la parte que sufrió el error o, atendidas las circunstancias, esta parte debe correr con el riesgo de error».

Artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*: «*Error en la declaración* [cursiva y negrita en el original]

El régimen del error contenido en el artículo anterior también es de aplicación en los casos de error o inexactitud en la transmisión o expresión de una declaración de voluntad, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la sección primera del capítulo 4 de los Principios relativas a la interpretación del contrato»²³³.

5.1 El artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*: *error*

[76] Su Comentario 1 comienza con la indicación de que el propósito del precepto «es ofrecer a los operadores un régimen para el error *que al mismo tiempo sea capaz de sintonizar con las tradiciones jurídicas que existen en los países y territorios del Caribe*, de hacer *recepción de los desarrollos más avanzados que han depurado este régimen jurídico* y de *incorporar* las exigencias provenientes de la *peculiaridad comercial de la contratación a la que tienen vocación de aplicarse los Principios*» *OHADAC* (cursiva mía)²³⁴.

[77] Antes de acometerse la específica explicación de las reglas del error del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, en ese Comentario 1 se hace un «análisis [...] [en el que] se apuntarán *algunas de las diferencias y similitudes principales* que existen en la regulación del error entre los sistemas de los países y territorios del Caribe»²³⁵.

[78] Y así, el artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* –aplicable a las situaciones contractuales de error-vicio– comprende «*la mayoría de los casos que en los sistemas romano-germánicos se agru-*

²³³ Y el artículo 3.4.5 *Principios OHADAC*: «*Extinción del derecho a anular el contrato* (cursiva y negrita del original)/ 1. El derecho a anular el contrato se extingue si, antes de que la parte que sufrió el error haya anulado el contrato, la otra parte notifica su voluntad de cumplir el contrato o lo cumple en los términos en los que fue entendido por la parte facultada para anularlo. Esta notificación deberá tener lugar sin demora una vez conocida la existencia del error. En este caso, el contrato se entenderá perfeccionado bajo tales términos./ 2. La notificación de anulación basada en el error realizada por la parte que lo ha sufrido no tendrá efecto si, de forma inmediata, la otra parte notifica que está dispuesta a cumplir el contrato en el modo en que fue entendido por la parte que sufrió del error. En ese caso, el contrato se entenderá perfeccionado bajo tales términos». V. *infra* nota 616.

²³⁴ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 147.

²³⁵ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 147. Con anterioridad: «[e]l precepto de los Principios [OHADAC] tiene el propósito de ofrecer un régimen más simple y moderno para el vicio de error respecto del que disponen la mayoría de los sistemas del Caribe, *sin incorporar reglas que lleguen a violentar las culturas jurídicas representadas*» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 147).

pan bajo las tipologías del error sobre la cosa, error sobre la sustancia, error sobre la persona o el error de derecho»²³⁶. Sin embargo, para el llamado *error de cuenta o de cálculo*, su «tratamiento más idóneo [...] aconseja» someterlo «al mismo régimen aplicable al error en la declaración» del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*, lo cual permite prescindir de la dificultad de fijar cuándo el mismo se produjo (si en la declaración, o antes, durante la cuenta o el cálculo; sobre él, *infra* [90])²³⁷.

[79] Más complicada resulta la coordinación de los *Principios OHADAC* con los sistemas *adscritos a la tradición del Common law*. En concreto:

a) El *common mistake* –en el que «no falta el acuerdo entre las partes, pero el consentimiento de los contratantes se basa en una equivocación»²³⁸– se somete, *con carácter general*, al artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*. *Con carácter general*, pues hay dos *common mistake* a los que *no* se aplica ese artículo. Uno es el supuesto de la *res extincta*; esto es, del error «sobre el objeto del contrato cuando este se ha extinguido sin conocimiento de las partes antes de su celebración»²³⁹ [*Couturier v. Hastie* (1856) 5 HL Cas. 673]²⁴⁰. Y el otro es el supuesto de la *res sua*; esto es, del «error en que se incurre cuando el comprador desconoce que ya es propietario de la cosa que le ha sido vendida» [*Abraham v. Oluwa* (1944), 17 NLR 123]²⁴¹. A esos dos *common mistake* se les aplica el artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*, artículo que, como expuse, regula la *imposibilidad inicial* y remite al incumplimiento²⁴² (*supra* [73]-[74]).

b) El *mutual mistake* –«situaciones en las que existe un radical malentendido entre los contratantes, que han negociado pen-

²³⁶ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 147. Para los *sistemas romano-germánicos* se indican: «(arts. 1509 a 1512 CC y art. 900 CCom colombianos; arts. 1015 a 1016 CC costarricense; art. 70 CC cubano; art. 1110 CC francés y dominicano; arts. 1258 a 1260 CC guatemalteco; art. 905 CC haitiano; art. 1557 CC hondureño; art. 6:228 CC holandés y surinamés; arts. 1813 a 1814 CC mexicano; arts. 2455 a 2456 CC nicaragüense; art. 1117 CC panameño; art. 1218 CC portorriqueño; arts. 1147 a 1149 CC venezolano)» (*op cit.*, p. 147).

²³⁷ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 147-148.

²³⁸ «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

²³⁹ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 148.

²⁴⁰ «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

²⁴¹ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 148; «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

²⁴² «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 148; «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 142; «Comentario 1 del artículo 3.5.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 182.

sando cada uno en una cosa o negocio distinto»²⁴³— cuya consecuencia «en los países del *common law* es la nulidad absoluta o inexistencia del contrato [*Raffles v Wichelhaus* (1864), 2 H & C 906; *Scriven Brothers & Co v Hindley & Co* (1913) 3 KB 563], los Principios [OHADAC] reconducen el tratamiento [...] hacia el régimen de la inexistencia de consentimiento (artículo 3.1.1)»²⁴⁴.

c) Al *unilateral mistake* —en el que «una sola parte incurre en error, mientras que la otra no se equivoca, sino que, por el contrario, se percató de lo ocurrido o hubiera debido hacerlo»²⁴⁵— se le aplica el artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* (error)²⁴⁶.

d) A la *innocent* o *negligent misrepresentation* —en el «que el error, a pesar de haber sido provocado, no ha llevado consigo una intención de engaño»²⁴⁷— se les aplica el artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* (error)²⁴⁸.

Y e) «en los casos de documentos firmados de forma errónea, o con un contenido diferente al pretendido, que son considerados nulos por los sistemas de *common law* cuando el error afecta a personas ciegas o analfabetas», el artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* (error) no se aplica²⁴⁹. Esos «supuestos, por la especial gravedad de las circunstancias en que se produce el error, [...] encuentran su tratamiento en la disposición dedicada a la falta de consentimiento» (art. 3.1.1 *Principios OHADAC*), y no, en el artículo 3.4.4 *Principios OHADAC* que regula el error en la declaración²⁵⁰.

[80] Ya en el propio análisis del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, el error relevante exige haber sido *esencial* y cabe hablar de ello «cuando, en caso de no haber existido, el contrato no

²⁴³ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149; «Comentario 1 del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 142; «Comentario 1 del artículo 3.5.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 182. V. *infra* nota 304.

²⁴⁴ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149; «Comentario 1 del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 142; «Comentario 1 del artículo 3.5.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 182. Artículo 3.1.1 *Principios OHADAC*: «*Validez del mero acuerdo* [cursiva y negrita del original]/Un contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional».

²⁴⁵ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149; «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

²⁴⁶ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149; «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

²⁴⁷ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149.

²⁴⁸ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149.

²⁴⁹ «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149.

²⁵⁰ «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 143.

se habría celebrado»²⁵¹. De nuevo aparece la (constante) preocupación por comparar la regulación de los *Principios OHADAC* con la de los sistemas romano-germánicos y del *Common Law*. Y así, la exigencia de la esencialidad del error «no representa una novedad en los sistemas romano-germánicos, donde esta orientación, de forma más o menos nítida, puede ser detectada en la mayoría de ellos» (cursiva mía)²⁵². «En los sistemas de common law, en la fórmula que abarca todos los casos de *common mistake* el error ha de recaer sobre un hecho fundamental (*fundamental mistake*) o un supuesto básico del contrato, sin el cual las partes no habrían llegado a un acuerdo» (la primera cursiva mía)²⁵³. Se añade que lo mismo sucede «en los textos de unificación del Derecho de contratos, donde se tiende a limitar la relevancia del error a aquellos supuestos en los que el mismo ha sido determinante de la celebración del contrato (art. 3.2.1 PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 PECL; art. 48.1 CESL; art. II.-7:201 DCFR» (cursiva mía)²⁵⁴.

En cuanto al apartado (2) del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, en este se dispone el criterio para apreciar el error esencial. Según el Comentario 2, «[l]os Principios [OHADAC] acogen una valoración objetiva [...] que toma como parámetro de evaluación el modo en que habría actuado una persona razonable en las mismas circunstancias en las que contrató la víctima del error»²⁵⁵. Respetándose «las exigencias propias del comercio, se adopta así una perspectiva meramente objetiva atenta a las circunstancias del tráfico, en la que no tienen cabida consideraciones subjetivas. Los elementos que pueden llegar a determinar la esencialidad del error son, pues, establecidos por el propio tráfico»²⁵⁶. La solución de los *Principios*

²⁵¹ «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 150.

²⁵² «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 150; así: «(art. 1511.2.º CC colombiano; art. 1015 CC costarricense; art. 73 CC cubano; art. 1110 CC dominicano y francés; art. 1258 CC guatemalteco; art. 905 CC haitiano; art. 6:228 holandés y surinamés; art. 1557 hondureño; art. 1813 CC mexicano; arts. 2462 y 2463 CC nicaragüense; art. 1117 CC panameño; art. 1218 CC portorriqueño; arts. 1147 y 1148 CC venezolano). [...]» (*op. cit.*, p. 150).

²⁵³ «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 150; el texto continúa: «[*Bell v Lever Brothers Ltd* (1932), AC 161, 206; *Galloway v Galloway* (1914), 30 TLR, 531]. Siguiendo esta misma tónica, para el Derecho norteamericano una *non-fraudulent misrepresentation* solo permite la anulación del contrato si es esencial (sección 162.2 del *Restatement Second of Contracts*)» (*op. cit.*, p. 150).

²⁵⁴ «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 150.

²⁵⁵ «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 151.

²⁵⁶ «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 151; «en el tráfico de obras de arte resulta relevante la autenticidad de un cuadro, sobre todo si se trata de pintores de reconocido prestigio» (por ejemplo, el comprador creía que compraba un Picasso, no siendo así: es «error esencial para los Principios OHADAC», *op. cit.*, p. 151); «la opción acogida [por los Principios OHADAC] destila la evolución de

OHADAC «se asemeja a la establecida por el art. 3.2.2 (1)» *Principios UNIDROIT* y «se distancia» de la de los PECL y del CESL que «adopta[n] como eje el conocimiento, por la parte que no ha sufrido el error, de que la víctima no habría celebrado el contrato en caso de que hubiera conocido la existencia del error»²⁵⁷.

Por otro lado, «[e]l desplazamiento del eje del régimen jurídico del error desde el objeto sobre el que recae hasta el carácter esencial [de] los Principios [OHADAC] hace posible la racionalización y la simplificación de este régimen, perdiendo así utilidad las distinciones tipológicas clásicas relativas al objeto del error (*error in corpore, in persona, in negotio o in substantia*) que, por influencia del Derecho francés (art. 1110 francés y dominicano) y español (arts. 1266 y 1267 CC español) [*sic*, 1265, 1266], todavía perviven en muchos de los códigos del Caribe»²⁵⁸. Ahora bien, el artículo 3.4.3 (1) *Principio OHADAC* solo conserva «la distinción entre *error de hecho* y *error de derecho*, que tiene por finalidad disipar las dudas que podrían existir sobre la posibilidad de que el error recaiga sobre normas jurídicas»²⁵⁹. [...]. Por lo demás, concuerda con los textos internacionales más modernos de codificación del Derecho de contratos en donde, con carácter general, se acepta la relevancia de cualquier clase de error que recaiga sobre una circunstancia de hecho o de Derecho, quedando sometidos a un régimen unitario (art. 3.2.1 PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 PECL; art. II.-7:201 DCFR; art. 48.1 CESL)» (cursiva mía)²⁶⁰.

muchos sistemas del Caribe en los que las formulaciones legales de corte subjetivo (art. 73 CC cubano; art. 1813 CC mexicano) han dejado paso a interpretaciones jurisprudenciales más atentas a las necesidades del tráfico. [...] La evolución reseñada ofrece respaldo también a la opción de los Principios, que de este modo se asienta en un doble pilar: una evolución jurisprudencial reseñable y una clara vocación de servir a las necesidades del comercio» (*op. cit.*, p. 152).

²⁵⁷ «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 152.

²⁵⁸ «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 150-151; «arts. 1510-1512 CC colombiano; art. 69 CC cubano; arts. 1259 y 1260 CC guatemalteco; art. 1557 CC hondureño; arts. 2455 y 2467 CC nicaragüense; art. 1117 CC panameño» (*op. cit.*, p. 151).

²⁵⁹ Más adelante se indica que en el Caribe hay sistemas que *no* admiten el error de derecho, así el artículo 1509 CC de Colombia y «[d]ada la relevancia que esta desigualdad jurídica puede llegar a tener para las partes del contrato, los Principios [*OHADAC*] contemplan la posibilidad de incorporar al contrato una cláusula especial con la intención de restringir el alcance del error sobre cuestiones jurídicas. Esta opción podrá tener lugar a través de la suscripción de una cláusula especial cuya redacción se recomienda más abajo» [«Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 151]. Esa propuesta de redacción de cláusula especial es: «*Exclusión del error de Derecho* [cursiva y negrita en el original] / «*Ninguna parte podrá invocar como causa de nulidad del presente contrato o de algunas de sus cláusulas un error que recaiga sobre Derecho o normas jurídicas*»» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 158). Para el error de derecho en el Derecho colombiano, *infra* [155].

²⁶⁰ «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 151.

[81] Junto con ser esencial, el error relevante ha de responder a alguna de las causas de las letras a), b) y c) del artículo 3.4.3 (1) Principios OHADAC, de las que trato de inmediato.

[82] La letra a) del artículo 3.4.3 (1) Principios OHADAC trata del *error provocado* —«la otra parte provocó el error o hizo el error posible por razón de su silencio contrario a los deberes legales de información»—. «Cabe distinguir dos tipos de situaciones: en la primera, es posible que haya tenido lugar una *comunicación* de datos de forma inconsciente que haya incluido algún defecto; en la segunda, el error puede ser provocado como consecuencia del *incumplimiento de deberes de información*. Aunque los Principios [OHADAC] no regulan esta clase de deberes, no cabe descartar que puedan venir impuestos por normas imperativas aplicables al contrato. En ambos casos debe tratarse de un error provocado sin intención de engaño, pues en tal caso estaríamos ante un supuesto de dolo (artículo 3.4.6)» (cursiva mía)²⁶¹.

En la (constante) comparación entre los Principios OHADAC y los sistemas del Caribe, en el Comentario 3 se advierte, que la relevancia del *error provocado* no es ajena a los sistemas de *Common Law* (así en la *wholly innocent* o *non fraudulent misrepresentation*)²⁶²; que el error provocado se encuentra en el sistema holandés y en el surinamés²⁶³; y que el error provocado se alinea «con las soluciones que proponían los textos internacionales de Derecho de contratos [art. 3.2.2 PU [Principios UNIDROIT]; art. 4:103 (1) (a) (i) PECL; art. II.-7:201 DCFR; art. 48.1 (b) (i) CESL]»²⁶⁴.

[83] La letra b) del artículo 3.4.3 (1) Principios OHADAC se refiere al *error común* —«la otra parte incurrió en el mismo error»—. Según el Comentario 4, «[u]na regla análoga a la presente [del art. 3.4.3 (1) (b) Principios OHADAC] aparece en la mayoría de los textos de unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.2 (1) (a) PU

²⁶¹ «Comentario 3 del artículo 3.4.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) p. 152; artículo 3.4.6 Principios OHADAC: «Dolo [cursiva y negrita en el original]/ Una parte puede anular el contrato si fue inducida a contratar por error, incluso no sustancial, en razón de los actos fraudulentos o engañosos de la otra parte».

²⁶² «[A]lguien ha realizado una exposición de hechos de manera inexacta y esta comunicación ha influido sobre la celebración del contrato, surgiendo el derecho a la anulación» [«Comentario 3 del artículo 3.4.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) p. 152].

²⁶³ Artículo 6:228.1(a) BW, pero con el límite de que «[e]l derecho a la anulación deja de existir cuando la otra parte hubiera podido asumir que el contrato habría sido celebrado de todas las maneras a pesar de la existencia de la información errónea. El requisito no resulta tan nítido en los sistemas romanistas. No obstante, en la práctica el juego de la excusabilidad del error puede conducir a resultados parecidos» [«Comentario 3 del artículo 3.4.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) pp. 152-153; para el artículo 6:228 BW, *supra* [54].

²⁶⁴ «Comentario 3 del artículo 3.4.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) p. 153.

[*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 PECL; art. II.-7:201 (I) (b) (iv) DCFR; art. 48.1 (b) (iv) CESL»²⁶⁵.

Y de nuevo en la (constante) comparación de los *Principios OHADAC* con los sistemas del Caribe, se indica que la anulación por error común «no representa una novedad en los sistemas del Caribe, ya responden a unas u otras tradiciones» (cursiva mía)²⁶⁶. Y al respecto, frente a la aplicación restrictiva y estricta del *common mistake* del *Common Law*, en el que «llegaron a dictarse decisiones en las que, a pesar de existir un *fundamental mistake* común a las partes, el contrato no fue considerado nulo [*Bell v Lever Brothers Ltd* (1932), AC 161; [...]], en la *Equity*, «la existencia de esa clase de *fundamental mistake* común a las partes ha sido declarada como determinante de la anulación [*Solle v Butcher* (1949), 2 All ER 1107; *Galloway v Galloway* (1914), 30 T. L. T. 531]», y de esa «tendencia [de la *Equity*] que concede la anulación del contrato de forma más amplia hay también exponentes en las jurisdicciones del Caribe»²⁶⁷; que en la Sección 152.1 del *Restatement Second of Contracts*, el error común se somete a similares requisitos²⁶⁸; que el error común es relevante en el Derecho holandés y en el surinamés [art. 6:228 (1)], aunque «solo como línea de principio, pues reconoce significativas y complejas excepciones»²⁶⁹; y que, si bien en los sistemas romanistas, no hay expresa alusión al error común como requisito para la anulación del contrato, «cabe apreciar la tendencia a considerar la existencia de error común como comprendida en el concepto de error esencial»²⁷⁰.

²⁶⁵ «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 153.

²⁶⁶ «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 153.

²⁶⁷ Para esas jurisdicciones del Caribe se citan la «sentencia de la *Court of Appeal* de Anguila en *Dammer v Wallace* (1933), ECS (Anguila) Civ App n.º 1 of 1991 (Carilaw Al 1993 CA 3); sentencia de la *Court of Appeal* de Jamaica en *Stuart v National Water Commission* (1996) Civ App n.º 3 1995 (Carilaw JM 1996 CA 31); *Jonhson v Wallace* (1989), (Bahamas) 1 Carib Comm LR 49]» [«Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 153]. Ahora bien, de inmediato se apunta la crítica que la doctrina del caso *Solle* recibió en *Great Peace Shipping Ltd. Tsavrilis (International) Ltd* (2002), 4 All ER 689 de la *English Court of Appeal*, en el sentido de que la interpretación de *Solle* podía ser contraria a la sostenida en *Bell v. Lever*, al entender que la interpretación de *Solle* «supone un ataque a la seguridad del contrato» (*op. cit.*, pp. 153-154; v. *infra* [97]). Por lo anterior y por «[e]l hecho de que en la actualidad no sea posible conocer cómo influirá este nuevo entendimiento restrictivo del *common mistake* [*Great Peace*] sobre las jurisdicciones del Caribe se puede revelar como un factor importante a tener en cuenta por las partes a la hora de optar por un diseño del error como el que ofrecen los Principios [OHADAC]» (*op. cit.*, p. 154).

²⁶⁸ «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

²⁶⁹ «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

²⁷⁰ «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

Sentado lo anterior, en el Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* se alude a «los motivos subjetivos que llevan a las partes a contratar [los cuales] no suelen ser explicitados y no suele existir error común sobre ellos», sobre los cuales el error de los *Principios OHADAC* «no permite[n] atribuir[les] valor»²⁷¹. Esa solución responde «a la seguridad del tráfico» y «*sintoniza plenamente con los sistemas del Caribe*» (cursiva mía)²⁷². «Ahora bien, los Principios [OHADAC] no impiden conceder trascendencia a los motivos expresados o conocidos por las dos partes en el momento de celebrar el contrato. En esta medida estaremos en presencia de un error común sobre los motivos, o de un error reconocible»²⁷³.

[84] Y la letra c) del art. 3.4.3 (1) *Principios OHADAC* alude al *error conocido o reconocible por la otra parte* —«la otra parte conocía o cabía esperar que conociera la existencia del error, y dejar a la otra parte en el error resulta contrario a la lealtad negocial propia del comercio»—. Los *Principios OHADAC* reconocen esa causa de error, «[a]l igual que los textos más avanzados en la unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.2 (1) (a) PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 (1) (a) (ii) PECL; art. II.-7:201 (1) (b) (ii) DCFR; art. 48 (1) (b) (iii) CESL]»²⁷⁴. En el Comentario 5 se precisa, que «[l]a regla de la reconocibilidad comporta la atribución de un deber implícito de deshacer el error en que puede incurrir la contraparte, pues si estaba en situación de haber podido ilustrar a su contraparte, y no lo hizo, ha de asumir las consecuencias de la anulación del contrato»²⁷⁵. Sin embargo, al margen del error «manifiesto», el error de la letra c) del artículo 3.4.3 (1) *Principios OHADAC* plantea la dificultad de concretar el volumen de información que ha de darse²⁷⁶. «[L]os textos de unificación del Derecho de contratos recurren a elementos distintos. Mientras que la CESL habla de deberes de información exigidos por la “buena fe contractual”, los PU [*Principios UNIDROIT*] extraen tales deberes de “criterios comerciales razonables de lealtad

²⁷¹ «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

²⁷² «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

²⁷³ «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154; «[s]i el comprador incurre en error al valorar que un cuadro ha pertenecido a un antepasado, no existe error que conceda el derecho a anular el contrato, pues los motivos subjetivos no son relevantes. No obstante, si el motivo es expresado, y es conocido por la otra parte, y esta conoce el error o debía haberlo conocido, el motivo adquiere relevancia causal, procediendo entonces las consecuencias del error. [...]» (*op. cit.*, p. 154).

²⁷⁴ «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

²⁷⁵ «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155.

²⁷⁶ «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155.

negocial”. Por su parte, los PECL hablan directamente de un comportamiento de silencio “contrario a la buena fe” y el DCFR toma en consideración también la “*good faith*” y la “*fair dealing*”. *Los Principios OHADAC también recurren a un concepto jurídico basado en las exigencias del tráfico comercial, y por ello requieren tener en cuenta los deberes de información derivados de la lealtad negocial propia del comercio*» (cursiva de la última frase mía)²⁷⁷.

Y en la (constante) comparación de los *Principios OHADAC* con los sistemas del Caribe, para esta tercera (posible) causa de error, en el Comentario 5 se advierte sobre *su «importante innovación» para los sistemas adscritos al Common Law* (cursiva mía)²⁷⁸. En ellos, salvo las excepciones, «no existe deber de las partes de informarse recíprocamente sobre hechos esenciales para el contrato»²⁷⁹. *Diferente* es para los sistemas del Caribe adscritos a los sistemas romano-germánicos, «en que jurisprudencialmente suele reconocerse la existencia de deberes de información recíproca en el momento de contratar, aunque con ciertos límites»²⁸⁰. Y por esa «*notable*» diferencia, si el operador prefiere un régimen de error más cercano a la tradición del *common law*, «se aconseja incluir en el contrato una cláusula como la propuesta al final del comentario a este precepto, *cuyo propósito es desactivar la anulación del contrato cuando el error ha sido conocido o era reconocible por la otra parte, pero esta parte no tiene obligación legal de informar sobre la existencia del error*» (cursiva mía)²⁸¹.

Esa cláusula propuesta es: «*Exclusión de la relevancia de los deberes de información negocial* [cursiva y negrita en el original]

“*Las partes renuncian a su derecho a anular el contrato o alguna de sus cláusulas por motivo de error en virtud de lo establecido en la letra (c) del apartado 1 del artículo 3.4.3 de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales que rigen el presente contrato*” [cursiva del original]»²⁸².

²⁷⁷ «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155.

²⁷⁸ «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155.

²⁷⁹ «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155; se alude al ejemplo de la compraventa a la que se aplica la regla del *caveat emptor*, y en algún caso excepcional «se ha considerado al silencio como *misrepresentation*, especialmente en los contratos *uberrimae fidei* como el del seguro»; para el Derecho norteamericano se menciona la Sección 161 del *Restatement Second of Contracts* (*op. cit.*, pp. 155-156).

²⁸⁰ «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 156.

²⁸¹ «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 156.

²⁸² «Comentario del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 158.

[85] Trasladándome al apartado (3) del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, según su letra a), la anulación del contrato *no procede*, si el error fue «*inexcusable* debido a una falta de atención o diligencia de la parte que sufrió el error» (cursiva mía). «[L]a víctima del error no ha aplicado para su reconocimiento la diligencia que le era exigible, es decir, [...] estamos en presencia de un error de tipo *inexcusable*»²⁸³.

Comparando esa regla de los *Principios OHADAC*, con las de los sistemas del Caribe, en el Comentario 6 se señala *para los sistemas romano-germánicos que*, si el error es *inexcusable*, la anulación del contrato suele excluirse, y que la excusabilidad del error como requisito «no suele [...] contar con una plasmación legal (a excepción del art. 1146 CC venezolano)», y «[e]n la actualidad parece existir cierto consenso jurisprudencial en entender que el *error inexcusable*» no exige «de una gran negligencia (*faute grossière*), bastando una negligencia normal»²⁸⁴. *Para los sistemas adscritos al Common Law*, se señala que la culpa de la víctima desempeña similar función al impedir la anulación del contrato por error; *que* en las decisiones de los sistemas del Caribe está presente que la culpa de la víctima impide el error, y lo mismo para el error de la Sección 157 del *Restatement Second of Contracts*²⁸⁵. Y «[e]n los textos de unificación del Derecho de contratos, la culpa grave de la víctima del error, o el error *inexcusable*, también son contemplados como causas que limitan la posibilidad de anulación del contrato [art. 3.2.2. (2) (a); PU [*sic*; *Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 (2) (a) PECL; art. II-7:201 (2) (a) DCFR» (cursiva mía)²⁸⁶.

[86] *Finalmente*, según la letra b) del apartado (3) del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, *no procede* la anulación del contrato si «el riesgo de error ha sido asumido por la parte que sufrió el error o, atendidas las circunstancias, esta parte debe correr con el riesgo de error». De este modo, «los Principios [OHADAC] se suman a los desarrollos más evolucionados respecto del régimen del error», también reflejados «en el resto de los textos internacionales de unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.2 (2) (b) PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 (2) (b) PECL; art. II-7:201 (2)

²⁸³ «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 156.

²⁸⁴ «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 156; «[p]ara responder a la cuestión de si el error es o no excusable, se suele hacer referencia, sobre todo, a la edad, la profesión, y la experiencia profesional» (*op. cit.*, p. 157); para el artículo 1146 CC venezolano *infra* nota 598.

²⁸⁵ «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

²⁸⁶ «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

(b) DCFR; art. 48 (2) CESL»²⁸⁷. La presente es regla «adecuada si se tiene en cuenta que el error es un problema de reparto de riesgo y que en ese reparto van a operar múltiples criterios» [pactos de los contratantes, usos del tráfico, condición del contratante que erró (perito, obligado a informarse, etc.)]²⁸⁸.

En la constante comparación de los *Principios OHADAC* con los sistemas del Caribe, solo se indica que recoge la presente regla los artículos 6:228 CC holandés y surinamés –sistemas romano-germánicos– y que en los sistemas adscritos al *Common Law* hay ejemplos como la Sección 154 del *Restatement Second of Contracts*²⁸⁹.

5.2 El artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*: error en la declaración. El error de cálculo

[87] Ese artículo ordena la aplicación del régimen del anterior artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* al «error o inexactitud en la transmisión o expresión de una declaración de voluntad», *sin perjuicio* de la aplicación de las reglas de la interpretación de los contratos de los artículos 4.1.1 a 4.1.6 *Principios OHADAC*.

[88] En la (habitual) comparación con los sistemas del Caribe, en el Comentario 1 se indica que la regla del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC* no se corresponde con «la mayoría de las tradiciones jurídicas en los países del Caribe, cuyos fundamentos, al menos en su origen, también tributan a las mismas concepciones voluntaristas que arraigaron en la conformación de los sistemas»²⁹⁰. Se recuerda que los sistemas romano-germánicos distinguen el error vicio –que bajo ciertos requisitos permite la anulación del contrato– y el error en la declaración/error obstativo –en el que el contrato es nulo/inexistente por falta de voluntad–, y la evolución de los sistemas ha puesto en evidencia que hay ciertas insatisfacciones y resultados manifiestamente injustos en ello²⁹¹. Lo anterior permite constatar la necesidad de subsumir el error en la declaración en «modelos más flexibles» en los que puedan tenerse «en cuenta

²⁸⁷ «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

²⁸⁸ «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

²⁸⁹ «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

²⁹⁰ «Comentario 1 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 158-159.

²⁹¹ «Comentario 1 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 159.

consideraciones relacionadas con la teoría del riesgo»²⁹². Y los textos «de unificación del Derecho de contratos» acogen claramente esa tendencia, reconduciendo el «error en la declaración al régimen general del error [...]» (art. 3.2.3 PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:104 PECL; art. II-7:202 DCFR; art. 48.3 CESL)²⁹³.

[89] Sobre el *sin perjuicio* de la parte final del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*, su finalidad es recordar que el error en la declaración puede *solucionarse, en algunos casos*, con las reglas de interpretación contractual²⁹⁴. En el Comentario 2 se alude a los artículos 4.1.1 y 4.1.2 *Principios OHADAC*, que transcribo a continuación²⁹⁵.

Artículo 4.1.1 *Principios OHADAC*: «*In claris non fit interpretatio* [cursiva y negrita en el original]

1. Un término contractual claro se interpretará de conformidad con su sentido literal.
2. No se entenderá que un término es claro cuando admita diversos significados o a la luz del contexto del contrato se infiera que dicho término o expresión obedece a un error manifiesto».

Artículo 4.1.2 *Principios OHADAC*: «*Criterio general de interpretación* [cursiva y negrita en el original]

1. Los contratos y las declaraciones de las partes se interpretarán conforme al sentido que una persona razonable de la misma condición que las partes habría dado a sus términos en circunstancias similares.
2. En particular, en la interpretación del contrato y de las declaraciones de las partes se tendrán en cuenta:
 - a) La intención de una parte en la medida en que era conocida o debía o podía ser conocida por la otra parte.
 - b) Las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y durante su ejecución.
 - c) Los usos comerciales y prácticas entre las partes.
 - d) Los usos comerciales y el significado de los términos en el sector comercial de que se trate.
 - e) Los usos generales del comercio internacional.
 - f) El objeto del contrato.
 - g) El sentido común comercial».

²⁹² «Comentario 1 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 159.

²⁹³ «Comentario 1 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 159.

²⁹⁴ «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 159; se destaca lo *infrecuente* de que el legislador conecte *expresamente* los regímenes del error en la declaración y de la interpretación contractual, pero «[l]a relación [...] resulta evidente pues si a través de la interpretación del contrato se logra desvanecer el error no ha de haber lugar a la anulación del contrato debido a que el error dejó de existir» (*op. cit.*, p. 160).

²⁹⁵ «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 160.

[90] *Por último, para el error de cálculo o de cuenta*, se expone (una vez más) qué resuelven los sistemas del Caribe. Y para ese error, algunos códigos del Caribe no permiten la anulación del contrato, «sino simplemente [...] la rectificación», solución que aparece orientada «por la misma regla [...] acogida por los Principios [OHADAC], en el sentido de dar a esta clase de error una solución que responde más bien a las de corte interpretativo»²⁹⁶. En cuanto al *Common Law*, este no suele «contemplar la posibilidad de impugnar el contrato cuando ha existido un error en la declaración», pero en la *Equity* hay casos en que se ofrece la posibilidad de rectificar el contrato escrito que no refleja la voluntad de las partes para ponerlo en armonía con el acuerdo real, y la Sección 155 del *Restatement Second of Contracts* contiene la regla de la rectificación²⁹⁷. Expuesto lo anterior, se indica que los *Principios OHADAC* «optan por someter el error de cuenta al régimen del error en la declaración», simplificando su régimen –no es preciso saber si aquél se produjo en el cálculo previo o al hacer la declaración– al tiempo que es una solución que no violenta las antes expuestas, «pues si la rectificación es la solución que se desprende de la aplicación de los criterios de interpretación, [ella] tendrá lugar»²⁹⁸.

II. EL DERECHO INGLÉS

[91] Varios datos justifican su análisis (algunos apuntados *supra* [10]). *En primer lugar*, en los *Comentarios* de los *Principios OHADAC* son constantes las referencias comparativas a cómo el *Common Law* soluciona la cuestión de la que se trate en aquéllos, justificado en el confesado y perseguido objetivo de los redactores de los *Principios OHADAC* de que estos los acepten los países del Caribe con sistema jurídico adscrito al *Common Law*. *En segundo lugar*, aunque expresamente no se indique, en los *Comments* de los PECL que he utilizado para el trabajo, se percibe el Derecho inglés (es oportuno indicar que, en su metodología, el grupo que redactó los PECL se basó en un previo análisis de Derecho comparado)²⁹⁹. *Y en tercer lugar* recordaré, cómo para el error causado por la infor-

²⁹⁶ «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 160; esos Códigos de Caribe son: «(art. 1016 CC costarricense; art. 1557 CC hondureño; art. 1814 CC mexicano; art. 2456 CC nicaragüense)» (*op. cit.*, p. 160).

²⁹⁷ «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 160-161.

²⁹⁸ «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 161.

²⁹⁹ *Supra* nota 118.

mación suministrada por la otra parte del artículo 6:228 (1) (a) BW (*supra* [53]-[54]), Hartkamp destacaba su inspiración en la *misrepresentation* del Derecho inglés. En suma, el Derecho inglés emerge en lo que vengo tratando y por ello y porque su conocimiento en sí mismo permite un mejor entendimiento del conjunto de las materias que analizo en el trabajo, me detengo en él. Pero, advierto, mi exposición del Derecho inglés viene condicionada por lo que he relatado; esto es, *acoto* su análisis en función de lo antes indicado.

1. SOBRE EL MISTAKE

[92] Antes de comenzar su exposición, conviene que recuerde la siguiente distinción en función cual sea su efecto. Y así, en unos casos sucede que el *mistake niega* el consentimiento, evita que las partes lleguen al acuerdo contractual pues tienen «cross-purposes» (*mistakes negatives consent; offer and acceptance mistake; mistake as to terms*) y en otros casos, las partes logran el acuerdo contractual, pero lo hacen bajo una esencial falsa premisa y el error *invalida* el consentimiento (*mistake nullifies consent*)³⁰⁰. En lo que sigue, expongo, primero, algunos casos de *mistakes negatives consent*; trato luego del *common mistake*; por último, me refiero a la defensa *non est factum*.

1.1 El *mistake negatives consent*

[93] Se sitúan aquí aquellos casos en que los *términos* de la oferta y de la aceptación adolecen de una *ambigüedad oculta, sien-*

³⁰⁰ TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-001, p. 346; MCKENDRICK (2015) p. 52. He de advertir que los autores no adoptan una misma organización en sus exposiciones del *mistake*. CARTWRIGHT apunta: «[o]ne could categorise mistakes in different ways. The primary categorisation used in this chapter is by reference to *what the mistake is about*: the terms of the contract; the identity of the other party; or the subject-matter of the contract. However, we shall also consider (but as a secondary element of the categorisation) whether the mistake was *unilateral* (made by one party alone) or was *shared* (or *common*; both parties made the same mistake). These are distinctions which have legal significance and can point towards or against a remedy for the party who made a mistake. Although this arrangement and terminology will be used in this book, it must be noted that the courts and textbook writers do not agree on the arrangement of this topic, nor even on the terminology to be used» [cursiva del original; (2016) pp. 163-164]; en nota 9, p. 164, aclara: «E Peel, *Treitel: The Law of Contract*, 14th edn ([...] 2015) ch 8 and M Furmston, *Cheshire, Fitfoot and Furmston's Law of Contract*, 16th edn ([...], 2012) ch 8 use as the primary division whether the mistake was shared or unilateral; until its 11th edn (2003) Treitel followed Lord Aktin in *Bell v Lever Bros Ltd* [...] in distinguishing the effect of the mistake—whether it ‘negatives consent’ or ‘nullifies consent’. J Beatson, A Burrows and J Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 30th edn ([...], 2016) ch 8 uses the same primary division as in this book: mistakes about the terms of the contract, about the other party's identity, and about the subject-matter of the contract» (cursiva del original). CHEN-WIS-HART emplea, en el capítulo 6, como división primaria la distinción *common mistake* y *unilateral mistake* [(2015) p. 250; en p. 252 alude a la distinción *mistakes as to terms/mistaken assumptions as to background fact*].

do razonablemente imposible imputar a las partes la obtención de un acuerdo. *Raffles v. Wichelhaus* (1864), 2 H. & C. 906 es el clásico caso. Los demandados (compradores) acordaron con los demandantes (vendedores) la adquisición de un cargamento de algodón que llegaría «ex Peerless from Bombay»; pero, desconocido por ambos, había dos barcos llamados *Peerless* y ambos navegaban desde Bombay, y si los compradores pensaban en el que navegaba en *octubre*, los vendedores pensaban en el de *diciembre*; cuando el algodón finalmente llegó, los compradores rehusaron su entrega, alegando que los vendedores estaban obligados a entregar el algodón del *Peerless* que navegaba en *octubre* y no en *diciembre*; los vendedores les reclamaron el pago del precio. El Tribunal entendió que las partes habían tenido propósitos distintos («cross-purposes») suficientes para dar a los compradores una defensa frente a la demanda de los vendedores, sentenciando en favor de aquellos³⁰¹.

[94] En *Scriven Brothers & Co v. Hindley & Co* (1913), 3 KB 563, el comprador había pujado con éxito por un lote que creía contener «hemp», cuando realmente contenía «tow», bien diferente y más barato, y rehusó su pago. La equivocación del comprador se debió al comportamiento no cuidadoso del vendedor. Lawrence J. dijo, que *no hubo contrato* porque «“the parties were never *ad idem* as to the subject-matter of the proposed sale”, one intending to sell tow and the other intending to buy hemp»³⁰².

[95] Dentro de los *mistakes negatives consent* se encuentra el error que un contratante tiene sobre los *terms* del contrato, *lo que el otro conoce*. En *Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597, el comprador compró al vendedor cierta cantidad de «oats» creyendo que era «old oats» y realmente era «new oats», y esta última no servía para lo que pretendía (alimentar caballos). Cuando descubrió su error, rehusó aceptar la entrega de «oats» y el vendedor le demandó el pago del precio. La *Court of Queen's Bench* mantuvo que debían

³⁰¹ MCKENDRICK (2015) p. 52; advierte que el Tribunal no dio razón de su decisión, lo que hace extremadamente difícil extraer *ratio* alguna del caso, si bien el mismo generalmente se entiende por los abogados de contratos en el sentido de que establece la proposición de que una latente ambigüedad en los términos de una oferta y una aceptación puede operar negando el consentimiento en un apropiado caso (*op. cit.*, p. 52-53). V. CHEN-WISHART (2015) p. 53.

³⁰² CHEN-WISHART (2015) p. 52; el vendedor había descrito «the goods as so many bales in different lots all bearing the *same shipping marks*, which witnesses explained never happened for different commodities from the same ship. Thus, it was reasonable for the buyer not to have foreseen the potential for confusion: being only interested in buying hemp, he has only inspected the hemp on show and not the tow bearing the same shipping marks. Lawrence J [...] found that, since the confusion was deliberately perpetrated by the seller in order to swindle the bank financing the shipment, 'it was peculiarly the duty of the auctioneer to make it clear to the bidder... which lots were hemp and which lots were tow'» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 52).

diferenciarse *dos tipos de casos*. En uno, el comprador *comprende correctamente la oferta del vendedor*, que es vender «oats», y se equivoca al creer que es «old oats», siendo su error conocido por el vendedor; aquí, el vendedor no tiene obligación de informar al comprador de su error, pues es responsabilidad del último asegurarse que la avena es como él cree que es, no pudiendo librarse de un mal negocio alegando que era responsabilidad del vendedor haberle informado de su error. En el otro tipo de caso, el vendedor conoce el error del comprador y esta vez su error *recae sobre los terms de la oferta del vendedor* (erróneamente, el comprador cree que la oferta del vendedor es venderle «old oats»); hay aquí un «offer and acceptance mistake» y el vendedor tiene la obligación de informar al comprador sobre la verdadera naturaleza de su oferta³⁰³.

1.2 El *common mistake*

[96] En dicho error, los contratantes logran el *acuerdo contractual* bajo una esencial suposición errónea³⁰⁴. El *Common Law* da, a su doctrina del *common mistake*, un muy reducido campo de actuación³⁰⁵ y su consecuencia es un contrato *void* (nulo)³⁰⁶.

³⁰³ MCKENDRICK (2015) p. 53; CHEN-WISHART (2015) pp. 49-51; v. CARTWRIGHT (2016) p. 171.

³⁰⁴ MCKENDRICK (2015) p. 245. Sobre la terminología, CARTWRIGHT advierte: «Sometimes a shared mistake is described as ‘mutual’ (*Bell v Lever Bros Ltd* [1932] AC 161 (HL)), sometimes it is ‘common’ (Treitel ch 8; Anson ch 8; Cheshire, Fitfoot and Furmston ch 8; *Solle v Butcher* [1950] 1 KB 671 (CA) 686, 693). But some books use the word ‘mutual’ to describe the very different situation where the parties are at cross-purposes, holding different beliefs or understandings, rather than the same (Cheshire, Fitfoot and Furmston ch 8)» [(2016, nota 10 en p. 164]; por otro lado, CARTWRIGHT señala, que actualmente el *common mistake* incluye, en el *Common Law*, no solo el error de hecho, sino también al *de derecho* [(2016) pp. 174-175]; v. CHEN-WISHART (2015) p. 253.

³⁰⁵ MCKENDRICK (2015) p. 252; no limitando su afirmación al *common mistake*, CARTWRIGHT: «[...] a ‘mistake’ (that is, a pure mistake) rarely renders a contract void: the courts are very reluctant to allow a party to avoid a contract by simple providing that he was a mistaken» [(2016) p. 159; v. p. 172, e *infra* nota 326; *supra* [4] SMITS refiriéndose a Cartwright].

³⁰⁶ CHEN-WISHART (2015) p. 268. *Con carácter general*, según CARTWRIGHT, en el *void contract*, aunque *aparentemente* el contrato se formó por la oferta, la aceptación y la *consideration*, aquél *no* crea obligaciones y derechos; es nulo *ab initio* (no fue eficaz) y por ejemplo, si fue *void* la venta de *goods*, el comprador no adquirió su propiedad, incluso si el vendedor se los hubiera entregado físicamente; el remedio del *void contract* es automático por cuanto que el tribunal y las partes nada han de hacer, y si entre ellas media controversia, en su decisión, el tribunal simplemente señalará que el contrato siempre fue *void*, desde su inicio; el único «vitiating factor», cuyo efecto es que el aparente contrato es nulo es el *mistake*, si bien, a veces, los contratos son *void* por *illegality* [(2016) pp. 160-161]; CARTWRIGHT indica que el *mistake* no da lugar a la reparación de los daños, porque una demanda por *mistake* no supone afirmar que el demandado ha hecho algo injusto, sino que el contrato es *void* por el propio error del demandante (*op. cit.*, p. 162). Si el contrato es *void*, frente a los terceros se aplica la regla de *nemo dat quod non habet*; WORTHINGTON [(2016) p. 205] apunta, supongamos que A vende a B un coche y B lo vende a C; si el contrato entre A y B es *void*, B no tiene un «good title» sobre el coche y en consecuencia,

[97] Para el *common mistake* del *Common Law*, *Bell v. Lever Brothers Ltd* [1932] A. C. –de la *House of Lords*– y *Great Peace Shipping Ltd v. Tsavlis Salvage (International) Ltd* (2002) –de la *Court of Appeal*– son *leading cases*³⁰⁷. En ambos, se *denegó* la relevancia del error (este *no* fue suficientemente *fundamental*). En concreto:

a) En *Bell v. Lever Brothers Ltd*, *Bell* y *Snelling* (demandados) celebraron con los demandantes un contrato por el que se comprometían a servir durante cinco años, como, respectivamente, presidente y vicepresidente en una compañía filial de aquéllos. En sus contratos de servicios se dispuso (cláusula contractual; *term*) que *Bell* y *Snelling* no obtendrían beneficios haciendo negocios en su propio interés mientras trabajasen para la compañía filial. Sin embargo, y desconocido por los demandantes, *Bell* y *Snelling* se vincularon en negocios por su propia cuenta, no informando a los demandantes de los beneficios que con ellos obtuvieron. Con posterioridad, los demandantes decidieron *to terminate* sus contratos con *Bell* y *Snelling* al reorganizar sus negocios y celebraron los oportunos contratos indemnizatorios – se acordó el pago de 30.000 £ a *Bell*, y de 20.000 £ a *Snelling*, a cambio de que consintieran la *termination* de sus contratos de prestación de servicios–. Tras pagarles, los demandantes descubrieron los incumplimientos contractuales de *Bell* y *Snelling* y su importancia era tal, que les daba derecho a resolver (*to terminate*) los contratos de servicios sin indemnización. Los demandantes quisieron recuperar lo pagado y reclamaron por *fraud*, lo que no prosperó; después se añadió el fundamento del *mistake*. Una característica clave del caso fue que, para el jurado, cuando los contratos indemnizatorios se celebraron, *Bell* y *Snelling* no eran conscientes de haber incumplido una obligación –estaban en un error, pues consideraban que sus contratos de prestación de servicios *solo* podían terminarse por acuerdo–. Por consiguiente, las partes celebraron los acuerdos indemnizatorios bajo el *common mistake* de que los contratos de prestación de servicios eran válidos, cuando, de hecho, no lo eran. La proposición de Derecho que la *House of Lords* estableció *como autoridad* fue, que «a *mistake* must be fundamental in order to

C tampoco lo tiene y C es vulnerable a las reclamaciones de A de recuperar el coche; *lo anterior no sucede si el contrato entre A y B fue un contrato simplemente anulable (voidable)*, pues aquí el contrato funciona como un «perfectly good contract» hasta que A adopte *pasos para anularlo*; en el contrato *voidable*, B tiene un «good title» sobre el coche y puede transferir ese «good title» a C, y *solo* si A descubre la verdad *después* de la segunda venta a C, A no será capaz de llevar a cabo una reclamación contra C; v. además CARTWRIGHT, *op. cit.*, pp. 161-162 (*infra* nota 328).

³⁰⁷ CHEN-WISHART (2015) p. 253; MCKENDRICK (2015) p. 245.

entitle a party to set aside a contract, must therefore be seen against the background of the particular facts of the case»³⁰⁸.

Antes de exponer *Great Peace* –el segundo *leading case* para el *common mistake* del *Common Law*– voy a referirme a *Solle v. Butcher* [1950] 1 KB 671. En síntesis, se había celebrado un contrato de arrendamiento de un piso con una duración de siete años y por una renta anual de 250 £. La cuantía de la renta se determinó por la *asunción equivocada* de que el piso era de renta libre y lo cierto es que estaba sometido, por la *Rent Act*, al límite de una renta anual de 140 £. El arrendatario demandó y solicitó la restitución del exceso pagado, ante lo cual el propietario reclamó la *rescission* del arrendamiento, lo que se concedió. Dado que la *rescission* provocaba al arrendatario una considerable onerosidad, se le ofreció la posibilidad de permanecer en el piso con un nuevo precio de alquiler de 250 £ por año (*rescission* del contrato *on terms*)³⁰⁹.

Cuando se decidió *Solle v. Butcher*, se tuvo en cuenta –por mera razón cronológica– la expuesta doctrina de *Bell v. Lever Brothers*, que estableció un campo *muy reducido* para el error relevante en el *Common Law*. Frente al *Common Law*, en *Solle*, la *Court of Appeal* estableció que el *common mistake* tiene, en la *Equity*, un campo de actuación mayor en cuanto a la liberación del contrato –el error también ha de ser *fundamental*, pero en un menor grado, y la parte que lo invoca no ha de ser culpable de él– y *tiene una mayor flexibilidad en cuanto a los remedios*, pues el contrato puede, si es apropiado, rescindirse *on terms*³¹⁰. *Solle v. Butcher* dispuso para el *common mistake* dos doctrinas separadas, una en el *Common law* y otra en la *Equity*, y aunque ello fuera criticado por diversas razones, la doctrina de *Solle v. Butcher* se aplicó posteriormente a otros casos³¹¹ hasta que apareció *Great Peace*.

b) En *Great Peace Shipping Ltd v. Tsavliris Salvage (International) Ltd*, los demandados acordaron que se les prestara un servicio de salvamento al barco *Cape Providence*, que se encontraba en serias dificultades –en inminente peligro de hundirse, junto con su tripulación y cargamento en el *South Indian Ocean*–. Un tercero había

³⁰⁸ MCKENDRICK (2015) p. 246 para la proposición de derecho, y desde p. 245 para el caso. Sobre la solución, la *House of Lords* sostuvo –mayoría de tres a dos– que los demandantes no podían recuperar lo pagado a *Bell* y a *Snelling*; Lord Atkin y Lord Thankerton sostuvieron que el error no era suficientemente esencial para la nulidad del contrato; Lord Blanesburgh entendió que los demandantes no podía recuperar el dinero al no haber demandado por *common mistake*, pero expresó su «*entire accord*» con las sentencias de Lord Atkin y Lord Thankerton; según McKendrick, el test establecido por la mayoría fue bien expresado por Lord Thankerton, cuando dijo que el *common mistake* debe «relate to something which both [parties] must necessarily have accepted in their minds as an essential element of the subject-matter» [(2015) p. 246]. Para el caso y solución, CHEN-WISHART (2015) p. 253.

³⁰⁹ CHEN-WISHART (2015) pp. 268-269; MCKENDRICK (2015) p. 250; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-027, p. 364.

³¹⁰ CARTWRIGHT (2016) p. 175; MCKENDRICK (2015) p. 252; CHEN-WISHART (2015) p. 268; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-027, p. 364.

³¹¹ CHEN-WISHART (2015) p. 269; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-028, pp. 364-365.

informado a los demandados que el barco *Great Peace* estaba cerca del barco en dificultades y los demandados contactaron por teléfono con los demandantes –propietarios del *Great Peace*– acordando su arrendamiento (*to hire*) por un plazo mínimo de cinco días. Después se descubrió que el *Great Peace* no estaba tan cerca del *Cape Providence* como los demandados creían –a 410 millas más alejado que las supuestas 35 millas–. Cuando los demandados lo descubrieron, quisieron obtener los servicios de otro barco no tan alejado y hecho ello, pretendieron *to terminate* el contrato celebrado con los demandantes. Estos últimos les demandaron el pago del arrendamiento, lo que los demandados rechazaron argumentando que el arrendamiento del *Great Peace* estaba viciado por el *common mistake* sobre su verdadera localización. La *Court of Appeal* sostuvo que el error *no era suficientemente fundamental* para extinguir el contrato. Estando el *Great Peace* a 410 millas, lo cual hubiera llevado 22 horas para reunirse con el *Cape Providence*, *el retraso en el tiempo no hacía al cumplimiento «essentially different from those which the parties had envisaged when the contract was concluded»* (cursiva mía)³¹².

La relevancia jurídica de *Great Peace* es grande, pues indica los requisitos para que el contrato sea *void* por *common mistake* en el *Common law*. Según Phillips MR, se precisa: «(i) there must be a common assumption as to the existence of a state of affairs; (ii) there must be no warranty by either party that the state of affairs exists; (iii) the non-existence of the state of affairs must not be attributable to the fault of either party; (iv) the non-existence of the state of affairs must render performance of the contract impossible; (v) the state of affairs may be the existence, or a vital attribute, of the consideration to be provided or circumstances which must subsist if performance of the contractual adventure is to be possible»³¹³.

Anteriormente adelanté que la doctrina de *Solle v. Butcher* (de que para el *common mistake* había dos doctrinas, la del *Common Law* y la de la *Equity*) terminó con *Great Peace*. En *Great Peace*, la *Court of Appeal* indicó que un contrato, que no es nulo según el *Common Law* (contrato válido), *no* puede «rescindirse» en

³¹² MCKENDRICK (2015) pp. 250-251. CHEN-WISHART informa que los demandados rehusaron pagar, porque «the contract was (i) void for common mistake (ie that the GP [Great Peace] was ‘in close proximity’ to the CP [Cape Providence] under *Bell v Lever Brothers*, or (ii) voidable for mistake in equity under *Solle v Butcher* (1950)» [(2015) p. 254, v. desde p. 253].

³¹³ CHEN-WISHART (2015) pp. 254-255; MCKENDRICK (2015) p. 251; CARTWRIGHT (2016) pp. 172-174. Teniendo presente esas afirmaciones de Phillips MR, según CHEN-WISHART, para que el contrato sea *void*, el demandante ha de probar («three-step inquiry»): «(i) *construction*: the risk of the mistake was not allocated to either party; (ii) *fault*: he or she was not at fault (eg by making a very unreasonable mistake or inducing the other party’s mistake); (iii) *fundamentality*: the mistaken common assumption was so serious as to make performance ‘impossible’» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, p. 255).

la *Equity*. Entre otros argumentos, la *Court of Appeal* señaló que *Solle* es irreconciliable con *Bell v. Lever Brother*, pues el último es decisión de la *House of Lords*, y *Solle* lo decidió la *Court of Appeal*; la incertidumbre generada por *Solle*, pues aun exigiéndose en la *Equity* un error *fundamental*, es error *menos fundamental* que el del *Common law* (cuestión de grado) y las sentencias no fijaron un test apto para apreciar dicha diferencia de grado; y, por último, conseguir restaurar la coherencia en el Derecho del error³¹⁴.

[98] Expuestos los requisitos del *common mistake* en el *Common Law*, voy a referirme al *common mistake* sobre la *existence of the subject matter (res extincta)*. *Couturier v. Hastie* [(1856), 5 HL Cas. 673] –cosa que existió y pereció antes de la celebración del contrato– y *McRae v. Commonwealth Disposal Commission* [(1951) 84 CLR 377] –cosa que nunca existió– son *leading cases*.

a) En *Couturier v. Hastie* –de la *House of Lords*– el vendedor vendió al comprador un cargamento de maíz que creían en tránsito desde Salónica al Reino Unido. Pero, *antes* de la venta y *desconocido por ambos*, el maíz se había deteriorado de tal modo que el capitán del barco lo había vendido. El vendedor demandó al comprador el pago del precio y argumentó que había de asumirlo por haber comprado el maíz en «interest in the adventure», o *según los derechos que el vendedor tenía en los documentos de transporte*. La *House of Lords* lo rechazó, pues consideró que el objeto del contrato *no* fueron los derechos del vendedor en los documentos de embarque, *sino el maíz comprado*, y al no existir este, había una *ausencia total de consideration* y el comprador *no* había de responder del precio³¹⁵.

b) En *McRae v. Commonwealth Disposal Commission* –de la *High Court de Australia*–³¹⁶ los demandados (vendedores) propusieron a los demandantes (compradores) la venta de los restos de un petrolero que descansaba en el arrecife *Jourmand*, del que se dijo que contenía petróleo. Los compradores se embarcaron en una expedición para intentar salvarlo, pero no lo encontraron. *Lo cierto es que nunca había existido el petrolero*. La acción de los compradores, de que se les indemnizaran los daños sufridos por incumplimiento contractual, tuvo éxito. Los vendedores señalaron que no debían responder por incumplimiento contractual, *al ser nulo el contrato por la inexistencia de objeto contractual*, lo que el tribunal rechazó. Según

³¹⁴ CARTWRIGHT (2016) pp. 175-176; MCKENDRICK (2015) pp. 253-254; CHEN-WISHART (2015) p. 269; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-029, p. 365.

³¹⁵ MCKENDRICK (2015) p. 247; CHEN-WISHART (2015) p. 262; TREITEL/PEEL reproducen las palabras de Lord Cranworth LC: «The whole question turns upon the construction on the contract... Looking to the contract... alone it appears to me clearly that what the parties contemplated... was that there was an existing something to be sold and bought» [(2015) núm 8-009, p. 351, v. desde p. 350].

³¹⁶ Según MCKENDRICK, «[...] rather bizarre case, [...]» [(2015) p. 247].

este, los vendedores *habían prometido que el petrolero existía, respondiendo del incumplimiento de su promesa*. *McRae* se diferenció de *Couturier*; pues en este último las partes celebraron el contrato *bajo la shared assumption* de que el maíz existía y el vendedor podía venderlo, y probada no fundada la suposición, se sostuvo que el contrato era *void*. En *McRae*, los vendedores *realmente habían prometido que el petrolero existía*; esto es, *habían asumido el riesgo de su inexistencia, y al incumplir su promesa, eran responsables de los daños causados a los compradores*³¹⁷.

Expuesto lo anterior, son oportunas algunas meras y breves indicaciones en relación con la S. 6 SGA 1979, según la cual: «[w]here there is a contract for the sale of specific goods, and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract is made, the contract is void». Esa *section* se pensó para dar efecto a la decisión de la *House of Lords* en *Couturier v. Hastie*³¹⁸, pero se la critica su ámbito de aplicación y coordinación con *McRae*. Y al respecto, se indica que la S. 6 SGA 1979 se refiere a bienes específicos que existieron y perecieron, y *McRae* a bienes que nunca existieron y que los vendedores prometieron que existían –asumieron el riesgo de su inexistencia–; además hay la cuestión de qué sucede con aquellas compraventas en las que fue el comprador el que asumió el riesgo de la inexistencia (pacto de asunción del riesgo) y, a diferencia de otros artículos de la SGA 1979, la S. 6 SGA 1979 no contempla la posibilidad del pacto en contrario; por ello, los autores articulan diferentes razonamientos para lograr la adecuada coordinación entre la S. 6 SGA 1979 y *McRae*, pero, como he indicado, dicha *section* es criticada y se ha apuntado a su reforma³¹⁹.

[99] Otro posible *common mistake* es cuando se adquiere una cosa de la que se descubre que se era su propietario (*res sua*)³²⁰. En *Cooper v. Phibbs* (1867) LR 2 HL 149, se acordó un «lease of a salmon fishery» creyendo ambas partes que la propiedad era de los

³¹⁷ MCKENDRICK (2015) pp. 247-248; CHEN-WISHART (2015) p. 256; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-004, p. 348. CARTWRIGHT (2016) p. 173, quien más allá del caso *McRae* hace las siguientes interesantes consideraciones: «This case [el de *McRae*] will alert the civil lawyer to the fact that there is no obstacle in English law to a contract to do the impossible. Although it might be unlikely that a party has in fact undertaken to do something which is physically impossible, this is only a matter of the construction of his undertakings—and if he has promised to do something which he cannot do, or to transfer something which does not in fact exist, then he is still bound, although he will not, of course, be bound to perform the impossible, but to pay damages to the other party. But since English law sees damages as the primary remedy, and sees the promise in economic terms rather than as having in principle to be performed, this is not as strange to the English lawyer as it might be one trained in a system which gives priority to the binding force of the performance obligation and may have a rule that the promise to do the impossible is an inherent contradiction» (*op. cit.*, p. 173).

³¹⁸ MCKENDRICK (2015) p. 247.

³¹⁹ V., por ejemplo, TREITEL (2011) núm. 8-010, pp. 316-317; MCKENDRICK (2015) p. 248; CHEN-WISHART (2015) p. 262.

³²⁰ CHEN-WISHART (2015) p. 261.

demandados y descubriéndose después que el apelante (arrendatario) era su propietario y el contrato «was set aside»³²¹.

1.3 La defensa *non est factum* («this is not my deed»)

[100] Cuando uno firma un documento contractual, se vincula, lo haya o no leído, lo haya o no entendido. Eso genera confianza a los terceros, quienes deben ser protegidos (certidumbre, seguridad del tráfico jurídico). Pero, si uno se equivoca firmando un documento cuyo contenido no quería, *en circunstancias excepcionales* es razonable protegerle (sería injusto mantenerle vinculado al contrato que no quiso) y puede alegar la defensa de *non est factum*, la cual, si prospera, conlleva que el contrato se considere *void* (nulo)³²². De conformidad con *Saunders v. Anglia Building Society* [1971] AC 1004 (HL), esa defensa no se limita a quienes son ciegos o analfabetos, sino que se extiende a «who are permanently or temporarily unable through no fault of their own to have without explanation any real understanding of purport of a particular document, whether that be from defective education, illness or innate incapacity»³²³. Además, para aplicarla, la diferencia entre lo que el documento es y lo que se creía que era, debe ser «fundamental» y la persona no ha de haber actuado negligentemente³²⁴.

En *Saunders v. Anglia Building Society* (también referido como *Gallie v. Lee*) sucedió que una viuda de setenta y ocho años, propietaria de su casa, quería ayudar a su sobrino, quien de inmediato quería obtener un préstamo dando en garantía la casa de su tía. La viuda quería ayudarle, si podía vivir el resto de su vida en la casa sin pagar renta alguna. Ahora bien, el sobrino no quería obtener el préstamo a su nombre, pues temía que su mujer pudiera reclamarle

³²¹ MCKENDRICK (2015) p. 249, quien señala que la *Court of Appel* señaló en *Great Peace*: «it is not easy to analyse the precise principles that led the House of Lords to set aside the agreement», y una explicación es que el contrato se extinguió al no poder ejecutarse legalmente, pues el apelante ya era el propietario de la «fishery» (*op. cit.*, p. 249); CHEN-WISHART (2015) pp. 262-263; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-013, p. 353, quienes también afirman que un contrato no es *void* simplemente porque en él se pretenda disponer de una propiedad que pertenece a un tercero, pues el vendedor podría adquirirla y entonces transferirla (*op. cit.*, núm. 8-013, p. 353).

³²² MCKENDRICK (2015) pp. 152-153 y 154; CHEN-WISHART (2015) p. 277; CARTWRIGHT (2016) p. 167; TREITEL/PEEL (2015) núms. 8-079 y 8-080 pp. 395-396.

³²³ MCKENDRICK (2015) p. 153, que también apunta que los *Lordships* no dijeron que la defensa *non est factum* nunca estaría disponible para una persona con plena capacidad, sino que solo estaría a su disposición en casos muy excepcionales, y no estaría disponible porque simplemente se esté muy ocupado o porque se haya sido muy despreocupado en leer el document (*op. cit.*, p. 153); CHEN-WISHART (2015) p. 278; CARTWRIGHT (2016) p. 167; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-081 pp. 396-397.

³²⁴ MCKENDRICK (2015) pp. 153-154; CHEN-WISHART (2015) pp. 277-278; CARTWRIGHT (2016) p. 167; TREITEL/PEEL (2015) núms. 8-082 pp. 397-398, y 8-086 pp. 398-399.

el dinero (reclamación de manutención) y por ello concertó con un amigo que este obtendría el dinero garantizado con la casa, y preparó un documento en el que le cedía la casa por 3.000 £. El amigo presentó a la viuda, para su firma, ese documento, que la viuda no leyó al tener rotas sus gafas y que firmó tras haberle dicho el amigo que era la escritura de donación de la casa para su sobrino. Después, el amigo obtuvo el dinero de una *building society* al tiempo que hipotecó la casa. El amigo no pagó y la *building society* quiso obtener la posesión de la casa, ante lo cual la viuda invocó la defensa *non est factum*, que no prosperó³²⁵.

2. LA MISREPRESENTATION

[101] Es una declaración del *representor* no ambigua y falsa de un hecho, o derecho –*primer requisito*–; dirigida a la parte a la que se genera el error (el *representee*) –*segundo requisito*–; y declaración que indujo al *representee* a celebrar el contrato –*tercer requisito*–³²⁶. Toda *misrepresentation* permite la liberación del contrato mediante su *rescission*³²⁷ (es un *contract voidable*³²⁸), sin perjuicio

³²⁵ MCKENDRICK (2015) p. 153; CHEN-WISHART (2015) p. 278; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-082 pp. 397-398.

³²⁶ MCKENDRICK (2015) p. 225; CHEN-WISHART (2015) p. 206. Comparando el *mistake* y la *representation*, CARTWRIGHT indica: «[...] whereas in the case of a mistake the courts were reluctant to allow a claimant to escape the contract because that would deprive the defendant of the contract—would disturb the security of contract to which he is entitled—in the case of a misrepresentation they have no such reluctance. In a sense, the defendant has deprived himself of the right to rely on the security of the contract by having caused the claimant's mistake. This link (and contrast) between mistake and misrepresentation does not often appear in the reasoning of the courts; but it explains the fundamental difference of attitude to the two areas of law» [(2016) p. 177; v. *supra* nota 305].

Por otro lado, en Derecho inglés es importante la distinción entre *representation* y *promise*; según MCKENDRICK: «A promise may be defined as a statement by which the maker of the statement accepts or appears to accept an obligation to do or not to do something. A representation, on the other hand, is a statement which simply asserts the truth of a given state of facts» [(2015) p. 224; v. hasta p. 225]; CHEN-WISHART (2015) pp. 207-208, y para los criterios aplicados por los tribunales para diferenciar la *misrepresentation* y el *contractual term*, pp. 210-211.

³²⁷ CARTWRIGHT (2016) p. 179. La *rescission* por *misrepresentation* difiere de la *rescission* por *breach of contract* (*termination* por *breach of contract*): a) en la *rescission* por *misrepresentation*, el contrato se extingue *retroactiva* y *prospectivamente*, persiguiéndose situar (restaurar) a las partes, tan lejos como sea posible, en la posición en que se encontraban *antes* de la celebración del contrato y asegurando que el demandante no se enriquece injustamente; b) en la *rescission* por *breach of contract* (*termination*), las partes se liberan de cumplir sus obligaciones *para el futuro* y *no se considera que el contrato nunca haya existido*, por ello *no funciona retroactivamente*. MCKENDRICK (2015) pp. 235-236 y pp. 332-333; CHEN-WISHART (2015) pp. 235-236; TREITEL/PEEL (2015) núms. 9-086 y 9-087, pp. 450-451. V. la siguiente nota.

³²⁸ Sobre el *voidable contract*, CARTWRIGHT informa, *con carácter general*, que el contrato se formó válidamente por la oferta, la aceptación y la *consideration*, pero adolece de un defecto desde su celebración; al ser válido, el contrato crea derechos y obligaciones, pero puede llegar a ser *void*; y si *no* lo llega a ser *void*, el contrato conser-

de lo dispuesto en la *section 2 (2)* de la *Misrepresentation Act (damages in lieu of rescission)*³²⁹. El legitimado para ejercitar la *rescission* es el *representee* (pero, puede optar por la *affirmation* del contrato) y puede ejercitar aquélla de distintas formas, así mediante comunicación, devolviendo lo que obtuvo del contrato, reconviene frente a la acción ejercitada contra él, en algún caso mediante comunicación a ciertos entes³³⁰, o acudiendo directamente al juez (buscando su declaración)³³¹.

[102] Los requisitos de la *misrepresentation* merecen algún comentario:

a) Sobre la declaración no ambigua y falsa del *representor*, inicialmente la *misrepresentation* no incluyó la declaración de derecho, hoy sí³³². La declaración puede hacerse mediante pala-

va toda su fuerza; normalmente el defecto que hace al contrato anulable se debe a una de las partes contratantes y solo la otra –la «('innocent') party»– puede hacer *void* al contrato; sobre la terminología «the contract is 'avoided', or is 'rescinded' –the remedy by which a voidable contract is avoided is 'rescission'»; la *rescission*, a veces, la concede el tribunal, y otras –así en la *misrepresentation*– la realiza la «innocent party» sin orden judicial; la *rescission* del «voidable contract» opera retroactivamente [*ab initio*]; los derechos y los deberes contractuales se consideran como nunca creados, por ejemplo, si la propiedad de los *goods* se transmitió por venta y esta después se rescindió, los derechos revierten al vendedor y las partes han de restituirse recíprocamente lo recibido; no obstante, los tribunales han desarrollado diversas reglas que impiden la *rescission* del contrato (así, si no es posible la restitución, o si un tercero inocente es perjudicado por la *rescission* del contrato, como si los *goods* vendidos se (re)vendieron al tercero inocente; v. *supra* nota 306); el contrato puede ser *voidable* por *misrepresentation*, *duress*, *undue influence*, o *unconscionable bargain* [(2016) p. 161; y para la *rescission* del contrato por *misrepresentation*, *op. cit.*, pp. 179-180]. V. además la nota inmediatamente anterior a esta.

³²⁹ a) *S. 2 Misrepresentation Act 1967*: «(1) [...] (2) Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him otherwise than fraudulently, and he would be entitled, by reason of misrepresentation, to rescind the contract, then, if it is claimed, in any proceedings arising out of the contract, that the contract ought to be or has been rescinded, the court or arbitrator may declare the contract subsisting and award damages in lieu of rescission, if of opinion that it would be equitable to do so, having regard to the nature of the misrepresentation and the loss that would be caused by it if the contract were upheld, as well as to the loss that rescission would cause to the other party» (cursiva mía).

b) Como es conocido, la *misrepresentation* puede ser *fraudulent*, *negligent* e *innocent*, lo que tiene relevancia para la posible indemnización de daños [en las dos primeras hay reparación de daños, lo que no sucede en la tercera; sobre ello McKENDRICK (2015) pp. 237 ss.; CARTWRIGHT (2016) pp. 178 ss.]. Puesto que solo me interesa la *misrepresentation* en cuanto que permite al *representee* liberarse del contrato, me limito a exponer los requisitos de la *misrepresentation* pensando en ello.

³³⁰ Sobre esos entes (policía; *Automobile Association*), sucedió que por la *fraudulent misrepresentation* del comprador, el vendedor le vendió su coche y por no poderse hallar el comprador (huido), al vendedor le era imposible comunicarle la *rescission* [*Car and Universal Finance Co Ltd v. Caldwell* [1965] 1 QB 525; CHEN-WISHART (2015) p. 235; McKENDRICK (2015) p. 236; TREITEL/PEEL (2015) núm. 9-095, pp. 454-455].

³³¹ McKENDRICK (2015) p. 236; CHEN-WISHART (2015) p. 235; TREITEL/PEEL (2015) núm. 9-094 p. 454 y núm. 9-096 pp. 455-456; CARTWRIGHT (2016) p. 179.

³³² McKENDRICK (2015) pp. 225-226; CHEN-WISHART (2015) pp. 212-213; CARTWRIGHT (2016) p. 177.

bras, o por *conducta*³³³. Por consistir la *misrepresentation* en una declaración sobre la existencia de un hecho, la misma *no* es accionable (relevante), si la declaración tiene la condición de ser una «mere puff» –esto es, una declaración vaga, exageradamente laudatoria, que no genera una razonable confianza en el que la recibe–³³⁴. *Ni* es accionable la *misrepresentation*, si la declaración contiene una *opinión o creencia*, que resulta no fundada (no es una declaración falsa de un hecho). *Pero* aquí ha de tenerse en cuenta, si el *representor* tenía un *especial conocimiento sobre la materia*, y si posee *mayor conocimiento* que el *representee*, los tribunales consideran *implícitamente* que la *representation* debió hacerse con razonable diligencia, y que el *representor* sabía de hechos que justificaban su opinión; las partes negociadoras, que poseen una especial habilidad, tienen un deber de razonable cuidado en la preparación de sus predicciones y opiniones³³⁵. *Por último*, no constituye

³³³ McKENDRICK (2015) p. 226; CHEN-WISHART (2015) p. 211; esta última expone el caso *Spice Girls Ltd v Aprilia World Service BV* (2002): el 06.05.1998, el grupo musical *the Spice Girls* celebró un contrato para promocionar unas motos del demandante; tres semanas después, una de sus componentes dejó el grupo musical, causando considerables pérdidas al demandado; el *Court of Appeal* sostuvo que *the Spice Girls* había hecho una *misrepresentation mediante conducta*, desde que todos sus cinco miembros habían participado en una foto comercial y facilitado logos, imágenes y diseños, cuando ellas sabían que una iba a dejar el grupo (*op. cit.*, pp. 211-212). CARTWRIGHT (2016) p. 177.

³³⁴ McKENDRICK (2015) p. 226; en *Dimmock v. Hallett* (1866) LR 2 Ch App 21, Tuner LJ dijo que una *representation* de que el terreno era «fertile and improveable» no puede considerarse, salvo caso extremo, una *misrepresentation* que dé derecho a la *innocent party* a *to rescind* el contrato (*op. cit.*, 226). CHEN-WISHART, que también alude a *Dimmock v. Hallett*, indica que los eslóganes de los anuncios que digan, por ejemplo, que una marca de gasolina pone «a tiger in your tank», o que un desodorante te hará totalmente irresistible al sexo opuesto, no son declaraciones que una persona razonable pueda tomar en sentido literal; ahora bien, el contexto y la especificidad de la declaración pueden elevar una declaración al nivel de *term*; así, en *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co* (1893), el tribunal rechazó que fuera una *mere puff* la afirmación, en el anuncio del vendedor, de que pagaría 100 £ a cualquiera «who contracts the increasing epidemic influenza, or any disease by taking cold», después de haber usado la pelota tres veces al día durante dos semanas de acuerdo con las indicaciones impresas, añadiendo que se habían depositado 1000 £ en el *Alliance Bank* «showing our sincerity in the matter» [(2015) p. 214-215]. CARTWRIGHT (2016) p. 178.

³³⁵ McKENDRICK (2015) pp. 226-227, quien expone varios casos: a) en *Smith v. Land and House Property Corp* (1884) 28 Ch D 7, Bowe LJ dijo que, si «the facts are equally known to both parties, what one says to the other is frequently nothing but an expression of opinion... But if the facts are not equally well known to both sides, then a statement of opinion by one who knows the facts best involves very often a statement of material fact, for he impliedly states that he knows facts which justify his opinion»; b) en *Bisset v. Wilkinson* [1927] AC 177, se vendió una granja en Nueva Zelanda que nunca se había dedicado a la crianza de ovejas y el vendedor *representó* al futuro comprador que, *a su juicio*, la propiedad podía sostener 2000 ovejas, lo que resultó falso; el comprador no pudo desvincularse del contrato porque la declaración del vendedor *no fue una declaración falsa de un hecho, sino una declaración de opinión honestamente mantenida*; c) en *Esso Petroleum Ltd v. Mardon* [1976] QB 801, *Esso* había arrendado una estación de gasolina en construcción e indicó al (futuro) arrendatario que su rendimiento probablemente alcanzaría 200.000 galones por año; pero la autoridad local no autorizó que los surtidores de gasolina se situaran frente a la calle principal y la estación de gasolina se construyó detrás, en el patio trasero, con un único acceso a los surtidores de gasolina desde una calle lateral;

declaración de un hecho, aquella que contiene una intención del *representor*, y si no realiza la misma, no hay *misrepresentation* (*Wales v Wadham* [1977] 1 WLR 199). *Ahora bien*, si falsamente se representó la intención (hubo deshonestidad), entonces hay una *declaración de un hecho* (su intención es una cuestión de hecho)³³⁶.

b) En cuanto a la declaración dirigida al *representee*, el *representor* puede comunicar su *misrepresentation* directa o indirectamente (en este último caso la dirige a un tercero con la intención de que este, a su vez, la traslade al *representee*)³³⁷.

Y c) para nexo causal entre la *misrepresentation* y la celebración del contrato, se plantea si se exige el «materiality requirement» (que la *misrepresentation* habría afectado a un hombre razonable en su decisión de si celebraba o no el contrato en esos términos). En antiguos casos, había frecuentes referencias a que la *misrepresentation* había de ser «material» (requisito), pero hoy se duda y según McKendrick, hoy la posición ortodoxa es, si la *representation* hubiera inducido a un *hombre razonable* a la celebración del contrato, el tribunal presumirá que dicha *representation* indujo

pese a sus oficiales experimentados, *Esso* aseguró al demandado que el cambio no afectaría al rendimiento, pero resultó que, por el cambio, solo se alcanzó 78.000 galones por año; el demandado incurrió en pérdidas considerables y llegó un momento que no pudo pagar a *Esso*; *Esso* quiso recuperar la estación de gasolina y el dinero que le debía el demandado; este último reconvino y reclamó la reparación de daños por incumplimiento contractual y por *negligent misrepresentation*; *Esso* se defendió alegando que su declaración había sido una *opinión* y no declaración accionable; la *Court of Appeal* sostuvo que sí lo era; Lord Denning distinguió el caso, del de *Bisset* [expuesto en la anterior b)], argumentado que en *Bisset* la propiedad nunca había sido utilizada como granja de ovejas y que ambas partes eran igualmente capaces de formarse una opinión sobre la capacidad de la propiedad; en cambio, *Esso* tenía un especial conocimiento y capacidad de pronosticar el rendimiento de la gasolina y los hechos mostraban que, en su *representation*, no había actuado con «reasonable care and skill», por lo que respondía de los daños sufridos por el demandado. CHEN-WISHART también se refiere a *Smith, Bisset, y Esso*, y otros casos [(2015) pp. 213-214]. CARTWRIGHT (2016) pp. 177-178.

³³⁶ McKENDRICK (2015) p. 227; en *Edgington v. Fitzmaurice* [(1885) 29 Ch D 459], los directores de una compañía invitaron al público a la suscripción de obligaciones sobre la base de que el dinero que obtuvieran se emplearía en expandir el negocio; pero el verdadero propósito era obtener dinero para pagar deudas de la compañía; se sostuvo que los directores fueron «guilty of misrepresentation» por haber representado equivocadamente su auténtica intención (*op. cit.* p. 227). CHEN-WISHART (2015) p. 213, que también se refiere *Wales*, y a *Edgington*. CARTWRIGHT (2016) p. 178.

³³⁷ McKENDRICK (2015) p. 227; en *Commercial Banking Co of Sydney v. RH Brown and Co* [1972] 2 Lloyd's Rep 360, el banco demandado comunicó una *misrepresentation* al banco de los demandantes sobre la situación financiera de uno de los clientes de los demandados; el banco de los demandantes comunicó esa información a los demandantes, quienes actuaron en su perjuicio; se decidió que los demandados eran responsables porque sabían que el banco de los demandantes no quería la información para sus propios propósitos, sino para pasarla a su cliente quien se proponía negociar con el cliente del banco demandado (*op. cit.*, p. 227). CHEN-WISHART (2015) p. 221; apunta, además que las declaraciones pueden viajar a lo largo de una cadena y repetirse (A la transmite a B, B a C, C a D, etc.) y sería injusto imponer responsabilidad al inicial *representor* por toda subsecuente confianza de los *representees* en su declaración (*op. cit.*, p. 227). CARTWRIGHT (2016) p. 180.

al *representee* a su celebración, debiendo probar el *representor*; si quiere no responder, que el *representee* no confió, de hecho, en la *representation*. En cambio, si la *representation* no hubiera inducido a una *persona razonable* a la celebración del contrato, el *representee* tiene que probar que la *representation* le indujo, de hecho, a la celebración del contrato³³⁸. No se exige que la *misrepresentation* fuera la única o exclusiva causa que indujera al *representee* a la celebración del contrato; lo que se exige es, que la *representation* haya jugado una «‘real and substantial’ part» en su inducción a la celebración del contrato³³⁹. La inducción a la celebración del contrato no tiene lugar, si el *representee* ignoró la *representation*, o sabía de su no verdad, o si la *representation* no le afectó en su decisión de celebrar el contrato³⁴⁰.

III. LOS PLDC

1. CÓMO SE CONCIBIERON, EL CAMINO RECORRIDO Y LA PROGRAMACIÓN DE FUTURO

[103] En 2012, en su *Presentación* del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Carlos Pizarro Wilson se refirió, entre otras cosas, a la preocupación que había por la defensa del *Derecho contractual continental* frente al *Common Law*; informó sobre cómo se gestó el proyecto académico de redactar los PLDC; y apuntó la

³³⁸ McKENDRICK (2015) pp. 227-228; apunta que el caso difícil es aquel en el que hay una inocente *misrepresentation* que no hubiera inducido a la celebración del contrato a la persona razonable («immaterial misrepresentation») y que indujo al *representee* a su celebración: ¿tiene este derecho a liberarse del contrato? Considera que la respuesta no resulta obvia y que, en la práctica, es muy improbable que el *representee* pueda probar que fue inducido a la celebración del contrato por una «inmaterial misrepresentation», pero, si ello ocurriera, los tribunales han de actuar con cautela antes de abandonar el «materiality requirement» (el *fraud* es una excepción en esto, pues quien fraudulentamente actuó no puede argumentar que la *representation* fue «inmaterial») (*op. cit.*, p. 228). CHEN-WISHART apunta que la «immateriality» no se exige si la *representation* fue fraudulenta, o el *representor* sabía o debería saber que su declaración influiría en el demandante, e informa sobre el desacuerdo existente acerca del «materiality requirements»: si «simply functions as evidence of inducement», o si «is separate from the inducement requirements» [cursiva del original; (2015) pp. 222-223, v. también p. 221]. CARTWRIGHT (2016) p. 178.

³³⁹ McKENDRICK (2015) p. 228, v. hasta p. 229; CHEN-WISHART: «It is enough if the misrepresentation was an inducement actively present in the claimant's mind; that is, it need only be ‘one of’ his or her reasons for entering into the contract, it need not be the ‘but for’ reason, let alone ‘the’, ‘the predominant’, or ‘the sole’ reason for his or her agreement (*Edgington v Fitzmaurice*)» [(2015) p. 221, cursiva del original].

³⁴⁰ McKENDRICK (2015) p. 229; CHEN-WISHART (2015) p. 222.

problemática de la decisión sobre qué bases habrían de construirse los PLDC. Lo hizo como sigue.

«[...]». Por todos es conocido el efecto que produjo el Informe del Banco Mundial, que criticó como ineficiente al derecho de la familia continental³⁴¹. En Francia, la resistencia no se hizo esperar, no sólo por una convicción ideológica, sino, también, por inexactitudes en el análisis de las instituciones del Derecho Privado inspirado en los países del continente³⁴². Sabemos, también, que la presencia, al menos geográfica del Derecho Continental, es relevante, tanto o más que aquella del *Common Law*. Esto contrasta con la percepción que el Derecho anglosajón imperaría en la actualidad y, por cierto, en el mundo de los negocios, pareciera ser cierta dicha afirmación. Se motivó una cruzada en defensa del Derecho Continental, siendo el profesor Michel Grimaldi uno de los principales promotores en Francia, al alero de la Foundation pour le Droit Continental. Las iniciativas académicas que emprendió se han traducido en la instalación de cátedras particulares en diversos países de varios continentes. Ese mismo empuje se ha reflejado en apoyar proyectos de investigación con impacto en zonas donde el Derecho Continental ha mantenido una influencia. Los países de América del Sur y gran parte de aquéllos de América Central, agregando México, han seguido vinculados a la forma de entender el Derecho Privado en la tradición continental. Todos estos países comparten una misma lengua, salvo Brasil y un sistema apegado al método de los códigos. Al observar estas características uno podría de manera válida preguntarse qué utilidad tiene para nuestros países contar con un cuerpo uniforme de reglas dedicadas a los contratos. Para eso era imprescindible conocer el estado actual del Derecho de los Contratos en los países de la región. El entusiasmo se apropió de un puñado de profesores que, mientras compartíamos una *soirée* en la ciudad francesa de Rennes, gracias a la invitación del profesor Thomas Genicon, para participar en el Congreso Internacional sobre las transformaciones del Derecho de los Contratos entre Francia y Latinoamérica –*Revue de Droit de Contrats*, N.º 3, 2010, p. 1.035 y ss–, pensamos proponerle al profesor Michel Grimaldi la idea de avanzar en la elaboración de unos Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. En ese bar al costado del hotel donde nos alojábamos, junto a Fabricio Mantilla, profesor de la Universidad del Rosario –Colombia–, Sebastián Picasso, juez y profesor de la Universidad de Buenos Aires –Argentina– y Bruno Caprile, abogado y profesor de la Universidad del Desarrollo de Concepción –Chile–, discutimos los primeros pasos del proyecto. Sabíamos que la tarea no era menor y tampoco desconocíamos las dificultades que un proyecto análogo había significado en Europa: Principios Europeos de Derecho de los Contratos. Varias preguntas surgieron: ¿por qué hacerlo?, ¿cuál sería nuestro objetivo?, ¿cómo hacerlo?, ¿qué metodología?, ¿a quienes convocaríamos? Ninguna

³⁴¹ V. *supra* [11] [B] «Genèse de la réforme» francesa; MOMBERG URIBE, *RChDP* (2015) p. 123.

³⁴² V. VOGENAUER (2009) pp. 7-8.

de estas preguntas tuvo respuesta inmediata, pero el entusiasmo no cesó. Sabíamos que compartíamos no solo una amistad profunda que aseguraba el compromiso de trabajo, al menos de esos países a que pertenecemos. Al transmitirle nuestra idea al profesor Michel Grimaldi, el apoyo fue inmediato, quedando en enviarle un proyecto detallado de lo que haríamos. Dos aspectos fundamentales estructurarán el mismo. La primera es que debemos identificar nuestra identidad regional, lo que nos permitirá evitar caer en repeticiones de otros esfuerzos de esa índole ejecutados en Europa. Y, por otra parte, mejorar lo que se haya realizado en otras latitudes. De nada serviría reproducir unos Principios para nuestros países que reflejaran lo ya hecho en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos. Sería un trabajo inútil y absurdo. Habría que rescatar nuestra cultura jurídica y en lo que podamos mejorar en lo técnico las soluciones entregadas por otros instrumentos transnacionales. [...]»³⁴³.

[104] Pizarro Wilson también señala que se elaboró *un detallado cuestionario* sobre el Derecho de los Contratos en la región y *que el resultado del cuestionario* –y este también, añado yo– se recoge en el antes mentado libro (en [103]). El cuestionario versó sobre *Parte general* (no sobre los contratos en particular).

«Para el primero objetivo, la búsqueda de nuestra identidad jurídica era necesario volcarse hacia los países de que formamos parte. Por eso surgió la propuesta de elaborar un cuestionario detallado que pudiera arrojar luz sobre el estado actual del Derecho de los Contratos en la región. Es sorprendente la ignorancia que padecemos sobre el Derecho de nuestros vecinos. Dependiendo del lugar en que se han formado los profesores podemos disertar sobre la última sentencia de la Corte de Casación italiana o sobre la discusión entre tal y cual profesor francés escrito en la *Semaine Juridique* u opinar sobre las conjeturas de quién podrá llegar a ser catedrático en una universidad prestigiosa de España. La ignorancia sobre la literatura de nuestros países era un obstáculo que había que remediar. El resultado de ese cuestionario es lo que recoge el presente libro. Se compartió una misma metodología para responder, evitando referencias a doctrina extranjera y colocando el énfasis en la doctrina del país respectivo y, por cierto, en las decisiones de los tribunales. En cada caso se elaboró, además, una base de jurisprudencia con las sentencias más relevantes para cada materia. El primer resultado de ese trabajo fue discutido en un encuentro realizado en octubre de 2010»³⁴⁴.

³⁴³ PIZARRO WILSON (2012) pp. 15-16.

³⁴⁴ PIZARRO WILSON (2012) p. 16. A la metodología, HONDIUS hace las siguientes observaciones: «3. What a European reader might conceivably have wished would have been more explicit attention for the methodology. Why have these seven Latin American nations been selected – and not Bolivia, Ecuador, Peru, and the three Guyana's with their mixed (Dutch, English, and French) backgrounds or even the Middle American nations? How was the questionnaire devised? Thus, from a European point of view, it would have been interesting to include third parties and contracts, agency, etc. Also the style of the various chapters is different on the point of mentioning case law by lower courts, the use of comparative law, etc./ 4. Notheless, the basis now is there. European Review of Private

[105] Con la publicación del libro –que en 2014, Rodrigo Momberg calificó del trabajo más actualizado sobre el Derecho contractual comparado en Latinoamérica– se cubrió *la etapa inicial* de documentarse sobre los Derechos nacionales –normas, doctrina de los autores y aplicación judicial– y se inició la redacción de los PLDC (*segunda tarea*)³⁴⁵. Sobre el texto de los PLDC, advierto que hay *diversas y sucesivas versiones de los PLDC*, cada vez más completas e incidiendo en lo anteriormente hecho (cambios de redacción, de contenido). En concreto:

a) En 2014, en *Vida jurídica del Anuario de Derecho Civil*, Antonio Manuel Morales Moreno informa de que «[e]n Santiago de Chile y Valparaíso, en los días 19 y 20 de noviembre de 2013, han tenido lugar unas jornadas que bajo el título, *El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, han estado dedicadas al debate del borrador de los “Principios latinoamericanos de derecho de los contratos” [...]»³⁴⁶. Morales Moreno apunta que el promotor de los PLDC ha sido Carlos Pizarro Wilson, junto con Álvaro Vidal Olivares e Íñigo de la Maza Gazmuri³⁴⁷. La crónica cuenta con un *Anexo*, que contiene los PLDC «en el estado actual de elaboración» y que «fue objeto de debate en las jornadas a las que se refiere esta crónica. Consta de dos partes: una primera referida a los principios generales y a la formación del contrato, y una segunda relativa al cumplimiento e incumplimiento del contrato» (cursiva mía)³⁴⁸. Se trata –señala Vidal Olivares– de «[l]a versión de los principios *al 19 de noviembre de 2013*» (cursiva mía)³⁴⁹.

Law (ERPL) welcomes Latin America on the Principles train. We are looking forward to receiving the first fruits of academic work from that continent, [...]» [ERPL (2013) p. 420].

³⁴⁵ MOMBERG explica: «The national reports were published in the book *El derecho de los contratos en Latinoamérica: Bases para unos principios de derecho de los contratos*. The book can be considered to be the most updated work on comparative contract law in Latin America. The questionnaire method allows the reader to easily explore core subjects in contract law and to identify the similarities and differences of the national jurisdictions included on the survey. The volume is therefore a useful source of information for both academics and lawyers. With the material provided by the national reports, different reporting and drafting teams were appointed. Basically, the subjects assigned to each team were formation, effects, and performance and non-performance of contract. The teams provided reports with comparative notes, comments, and the preliminary drafts of the provisions. Then, the reports were analysed in general meetings and organized by commissions that examined and approved a draft of the black letter rules. The text of the PLDC is expected to be published in 2014. Following the structure of the PECL, the black letter rules will be complemented with comparative notes and comments» [Unif. L. Rev. (2014) pp. 425-426].

³⁴⁶ MORALES MORENO, *ADC* (2014) p. 228; el autor apoya la creación de los PLDC (*op. cit.*, p. 240); y lo mismo la revista *ERPL*, *supra* nota 344.

³⁴⁷ MORALES MORENO, *ADC* (2014) p. 229; GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1083, núm. 2.

³⁴⁸ MORALES MORENO, *ADC* (2014) p. 241; para esa versión de los PLDC, pp. 241-254.

³⁴⁹ VIDAL OLIVARES (2015) nota 4 en p. 746.

b) En 2015, también en *Vida Jurídica del Anuario de Derecho Civil*, Beatriz Gregoraci Fernández da cuenta de la celebración de otro Congreso sobre los PLDC³⁵⁰. Dicho Congreso tuvo lugar el 25.06.2015, en el *Institute of European and Comparative Law, University of Oxford*, y fue promovido por Stefan Vogenauer y Rodrigo Momberg³⁵¹. La autora apunta, que «[I]o novedoso del Congreso [...] es que ha sido el primero que, sobre los PLDC, se ha celebrado en Europa, precisamente con el objetivo de darles mayor visibilidad en el “viejo continente”»³⁵², e informa que «[I]os asistentes tuvieron a su disposición, junto con la versión en castellano de los PLDC, una traducción al inglés elaborada por Adriana Maestas y Manuel Alcalde [...] y Rodrigo Momberg y Stefan Vogenauer [...]»³⁵³. Esta versión de los PLDC, revisada y más completa que la de 2013, es *la de octubre de 2014*³⁵⁴. Del presente Congreso da también cuenta María Elisa Morales, en la *Revista de Derecho Civil* de 2015³⁵⁵.

Y c) en 2016, en Madrid y en la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, se celebraron los días 16 y 17 de junio, unas *Jornadas de Discusión y Análisis de los Principios latinoamericanos de Derecho de contratos*, dirigidas por Antonio Manuel Morales Moreno y quien estas líneas escribe. Lis Paula San Miguel Pradera da cuenta de lo en ellas tratado en *Vida Jurídica del Anuario*

³⁵⁰ GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) pp. 1083-1090.

³⁵¹ GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1084, núm. 3.

³⁵² GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1084, núm. 4.

³⁵³ GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1090, núm. 8; apunta la publicación de las ponencias y de la versión inglesa de los PLDC en la colección *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law (Hart Publishing)*; también, que los organizadores indicaron su deseo de que en el libro se publicase una traducción de los PLDC al francés (*op. cit.*, p. 1090, núm. 9).

³⁵⁴ SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 994.

³⁵⁵ M.^ª E. MORALES, *RDC* (2015) pp. 221-225; en su opinión, «[I]a Conferencia resultó muy atractiva debida a, por lo menos, tres razones. En primer lugar, la presencia de académicos de diferentes partes del mundo, tanto en calidad de expositores, moderadores o asistentes, lo que claramente contribuyó a la riqueza de la discusión desde la perspectiva del Derecho Comparado. De hecho, el debate se desarrolló entre académicos de, entre otros países, Alemania, Argentina, Brasil, Chile, España, Francia, Grecia, Guatemala, México, Países Bajos, Suecia, Uruguay, y por supuesto, Reino Unido. En segundo lugar, es la primera vez que la iniciativa se presentaba en un país europeo. Esto tiene gran relevancia sobre todo si se tiene en cuenta el proceso de armonización llevado a cabo en Europa que sin duda representa uno de los parámetros para el proyecto latinoamericano que, aunque busca autenticidad, ha encontrado inspiración en instrumentos de *soft law* europeos e internacionales tales como los principios UNIDROIT. Y en tercer lugar, teniendo en cuenta que América Latina es un ámbito donde la tradición Romanista (empleando la clasificación de Zweigert y Kötz) ha mantenido una fuerte influencia, hay que destacar que el proyecto haya sido presentado en un país perteneciente a la tradición del *Common Law*, una circunstancia que claramente amplió aún más las perspectivas de la discusión. Todo esto sin contar que dos de los redactores de los comentados principios concurren como expositores, lo cual sin lugar a dudas, constituye un aspecto relevante dado que el público asistente escuchó los rasgos fundamentales del proyecto de fuente directa» (*op. cit.*, pp. 222-223).

de *Derecho Civil*³⁵⁶. Acompaña a su crónica, la versión de los PLDC que se analizó en las *Jornadas* y que es *de octubre de 2015*³⁵⁷. Según San Miguel Pradera, esa versión, «con un total de 120 artículos, comprende, en principio, la regulación completa de los PLDC»³⁵⁸. *Es la versión que utilizo para este trabajo*. Se compone de los siguientes Capítulos y Secciones.

- Capítulo 1 «Capítulo preliminar»: Sección 1 «Ámbito de aplicación»; Sección 2 «Principios generales».
- Capítulo 2 «Formación del contrato»: Sección 1 «Definición y elementos del contrato»; Sección 2 «De la negociación del contrato»; Sección 3 «La formación del consentimiento»; Sección 4 «De los vicios del contrato»; Sección 5 «Objeto, causa y solemnidades del contrato».
- Capítulo 3 «Nulidad del contrato»: Sección 1 «Nulidad absoluta»; Sección 2 «De la nulidad relativa»; Sección 3 «De los efectos de la nulidad».
- Capítulo 4 «De la simulación».
- Capítulo 5 «Efectos del contrato»: Sección 1 «Representación»; Sección 2 «Estipulación a favor de tercero»; Sección 3 «Promesa de hecho ajeno».
- Capítulo 6 «Interpretación».
- Capítulo 7 «Cumplimiento de las obligaciones contractuales».
- Capítulo 8 «Incumplimiento de las obligaciones contractuales»: Sección 1 «Del incumplimiento en general»; Sección 2 «Imprevisión»; Sección 3 «Medios de tutela del acreedor»; Sección 4 «Pactos relativos a la responsabilidad por incumplimiento».

[106] Hay proyectada *una tercera tarea: la elaboración de unos comentarios explicativos de los PLDC*. En su crónica del Congreso celebrado en la *University of Oxford* (anterior [105] b)], Gregoraci Fernández se refirió a la intervención de Hugh Beale y señaló cómo este planteó su ponencia con una serie de preguntas para que, sobre ellas, reflexionaran los redactores de los PLDC y emprendieran la tarea de redactar unos comentarios³⁵⁹. La autora indica que, por la intervención de Íñigo de la Maza, ésta es la opinión de los redactores de los PLDC³⁶⁰.

Las cuestiones de Hugh Beale fueron: «[...] (1) ¿por qué se quiere armonizar el Derecho contractual latinoamericano? ¿Por una cuestión política o económica?; (2) ¿Cuál es la filosofía que

³⁵⁶ SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) pp. 991-1011.

³⁵⁷ *ADC* (2016) pp. 1012-1038.

³⁵⁸ SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 994. Los días 11 y 12 de julio de 2017 se celebrará el Congreso Internacional *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos. Una mirada desde el Derecho Europeo*, en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), sobre la versión de los PLDC de agosto de 2016, versión no difundida públicamente en el momento de escribir este trabajo.

³⁵⁹ GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1089, núm. 7.2.

³⁶⁰ GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1089, núm. 7.2.

subyace en su articulado?; (3) ¿Quiénes son los destinatarios? ¿Las grandes empresas o las pequeñas y medianas empresas?; (4) ¿Qué pretenden (*sic*; pretenden) los PLDC? ¿Un modelo para los legisladores o un instrumento opcional para los operadores jurídicos?; (5) ¿Pretenden regular operaciones transnacionales?» (cursiva mía)³⁶¹.

Vidal Olivares también apunta esa *tercera tarea*: «[e]mpero, la tarea más ardua y de largo aliento –esencial para la correcta comprensión y posterior aplicación, o consideración de los principios–, se halla pendiente: los comentarios de cada uno de los concretos preceptos contenidos en ellos»³⁶².

2. ALGUNAS DE LAS DIFICULTADES A LAS QUE LOS PLDC SE ENFRENTAN

[107] En 2014, Momberg señaló un conjunto de ellas.

Según el autor, ha de reconocerse que, aunque llamados latinoamericanos, los PLDC son *a lo sumo sudamericanos*. No se han incluido países de Centroamérica, o del Caribe. Ni todas las naciones sudamericanas están representadas en los *drafting teams*. Están ausentes importantes jurisdicciones como Méjico, Panamá y Perú. Y lo anterior puede dar lugar a futuras objeciones de legitimidad

³⁶¹ GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1089, núm. 7.2. M.^a E. MORALES: «[...] se dio paso a la presentación final a cargo del profesor Hugh Beale (Warwick) que hizo una evaluación general de la iniciativa, así como de algunas de las discusiones que tuvieron lugar durante la Conferencia. El profesor Beale alabó la iniciativa, sobre todo por el impulso que puede dar al estudio del derecho comparado en Latinoamérica, pero también previno sobre las dificultades de la tarea, en particular si se pretende reproducir el formato de los PECL, es decir, publicar no sólo el texto de los Principios (*black letter rules*) sino también un comentario y notas comparativas que los acompañen» [*RDC* (2015) pp. 224-225].

³⁶² VIDAL OLIVARES (2015) p. 746; como sigue describe las distintas fases de los PLDC a las que me he referido: «En una primera etapa de ejecución del proyecto cada equipo de investigadores elaboró un informe, a partir de un cuestionario que se elaboró al efecto, cuya finalidad fue levantar el estado de la cuestión a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial en sus respectivos ordenamientos en materia de derecho de los contratos, a saber, formación, validez, cumplimiento e incumplimiento. En una segunda se ha trabajado en la formulación de unos principios que tiene como punto de partida los mencionados informes locales, considerando el modelo que ofrece el moderno derecho de los contratos, contenido, en este caso, en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (PCCI), los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), el Borrador de Marco Común de Referencia (MCR) y las Propuestas de Reforma al Derecho de las Obligaciones español y francés./ El resultado alcanzado hasta hoy se traduce en un texto prácticamente acabado de los principios, quedando pendiente, de una parte, afinar el régimen de algunas materias, como las nulidades, los efectos de la resolución por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido; y, de otra, la regulación de otras, como la imprevisión contractual, la imposibilidad originaria, la causa y el objeto» [y sigue lo transcrito en el cuerpo del texto; *op. cit.*, p. 746].

que pueden evitar que las partes, y lo que es más importante, los Tribunales, se refieran a los PLDC³⁶³.

Además, la *naturaleza privada* de la iniciativa puede tener algunas consecuencias negativas. Aunque la falta de un soporte político pueda considerarse una ventaja en términos de independencia intelectual, puede también constituir una gran dificultad para la consolidación de los PLDC. El autor recuerda el relevante papel que la Comisión Europea ha desempeñado en Europa para el desarrollo de las iniciativas armonizadoras. Y en el mismo sentido, la OHADA pidió el soporte oficial de UNIDROIT para elaborar un borrador de *Ley Uniforme del Derecho de Contratos*³⁶⁴. En consecuencia, el soporte de organizaciones internacionales tales como OAS, o MERCOSUR, puede ser fundamental para establecer una red permanente de académicos, jueces, funcionarios públicos y juristas prácticos, para la difusión de los PLDC y para el desarrollo de otros estudios comparativos y de investigación sobre el Derecho privado de Latinoamérica³⁶⁵.

3. EL PROBLEMA DE LAS FUENTES Y LA TENSIÓN ENTRE LA TRADICIÓN Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLDC

[108] En la creación de los PLDC han estado presentes los Derechos nacionales de sus redactores. En el libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, los informes *nacionales* han sido de los Derechos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay, y Venezuela. También ha estado presente una directriz ya apuntada: *la defensa de la tradición del Derecho Continental*, familia jurídica que –frente al *Common Law*– cuenta con códigos (*supra* [103]). *Ahora bien*, los indicados países latinoamericanos disponen de Códigos civiles y de comercio, unos *más antiguos*, otros *más modernos*, que responden a *distintas influencias*³⁶⁶. Por

³⁶³ MOMBERG, *Unif. L. Rev.* (2014) p. 427.

³⁶⁴ Sobre la OHADA, *supra* nota 184.

³⁶⁵ MOMBERG, *Unif. L. Rev.* (2014) p. 427.

³⁶⁶ MOMBERG señala que el Derecho de contratos de los países latinoamericanos comparte una base común, pero tiene diferencias no solo a nivel de detalle, sino también en algunas importantes materias; eso entraña, necesariamente, que hayan de adoptarse ciertas opciones normativas y de política, y que como en los PECL y en los *Principios UNIDROIT* hayan de acogerse por los redactores de los PLDC soluciones innovadoras; los informes nacionales del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos (supra* [103]) ilustran la mayoría de las diferencias que hay, *por un lado*, de lo que pueden considerarse «jurisdicciones conservadoras» (Chile, Colombia, Venezuela, y Uruguay), cuyo Derecho de contratos ha permanecido práctica-

otro lado, los promotores y redactores de los PLDC conocen de la CISG y de los *Principios UNIDROIT* –ámbito *internacional*–, de los PECL y del DCFR –ámbito *europeo*–, de la PMCC³⁶⁷ y del proceso de reforma del Derecho de obligaciones y contratos de 2016 para Francia (*supra* [11]) –ámbito europeo *nacional*–. Y tener presente *todo* lo anterior ha provocado tensiones en las decisiones de cómo regular concretas materias, acogiéndose fórmulas de compromiso. A eso se refirió Pizarro Wilson, según informó Morales Moreno *en 2014*.

«3. En lo que se refiere a la inspiración de los PLDC, Carlos Pizarro, en su presentación, nos explica las opciones que los redactores tuvieron a la vista:

“A diferencia del siglo XIX, en que la influencia del derecho francés y aun más del código civil francés era incontestable, hoy, las influencias son plurales y el panorama del derecho de los contratos en la región es bastante disímil”. En esta situación emerge el fantasma de los PECL [...] y de otros trabajos de armonización. Y la primera cuestión que se plantean los redactores de los PLDC fue, ¿de qué manera el trabajo que iban a llevar a cabo debería apartarse de la uniformidad de esos textos de compromiso entre dos familias del derecho de los contratos: el *Common law* y el Derecho continental?

La respuesta a esta cuestión estaba enlazada con otro interrogante, relativo a la supuesta identidad del derecho de contratos de Latinoamérica. Esa identidad, según Pizarro, “ha sido esquiva, en el sentido de que los Códigos civiles de la región, e incluso los más recientes, o un proyecto fresco, como el argentino, se inspiran en distintas influencias del derecho europeo”.

Un ingrediente añadido, en la determinación del modelo de inspiración, ha sido la “diferente formación académica de los profesores [que participan en este proyecto], quienes han obtenido sus doctorados en distintos países, Italia, Holanda, Francia, España en lo fundamental”.

4. Los Principios están redactados –como señala Pizarro– buscando un compromiso, entre la supuesta identidad del derecho de los contratos en Latinoamérica y la innovación: “Esa tensión en

mente sin reformas desde el siglo XIX, preservando el principio de libertad contractual en gran medida y rechazando la revisión del contrato por los tribunales, y *por otro lado*, de lo que pueden considerarse «jurisdicciones progresivas» (Argentina, Brasil, y Paraguay) que han reformado y modernizado su Derecho de contratos durante el siglo XX, e incluso el XXI, como Brasil, y esas otras jurisdicciones adoptan una legislación de mayor orientación social, protegiendo a las partes más débiles y permitiendo la revisión del contrato en casos de importante desequilibrio entre contraprestaciones [*Unif. L. Rev.* (2014) p. 426]. Para una visión breve y global de la codificación en Latinoamérica y las características de la familia legal latinoamericana, MOMBORG, *op. cit.*, pp. 412-416; ampliamente, GUZMAN BUENO (2006).

³⁶⁷ Traté de la PMCC, comparándola con la regulación del Código civil: FENOY PICÓN (2013) pp. 397-430; VAQUER ALOY analiza la PMCC centrándose en el incumplimiento, incluyendo la falta de conformidad [(2013) pp. 431-458].

la búsqueda de un trabajo original, que no sea una simple copia de los PECL, ha sido un fantasma que nos ha acompañado. Hemos tratado de avanzar en un texto auténtico, que recoja nuestra tradición, y en aquellos aspectos en que lo hemos estimado necesario innovar, nos hemos inspirado en variados modelos que van desde la propuesta de reforma española al derecho de las obligaciones, el proyecto de código civil argentino³⁶⁸, la propuesta de reforma de contratos dirigida por el profesor François Terré y, por cierto [*sic*; ciertos], instrumentos de *soft law* como los citados PECL [y] Unidroit [Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales]»³⁶⁹.

[109] Asimismo Vidal Olivares ha descrito esa tensión, *en 2015*. Con meridiana claridad, el autor señala la existencia de dos sectores en el proyecto de creación de los PLDC. *Uno*, de influencia francesa y con apego a la norma de los códigos civiles decimonónicos. *El otro*, más innovador, que, respetando la norma del respectivo código, le da una relectura más actual. Tras ello y a modo de ejemplo se refiere a la regulación del incumplimiento de los PLDC, indicando lo siguiente.

«Avanzar en la elaboración de estos principios no ha sido tarea fácil porque dentro del grupo de trabajo es posible identificar dos sectores, más o menos, definidos. El primero, de una importante influencia francesa y con apego a la norma de los Códigos civiles decimonónicos; y el segundo, al que podría calificársele más innovador, que sin llegar a traicionar la norma legal de sus Códigos, está dispuesto a darle una lectura más acorde con las actuales condiciones del tráfico –que difieren bastante de aquellas del siglo XIX–, con una marcada influencia de la CISG y otros cuerpos internacionales y de derecho armonizado de las obligaciones –PCCI [*Principios UNIDROIT*], PECL, MCR [DCFR] y propuestas de reformas en España y Francia–. Son dos aproximaciones al derecho contractual que, en ciertos tópicos, se alejan bastante, resultando difícil –no imposible– alcanzar soluciones de consenso, las que, como es sabido, no siempre ofrecen una respuesta adecuada, o del todo armónica con el sistema que pretenden instaurar los principios. Y esa distancia ha provocado una suerte de tensión respecto de la regulación de ciertas materias, como el incumplimiento, su configuración y efectos; la que se ha resuelto adoptando, en algunas ocasiones, soluciones de compromiso, lo que inclusive se proyecta en la terminología empleada. [...]»³⁷⁰.

³⁶⁸ Ya *Código civil y comercial de la Nación Argentina*, en 2014.

³⁶⁹ MORALES MORENO, *ADC* (2014) pp. 229-230.

³⁷⁰ VIDAL OLIVARES (2015) p. 747, v. hasta p. 748. Apuntan también esa tensión en la creación de los PLDC, GREGORACI FERNÁNDEZ refiriéndose a Carlos Pizarro [*ADC* (2015) p. 1086, núm. 7.1] y SAN MIGUEL PRADERA refiriéndose a Vidal Olivares [*ADC* (2016) pp. 993-994].

4. CUÁNDO SE APLICAN LOS PLDC Y QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑAN

[110] El artículo 1 PLDC lo responde y da respuesta a parte de las preguntas que Beale planteó *supra* [106].

Artículo 1 PLDC: «Ámbito de aplicación

(1) Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos civiles y comerciales, internos e internacionales.

(2) Estos principios se aplican con preferencia a cualquier otro cuerpo de principios en materia de contratos, a contratos conectados a los países de América del Sur, del Caribe y a las jurisdicciones del Continente Americano regidos por el sistema de derecho continental.

(3) Estos principios se aplicarán cuando las partes sometan su contrato, en todo o en parte, a estos principios, pudiendo referirse a ellos de manera genérica o específica a algunas de sus disposiciones.

(4) Estos principios se aplican también en cualquiera de los siguientes casos:

(a) Cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *Lex mercatoria* o expresiones semejantes.

(b) Cuando las partes no han elegido en forma expresa un Derecho estatal aplicable al contrato, ni resulta de las circunstancias del caso concreto, que el contrato está más estrechamente vinculado con otro ordenamiento jurídico estatal;

(c) Para interpretar y complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme;

(d) Para interpretar y complementar el Derecho estatal que rige el contrato;

(e) Para interpretar, complementar e integrar contratos sometidos al Derecho o instrumentos internacionales de Derecho uniforme;

(f) Como modelo para los legisladores estatales o internacionales».

[111] Los PLDC, que regulan la teoría general del contrato, se aplican a los contratos *internacionales* y a los *nacionales*, y es *indiferente* su (posible) calificación *civil/comercial* (o mercantil) [art. 1 (1)].

¿Se aplican a los contratos con consumidores? Podría elucidarse que sí, si se considera que dichos contratos –que pueden ser nacionales o internacionales– pueden calificarse de civil o mercantil. Aunque probablemente los contratos con consumidores dispongan de su específica regulación, en aquellos aspectos no regulados por esta se acudirá supletoriamente a otro cuerpo normativo y entonces cobra relevancia la posible calificación de contrato civil o

mercantil. Ahora bien, M.^a E. Morales informa de que De La Maza Gazmuri ha señalado que los PLDC *no se aplican a los contratos con consumidores*³⁷¹, y ante ello, pudiera ser aconsejable (mera sugerencia) que los PLDC indicaren expresamente la exclusión de los contratos con consumidores [cfr. art. 2.a) CISG]³⁷².

[112] Para su relación con otros cualesquiera cuerpos de principios sobre contratos, el artículo 1 (2) PLDC dispone que los PLDC son de *preferente aplicación a los contratos conectados con los países de América del Sur, del Caribe y a las jurisdicciones del Continente Americano regidos por un sistema de Derecho continental*³⁷³. Es esta una importante regla. De la misma se infiere que, en intención de sus redactores, los PLDC se aplican con preferencia a, por ejemplo, los *Principios UNIDROIT* (en cuanto a los *Principios OHADAC*, v. *supra* [65] ss.).

[113] Según el artículo 1 (3) PLDC, los PLDC *se aplican* cuando las partes someten su contrato a aquéllos (cláusula de sumisión) y la aplicación puede ser *total o parcial*. La referencia a los PLDC puede ser *genérica*, o *específica* a algunas de sus disposiciones.

[114] Los PLDC *también se aplican* si las partes indican que su contrato se rige por los principios generales del Derecho, la *Lex mercatoria* o expresiones semejantes [art. 1 (4) (a)]. Asimismo se aplican, si las partes no eligieron expresamente un Derecho estatal aplicable, ni resulta por las concretas circunstancias del caso que el contrato se encuentra vinculado más estrechamente a otro ordenamiento jurídico estatal [art. 1 (4) (b) PLDC]. En su crónica de las *Jornadas de Discusión y Análisis de los Principios latinoamericanos de Derecho de contratos* [*supra* [105] c)], San Miguel Pradera informa, que Vidal Olivares «defendió que los PLDC podrían constituir una manifestación de *lex mercatoria*, “no porque los principios así lo ordenen” sino por dos razones fundamentales: una vinculada a su elaboración “neutral” por un grupo de expertos que provienen de diferentes ordenamientos jurídicos, sin la participación directa de ningún gobierno o estado; y la otra que se refiere al hecho de que “se han construido a partir de una base normativa local compartida entre los distintos ordenamientos intervinientes y

³⁷¹ M.^a E. MORALES, *RDC* (2015) p. 224.

³⁷² M.^a E. MORALES también informa, que «[...] los asistentes debatieron sobre la conveniencia de extender los principios a los contratos de consumo, donde tal vez resulte aconsejable mirar el proceso europeo de armonización en el cual la regulación de los contratos a través de Directivas se ha referido, principalmente, a los contratos de consumo» [*RDC* (2015) p. 225].

³⁷³ Por otro lado, según el artículo 2 PLDC: «Orden público y normas imperativas/ Estos Principios no restringen la aplicación de las normas imperativas y la actuación de los principios protegidos por el orden público, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas de Derecho internacional privado».

del modelo que ofrecen los instrumentos internacionales”»³⁷⁴. También se refiere a la consideración de los PLDC como *lex mercatoria*, Momberg, en el siguiente [115].

[115] Los PLDC desempeñan *diversas funciones*, a saber: sirven para interpretar y complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme [art. 1 (4) (c) PLDC]; para interpretar y complementar el Derecho estatal que rija el contrato [art. 1 (4) (d) PLDC], Derecho adscrito al sistema de Derecho continental; y sirven para interpretar, complementar e integrar contratos sometidos al Derecho o instrumentos internacionales de Derecho uniforme [art. 1 (4) (e) PLDC]. Finalmente, los PLDC pretenden ser un modelo de regulación para los legisladores estatales, e internacionales [art. 1 (4) (f) PLDC].

Vidal Olivares señala –indica San Miguel Pradera– que «los PLDC “no tienen aspiración de constituir una especie de código latinoamericano de los contratos”, sino que se han elaborado con la doble finalidad “de servir de instrumento de aplicación directa por jueces o árbitros (...) y como modelo para modificar el derecho interno”»³⁷⁵. Según Momberg, el principal propósito de los PLDC es proporcionar una fuente de inspiración para la reforma y la modernización del Derecho de contratos en Latinoamérica, lo cual es particularmente cierto para Chile y Colombia, países que no han reformado sustancialmente su Derecho de contratos desde la promulgación del Código civil de Bello a mediados del siglo XIX, y, puesto que la reforma de los códigos civil y de comercio puede ser difícil y de largo proceso, el propósito implícito de los PLDC incluye, también, la idea de que, mientras tanto, los tribunales nacionales o internacionales puedan utilizar los PLDC para interpretar y completar el Derecho nacional y el Derecho uniforme, considerando a los PLDC como la «Latin American *lex mercatoria*»³⁷⁶.

[116] *En suma*, los objetivos de los PLDC son ambiciosos.

³⁷⁴ SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 996.

³⁷⁵ SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 996.

³⁷⁶ MOMBERG, *Unif. L. Rev.* (2014) p. 424. Señala que la aplicación, a los contratos, de Derecho *no estatal* es algo ampliamente aceptado en la región latinoamericana a través de un basto variado conjunto de instrumentos legales y convencionales, y como consecuencia de ello, los tribunales latinoamericanos y los de arbitraje han recurrido crecientemente a los instrumentos de Derecho uniforme como la CISG y los *Principios UNIDROIT* para apoyar sus decisiones. La disponibilidad de un conjunto de Principios latinoamericanos puede ser un incentivo para que los tribunales y los árbitros utilicen un instrumento de Derecho de contratos más *familiar* (énfasis del autor) en sus decisiones. Ahora bien, MOMBERG considera que es escenario más difícil la aceptación de los PLDC por los privados, como guía para sus negociaciones y diseño de contrato, o como Derecho que gobierne al contrato. Eso exige la consolidación de un relevante cuerpo de doctrina y de jurisprudencia en orden a transformar los PLDC en un conjunto de reglas familiares a los prácticos del Derecho, y la formal o informal inclusión de los PLDC en los estudios de grado y posgrado

5. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL EN LOS PLDC

[117] *En primer lugar*, reproduzco las preguntas del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica* que, desde una óptica amplia, interesan. *En segundo lugar*, expongo las respuestas de los distintos informes nacionales. Conocido lo anterior es relativamente fácil constatar si *la regulación de la imposibilidad inicial de los PLDC* responde a un modelo tradicional, o se ha modernizado. De ello me ocupo en *tercer lugar*.

5.1 Las preguntas del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica* (2012) que interesan para la imposibilidad del objeto

[118] Son las 7, 9, 15 y 16, ubicadas en el apartado 4 «Validez y forma de los contratos»³⁷⁷.

«PREGUNTA 7

Es frecuente distinguir entre elementos de existencia y de validez de los contratos. Los primeros son la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades. Los segundos quedan constituidos por la voluntad sin vicios, el objeto lícito, la causa lícita y capacidad. ¿Resulta correcta esta distinción como descripción de los elementos del contrato en su país? Si la respuesta es negativa, indique cómo efectuaría la distinción».

«PREGUNTA 9

¿Qué han entendido los autores y los tribunales por objeto del contrato? Indique, además, el régimen general (es decir, el del *Código Civil*) de la ilicitud del objeto. Finalmente, identifique casos de falta de objeto en las decisiones de los tribunales» (cursiva del original).

«PREGUNTA 15

Suele aceptarse que la inobservancia de los requisitos del contrato puede acarrear alguna de las siguientes consecuencias: a) inexistencia, b) nulidad absoluta, c) nulidad relativa, d) inoponibilidad, e) caducidad. Indique si estas consecuencias son reconocidas por su Derecho y describa cada una de ellas brevemente».

de Derecho podría facilitar su conocimiento por las comunidades jurídicas nacionales. (*Op. cit.*, pp. 424-425).

³⁷⁷ Las preguntas se repiten en cada uno de los informes de Derecho nacional del libro.

«PREGUNTA 16

Señale las causales de nulidad que reconoce su Derecho y si existen o no distinción (y en qué consiste) entre causales de nulidad absoluta y relativa. Indique, además, si la nulidad requiere o no declaración judicial y si sus efectos operan o no retroactivamente».

5.2 Las respuestas de los informes nacionales en lo que interesa

5.2.1 EL INFORME DE ARGENTINA

[119] Para la *pregunta 7*—sobre la distinción entre elementos de existencia y de validez del contrato— la respuesta es «afirmativa», si bien «otros autores abandonan el esquema clásico inspirado por Robert Pothier» y adoptan otras «denominaciones para agrupar los mismos elementos»³⁷⁸. En cuanto al objeto —*pregunta 9*— el artículo 953 del *derogado* Código civil de la República de Argentina (CCA) disponía: «El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuvieses [*sic*] objeto»³⁷⁹.

[120] Para las *preguntas 15 y 16*, en el informe se indica que «[u]n acto jurídico, es tal, desde que está destinado al cumplimiento de efectos jurídicos (conf. Art. 944 *Código Civil*³⁸⁰), por tanto, cabe referir a la ineficacia cuando se verifica una privación o mengua de los efectos típicos del acto; sea por una causa estructural y originaria, o por una razón funcional. Desde esta perspectiva, son

³⁷⁸ DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 55; el texto continúa: «así distinguen —siguiendo a Francesco Carnelutti— entre: / – Los presupuestos: son aquellos requisitos que influyendo en el contrato son extrínsecos a él, como la capacidad y la idoneidad del objeto; la voluntad jurídica, entre otros. / – Los elementos: son los requisitos intrínsecos al contrato; su contenido; sus enunciados, sus cláusulas, que distinguen entre esenciales, naturales y accidentales (al estilo de la clasificación clásica). Cada contrato en particular tiene sus propios elementos, por ejemplo, designación de la cosa y precio en la compraventa. / – Las circunstancias del contrato: se destaca la trascendencia del ambiente del contrato, es decir, las alternativas modales (plazo, condición) y las circunstancias que determinan la realidad económica del contrato; en fin, se trata de vicisitudes externas al contrato que adquieren relevancia en la faz de ejecución del mismo» (*op. cit.*, pp. 55-56).

³⁷⁹ DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) pp. 57-58.

³⁸⁰ Artículo 944 CCA: «Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos».

supuestos de ineficacia la nulidad, la inoponibilidad, la resolución, la revocación, la rescisión./ En cuanto a la inexistencia, cierto sector de la doctrina la menciona como una expresión de la ineficacia más radical que puede afectar un negocio jurídico, que va más allá de la noción de validez, pues esta calidad sólo puede ser predicable de un negocio existente»³⁸¹.

Y sobre la *nulidad*, «[e]n el sistema legal argentino [se] la [...] [concibe] como una sanción legal que conlleva el aniquilamiento de los efectos propios del acto jurídico; [...]; la nulidad, como sanción, funciona a partir a un modo de ser vicioso del acto, en su origen; nota que adquiere trascendencia para distinguirla de otras modalidades de la ineficacia. [...]»³⁸². Además, «[s]egún el rigor de la sanción de invalidez» se distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa³⁸³. «Los supuestos de nulidad absoluta comprometen el orden público, en tanto los de nulidad relativa están enderezados a la protección del interés particular»³⁸⁴.

³⁸¹ DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 66; el texto continúa: «Si bien la jurisprudencia es vacilante en su aceptación, se registran los siguientes precedentes: “La nulidad y la inexistencia atienden a dos niveles distintos del planteo: en el caso de la nulidad se está ante un acto que tiene existencia pero cuya eficacia, por causas anteriores o coetáneas con el propio acto, está afectada –en cuyo caso existe un vicio y se recurre a la teoría de la nulidad–, mientras que cuando el acto por circunstancias relativas a su esencialidad, no puede nacer a la vida del Derecho, su ineficacia parte de su no existir y nada puede quedar de él más allá de la constatación de su existencia, ni siquiera bajo la expresión de una obligación natural –es decir– que no hay otorgamiento del acto y se está frente a supuestos de inexistencia”./ En análogo sendero se ha dicho: “La inexistencia de un acto jurídico no involucra un problema de vicios sino de presupuestos. En efecto, si los presupuestos del acto están presentes pero hay vicios, se trata de una cuestión de nulidad; en cambio, si no se dan los presupuestos, el problema es de inexistencia» (*op. cit.*, pp. 66-67).

«Las características del acto inexistente son: / 1. Puede ser declarada de oficio./ 2. Puede ser alegada por cualquiera que ostente un interés en hacerlo, en cualquier etapa del juicio./ 3. En cuanto a sus efectos, no existen las limitaciones respecto de los terceros de buena fe./ 4. No son susceptibles de confirmación./ Es necesario destacar que la inexistencia no aparece legislada dentro de la categoría general de la ineficacia del negocio jurídico. Solamente, en el Derecho vigente, puede encontrarse su referencia en el art. 37 de la Ley N.º 24.240 y sus modificatorias, [...]» (*op. cit.*, p. 67).

³⁸² DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 68.

³⁸³ V. la siguiente nota.

³⁸⁴ DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 68.

a) «*El esquema básico de las nulidades en el Derecho Privado patrimonial es el siguiente:* / 1. Según la actuación patente o latente de la causa de invalidez, la nulidad puede ser manifiesta o no manifiesta (es decir, dependiente de juzgamiento)/ 2. *De conformidad a la rígida o fluida causa de la invalidez: actos nulos (nulidades de derecho) o actos anulables.* / 3. [...] [esos puntos suspensivos, en esencia, es lo transcrito en el cuerpo del texto]/ 4. Según la extensión de la sanción de invalidez: nulidad total o nulidad parcial./ 5. De conformidad al carácter expreso o tácito de la sanción de invalidez: nulidad expresa o nulidad implícita» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 68).

b) «*El régimen de nulidades absolutas se caracteriza por:* / 1. Pueden ser declaradas de oficio por la autoridad judicial; tanto el Ministerio Público Fiscal como cualquier interesado (salvo aquél que debía saber o sabía del vicio del acto) [puede alegarla]. (art. 1047 Código Civil). / 2. El acto nulo, de nulidad absoluta, no puede ser objeto de confirmación

Finalmente, y para el objeto, solo se indica que «[l]os actos con objeto ilícito o inmoral pueden ser nulos o anulables, en tanto requieran o no investigación de los hechos o aparezcan en forma manifiesta, de nulidad absoluta»³⁸⁵.

Del vigente *Código civil y comercial de la Nación* (CCCA; Ley 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014) interesan:

Artículo 279 CCCA: «Objeto. *El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea*» (cursiva mía).

Artículo 382 CCCA: «Categorías de ineficacia. Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas».

Artículo 386 CCCA: «Criterio de distinción. *Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas*» (cursiva mía).

Artículo 387 CCCA: «Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción».

Artículo 388 CCCA: «Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio

(art. 1047)./ 3. La acción no puede ser renunciada (conf. Arts. 19 y 872 del *Código Civil*) y es imprescriptible» (cursiva mía, salvo la de *Código civil*; *op. cit.*, p. 68).

c) *Y en cuanto a «[...] la nulidad relativa:*/ 1. Sólo puede ser peticionada por la parte perjudicada por el vicio o sus herederos; no pudiendo ser declarada de oficio, ni por el Ministerio Público Fiscal (véase art. 1048 *Código Civil*)./ 2. El acto viciado de nulidad relativa es confirmable (art. 1058 *Código Civil*) y renunciable./ 3. Es prescriptible (véase arts. 4030, 4031 y 4032 del *Código Civil*)» (cursiva mía, salvo la de *Código civil*; *op. cit.*, p. 69). «Los actos obrados con dolo, error o violencia [...] son anulables (en cuanto demandan comprobación judicial), de nulidad relativa (conf. Art. 1159 *Código Civil*) [sic; 1158]» (*op. cit.*, p. 69).

³⁸⁵ DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 69.

importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo»³⁸⁶.

5.2.2 EL INFORME DE BRASIL

[121] El vigente Código civil de Brasil (CCB) *no* adopta expresamente la distinción entre elementos de existencia/requisitos de validez de los contratos³⁸⁷. El artículo 104 CCB *solo* dispone los requisitos de *validez* del negocio jurídico –que incluye al contrato– y exige una persona capaz, un *objeto* lícito, *posible*, determinado o determinable, y la forma prescrita o no en defensa de la ley³⁸⁸. *Sin embargo*, la doctrina afirma que los requisitos de existencia emanan de la propia estructura del artículo 104 CCB³⁸⁹. Los *sustantivos* «agente, objeto e forma» [del art. 104 CCB] indican los requisitos *de existencia* del negocio jurídico, y *sus calificativos* se refieren a los requisitos *de validez* del negocio jurídico («capacidad do agente; licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; idoneidade da forma») ³⁹⁰.

³⁸⁶ De interés también: artículo 383 CCCA: «Articulación. La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse»; artículo 389 CCCA: «Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones./ La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total./ En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes»; artículo 393 CCCA: «Requisitos. Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener el acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad./ El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte»; artículo 395 CCCA: «Efecto retroactivo. La confirmación del acto entre vivos originalmente nulo tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró. [...] / La retroactividad de la confirmación no perjudica los derechos de terceros de buena fe».

³⁸⁷ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 141.

³⁸⁸ Artículo 104 CCB: «A validade do negócio jurídico requer: / I. agente capaz; / II. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; / III. forma prescrita ou não defesa em lei» [DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 141].

³⁸⁹ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 141.

³⁹⁰ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 141; además, «[p]ara alguns autores, inclui-se também a declaração de vontade como elemento de existência do negócio e a sua seriedade e espontaneidade como requisito de validade» (*op. cit.*, p. 141). Por otro lado, «[f]inalmente –una vez que a Questão [la 7] menciona a *causa* e a *causa lícita*– cumpre observar que o legislador brasileiro não incluiu nem a causa como elemento do contrato, nem sua licitude como requisito de validade, o que fez com que a grande maioria da doutrina e da jurisprudência não as considerasse como requisito de existência ou de validade dos contratos. [...]» (*op. cit.*, p. 142). V. también *op. cit.*, p. 158.

[122] Habiendo dispuesto el artículo 104.II CCB que la *validez* del negocio jurídico requiere un *objeto* lícito, *posible*, determinado o determinable, el artículo 166.II CCB prescribe que es *nulo* el negocio jurídico *si su objeto* es ilícito, *imposible*, o indeterminado³⁹¹. *En la posibilidad del objeto*, la doctrina considera los supuestos de la *imposibilidad material*, y la *jurídica*³⁹². Hay *imposibilidad material del objeto contractual* si «não possa ser excutado em razão de suas qualidades materiais»³⁹³, y puede ser *absoluta* o *relativa*. La imposibilidad material es *absoluta*, si el objeto del contrato no puede realizarlo nadie, siendo inviable por completo la ejecución del contrato³⁹⁴, y este es *nulo*³⁹⁵. La *imposibilidad material relativa* tiene lugar si la obligación puede cumplirla otra persona, aunque no el deudor³⁹⁶. A diferencia de la ilicitud del objeto, que consiste en la violación de una regla o principio legal, la *imposibilidad jurídica* consiste en la *imposibilidad de ejecución del objeto en virtud de una regla legal*³⁹⁷. Por último, la *jurisprudencia* recurre con relativa frecuencia a la nulidad del negocio por ilicitud del objeto; y *es poco frecuente que se refiera a la imposibilidad del objeto; y menos aún a la ausencia de objeto*³⁹⁸.

[123] Con carácter general, se considera *inexistente* el negocio jurídico que nunca llegó a constituirse³⁹⁹. Como se indicó *supra* [121], pese a la ausencia de disposición legal, una importante parte

³⁹¹ Artículo 166 CCB: «É nulo o negócio jurídico quando: I. celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II. for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III. o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV. não revestir a forma prescrita em lei; V. for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI. tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII. a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção»; DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) pp. 144-145, 162-163. V. además artículo 167 CCB (*op. cit.*, p. 163).

³⁹² DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145.

³⁹³ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145; «Tem-se, como exemplo, a obrigação consistente em dar parte de um bem indivisível» (*op. cit.*, p. 145).

³⁹⁴ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145.

³⁹⁵ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145.

³⁹⁶ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145. Artículo 106 CCB: «A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado» (*op. cit.*, p. 145); «Apesar de em regra, a impossibilidade material relativa do objeto não invalidar o contrato, ela gera o dever de indenizar as eventuais perdas e danos, se ocasionada por culpa do devedor» (*op. cit.*, p. 146).

³⁹⁷ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 146.

³⁹⁸ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 146.

³⁹⁹ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159.

de la doctrina considera que los negocios jurídicos son inexistentes cuando faltan algunos de sus elementos constitutivos (ausencia de sujeto, de declaración de voluntad, o de objeto)⁴⁰⁰. Para esos casos se entiende que, como máximo, hay una *mera apariencia* de negociación jurídica⁴⁰¹. Sobre sus *efectos*, es evidente que el negocio inexistente no tiene la condición de alterar situación jurídica alguna, no hay un plazo preclusivo para poder ser declarado como negocio inexistente, y no requiere su reconocimiento por el Poder judicial⁴⁰².

El Código civil de Brasil establece dos formas de *invalidéz*: la *nulidad* y la *anulabilidad*⁴⁰³. El artículo 166 CCB enumera un conjunto de supuestos en los que el negocio jurídico es *nulo*, disponiendo los artículos 168 a 170 CCB su régimen jurídico⁴⁰⁴. El artículo 171 CCB se refiere a las causas de *anulabilidad* y los artículos 172 a 182 CCB a su régimen jurídico⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159.

⁴⁰¹ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159.

⁴⁰² DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159; «Normalmente aduz-se no Direito brasileiro que a invalidade do negócio jurídico demanda seu reconhecimento por decisão judicial, sendo esta uma das características que diferencia a invalidade da inexistência do negócio jurídico» (*op. cit.*, p. 164; los autores indican que para el negocio nulo la decisión judicial tiene carácter declarativo, y para el anulable, carácter constitutivo).

⁴⁰³ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159.

⁴⁰⁴ Para el artículo 166 CCB, *supra* nota 391; artículo 168 CCB: «As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir./ Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes»; artículo 169 CCB: «O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo»; artículo 170 CCB: «Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade». DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) pp. 162-164.

⁴⁰⁵ Artículo 171 CCB: «Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:/ I. por incapacidade relativa do agente;/ II. por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores»; artículo 172 CCB: «O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro»; artículo 173 CCB: «O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo»; artículo 174 CCB: «É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava»; artículo 175 CCB: «A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusese o devedor»; artículo 176 CCB: «Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente»; artículo 177 CCB: «A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade»; artículo 178 CCB: «É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:/ I.- no caso de coação, do

5.2.3 EL INFORME DE COLOMBIA

[124] Para *pregunta 7* se indica, que el artículo 1502 (párrafo I) del Código civil de Colombia (CCC) –cuya leyenda es *Requisitos para obligarse*– se refiere a *los elementos o presupuestos de validez*, y prescribe que «[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita»⁴⁰⁶. «Nuestro *Código Civil* no conoció, o si se quiere, no conoce, la categoría de la inexistencia del contrato, salvo en lo que atañe al matrimonio» (cursiva del original)⁴⁰⁷. Y «[...] la inexistencia del contrato, sus causales y su tratamiento, en la legislación civil, se confundían con las nulidades»⁴⁰⁸. «Solo hasta la expedición del *Código de Comercio* en 1971 se recogió de forma explícita la noción de “inexistencia” del contrato como un fenómeno autónomo de ineficacia en el artículo 898, [...]» (cursiva del original)⁴⁰⁹. «En síntesis, tenemos que el contrato será inexistente cuando en su formación no se haya recorrido toda su definición legal o social, cuando falte alguno de sus elementos esenciales, cuando falte una de las solemnidades *ad substantiam actus* o *ad solemnitatem*, y adicionalmente, por

dia em que ela cessar;/ II. no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;/ III. no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade»; artículo 179 CCB: «Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato»; artículo 182 CCB: «Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente». DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) pp. 163-165 y notas a pie de página.

⁴⁰⁶ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229. Y el párrafo II de dicho artículo 1502 CCC: «La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra».

⁴⁰⁷ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229.

⁴⁰⁸ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229.

⁴⁰⁹ El texto continúa: «cuyo texto es el siguiente:/ “la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.... será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales» [ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229].

doctrina y jurisprudencia, cuando haya ausencia total de consentimiento»⁴¹⁰.

[125] «El *Código Civil* colombiano, como el chileno, del cual es una copia, al igual que el *Code Napoléon*, en el que se inspiró Andrés Bello, no es claro ni preciso en la definición del objeto del contrato. No sólo identifica impropriadamente los conceptos de contrato y de convención sino que confunde el objeto del contrato con el de la obligación»⁴¹¹. Según «la regulación que del objeto hacen los arts. 1518 a 1523 del *Código civil*, éste debe ser determinado o determinable; puede recaer sobre cosas actuales, que existen o que se esperan que existan; y debe ser física y moralmente posible, esto es, que debe ser lícito. Hay objeto ilícito cuando está prohibido por las leyes (disposición que se repite, con acusada falta de técnica legislativa, en el art. 1523⁴¹²) o cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres (art. 1518)⁴¹³. Ésta es la regla general [art. 1158 CCC], la única que en rigor sería suficiente para el intérprete. No obstante lo cual, el legislador, cayendo en la casuística que le reprocha la doctrina, en las disposiciones que le siguen de forma inmediata, reitera que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación (art. 1519⁴¹⁴); en el pacto de sucesión futura (art. 1520) y en la enajenación de cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no pueden ser transferidos a otra persona y de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta a ello (art. 1521⁴¹⁵)»⁴¹⁶.

⁴¹⁰ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229.

⁴¹¹ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 231. Sobre Andrés BELLO, GUZMÁN BRITO (2008).

⁴¹² Artículo 1523 CCC: «Contrato prohibido/ Hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes».

⁴¹³ Artículo 1518 CCC: «Bienes objeto de declaración de voluntad/ No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género./ La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla./ Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

⁴¹⁴ Artículo 1519 CCC: «Objeto ilícito/Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto».

⁴¹⁵ Artículo 1521 CCC: «Objeto ilícito en la enajenación/ Hay un objeto ilícito en la enajenación:/ 1. De las cosas que no están en el comercio./ 2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona./ 3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello».

⁴¹⁶ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/

[126] Para la *pregunta 15*, «[e]l Derecho colombiano conoce y tiene previstas la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la inoponibilidad y la caducidad, como fenómenos que determinan que los negocios jurídicos no produzcan de manera total o parcial los efectos que le son propios, o que si se han producido estén llamados a desaparecer»⁴¹⁷.

Se entiende por *inexistencia* «aquella situación de hecho, con repercusiones jurídicas, en la que queda un proyecto de negocio jurídico que no alcanzó a perfeccionarse por la omisión de un elemento estructural./ Da lugar a la inexistencia la ausencia del querer negocial, la falta de un elemento esencial del respectivo esquema contractual, *la carencia del objeto* o de la causa, la omisión de la solemnidad constitutiva que es exigida para perfeccionar el negocio, o pretermitir [*sic*] la entrega de la cosa sobre la que versa el contrato cuando éste es real» (cursiva mía)⁴¹⁸. Para la *inexistencia* «no es necesaria la decisión de ninguna autoridad para su edificación», si bien «el juez puede pronunciarse sobre ella con fines de atestación»⁴¹⁹, no «es prescriptible»⁴²⁰, y «no puede hablarse de saneamiento o ratificación si ulteriormente se integran todos los elementos que edifican el acto porque lo que en verdad ocurre es que sólo hasta este momento se construye el negocio por estar presentes ya todos sus elementos estructurales»⁴²¹.

NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 233; señalan además: «Por último, en lo que se relaciona con la falta de objeto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 872 del *Código de Comercio* dispone: “cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”. Dicho con otras palabras, el contrato es inexistente, tal como lo previene el artículo 920 del mismo *Código* para el caso de la compraventa mercantil, al disponer: “no habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo”. La Corte Suprema de Justicia ha dicho, con toda claridad, que la determinación de si el precio es vil o irrisorio es de carácter estrictamente objetivo» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 234).

⁴¹⁷ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 247.

⁴¹⁸ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248.

⁴¹⁹ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248.

⁴²⁰ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248.

⁴²¹ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248; se reiteran ideas expuestas para la *pregunta 7* (*supra* [124]), a saber: «El artículo 898 del *Código de Comercio* menciona de forma expresa la inexistencia, señalando que su origen puede estar en la falta de solemnidad constitutiva o en la ausencia de un elemento esen-

Y la *nulidad* «[c]onsiste en un juicio negativo de valor que se hace a un negocio jurídico que contraviene normas imperativas, buenas costumbres o normas establecidas para la protección de incapaces o de personas cuyo consentimiento ha sido viciado»⁴²². «La nulidad asume dos modalidades: absoluta y relativa» (cursiva mía; art. 1740 CCC⁴²³) y «tiene[n] su origen en [las] causales previstas por la ley y, por consiguiente, a los particulares les está vedado crearlas»⁴²⁴. «Mientras no sea pronunciada por el juez, el negocio existe y pasa por válido», produciendo «los efectos que le son propios, aunque persiste la causal que puede conducir al decreto de la invalidez»⁴²⁵. La nulidad *absoluta* y la *relativa* son sanables, pero si la nulidad se debe a un objeto o una causa ilícita, su saneamiento no puede proceder por ratificación, «sino exclusivamente del transcurso del tiempo» (arts. 1742, 1743 CCC)⁴²⁶.

cial./ El *Código Civil*, en cambio, no tiene una disposición semejante ni utiliza la expresión “inexistencia”./ Esta situación ha dado lugar a que mayoritariamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y algún sector de la doctrina consideren que la inexistencia no tiene cabida en los contratos de estirpe civil y que la omisión de los elementos esenciales conduzca a la nulidad absoluta del negocio./ Sin embargo, no son pocas las voces que pregonan que la inexistencia sí está prevista en el *Código Civil*, y para demostrar el aserto traen a cuento, entre otras normas, al artículo 1865 de esa codificación, que dispone que si en la compraventa ni las partes ni un tercero determinan el precio “no habrá venta”» (*op. cit.*, p. 248). Artículo 1865 CCC: «Determinación del precio por un tercero/ Podrá así mismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes: en caso de no convenirse, no habrá venta./ No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes».

⁴²² ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M^o CAUSLAND SÁNCHEZ/ LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248.

⁴²³ Artículo 1740 CCC: «Presupuestos/ Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes./ La nulidad puede ser absoluta o relativa».

⁴²⁴ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M^o CAUSLAND SÁNCHEZ/ LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249.

⁴²⁵ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M^o CAUSLAND SÁNCHEZ/ LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249; «En el Derecho colombiano no opera de pleno derecho y, por consiguiente, para que ella exista es indispensable la decisión judicial en ese sentido» (*op. cit.*, p. 251).

⁴²⁶ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M^o CAUSLAND SÁNCHEZ/ LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249.

Artículo 1742 CCC: «Titulares de la acción de nulidad absoluta/ La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria»; artículo 1743 CCC: «Titulares de la acción de nulidad relativa/ La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por

Excepto para la nulidad parcial, «[e]l decreto de nulidad determina que el negocio desaparezca», así como los efectos que produjo (art. 1746 CCC⁴²⁷; salvo para el objeto o causa ilícitos conocidos en los que no cabe la repetición, art. 1525 CCC⁴²⁸)⁴²⁹. Además, por regla general, «[e]l decreto de nulidad también da lugar, [...], a la acción reivindicatoria contra los terceros» (art. 1748 CCC⁴³⁰)⁴³¹.

Y en respuesta a la pregunta 16, hay nulidad absoluta, «[s]i el negocio se celebra por una persona con discapacidad absoluta, si el contrato tiene un objeto o una causa ilícitos, o si en él se omiten las solemnidades o formalidades que la ley exige para el valor de algunos actos en atención a su naturaleza (que no solemnidades constitutivas)»⁴³². Hay *nulidad relativa*, «si el negocio se celebra por una persona con discapacidad relativa, si el consentimiento de una de las partes ha sido expresado por error, fuerza o dolo, o si se omiten solemnidades o formalidades que la ley pide para el valor de algunos actos en atención al estado o calidad de una de las partes»⁴³³.

aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes./ [...]» (v. también, *op. cit.*, p. 251).

«El término de prescripción extraordinaria, que hoy es de diez años, sana la nulidad absoluta, mientras que la relativa se sana en cuatro años si se trata de un contrato civil o en dos años si es uno mercantil» (*op. cit.*, p. 251; arts. 1742, 1750 CCC, 900.II del Código de comercio).

⁴²⁷ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249.

Artículo 1746 CCC: «Efectos de la declaración de nulidad./La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita./ En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

⁴²⁸ Artículo 1525 CCC: «Sanción por causa u objeto ilícito/ No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas».

⁴²⁹ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249.

⁴³⁰ Artículo 1748 CCC: «Efectos de la nulidad respecto de terceros/ La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

⁴³¹ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS(2012) p. 249.

⁴³² ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 251.

⁴³³ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 251.

5.2.4 EL INFORME DE CHILE

[127] Para la *pregunta 7* se señala, que es «frecuente en la doctrina la distinción entre elementos de existencia y elementos de validez del negocio jurídico. Haciendo pie en el artículo 1445 del CC [CCCh]⁴³⁴, Luis Claro Solar ha señalado que es posible distinguir requisitos de existencia y de validez. En el supuesto específico de los contratos la distinción se formula al abrigo de los artículos 1444⁴³⁵ y 1681⁴³⁶, referido el primero a los requisitos de existencia y el segundo a los de validez. Son requisitos de existencia aquellos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. Son de validez aquéllos que la ley prescribe para el valor del mismo contrato, según la calidad o estado de las partes»⁴³⁷.

[128] Para las *preguntas 9 y 10* –respondidas conjuntamente– se indica que «[e]l objeto y la causa se han considerado como requisitos de existencia de los contratos; el objeto lícito y la causa lícita como requisitos de validez»⁴³⁸. Para «la falta de objeto [...] se ha estimado que la destrucción del inmueble arrendado priva al contrato de arrendamiento de objeto», y «si el inmueble objeto de un remate no se encuentra suficientemente determinado esto determina la nulidad absoluta de la adjudicación por falta de objeto»⁴³⁹. Sobre el objeto ilícito, «no existe definición», limitándose el Código civil «a enunciar supuestos de ilicitud del objeto», si bien «el artículo 1461 [CCCh] dispone que si el objeto es un hecho, debe ser moralmente posible; y no lo es aquél “prohibido por las leyes, o

⁴³⁴ Artículo 1445 CCCh: «Para que una parte se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1.º que sea legalmente capaz; 2.º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.º que recaiga sobre un objeto lícito; 4.º que tenga una causa lícita./ La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra».

⁴³⁵ Artículo 1444 CCCh: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la *esencia* de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la *naturaleza* de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son *accidentales* a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales».

⁴³⁶ Artículo 1681 CCCh: «Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes./ La nulidad puede ser absoluta o relativa».

⁴³⁷ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 305.

⁴³⁸ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 307.

⁴³⁹ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) pp. 307-308.

contrario a las buenas costumbres o al orden público”»⁴⁴⁰. Se destaca que no es fácil encontrar sentencias de los tribunales superiores referidas al objeto ilícito y que los artículos 1462 a 1466 CCCh enuncian los supuestos de objeto ilícito, mereciendo «especial consideración, por la frecuencia con que se utiliza ante los tribunales, el numeral 3 del artículo 1464»⁴⁴¹.

[129] En cuanto a las *preguntas 15 y 16* –también respondidas conjuntamente– se apunta que para «la invalidez, la primera duda que se presenta es respecto a la inexistencia. *En términos teóricos se acepta que existen requisitos de existencia y validez de los contratos, lo que, en cambio, se discute qué consecuencia produce la omisión de un requisito de existencia: la inexistencia del contrato o su nulidad absoluta.* La discusión clásica del problema, entre la postura de Arturo Alessandri Rodríguez y Luis Claro Solar, en general, reposa sobre argumentos de corte exegético. En trabajos posteriores los autores parecen plantear el tema de la inexistencia de dos formas. Por una parte, caracterizándola no sólo *según el requisito omitido* sino que, además, según si el negocio produjo o no alguna apariencia de eficacia y, por otra parte, vinculando la inexistencia a la idea de nulidad del pleno derecho»⁴⁴² (cursiva mía). En nota a pie de página 65 se aclara *esa omisión de un requisito de existencia*, «[e]s decir, si *falta* consentimiento, objeto, causa o las solemnidades establecidas para la existencia del contrato» (cursiva mía)⁴⁴³.

⁴⁴⁰ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 308. Artículo 1461 CCCh: «No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género./ La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla./ Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

⁴⁴¹ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) pp. 308-309. De esos artículos 1462 a 1466 CCCh, interesan: artículo 1462 CCCh: «Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto»; artículo 1464 CCCh: «Hay un objeto ilícito en la enajenación:/ 1.º De las cosas que no están en el comercio;/ 2.º De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;/ 3.º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;/ 4.º De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio».

⁴⁴² BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) pp. 316-317; v. también p. 305; añaden, en «las decisiones de los tribunales superiores de justicia, la tendencia parece ser a considerar que la inexistencia no es acogida por el sistema del *Código civil*» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 317; interesante la nota 69 en esa p. 317).

⁴⁴³ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 316.

[130] El «principal régimen» de la *invalidéz* es la *nulidad*, distinguiendo el Código civil la «absoluta y [la] relativa» —«la distinción más relevante»—⁴⁴⁴.

A la *nulidad absoluta* se la ha definido «como “la sanción impuesta por la ley a la omisión de los requisitos prescritos para el valor de un acto o contrato en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las partes que lo ejecutan o acuerdan”./ Dicha definición se desprende del artículo 1682⁴⁴⁵. En general, se asume que la nulidad absoluta tutela el interés general de la sociedad, por esta razón es que su legitimidad activa es bastante amplia, que puede ser declarada por el juez de oficio, que no puede ser ratificada por las partes y que el lapso de la prescripción extintiva es considerablemente superior al de la nulidad relativa. *Con respecto a las causales, se ha señalado que son:* el objeto ilícito, *la falta de objeto*, la causa ilícita, la falta de causa, la omisión de ciertas formalidades exigidas en consideración a la naturaleza del contrato que se celebra, la falta de voluntad o consentimiento y las incapacidades especiales para ejecutar ciertos actos» (cursiva mía)⁴⁴⁶.

Y a la *nulidad relativa* se la ha definido «como/ “la sanción legal impuesta a las omisiones de los requisitos prescritos por la ley para la validez del acto o contrato en consideración a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan”» (cursiva mía)⁴⁴⁷. Su fundamento «se encontraría determinado por el interés particular de determinadas personas, no obstante, de forma mediata, también es posible reconocer un interés social en la protección de esas personas. Este énfasis en la situación de los contratantes determina sus principales diferencias con el régimen de la nulidad absoluta; así, por ejemplo, sus restricciones en términos de legitimidad activa, su menor plazo de prescripción,

⁴⁴⁴ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 317.

⁴⁴⁵ Artículo 1682 CCCh: «La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades *absolutas*./ Hay asimismo *nulidad absoluta* en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces./ Cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa*, y da derecho a la rescisión del acto o contrato».

⁴⁴⁶ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 318; en nota 72 se indica: «[l]os supuestos de *falta de objeto* y falta de voluntad resultan *discutibles*. Si se asume que el *Código Civil* acoge la inexistencia entonces constituirían causales de inexistencia. No parece haber sido la opinión de los tribunales nacionales» (cursiva mía).

⁴⁴⁷ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 319.

y la posibilidad de convalidar el acto anulable por ratificación. En cuanto a las causales. A diferencia de la nulidad absoluta, el régimen de la relativa carece de una enumeración taxativa. Como ha sugerido la doctrina y los tribunales, la nulidad relativa es la regla general, a pesar de lo anterior, suelen señalarse como causales de nulidad relativa los vicios del consentimiento, la lesión enorme, los actos de los relativamente incapaces, la infracción a las limitaciones en la administración de los bienes asociadas al régimen de bienes de familia y la omisión de otras formalidades habilitantes»⁴⁴⁸.

5.2.5 EL INFORME DE PARAGUAY

[131] Según el artículo 673 del Código civil de Paraguay (CCP), los *requisitos esenciales del contrato* son el consentimiento o acuerdo de las partes, el objeto y la forma cuando la prescriba la ley⁴⁴⁹. Para el objeto, el artículo 299 CCP ordena que no puede ser objeto de los actos jurídicos lo que no está dentro del comercio, lo incluido en una prohibición legal, y los *hechos imposibles*, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres o que perjudiquen derechos de terceros⁴⁵⁰. Los autores del informe reagrupan los incisos de ese artículo 299 CCP «para que su exposición no se

⁴⁴⁸ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 319. Por otro lado, la nulidad absoluta y la relativa «precisan de declaración judicial para producir sus efectos, los cuales operan de forma retroactiva. Así se desprende de la letra del artículo 1687 del CC» (*op. cit.*, p. 319).

⁴⁴⁹ Artículo 673 CCP: «Son requisitos esenciales del contrato: / a) el consentimiento o acuerdo de las partes; / b) el objeto; y / c) la forma, cuando fuere prescrita por la ley bajo pena de nulidad»; DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 403.

⁴⁵⁰ Artículo 299 CCP: «No podrá ser objeto de los actos jurídicos: / a) aquello que no esté dentro del comercio; / b) lo comprendido en una prohibición de la ley; y / c) los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de terceros. / La inobservancia de estas reglas causa la nulidad del acto y de igual modo, las cláusulas accesorias que, bajo la apariencia de condiciones, contravenga lo dispuesto por este artículo».

DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ señalan que la redacción del artículo 299 CCP «no está exenta de reparos» [(2012) p. 410]; se muestran críticos con el artículo, que «de forma desordenada se refiere a lo que no podrá ser objeto del acto jurídico. En parte, repite el precepto del art. 9.º del Código, en el sentido de que los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. / Por lo demás, omite un requisito esencial de los actos jurídicos en general, [...]: la necesidad de que el objeto sea determinado o al menos determinable. / En lo que hace al inc. b) [...], esta disposición es una afirmación vacía de contenido; una simple remisión en blanco a otras disposiciones particulares que dispongan la prohibición. [...] / Por último, otra crítica debe hacerse al inc. c) del art. 299, que se refiere a hechos –ilícitos, contrarios a la moral y las buenas costumbres–, los cuales, como se vio, nunca son objeto del acto jurídico, sino medios para su consecución –contenido–» (*op. cit.*, pp. 410-411).

aparte de la doctrina tradicional, que señala, casi de manera uniforme, los caracteres que no puede reunir el objeto de los actos jurídicos: a) *no debe ser imposible*;/ b) *no debe ser indeterminable*;/ c) *no debe ser ilícito*; d) *no debe contrariar el orden moral*» (cursiva del original)⁴⁵¹.

[132] En la *imposibilidad* se distingue la *física* y la *jurídica*⁴⁵². En la *física*, «el hecho debe ser absolutamente irrealizable, como, por ejemplo, un viaje a otra galaxia, o los clásicos ejemplos de tocar el cielo con las manos, o de transformar por medios químicos metales comunes en oro, etcétera./ No basta con que sea imposible para un determinado sujeto que, por ejemplo, se haya comprometido a efectuar un cuadro o una escultura sin tener aptitudes artísticas. En este último caso, quien se comprometió deberá, en todo caso, indemnizar daños y perjuicios. Avala esta solución doctrinaria el art. 694 del *Código civil*, cuya aplicación no debe reducirse a los contratos, sino debe hacerse extensiva a los actos en general» (cursiva del original)⁴⁵³. La *imposibilidad jurídica* «tiene relación con prohibiciones de la ley»⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 411.

⁴⁵² DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 411.

⁴⁵³ Artículo 694 CCP: «La imposibilidad de la prestación no impedirá la validez del contrato si dicha imposibilidad pudiera ser suprimida y el contrato hubiere sido concluido para el caso de que la prestación fuere posible./ Si una prestación imposible fuere subordinada a una condición suspensiva o a un plazo suspensivo, el contrato será válido si la imposibilidad es suprimida antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo». DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 411.

⁴⁵⁴ El texto continúa: «Así, por ejemplo, no se concibiría una hipoteca sobre bienes muebles (argumento artículo 2356), o una prenda sobre inmuebles (argumento art. 2294); existe una imposibilidad jurídica para ello, por expresas o implícitas disposiciones legales que así lo disponen. Por igual razonamiento, tampoco podría constituirse enfiteusis o anticresis, figuras no previstas en nuestra legislación civil, desde que los derechos reales sólo pueden ser estatuidos por ley (art. 1953)./ Para la doctrina más aguda, sólo en caso de imposibilidad física cabría hablar de imposibilidad del objeto, puesto que si existe imposibilidad jurídica, habría ilicitud propiamente dicha; vale decir, el objeto será inidóneo por ilícito –y no por imposibilidad jurídica–» [DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 411].

En el informe se mencionan, además, las imposibilidades *absoluta/relativa, total/parcial, inicial/sobrevvenida*: «En su aspecto subjetivo, la imposibilidad puede ser absoluta o relativa. Si es absoluta, nadie, ningún sujeto puede cumplir el objeto, como ocurre con el ejemplo del viaje a otra galaxia; si es simplemente relativa, la imposibilidad sólo hace relación a un sujeto determinado: obra de arte a quien no es pintor, etcétera, lo cual importa a los efectos de establecer la responsabilidad por incumplimiento de quien ignoraba la imposibilidad relativa del obligado. En su aspecto objetivo, la imposibilidad puede ser total o parcial: *total, si el objeto no existe, en cuyo caso el acto será nulo*; si es parcial puede producir efectos, como en la compraventa en que se puede demandar la parte del objeto que existiese con una disminución del precio [...]. *Esto hace por supuesto a la imposibilidad al momento del acto*, y no sobrevvenida, en cuyo caso estamos ante una ineficacia sobreviniente [...]» (cursiva mía; *op. cit.*, nota 123 en p. 412; los autores apoyan lo anterior en Zannoni).

[133] Se diferencia la *nulidad* y la *anulabilidad*⁴⁵⁵. «Para el *Código Civil*, los actos nulos son aquellos que atentan contra el orden público, contra el interés general. Esto hace que el ordenamiento sea sumamente duro a su respecto, en el sentido de que los priva, por completo, de la producción de sus efectos propios, y de que admite, incluso, que la invalidez pueda ser declarada de oficio por el juez; además, están facultados a pedir la nulidad todos los interesados en ella –y el Ministerio Público–, y la acción es imprescriptible (arts. 356, 359, y 658 del *Código Civil*)./ Todas estas consecuencias hacen que se afirme que el acto nulo está condenado a muerte» (cursiva del original)⁴⁵⁶. De conformidad con el artículo 357 CCP, «son actos nulos los actos de incapaces por falta de discernimiento; los que tengan objeto ilícito; los que violen la formalidad *ad solemnitatem*; aquellos en que el instrumento solemne sea nulo, y los derivados de simulación o fraude presumido por la ley»⁴⁵⁷.

Y «son sólo *anulables* aquellos actos que, si bien en su formación transgreden el ordenamiento jurídico, sólo afectan un interés particular de a quien perjudica la irregularidad./ Por eso los actos anulables se reputan válidos hasta tanto sean anulados, lo que, por su parte, sólo podrá ocurrir a instancia de la persona cuyos intereses se vean afectados por la irregularidad, o sus representantes legales, y siempre que así lo opten (arts. 356, 359 del *Código Civil*), pudiendo muy bien ocurrir lo contrario: que luego de desaparecidos los vicios, el afectado confirme el acto, que producirá, como consecuencia, plenos efectos (art. 366 y ss. del *Código*

⁴⁵⁵ «Ya no subsisten en la regulación del *Código* las nulidades absolutas y relativas; o mejor, ellas pasan a equivaler, respectivamente, a lo que el *Código Civil* trata como actos nulos o anulables. Es clara la exposición de motivos al respecto:/ “...la Comisión ha recogido las observaciones formuladas a la doble clasificación de las nulidades en actos nulos y anulables y nulidades absolutas y relativas, que tanta discrepancia ha traído y sigue trayendo desde la época de los primeros comentaristas del *Código* hasta nuestros días y ha simplificado la clasificación dejándola en las categorías de actos nulos y anulables”./ Sin embargo, [...] ha habido opiniones, incluso en publicaciones, de que subsistirían en el *Código* las categorías de nulidades absolutas y relativas» [DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 439; v. también p. 441]; «[e]l *Código Civil* paraguayo, siguiendo las legislaciones más ponderadas, ha simplificado la nebulosa regulación de las nulidades en el *Código* anterior. Deja de ser “la selva oscura del derecho civil” para ser –no caben dudas– una materia compleja, pero nunca oscura» (*op. cit.*, pp. 437-438); las cursivas, del original.

⁴⁵⁶ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 438.

⁴⁵⁷ Artículo 357 CCP: «Es nulo el acto jurídico:/ a) cuando lo hubiere realizado un incapaz por falta de discernimiento;/ b) si el acto o su objeto fueren ilícitos o imposibles;/ c) en caso de no revestir la forma prescripta por la ley;/ d) si dependiendo su validez de la forma instrumental, fuese nulo el instrumento respectivo; y/ e) cuando el agente procediese con simulación o fraude presumidos por la ley» (cursiva mía). DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 438; v. también la nota 242, en pp. 438-439.

Civil)./ El acto, antes que condenado a muerte, está herido. Su confirmación lo sanará; la acción de anulación lo aniquilará por completo» (cursiva del original)⁴⁵⁸. Según el artículo 358 CCP, «son anulables los actos celebrados mediante una incapacidad accidental; los efectuados por incapaces de hecho con discernimiento (menores de catorce años); los hechos con error, dolo, violencia, simulación; aquéllos en que el instrumento solemne sea anulable, y los celebrados en contravención a prohibición de vender»⁴⁵⁹.

5.2.6 EL INFORME DE URUGUAY

[134] En respuesta a la *pregunta 7*, en la doctrina y en la jurisprudencia uruguayas hay *dos «posiciones»* basadas «en las mismas normas» del Código civil de Uruguay (CCU) –entre las que destacan los arts. 1261⁴⁶⁰ y 1560⁴⁶¹ CCU– y con «construcciones teóricas diferentes» (cursivas mías)⁴⁶².

Una «que podría llamarse clásica, sostiene que existen *elementos esenciales* del contrato (consentimiento, capacidad, objeto y causa) y *requisitos de validez* del contrato (ausencia de vicios del consentimiento; solemnidad; determinación, posibilidad y licitud del objeto; licitud de la causa)» (cursiva mía)⁴⁶³. «En esta línea doctrinaria *no se diferencia la nulidad absoluta de la inexistencia*./ Si falta alguno de los *elementos esenciales* del contrato, éste es *nulo de manera absoluta*. Si falta alguno de los *requisitos de validez*, el

⁴⁵⁸ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 438.

⁴⁵⁹ Artículo 358 CCP: «Es anulable el acto jurídico: a) cuando el agente obrare con incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallare privado de su razón; b) cuando ejecutado por un incapaz de hecho, éste tuviese discernimiento; c) si estuviese viciado de error, dolo, violencia o simulación; d) cuando dependiendo su validez de la forma instrumental, fuese anulable el instrumento respectivo; y e) si fuese practicado contra la prohibición general o especial de disponer, dictada por juez competente». DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 439.

⁴⁶⁰ Artículo 1261 CCU: «Para la validez de los contratos son esenciales los cuatro requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de partes./ 2.º Capacidad legal de la parte que se obliga./ 3.º Un objeto lícito y suficientemente determinado que sirva de materia de la obligación./ 4.º Que sea lícita la causa inmediata de la obligación./ Esto se entenderá sin perjuicio de la solemnidad requerida por la ley en ciertos contratos».

⁴⁶¹ Artículo 1560 CCU: «La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen, son nulidades absolutas./ Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces./ Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la anulación del acto o contrato».

⁴⁶² DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 499.

⁴⁶³ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 499.

contrato es nulo, pudiendo serlo absoluta o relativamente, según el vicio que afecte al contrato» (cursiva mía)⁴⁶⁴.

Y la otra «segunda posición, originada en los desarrollos de Cafaro, y Carnelli *distingue presupuestos de existencia y elementos estructurales del contrato, y los requisitos de validez*» (cursiva mía)⁴⁶⁵. «Los *elementos estructurales* son el consentimiento, el objeto, y la causa» y «[s]u ausencia produce la *inexistencia* del contrato» (cursiva mía)⁴⁶⁶. Esos «elementos estructurales, a su vez, presentan requisitos de validez. Los requisitos de validez del consentimiento son [...]»⁴⁶⁷. Los requisitos de validez del objeto son la determinación, la posibilidad y la licitud. [...]»⁴⁶⁸, y la ausencia de los requisitos de validez determina «la nulidad absoluta o relativa, según el caso, del contrato»⁴⁶⁹.

[135] *Para el objeto*, teniendo presente lo preguntado en la *pregunta 9*, el informe se refiere a su ilicitud y se indica que «[l]a doctrina y la jurisprudencia están contestes en que el objeto ilícito es aquél prohibido por la ley, contrario al orden público o a las buenas costumbres, de acuerdo con lo que surge de la coordinación de los artículos 1284 y 1287 del CC»⁴⁷⁰; «[e]l objeto ilícito es causa de nulidad absoluta del contrato» (art. 1560. I CCU)⁴⁷¹.

⁴⁶⁴ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 499; v. también p. 515.

⁴⁶⁵ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500.

⁴⁶⁶ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500; el contrato «al no contar con un elemento básico de su estructura, no se llega a formar. El contrato es inexistente, pues nunca se llegó a formar» (*op. cit.*, p. 500). Y sobre «[l]os presupuestos de existencia [estos] deben darse antes del contrato para que éste tenga existencia. Son la capacidad jurídica –que, en principio, tienen todos los seres humanos– y el poder normativo negocial. Este último es el derecho de los sujetos a autorregular sus conductas por medio del negocio jurídico» (*op. cit.*, p. 500).

⁴⁶⁷ Los puntos suspensivos son: «la declaración de acuerdo con la forma prevista legalmente (solemnidad), la capacidad de las partes y la ausencia de vicios» [DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500].

⁴⁶⁸ El texto continúa: «El requisito de validez de la causa es la licitud»; DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500.

⁴⁶⁹ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500.

⁴⁷⁰ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 502; artículo 1284 CCU: «Los hechos son imposibles física o moralmente./ Es físicamente imposible el hecho que es contrario a la naturaleza./ Es moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público»; artículo 1287 CCU: «En todo contrato oneroso, es causa para obligarse cada parte contratante, la ventaja o provecho que le procura la otra parte./ Si el contrato es gratuito, la causa se encuentra en la mera liberalidad del bienhechor». Más allá del informe, el artículo 1283 CCU: «No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas a lo menos en cuanto a su género./ La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla./ Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes»; y el artículo 1286 CCU: «Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Oriental. Así la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes orientales, es nula por el vicio del objeto».

⁴⁷¹ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 502.

[136] Para la *pregunta 15* se indica (se recuerda) que «[l]a doctrina tradicional ha considerado que un contrato *inexistente es nulo absolutamente*» (cursiva mía)⁴⁷². Y «[u]na doctrina posterior ha considerado que se debe *distinguir* la inexistencia de la nulidad absoluta» (cursiva mía)⁴⁷³. *Para esta última doctrina*, «[l]a inexistencia es una categoría lógica y no requiere de su consagración legal. Se produce cuando falta uno de los presupuestos de existencia del contrato (capacidad jurídica y poder normativo negocial) o falta alguno de los elementos estructurales del contrato (consentimiento, objeto y causa)./ Para esta línea de pensamiento, cuando falta alguno de los requisitos de validez de los elementos estructurales, se produce la nulidad del contrato»⁴⁷⁴.

[137] «En el Derecho uruguayo, se prevén dos clases de nulidad: la absoluta y la relativa»⁴⁷⁵.

De conformidad con el artículo 1560 CCU, la nulidad absoluta tiene lugar «en caso de incapacidad absoluta de alguna de las partes, por la falta de solemnidad cuando ésta es requerida por la ley, y por objeto o causa ilícita. *En todos los demás casos, la nulidad es relativa*» (cursiva mía)⁴⁷⁶. «La doctrina tradicional ha señalado que también produce su nulidad absoluta la falta de alguno de los elementos esenciales del [...] [contrato], el objeto indeterminado y el objeto imposible» (cursiva mía)⁴⁷⁷. «Para la posición contraria

⁴⁷² DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 512; se añade: «[d]entro de esta posición, se dan, a su vez, dos posturas. Para una de ellas, la inexistencia, que se equipara a la nulidad absoluta, se da en los casos en que falta uno de los elementos esenciales del contrato. Para la otra, siempre que el contrato es nulo absolutamente es inexistente, pues “lo nulo en forma absoluta, no existe”» (*op. cit.*, pp. 512-513).

⁴⁷³ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 513.

⁴⁷⁴ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 513; «Una segunda posición afirma que la inexistencia y nulidad son figuras diferentes. Para que algo sea nulo, primero debe existir. Como consecuencia, es necesario determinar, en una primera etapa, si el contrato ha llegado a existir o no. Si no ha tenido existencia y se han ejecutado prestaciones como si la tuviera, entonces no se aplican las normas de la nulidad absoluta, sino las del pago de lo indebido./ Dicho cuasicontrato opera en caso de cumplimiento de una obligación que se cree existe, pero que, en realidad, no existe. Ese supuesto se da en caso de inexistencia del contrato y ejecución de prestaciones./ Quien ha cumplido equivocadamente, tiene derecho a la restitución contra el que recibió la prestación y terceros de buena fe a título gratuito o de mala fe a título oneroso (art. 1318 del CC)/ iii) En conclusión: La distinción tiene relevancia en la restitución de prestaciones hechas. Si la inexistencia se equipara a la nulidad absoluta [la tesis/posición tradicional] se aplica el régimen del art. 1565 inc. 2 del CC, por el cual se puede ir contra los terceros de buena o mala fe. En cambio, si a la inexistencia se aplica el pago de lo indebido, no hay acción contra terceros de buena fe a título oneroso (art. 1318 CC)» (*op. cit.*, p. 515; v. también pp. 516-517).

⁴⁷⁵ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 513; v. también p. 516.

⁴⁷⁶ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) pp. 513-514; v. también p. 516; para el artículo 1560 CCU, *supra* nota 461.

⁴⁷⁷ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 514; el texto sigue: «Según dicha línea de pensamiento, también causa la nulidad absoluta la falta de legitimación recepticia, la cual se da cuando el sujeto tiene prohibido contratar (por ejemplo, prohibición de donación o compraventa entre cónyuges)» (*op. cit.*, p. 514). V. también *op. cit.*, p. 516.

a ésta, a la cual ya hemos hecho referencia antes, los supuestos en los cuales falta alguno de los elementos del contrato configura un supuesto de inexistencia» (cursiva mía)⁴⁷⁸.

La nulidad relativa «[s]e da en los supuestos de incapacidad relativa (menores púberes), de vicios del consentimiento (error, violencia o dolo) y en todos aquellos casos en que el contrato es afectado por un vicio que no sea alguno de los previstos por el artículo 1560 del *Código Civil* como causantes de nulidad absoluta» (cursiva del original)⁴⁷⁹.

5.2.7 EL INFORME DE VENEZUELA

[138] Para la pregunta 7, «[s]egún el artículo 1141 del *Código Civil* [de Venezuela; CCV] son condiciones de “existencia” de los contratos el “consentimiento de las partes”, el “objeto que pueda ser materia de contrato”; y una “causa lícita”⁴⁸⁰. [Y] [s]egún el artículo 1142 del mismo *Código*, el contrato puede ser “anulado... por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y por vicios del consentimiento”⁴⁸¹. Como puede verse, *se distingue en el Derecho Positivo venezolano entre las condiciones de existencia y las nulidades del contrato*» (cursiva mía, salvo la de *Código Civil*)⁴⁸². «Es cierto que el *Código Civil* venezolano plantea algunas diferencias en relación con la típica clasificación de la *teoría clásica* de las nulidades. *De conformidad con dicha teoría*, la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades, conforman los elementos de existencia; mientras que los elementos de validez comprenden: la voluntad sin vicios, el objeto lícito, la causa lícita y la capacidad. La distinción radica entonces, en que el *Código Civil* venezolano considera el objeto ilícito y la causa ilícita como causales de inexistencia o de nulidad absoluta y no de

⁴⁷⁸ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 514; el texto sigue: «Lo mismo sucede en los casos de falta de poder normativo negocial, es decir, cuando se ha privado al individuo del derecho a celebrar un contrato, así como de falta de capacidad jurídica» (*op. cit.*, p. 514). V. también *op. cit.*, p. 516.

⁴⁷⁹ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 514; «Según lo señala el artículo 1568 del *Código Civil*, la acción de anulación correspondiente a la nulidad relativa debe ser instaurada en el plazo de cuatro años. Si no se acciona dentro de dicho lapso, prescribe la acción de anulación y los efectos del contrato relativamente nulo quedan firmes» (*op. cit.*, p. 514); «la nulidad relativa se subsana por el transcurso del lapso de cuatro años, contándose en caso de violencia, desde el día que hubiere cesado; en el caso de error o dolo, desde la celebración del contrato y en el caso de incapacidad relativa, desde el día que haya llegado a la mayoría de edad (artículo 1568 del CC)» (*op. cit.*, p. 516); v. también *op. cit.*, pp. 505-506. Para el artículo 1560 CCU, *supra* nota 461.

⁴⁸⁰ Artículo 1141 CCV: «Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: / 1.ª—Consentimiento de las partes; / 2.ª—Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3.ª—Causa lícita».

⁴⁸¹ Artículo 1142 CCV: «El contrato puede ser anulado: / 1.º—Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y / 2.º—Por vicios del consentimiento».

⁴⁸² ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 577.

nulidad relativa» (cursiva mía, salvo la de Código civil)⁴⁸³. *Ahora bien, aunque en «el Derecho Positivo venezolano se acoge [...] la distinción clásica entre elementos de existencia y de validez, la doctrina venezolana actual, casi en su mayoría, se acoge a la doctrina moderna de las nulidades»* (cursiva mía)⁴⁸⁴. Y «[e]l carácter absoluto o relativo de la nulidad viene determinado, no por la gravedad del defecto en la configuración de los *elementos de formación del contrato, sino por el interés colectivo o individual que tiene como finalidad proteger la norma que prescribe la nulidad*» (cursiva mía)⁴⁸⁵.

[139] En cuanto al *objeto –pregunta 9–* «[e]l Código Civil venezolano se aproxima al objeto del contrato, de la misma manera que lo hacía el Código italiano de 1865 y el Código Civil francés, en sus artículos 1108, 1126, 1127, 1128, 1129 y 1130»⁴⁸⁶. Se señala que «existe consenso en los [...] [requisitos] tradicionales del objeto, como lo son: la posibilidad, la licitud y el carácter determinado o determinable de la prestación. *Si el objeto desde su origen es de imposible realización, y esta imposibilidad es absoluta, el interés del acreedor nunca podrá ser satisfecho y, por tanto, la obligación imposible no tiene razón de existir, se dice, entonces, que nadie puede estar obligado a realizar lo imposible. Un objeto imposible no es uno que pueda ser objeto del contrato*» (cursiva mía)⁴⁸⁷.

[140] Y para la *pregunta 15*, se recuerda que «la doctrina venezolana [...] *acoge [...] la moderna doctrina francesa de las nulidades*» (cursiva mía)⁴⁸⁸. «La clasificación bipartita de la nulidad como absoluta y relativa se mantiene, pero *no* en atención a la gravedad de la falta, *sino al interés que la norma que impone la sanción de nulidad tiene como fin proteger. Así, será absoluta si el fin que persigue la norma es proteger el orden público y las buenas costumbres, y será relativa, si la norma persigue la protección de los intereses particulares de alguno de los contratantes. Por ello, la ilicitud del objeto o de la causa debe ser sancionada con nulidad absoluta, mientras que la ausencia de causa o la causa falsa, los defectos del objeto distintos de su ilicitud, la falta de capacidad y los vicios del consentimiento acarrearán la nulidad relativa del contrato.* / Se des-

⁴⁸³ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 577.

⁴⁸⁴ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 577; «[...] puede decirse que se ha abandonado la teoría clásica de las nulidades basada en su consideración como “condición” de acto» (*op. cit.*, p. 577).

⁴⁸⁵ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 577.

⁴⁸⁶ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 580; para algunos aspectos del Derecho francés *antes* de su reforma por *Ordonnance* n.º 2016-131 *infra* [272]-[273].

⁴⁸⁷ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 581. Artículo 1155 CCV: «El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable»; artículo 1156 CCV: «Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo disposición especial en contrario./ [...]».

⁴⁸⁸ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 593.

echa, de esta manera, la teoría de la inexistencia por contradictoria e inútil, así como la aplicación de la nulidad absoluta a la falta de un elemento esencial del contrato» (cursiva mía)⁴⁸⁹.

5.3 La imposibilidad inicial en los PLDC: ¿una regulación tradicional o moderna?

[141] Teniendo presente lo expuesto en los anteriores informes de los Derechos nacionales latinoamericanos, interesan los artículos 9, 38, 41, 43, 46 y 49 PLDC, ubicados en diferentes Capítulos y Secciones.

Artículo 9 PLDC: «*Elementos del contrato* [cursiva, negrita en el original]

Son elementos esenciales para la formación del contrato el consentimiento, el objeto y la causa» (en el Capítulo 2 «Formación del contrato», Sección 1 «Definición y elementos del contrato»).

Artículo 38 PLDC: «*Objeto del contrato* [cursiva, negrita en el original]

(1) El objeto del contrato debe ser determinado o determinable, posible y lícito.

(2) Es ilícito el prohibido por la ley, contrario a las buenas costumbres o al orden público» (en el Capítulo 2 «Formación del contrato», Sección 5 «Objeto, causa y solemnidades del contrato»).

Artículo 41 PLDC: «*Nulidad absoluta y relativa* [cursiva, negrita en el original]

Los contratos que contravienen la ley, el orden público o las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta. Son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas» (en el Capítulo 3 «Nulidad del contrato»).

Artículo 43 PLDC: «*Legitimación* [cursiva, negrita en el original]

La nulidad absoluta debe ser pronunciada por el juez, aun sin mediar petición de parte. Puede también ser alegada por cualquier interesado, aunque no haya sido parte en el contrato» (en el Capítulo 3 «Nulidad del contrato», Sección 1 «Nulidad absoluta»).

Artículo 46 PLDC: «*Legitimación* [cursiva, negrita en el original]

La nulidad relativa sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece. Puede ser saneada por convalidación del contrato y por prescripción de la acción» (en el Capítulo 3 «Nulidad del contrato», Sección 2 «De la nulidad relativa»).

⁴⁸⁹ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) pp. 593-594; v. también pp. 594-595.

Artículo 49 PLDC: «*Opción con los medios de tutela* [cursiva, negrita en el original]

La parte que tenga derecho a demandar la nulidad del contrato y, al mismo tiempo, pueda ejercer alguno de los medios de tutela por incumplimiento, podrá optar entre aquella y éstos» (en el Capítulo 3 «Nulidad del contrato», Sección 2 «De la nulidad relativa»).

[142] *En mi opinión, los PLDC acogen un modelo tradicional* cuando disponen que los requisitos *esenciales* del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa (art. 9), y exigen que el objeto del contrato sea determinado o determinable, posible y lícito, prescribiendo que el objeto ilícito es el prohibido por la ley, el contrario a las buenas costumbres o al orden público (art. 38). *Con carácter general (de modo aproximativo), los PLDC no rompen con lo que sobre los requisitos del contrato y del objeto contractual puede leerse en los anteriores informes de los Derechos nacionales de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Uruguay, Paraguay y Venezuela (supra [119] ss.)*. Según De La Maza Gazmuri (2016), en «la noción de contrato y sus elementos esenciales [...] *prevaleció [en los PLDC] el ánimo continuista con el derecho contenido en los códigos latinoamericanos*», lo que corroboran sus artículos 8⁴⁹⁰ y 9, y esa «opción continuista en materia de elementos del contrato [...] ha provocado *que existan ciertas cuestiones que no han quedado claramente resueltas* [...] como [por] ejemplo, los casos de *imposibilidad originaria*, que pueden contemplarse como falta de objeto (art. 38.1 PLDC), pero que también encajan en algunos supuestos de error (art. 28 PLDC) y de incumplimiento (art. 79 PLDC)⁴⁹¹ cuyas consecuencias son diferentes» (cursiva mía)⁴⁹².

Por otro lado, *y en mi opinión, los PLDC* –en los que no aparece expresamente la categoría de la inexistencia del contrato– *adoptan, en parte, lo que viene conociéndose como una visión (una teoría) moderna de las nulidades*, en la cual la calificación de la nulidad como absoluta o relativa depende del interés protegido por la norma infringida (general/particular). Según el artículo 41 PLDC, la *nulidad absoluta* se aplica si el contrato contraviene la ley, el orden público o las buenas costumbres, y *la relativa*, cuando la ley impone esa sanción solo en protección de ciertas personas⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Artículo 8 PLDC: «*Definición del contrato* [cursiva, negrita en el original]/ El contrato es un acuerdo por el cual dos o más personas crean, transfieren, modifican o extinguen un vínculo jurídico de contenido económico».

⁴⁹¹ En la versión que manejo [octubre de 2015; *supra* [10] y [105] c)], el artículo 79 PLDC se refiere al lugar de cumplimiento, y los artículos 85 y ss. PLDC regulan el «Incumplimiento de las obligaciones contractuales».

⁴⁹² Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) pp. 996-997.

⁴⁹³ Cfr. con el Derecho venezolano *supra* [140], y [138], [139]), y con el vigente Derecho francés *infra* nota 967.

Los PLDC no contienen una/s norma/s en la/s que se especifique/n concretos supuestos a subsumir, unos en la nulidad absoluta, otros en la relativa. Según Severin Fuster (2016), el «artículo 41 PLDC, dedicado a describir los dos tipos de nulidad que se contemplan (relativa y absoluta) *ni siquiera ofrece una visión clara de en qué consiste cada una, o al menos, cuales son las causas de nulidad*» (cursiva mía)⁴⁹⁴.

Severin Fuster informa, además, de que «*inicialmente no estaba previsto incluir [en los PLDC] una regulación específica sobre la nulidad del contrato y sus efectos (la primera versión publicada de los PLDC no la contiene). En el primer borrador de los Principios, únicamente se hacía referencia a la nulidad relativa en supuestos de vicios del consentimiento*» (cursiva mía)⁴⁹⁵. Y «[l]a decisión de incorporar [a los PLDC] un capítulo dedicado a la nulidad fue tardía, [...], cuando ya se había avanzado mucho en la elaboración de los PLDC, y [ello] supuso un giro importante respecto a lo inicialmente planteado»⁴⁹⁶. «[E]n el grupo que elaboró los PLDC, se abrió una discusión *sobre [...] el alcance y contenido que debía tener la regulación de la nulidad en los PLDC [...]*» aprobándose finalmente «el texto que actualmente forma [en la versión de 2015 de los PLDC] el capítulo dedicado a la nulidad del contrato, aunque “varios artículos fueron aprobados *con prevención de ser necesaria una revisión de su redacción*”» (salvo la última cursiva, el resto mía)⁴⁹⁷.

Señalado lo anterior, ¿cómo solucionan jurídicamente los PLDC la imposibilidad inicial? ¿Acogen una solución tradicional –nulidad absoluta– o moderna –nulidad relativa, incumplimiento–?

⁴⁹⁴ Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 1001.

⁴⁹⁵ Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 1000; v. *ADC* (2014) pp. 244-246. En otro plano, SEVERIN FUSTER señala –según SAN MIGUEL PRADERA– «y, como novedad rupturista [de la primera versión publicada de los PLDC de 2013] con la tradición de los códigos decimonónicos (siguiendo muy de cerca lo previsto en los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR), se contemplaba su ejercicio extrajudicial, mediante notificación y también mediante demanda judicial o excepción», y «se abrió una discusión sobre [...] la nulidad extrajudicial» (*op. cit.*, p. 1000). El aludido artículo PLDC de la *versión de 2013* disponía: «La facultad de anular el contrato puede ejercerse extrajudicialmente, mediante notificación a la otra parte, con expresión de las razones en que se funde o por demanda judicial. También puede oponerse como excepción frente a la demanda de cumplimiento» [*ADC* (2014) p. 246]. En cambio, en la *versión de 2015* de los PLDC, su artículo 42 dispone: «La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción». En las *Jornadas sobre los PLDC* de 2016 [*supra* [105] c)], SAN MIGUEL PRADERA indica que la profesora JEREZ DELGADO «centró [su ponencia] en el análisis de la nulidad relativa regulada en los PLDC. La profa. Jerez lamentó que en su versión actual [la de 2015], los PLDC se hayan decantado en este punto por respetar la tradición codificada, especialmente, en el hecho de contemplar la nulidad como una “sanción” cuando realmente se trata de un “mecanismo de protección para una de las partes contratantes” y en el hecho de que no se haya admitido finalmente la posibilidad de su ejercicio extrajudicial, mediante notificación» (*op. cit.*, p. 1001).

⁴⁹⁶ Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 1000.

⁴⁹⁷ Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 1000.

[143] *En 2015* y en un trabajo sobre el error en los PLDC –arts. 28 a 31–, De La Maza Gazmuri afirmó que «–[...] [por] establecer [los PLDC] el centro de gravedad [del error relevante] no en sobre qué recae el error, sino en su importancia– habrá que asumir que, como sucede en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, equivocaciones sobre los elementos esenciales del contrato como el objeto o la causa ingresan en el campo operativo del error»⁴⁹⁸. Esa inclusión *en el error*, por parte de De La Maza Gazmuri, apunta a la solución de la *nulidad relativa* del contrato⁴⁹⁹. Por otro lado y *solo* para la *nulidad relativa* –no para la absoluta–, el artículo 49 PLDC permite, a quien «tenga derecho a demandar la nulidad del contrato y, *al mismo tiempo*, pueda ejercer algunos de los medios de tutela por incumplimiento» la posibilidad de optar por uno u otros (cursiva mía)⁵⁰⁰.

Cuando, en 2016, intervine en las *Jornadas de discusión y análisis* de los PLDC [*supra* [105] c)], tras referirme a la anterior tesis de De La Maza Gazmuri y a la reforma del *Code civil* por *Ordonnance* n.º 2016-131 (arts. 1128, 1163, 1178, 1179, 1181, *infra* [274]-[275]), sugerí un posible camino interpretativo alternativo, si se buscaba la calificación de la *nulidad relativa* del contrato para la imposibilidad inicial (física y absoluta), evitándose la calificación de la nulidad absoluta. Y la subsunción en la nulidad relativa podría justificarse en que ese es el régimen jurídico que corresponde aplicar, según el artículo 41, segunda regla, PLDC, «sólo en protección del interés de ciertas personas» (cursiva mía). Ante ello, De La Maza Gazmuri respondió que no creía que los PLDC se interpretaran como proponía, y más bien la interpretación sería la de ser supuesto de nulidad absoluta⁵⁰¹. Y ciertamente, la interpretación de

⁴⁹⁸ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 793; y en nota 11 (p. 793): «Respecto de los PECL ver Lando/Beale, *Principles*, p. 234», por lo que el autor remite al *Comment G* del artículo 4:103 PECL (*supra* [23] y oportunas notas); v. artículo 4:102 PECL.

⁴⁹⁹ En la versión de 2015 de los PLDC, no se indica expresamente que al error se le aplica el régimen de la nulidad *relativa*. Pero ha de entenderse que sí, pues: a) a los vicios del consentimiento se les ha aplicado tradicionalmente el régimen de la nulidad relativa (cfr. los informes nacionales latinoamericanos, *supra* [119] ss.); y b) en la primera versión publicada de los PLDC –la de 2013– para el error se decía «*El error anula el contrato: / [...]*», «*La parte que incurre en error no puede anular el contrato si [...]*» [cursiva del original] ADC (2014) pp. 244-245). En la versión de 2015 de los PLDC, para el error se emplea *solo* el término *nulidad* [arts. 29 (2) y 30 PLDC].

⁵⁰⁰ En la versión de 2013, los PLDC [ADC (2014)] no contenían la distinción nulidad absoluta/relativa (Severin Fuster, *supra* [142]) y *estaba el equivalente al hoy artículo 49 PLDC*.

⁵⁰¹ Tras las exposiciones de DE LA MAZA GAZMURI y mía, MORALES MORENO apuntó el dato de que, para el error en la declaración, los PECL, por ejemplo, aplican la anulabilidad y no la nulidad (art. 4:104; *supra* [17]). En otro plano, según el artículo 4 PLDC: «*Aplicación, interpretación e integración de los Principios* [cursiva, negrita en el original] [...] / (3) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes».

la nulidad absoluta sería más respetuosa con la tradición de los códigos civiles latinoamericanos⁵⁰². Seguramente, en el comentario oficial de los PLDC (*tercera tarea, supra* [106]) se esclarecerá la solución y su por qué, si bien he de reconocer que, manejando solo los anteriores expuestos datos, la balanza se inclina a la solución tradicional.

6. EL ERROR EN LOS PLDC

[144] En su exposición aplico el mismo esquema que he seguido para la imposibilidad inicial de los PLDC (*supra* [117]). Además me refiero a las diferentes dimensiones del error, según Morales Moreno.

6.1 La pregunta del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (2012)* que interesa para el error

[145] Es la número 11, situada en el apartado 4 «Validez y forma de los contratos» del cuestionario.

«PREGUNTA 11

Exponga el régimen del error con trascendencia anulatoria incluyendo, al menos, los supuestos de este tipo de error consagrados en el *Código civil* y los requisitos que ha exigido la doctrina y los tribunales. Indique, especialmente si existen diferencias entre el error unilateral y bilateral; si se encuentra consagrada –o reconocida– la inexcusabilidad [*sic*; excusabilidad] como requisito. Finalmente, ¿se utiliza con frecuencia el error como causal de nulidad del contrato?».

6.2 Las respuestas de los informes nacionales

6.2.1 EL INFORME DE ARGENTINA

[146] En el *derogado* Código civil de la República Argentina, se *admite* el error⁵⁰³ *de hecho*, y se *descarta* el de *derecho*

⁵⁰² V. los anteriores informes latinoamericanos, *supra* [119] ss.

⁵⁰³ «La metodología del *Código* en la materia está marcada por el art. 1157 que establece: “Lo expuesto en el título ‘de los Hechos’, de este libro, respecto a los vicios del consentimiento, tiene lugar en todos los contratos” en virtud del cual las precisiones establecidas respecto “De los hechos producidos por ignorancia o error”, “De los hechos producidos por dolo” y “De los hechos producidos por la fuerza y el temor”, son aplicables a la

(art. 923)⁵⁰⁴. Se *diferencia* el error *esencial* y el *accidental*, siendo solo relevante el esencial «a los efectos de la nulidad del acto» (art. 928 CCA⁵⁰⁵)⁵⁰⁶. En los errores esenciales –«categorías típicas de errores esenciales»⁵⁰⁷– se contemplan el que recae *sobre la naturaleza del negocio* (art. 924 CCA)⁵⁰⁸; *sobre la persona* (art. 925 CCA)⁵⁰⁹; *sobre la causa* (art. 926)⁵¹⁰; *sobre las cualidades esenciales de la cosa* (art. 926 *in fine*)⁵¹¹; y *sobre el objeto* (art. 927 CCA)⁵¹². Para que pueda haber invalidez, el error debe ser *excusable* (art. 929 CCA)⁵¹³.

[147] «*El sistema argentino no distingue al error obstativo, se circunscribe al concepto de error esencial, como error-vicio; pues no se lo distingue en su relevancia y consecuencias*» (cursiva mía)⁵¹⁴.

En el vigente *Código civil y comercial de la Nación* (*supra* [120]), en su Libro Primero «Parte general», Título IV «Hechos y

materia contractual» [cursiva mía; DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 60].

⁵⁰⁴ Artículo 923 CCA: «La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos»; DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 60; se advierte: «Sin embargo, cabe señalar como excepción a esta regla [del art. 923 CCA] el art. 784, que en materia de pago, a quien por error de hecho o derecho se creyere deudor, le concede la posibilidad de repetir» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 60).

⁵⁰⁵ Artículo 928 CCA: «El error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, a no ser que la calidad, erróneamente atribuida a la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte, o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquier otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición».

⁵⁰⁶ DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 60.

⁵⁰⁷ DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 60.

⁵⁰⁸ Artículo 924 CCA: «El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él».

⁵⁰⁹ Artículo 925 CCA: «Es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho».

⁵¹⁰ Artículo 926 CCA: «El error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto».

⁵¹¹ V. la nota que precede a esta.

⁵¹² Artículo 927 CCA: «Anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho».

⁵¹³ DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 61; artículo 929 CCA: «El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable».

⁵¹⁴ DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 61.

actos jurídicos», Capítulo 2 «Error como vicio de la voluntad», se dispone:

Artículo 265 CCCA: «Error de hecho. El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad».

Artículo 266 CCCA: «Error reconocible. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar».

Artículo 267 CCCA: «Supuestos de error esencial. El error de hecho es esencial cuando recae sobre:

- a. la naturaleza del acto;
- b. un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida;
- c. la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso;
- d. los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente;
- e. la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración».

Artículo 268 CCCA: «Error de cálculo. El error de cálculo no da lugar a la nulidad del acto, sino solamente a su rectificación, excepto que sea determinante del consentimiento».

Artículo 269 CCCA: «Subsistencia del acto. La parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrar».

Artículo 270 CCCA: «Error en la declaración. Las disposiciones de los artículos de este Capítulo son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión».

6.2.2 EL INFORME DE BRASIL

[148] Se indica, que es costumbre definir al error como una falsa representación de la realidad, que lleva a la persona a emitir una voluntad que no emitiría, si el conocimiento hubiera sido completo o perfecto⁵¹⁵. El *error* –referido a una información equívoca-

⁵¹⁵ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 148.

da de la realidad— y la *ignorancia* —referida al desconocimiento completo de un hecho— se regulan conjuntamente en los artículos 138 a 144 CCB^{516,517}.

[149] Según el artículo 138 CCB, los requisitos del error son que sea *sustancial* y lo pueda percibir una persona que actúe con la *diligencia media*, teniendo en cuenta las circunstancias del negocio⁵¹⁸.

[150] El artículo 139 CCB ordena los supuestos en los que el error es *sustancial* (*primer requisito del error relevante*). Así, el error sobre *la naturaleza del negocio*, o sobre *el objeto principal*, o sobre *algunas de sus cualidades esenciales*; sobre *la identidad de la persona o sobre sus cualidades que hayan influido de modo relevante*; sobre *el derecho si fue el motivo único o principal del negocio jurídico y no implica rehusar la aplicación de la ley*⁵¹⁹. El error esencial es pues, aquel que es causa determinante del negocio, que recae sobre los elementos esenciales del negocio jurídico⁵²⁰. En el informe se destaca que, a diferencia del Código de 1916, en el vigente *se incluye expresamente el error de derecho, si bien*, para que genere la anulabilidad del negocio jurídico, es necesario que su invocación no sea para eludir la aplicación de la ley, sino solo para deshacer el negocio fundado en un conocimiento equivocado de la legislación⁵²¹. También se señala, que la *doctrina* se refiere al error *accidental*, el cual no permite la anulación del contrato, sino solo su rectificación. Así sucede para el *error de cálculo* y para el *error sobre el motivo*⁵²².

⁵¹⁶ En la «Parte Geral», Libro III «Dos fatos jurídicos», Título II «Do negócio jurídico», Capítulo IV «Dos defeitos do negócio jurídico», Seção I «Do erro ou ignorância».

⁵¹⁷ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 148; y «[o]s artigos 171 e 178 [...] [del CCB] determinam o efeito do erro –anulabilidade do negócio jurídico– e o prazo decadencial para o exercício do Direito Potestativo de anulação, respectivamente» (*op. cit.*, p. 148; *supra* nota 405).

⁵¹⁸ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 148. Artículo 138 CCB: «São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio».

⁵¹⁹ Artículo 139 CCB: «O erro é substancial quando: I. interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II. concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III. sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico».

⁵²⁰ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 149.

⁵²¹ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 149.

⁵²² DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 149.

[151] La *cognoscibilidad* del error –la doctrina de la «cognoscibilidad» o «recognoscibilidad»; *segundo requisito del error* relevante, no exigido en la legislación anterior– consiste en que el destinatario, receptor de la voluntad, pueda percibir el error en que incurre el que hace la declaración⁵²³. Lo anterior no se confunde con lo que se conoce como *tercer* requisito para la anulación por error, *su excusabilidad*⁵²⁴. Aunque la ley no lo prevea expresamente, la mayoría de la doctrina entiende que, para poder anular, el error *ha de ser excusable*; un error, que un declarante, actuando con la diligencia media –«*não grosseiro, um erro que um declarante de diligência nomal*»– no percibiría que comete⁵²⁵. Según la doctrina, en la apreciación de la excusabilidad, el juez puede tener en cuenta las circunstancias que pueden haber influido en la representación del negocio jurídico por el que invoca el vicio; así, la edad, la condición de salud del que lo invoca⁵²⁶.

[152] Sobre la distinción *error unilateral/bilateral*, ni el Código civil, ni la doctrina los diferencian. Esta última no tiene en cuenta, ni tampoco la jurisprudencia, si el error fue de uno, o de ambos contratantes, a fin de juzgar que el error sea suficiente como para anular el negocio jurídico⁵²⁷.

[153] Por último, la práctica judicial muestra que el error es un vicio de voluntad alegado con relativa frecuencia ante los Tribunales, para fundamentar la anulación del negocio jurídico⁵²⁸.

⁵²³ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 149.

⁵²⁴ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 150.

⁵²⁵ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 150; «Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou no sentido de que “uma das características do erro substancial é a de que uma pessoa de atenção comum possa ser induzida ao alegado erro, tornando-o, portanto, escusável”. Assim, “enquanto a cognoscibilidade refere-se ao receptor da manifestação de vontade, a excusabilidade está naquele que declara a vontade em erro”» (*op. cit.*, p. 150).

⁵²⁶ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 150.

⁵²⁷ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 150; «Como se destaca em doutrina, se em uma das manifestações de vontade “incidiu um erro, é o suficiente para justificar o pedido de anulação do ato”» (*op. cit.*, p. 150).

⁵²⁸ DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) pp. 150-151.

6.2.3 EL INFORME DE COLOMBIA

[154] El error es un vicio del consentimiento (art. 1508 CCC)⁵²⁹ que regulan artículos 1509 a 1512 CCC⁵³⁰. En el informe se indica, que «[v]ale la pena mencionar que el *Código de comercio*, refiriéndose al contrato de sociedad dice que para que éste sea válido es necesario que el consentimiento esté exento de error esencial, fuerza o dolo, y agrega que se entiende por error esencial “el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes” (art. 101)⁵³¹» (cursiva del original)⁵³².

[155] El error *de derecho* no vicia el consentimiento (art. 1509 CCC)⁵³³. «La doctrina [...] critica con intensidad» esa regla, al no encontrar «razón para afirmar que el error de derecho sea diferente al de hecho para tales fines», pero la Corte Constitucional «afirmó la constitucionalidad del art. 1509 del *Código civil* (sentencia C- 996 de 2006), diciendo que la cuestión es de resorte del legislador» (cursiva del original)⁵³⁴.

[156] En cuanto a los *requisitos* del error (relevante), según la doctrina *de los autores*, el error ha de ser «*determinante*, es decir, que sin su presencia no se hubiera contratado o se hubiera hecho en otros términos, y debe ser *excusable*, esto es, que no haya mediado negligencia en la persona que lo alega» (cursiva mía)⁵³⁵. Se añade, que «[n]ada se ha dicho o profundizado sobre el carácter común o unilateral» del error⁵³⁶.

⁵²⁹ Artículo 1508 CCC: «Vicios del consentimiento/ Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo».

⁵³⁰ En el Libro IV «De las obligaciones en general y de los contratos», Título II «De los actos y declaraciones de voluntad».

⁵³¹ Artículo 101 del Código de Comercio de Colombia: «Para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y una causa lícitos. Se entiende por error esencial el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes».

⁵³² ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M^cCAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 238.

⁵³³ Artículo 1509 CCC: «Error sobre un punto de Derecho/ El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento».

⁵³⁴ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M^cCAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) pp. 238-239.

⁵³⁵ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M^cCAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

⁵³⁶ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M^cCAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

[157] En el informe se apunta que la *jurisprudencia* sobre el error «no es muy abundante»⁵³⁷. Y se hace particular referencia a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 28.06.1960, en la que se diferencian *los errores que, por su intensidad, suprimen absolutamente la eficacia del negocio jurídico* –no hay «acuerdo de voluntades sobre un mismo propósito»; errores *in negotio* e *in corpore* (art. 1510 CCC)^{538, 539}, de *los errores en los que hay acuerdo entre las partes por existir identidad de la cosa específica, pero es acuerdo viciado* porque «la sustancia o calidad del objeto ‘es diversa de la que se cree’ –error *in substantia* [art. 1511. I CCC⁵⁴⁰]–. Viene a ser del mismo modo anulable el contrato si el vicio incide, no ya en abstracto para la sustancia de las cosas, sino en concreto para la que es materia de cierta convención, cuando el error acerca de otra cualquiera calidad del objeto es subjetivamente para una de las partes la causa impulsiva de la contratación, ‘y este motivo ha sido conocido de la otra parte’ [art. 1511. II CCC⁵⁴¹]. Se trata entonces ciertamente de características extrínsecas, pero de importancia relativa tan profunda que sin ellas el acuerdo de voluntades no se habría formado, o por lo menos se habría producido en términos muy diferentes. Los dictados de la equidad en casos tales deben permitir la rescisión del contrato»⁵⁴². En el informe *no se hace particular referencia al error en la persona* (art. 1512 CC)⁵⁴³.

⁵³⁷ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M’CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

⁵³⁸ Artículo 1510 CCC: «Error en la naturaleza del acto o negocio y en la identidad del objeto/ El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra; como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra».

⁵³⁹ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M’CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

⁵⁴⁰ Artículo 1511.I CCC: «Error en la calidad del objeto/ El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante».

⁵⁴¹ Artículo 1511.II CCC: «Error en la calidad del objeto/ [...] El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte».

⁵⁴² ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M’CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

⁵⁴³ Artículo 1512 CCC: «Error en la persona/ El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato./ Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato».

[158] Finalmente, «no es frecuente la declaración de nulidad de un contrato por la presencia de un error vicio del consentimiento»⁵⁴⁴.

6.2.4 EL INFORME DE CHILE

[159] El error es un vicio del consentimiento (art. 1451 CCCh⁵⁴⁵) y los artículos 1452 a 1455 CCCh lo regulan⁵⁴⁶. «Como sucede con los *códigos* de la época, el enfoque de los vicios del consentimiento *se funda en el voluntarismo jurídico*, de lo que se trata es de tutelar que el consentimiento sea serio, espontáneo y libre» (cursiva mía)⁵⁴⁷.

[160] *Solo los errores de hecho vician el consentimiento*⁵⁴⁸, y no el que versa «sobre un punto de derecho» (art. 1452 CCCh⁵⁴⁹; cursiva mía). Y dentro de los errores de hecho, «únicamente [lo vician] *los que el Código identifica, a saber: el error obstáculo, el error esencial, el error accidental, siempre que la calidad sea el principal motivo del errans y la otra parte haya sabido de esto; y el error en la persona, cuando la consideración a ésta sea la causa principal del contrato*» (cursiva mía, salvo la de *Código*, del original)⁵⁵⁰. Sentado eso, en el informa se van considerando cada uno de esos errores.

[161] Para el *error obstáculo* (art. 1453 CCCh⁵⁵¹), se destaca «que la principal discusión» es «su consecuencia»; si se aplica «la inexistencia, la nulidad absoluta o la relativa», y *la opinión más autorizada* –en nota a pie de página se cita a León Hurtado– «parece inclinarse» por la *nulidad relativa, aunque «la Corte Suprema ha considerado que la sanción es la nulidad absoluta por falta de consentimiento»* (cursiva mía)⁵⁵².

⁵⁴⁴ ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

⁵⁴⁵ Artículo 1451 CCCh: «Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo».

⁵⁴⁶ En el Libro IV «De las obligaciones en general y de los contratos», Título II «De los actos y declaraciones de voluntad».

⁵⁴⁷ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

⁵⁴⁸ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

⁵⁴⁹ Artículo 1452 CCCh: «El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento».

⁵⁵⁰ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

⁵⁵¹ Artículo 1453 CCCh: «El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra».

⁵⁵² BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

[162] Para el *error en la substancia* (art. 1454 CCCh⁵⁵³), la discusión entre los autores recae sobre «qué debe entenderse por sustancia o calidad esencial»⁵⁵⁴. Hay una postura *subjetiva* –según la cual ha de atenderse a la voluntad del *errans*– y otra *objetiva* –«que, en su versión más sofisticada, atiende a las circunstancias de las especie [*sic*] para determinar la común intención de las partes», siendo esta última «la que parece prevalecer en las sentencias de la Corte Suprema, especialmente en la importante sentencia de 19 de enero de 2010»⁵⁵⁵.

[163] En cuanto al *error en las cualidades accidentales*, «no parece haber llamado la atención de la Corte Suprema ni de la doctrina»⁵⁵⁶.

[164] Y sobre el *error en la persona* (art. 1455 CCCh⁵⁵⁷), la cuestión principal es «qué aspectos o circunstancias de la persona son los que determinan que una ignorancia o falso concepto de ellos asigne trascendencia anulatoria al error» y al respecto, «Luis Claro Solar ha señalado que no se limita a su identidad, sino que puede extenderse a otras cualidades que resulten determinantes según el acto o negocio del cual se trate»⁵⁵⁸.

[165] Por último, sobre la excusabilidad del error como posible requisito del «error con trascendencia anulatoria» en el Derecho chileno, «[l]a respuesta es que, en general no»⁵⁵⁹, y un análisis de «las decisiones de la Corte Suprema respecto del error no permite advertir decisiones en las que la discusión acerca de la inexcusabilidad haya sido determinante del contenido del fallo. [...], el requisito es escasamente advertido por la doctrina y, en

⁵⁵³ Artículo 1454 CCCh: «El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es un barra de plata, y realmente es un masa de algún otro metal semejante./ El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte».

⁵⁵⁴ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

⁵⁵⁵ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310, v. además p. 311; en nota 46 (pp. 310-311) se ofrece extensa información.

⁵⁵⁶ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 312.

⁵⁵⁷ Artículo 1455 CCCh: «El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato./ Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato».

⁵⁵⁸ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 312.

⁵⁵⁹ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 312.

ocasiones, se ha negado que tenga la calidad de requisito del error invalidante»⁵⁶⁰.

6.2.5 EL INFORME DE PARAGUAY

[166] El error es «una *falsa representación de la realidad, u opinión no correspondiente con la realidad*» (cursiva del original)⁵⁶¹. Los artículos 285 a 289 CCP lo regulan⁵⁶².

[167] Según el artículo 285 CCP, «[l]a ignorancia de las leyes o el error de derecho no impedirá el efecto de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los ilícitos». El principio de la *inexcusabilidad del error de derecho* del artículo 285 CCP lo *atemp*era el artículo 8 CCP, al disponer que «[l]a ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, salvo que la excepción esté prevista por la ley»⁵⁶³. *Ahora bien*, «si bien el error de derecho no puede invocarse para eludir el cumplimiento de una norma jurídica, *autores modernos se cuestionan si rige tal principio tratándose sólo de actos jurídicos*» (cursiva mía); en ellos, «*da igual* que los agentes se equivoquen sobre alguna circunstancia *de hecho o de derecho*. *En ambos casos, si el error ha sido el móvil determinante para la celebración del acto*, éste carece de “causa” y, por tanto, sería, sin distinciones, inválido» (cursiva mía)⁵⁶⁴. Y, para admitir eso, ha de *desconectarse* «el principio de la inexcusabilidad del error de derecho en los actos con el de la obligatoriedad de la ley»⁵⁶⁵. *Sin embargo, otro «sector significativo de la doctrina, inspirado en una opinión antigua en ese sentido», conecta los principios «de la obligatoriedad de las leyes y de la inexcusabilidad del error de derecho en los actos jurídicos», y sostiene «que la invalidación de los actos por error de derecho no podrá concebirse desde ningún*

⁵⁶⁰ BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 312. V. DE LA MAZA GAZMURI (2014) pp. 297-304.

⁵⁶¹ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 417.

⁵⁶² En el Libro II «De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones», Título I «De los hechos y actos jurídicos», Capítulo I «De los hechos en general», Sección II «Del error».

⁵⁶³ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) pp. 417-418; «La disposición [del art. 8.º] es clara: sólo cuando la ley lo disponga, de forma expresa, y en las circunstancias previstas en ella, podrá admitirse que la ignorancia o el error relativo a una disposición legal sirva de excusa a su cumplimiento. En todos los demás casos en que no exista una excepción prevista, la ley, por principio general, son obligatorias, no pudiendo alegarse su desconocimiento para sustraerse a sus mandatos» (*op. cit.*, p. 418).

⁵⁶⁴ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 418.

⁵⁶⁵ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 418.

punto de vista, pues ello importaría una derogación del principio de la obligatoriedad de las normas jurídicas» (cursiva mía)⁵⁶⁶.

Por su parte, *los autores del informe –Dos Santos Melgarejo/Ángulo Sarubbi/Breuer Planas/Godoy Duria/Moreno Rodríguez/Rodríguez González–* consideran que «[p]oco importa si he sido impulsado a celebrar un acto por error de hecho o de derecho; ése ha sido el móvil determinante, y como tal, por mediar la equivocación, el acto debe ser invalidado de manera inexorable. *Sin embargo*, si invoco el error de derecho *no ya* como causa determinante de mi voluntad, *sino para* sustraerme de las consecuencias perjudiciales del acto, *entonces sí estoy afectando el principio de la obligatoriedad de las leyes, desde que, invocando su ignorancia, intento eludir sus mandato»* (cursiva mía)⁵⁶⁷. Por ello, dichos autores distinguen entre el error de derecho «que incide en la *formación de la voluntad»* y puede dar lugar a la invalidez del acto, y «el error que versa sobre las *consecuencias legales del acto»* que no da lugar a la invalidez⁵⁶⁸. Entienden, que el «no impedirá el efecto de los actos lícitos» del artículo 285 CCP admite implícitamente aquella distinción⁵⁶⁹.

[168] Para ser causa de invalidez del acto, el error ha de ser *esencial y excusable*⁵⁷⁰.

[169] Según el artículo 289.I, primera regla, CCP, «[e]l error no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá ser alegado cuando procediere de negligencia imputable»⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) pp. 418-419.

⁵⁶⁷ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 419.

⁵⁶⁸ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 419; «Así, por ejemplo, si el tocador [*sic*; locador] renueva el contrato de locación porque creía que la ley le obligaba a renovar la locación vencida con el locatario, este error autorizaría la anulación del acto. No así la equivocación de quien vendió una cosa ignorando que la ley impone al vendedor la obligación de responder por los vicios ocultos del objeto enajenado» (*op. cit.*, p. 419).

⁵⁶⁹ El texto continúa: «tal cual se reconoce con su similar artículo argentino, objeto de profundos estudios en este sentido por Alberto Spota, Eduardo Busso, José López Olaciregui y Roberto Brebbia. La solución la había insinuado ya Baldomero Llerena, uno de los primeros comentaristas del *Código* argentino, y la avalaría también la parte final de la nota al art. 923, donde se encuentra la opinión del jurista Joseph Adrien Rogrón, citado por Dalmacio Vélez. Los Anteproyectos de Juan Antonio Bibiloni, de 1936 y de 1954 son expresos en este sentido. / *Los fundamentos son sólidos, y serían extensivos al Derecho paraguayo»* (cursiva mía, excepto la de Código; DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 419). Para el artículo 923 CCA, *supra* [146] y nota 504.

⁵⁷⁰ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 420.

⁵⁷¹ a) Según DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, para ese “razón para errar”, «o sea, cuando el agente ha puesto de sí todas las diligencias justificables, dadas las

Para fijar la excusabilidad/inexcusabilidad del error, opera el principio general de la culpa, y el agente ha de «observar las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar» (art. 421 CCP⁵⁷²)⁵⁷³.

[170] «Solo el error esencial autoriza la invalidación del acto», y es el que «recae sobre las *circunstancias determinantes para la celebración del acto*; en tanto que el *error accidental* [recae] sobre *situaciones simplemente accesorias que no fueron tenidas en mira como móviles fundamentales para la conclusión del negocio*» (cursiva del original)⁵⁷⁴. El Código civil no da un concepto de error esencial, sino que su artículo 286 enumera errores esenciales (sobre la naturaleza del acto, sobre la persona, sobre la causa principal, sobre el objeto, y sobre cualquier circunstancia que de buena fe

condiciones y circunstancias en que fue llevado a cabo el acto»; y esa «“negligencia culpable” [sic; imputable]» se refieren «a que el error no es invocable cuando sea imputable la culpa al errante, es decir, cuando su equivocación sea de una magnitud tal que supere el nivel medio de tolerancia» [(2012) p. 420].

b) El artículo 289 CCP continúa: «En este caso, quien fundado en su propio error invocare la nulidad del acto para sustraerse a sus efectos, deberá indemnizar a la otra parte el daño que ha sufrido, siempre que ella no lo hubiere conocido o debido conocerlo./ No será admitido este resarcimiento en las disposiciones de última voluntad». Sobre esto se indica que es «una innovación que merece ser destacada en especial» y que «consagra la “culpa in contrahendo”, lo que implica que, quien pretenda la anulación por mediar error, deberá resarcir a la otra parte por los perjuicios que ello le pudo haber ocasionado, siempre y cuando, a su vez, ésta no haya procedido con dolo o culpa –o sea, que no hubiera conocido o debido conocer la causal de la equivocación–; a esto último se refiere la doctrina como el principio de la reconocibilidad del error./ La solución del *Código* se inspira en la doctrina ya sentada en el siglo pasado por el romanista Rudolf von Ihering, [...] Si bien el *Código* exige la reconocibilidad del error por parte del destinatario de la declaración para que sea procedente la indemnización de daños, no debe entenderse que siga en este sentido la preceptiva del *Código* italiano que, es cierto, admite la invalidación del acto cuando el error ha sido reconocible por el destinatario, pero nada prevé en relación con el emisor de la declaración errada, quien incluso puede incurrir en negligencia sin que, a su vez, reciba sanción a este respecto./ El *Código* paraguayo armoniza la posición de ambas partes –declarante y destinatario– exigiendo que tanto una como otra ponga la diligencia debida, al punto que si el equivocado obró con negligencia, no podrá invalidar el acto, en tanto que si hizo lo propio el destinatario, se le sancionará privándole de cualquier indemnización que le pudiera corresponder por los daños causados por motivo de la invalidación» (cursivas del original; *op. cit.*, pp. 421-422).

⁵⁷² Artículo 421 CCP: «El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación./ Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano».

⁵⁷³ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 420; «deberán atenderse: las condiciones personales del errante, su intelecto, sus aptitudes, su grado de cultura, su medio ambiente físico y social, las circunstancias de tiempo, la mayor o menor premura en su obrar, etcétera» (*op. cit.*, p. 420).

⁵⁷⁴ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 422.

consideró el agente como elemento necesario para la celebración⁵⁷⁵)⁵⁷⁶.

El error esencial «tiene su *base objetiva* en la buena fe, la cual exige, como imperativo, la protección del destinatario de la declaración» y «[p]or ello, las circunstancias deben apreciarse razonablemente, sin sujetarse a caprichos o deseos personales del errante»⁵⁷⁷. Según el artículo 288 CCP, «[l]a parte que ha sufrido error no puede prevalecerse de él contra las reglas de la buena fe./ Estará obligado a ejecutar la prestación a que entendió comprometerse siempre que la otra parte se allanare al cumplimiento»⁵⁷⁸.

[171] Por último, el artículo 286 *in fine* CCP incluye el error *en la transmisión inexacta de la voluntad*; «por ejemplo, por haberse transcrito de forma equivocada la declaración en un telegrama colacionado, o por descuidos en la instrumentación del contrato, que como tal se aparta de las declaraciones de voluntad»⁵⁷⁹. Dicho artículo 286 CCP aclara expresamente «que regirán los principios del error, es decir, el acto al igual que en los demás supuestos, *será anulable; no nulo ni, mucho menos, inexistente*» (cursiva mía)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Artículo 286 CCP: «No será válida la declaración de voluntad cuando el error recayere sobre algunos de los puntos siguientes:/ a) la naturaleza del acto;/ b) la persona con quien se formó la relación jurídica, o a la cual ella se refiere;/ c) la causa principal del acto, o la cualidad que verosímelmente se tuvo en mira como esencial, según la práctica de los negocios;/ d) el objeto, en el caso de haberse indicado un bien diverso o de distinta especie, o diferente cantidad, extensión o suma, u otro hecho que no sea aquél que se quiso designar; y/ e) cualquier otra circunstancia que, de buena fe, pudo considerar el agente como elemento necesario del acto celebrado./ Estas mismas reglas serán aplicables al caso de haberse transmitido con inexactitud la declaración de voluntad». Según el artículo 287 CCP: «No invalida el acto el error sobre cualidades de la cosa no comprendidas en el inciso d) del artículo precedente, aunque hubiese sido motivo determinante del acto, a no ser que mediare garantía expresa, o que el agente se hubiese decidido por dolo, o que tales estamentos revistiesen el carácter de una condición».

⁵⁷⁶ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) pp. 422-423.

⁵⁷⁷ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 423; «En suma, debe mediar una base objetiva para la valoración del hecho errado» (*op. cit.*, p. 423).

⁵⁷⁸ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ: «así, por ejemplo, si una de las partes creyó que se fijó el precio de un contrato en dólares, en tanto que lo fue en guaraníes, no puede oponerse a que la deuda se liquide en guaraníes si la otra parte así lo consiente, pues la buena fe así lo impone» [(2012) p. 423].

⁵⁷⁹ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 423; para el artículo 286 *in fine* CCP, *supra* nota 575.

⁵⁸⁰ DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 424.

6.2.6 EL INFORME DE URUGUAY

[172] Según el artículo 1269 CCU, el consentimiento no es válido, si se dio por error⁵⁸¹. Los artículos 1270 y 1271 CCU regulan el error⁵⁸².

[173] Dos errores «no configuran [un] vicio del consentimiento»⁵⁸³. *Uno es el error de derecho* —«la norma se entiende en sentido equivocado»— *o su ignorancia* (art. 1270. I CCU)⁵⁸⁴, el cual «se coordina con la [regla] prevista en el artículo 2 [...] [CCU], según la cual, la ignorancia de la ley no sirve de excusa»⁵⁸⁵. *El otro es el error material de aritmética* que solo da lugar a su reparación (art. 1270. II CCU)⁵⁸⁶, si bien se admite «como vicio del consentimiento si la cantidad es considerada la cualidad principal de la prestación. Ello se debe a que, [...], la regla general [es que] vicia el consentimiento el error sobre la cualidad principal de la prestación»⁵⁸⁷.

[174] *En cuanto a los supuestos de error vicio del consentimiento* (error de hecho), el error «debe producirse *sobre la cualidad esencial* de la prestación debida», según lo dispuesto en el artículo 1271.3.º CCU —«cuando la substancia o la cualidad esencial del objeto sobre que versa el contrato es distinta de la que se cree [...]»—; y «[e]l error *sobre una cualidad accesoria* de la prestación *sólo* vicia el consentimiento *si* fue el motivo principal para contratar y ello fue conocido por la otra parte» (cursivas mías; art. 1271 *in fine* CCU)⁵⁸⁸. *El error en la persona* —a diferencia de lo que sucede en el matrimonio y en la tradición— «no vicia el consentimiento del contrato»⁵⁸⁹. Sin embargo, «[s]e admite el error en la persona como vicio del

⁵⁸¹ Artículo 1269 CCU: «El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo».

⁵⁸² En el Libro IV «De las obligaciones», Título I «De las causas eficientes de las obligaciones», Capítulo I «De los contratos en general», Sección II «De los requisitos esenciales para la validez del contrato».

⁵⁸³ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 506.

⁵⁸⁴ Artículo 1270.I CCU: «La ignorancia de la ley o el error de derecho en ningún caso impedirán los efectos legales del contrato».

⁵⁸⁵ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 506; artículo 2 CCU: «La ignorancia de las leyes no sirve de excusa».

⁵⁸⁶ Artículo 1270.II CCU: «El error material de aritmética sólo da lugar a su reparación».

⁵⁸⁷ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507, v. p. 506.

⁵⁸⁸ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507; Artículo 1271 CCU: «El error de hecho es causa de nulidad del contrato:/ [...]3.º Cuando la substancia o la cualidad esencial del objeto sobre que versa el contrato es distinta de la que se cree, como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es un barra de algún otro metal semejante./ El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el contrato, sino cuando esa calidad es el principal motivo de uno de los contrayentes para contratar y este motivo ha sido conocido de la otra parte»; para el resto del artículo *infra* nota 596.

⁵⁸⁹ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507.

consentimiento si la cualidad esencial de la prestación está configurada por las condiciones personales del prestador (contratos *intuitu personae*)»⁵⁹⁰.

Por último, «[e]l error vicio del consentimiento es utilizado escasamente como causa de nulidad del contrato»; «se dan muy pocos fallos judiciales que [se] refieran a dicho supuesto»⁵⁹¹.

[175] *Sobre la cuestión de la unilateralidad del error*, en el informe se indica que antiguamente se exigía que el error fuera bilateral («de ambas partes»), pero hoy ello se ha abandonado; la doctrina y la jurisprudencia «sostienen que el error es unilateral: basta que una de las partes incurra en error sobre la cualidad esencial de la prestación para que el consentimiento quede viciado»⁵⁹². Tampoco ha de ser bilateral el error «en una cualidad accesoria o secundaria para que vicie el consentimiento»⁵⁹³. El artículo 1271 *in fine* CCU «no exige que ambas partes incurran en error, sino que conozcan que una cualidad no esencial es motivo determinante para contratar»⁵⁹⁴.

[176] El Código civil no dispone expresamente el requisito de la *excusabilidad* del error, pero «la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria sostienen que, para poder pretender la nulidad por error en el consentimiento, es necesario haber actuado con la diligencia del buen padre de familia. Es decir, no caer en error por actuar con culpa. El error padecido por la actuación negligente no vicia el consentimiento»⁵⁹⁵.

[177] El *error como obstáculo a la formación del consentimiento*, «[e]l error sobre el tipo de contrato y la identidad de la cosa no son considerados como vicios del consentimiento, sino como

⁵⁹⁰ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507; «Esta postura se basa en el art. 1849 del CC, según el cual, si se ha encargado una obra a una persona por sus cualidades particulares personales, si ésta fallece, el contrato se extingue y las obligaciones no se transmiten a sus herederos» (*op. cit.*, p. 507). Artículo 1849 CCU: «Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona, pero nunca por la muerte del que encargó la obra./ Sin embargo, éste debe abonar a los herederos a proporción del precio convenido el valor de la parte de la obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio./ Lo mismo será, si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad».

⁵⁹¹ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507.

⁵⁹² DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507.

⁵⁹³ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507.

⁵⁹⁴ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507; para el artículo 1271 *in fine* CCU, *supra*, nota 588.

⁵⁹⁵ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 508; el informe indica inexcusabilidad, no excusabilidad.

circunstancias que impiden la formación del consentimiento y se la denomina “error obstáculo” (art. 1271 N.º 1 y 2 del CC)⁵⁹⁶,⁵⁹⁷.

6.2.7 EL INFORME DE VENEZUELA

[178] Según el artículo 1146 CCV, si el consentimiento se dio por error (excusable), quien erró puede pedir la nulidad del contrato⁵⁹⁸. Los artículos 1147 a 1149 CCV regulan el error.

[179] En el informe se indica, que «[e]n la actualidad la doctrina asimila en sus efectos el *error obstáculo*, es decir, aquél que es de tal entidad que impide la formación del consentimiento y que conlleva la inexistencia del contrato, al *error vicio*, es decir, aquél que consiste en una falsa apreciación sobre una circunstancia de hecho o de derecho que las partes han considerado como motivo esencial o determinante para contratar, lo cual comprende tanto al error de hecho como al error de derecho» (cursiva del original)⁵⁹⁹.

[180] Para su relevancia, el error requiere de varios requisitos. *Primero*, ha de haber sido «espontáneo, de lo contrario, si el error es inducido por la otra parte contratante o por un tercero se podría configurar el vicio de dolo y no el [de] error»⁶⁰⁰. *Segundo*, debe ser excusable (art. 1146 CCV⁶⁰¹); y lo es, cuando quien erró «no incurra en culpa grave o dolo. La culpa debe apreciarse tomando en cuenta las especiales condiciones de quien yerra, es decir, mediante el método de apreciación in concreto»⁶⁰². Y *tercero*, ha de recaer «sobre circunstancias que las partes consideraron esenciales a la hora de contratar», y son las «que constituyen los motivos principales y determinantes de la voluntad de quien contrata, de manera

⁵⁹⁶ Artículo 1271 CCU: «El error de hecho es causa de nulidad del contrato:/ 1.º Cuando recae sobre la especie de contrato que se celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación./ 2.º Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en la venta el vendedor entendiere vender cierta cosa determinada y el comprador entendiera que compra otra./ 3.º [...]»; para el resto del artículo, *supra* nota 588.

⁵⁹⁷ DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 508; «[e]n dichos supuestos, el consentimiento no se forma y el contrato no llega a perfeccionarse. La declaración de voluntad que emite la parte que comete el error no coincide con la declaración de voluntad de la otra parte y, como consecuencia, no se produce el acuerdo que conforma el consentimiento» (*op. cit.*, p. 508); para los errores obstáculos *la mayoría de la doctrina defiende la nulidad absoluta* «por falta de uno de sus elementos: el consentimiento», pero *otros* entienden que hay «*inexistencia del contrato*, pues ésta se da cuando falta alguno de los elementos estructurales de éste» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 508).

⁵⁹⁸ Artículo 1146 CCV: «Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato».

⁵⁹⁹ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 585.

⁶⁰⁰ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 585.

⁶⁰¹ *Supra* nota 598.

⁶⁰² ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 585.

que si hubiera conocido la realidad no hubiera prestado su consentimiento»⁶⁰³. La esencialidad se determina no solo por «las consideraciones expresadas por las partes sino, también, [...], por aquéllas que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato» (art. 1148 CCV)⁶⁰⁴. Esas «circunstancias esenciales o determinantes pueden recaer sobre un aspecto de hecho, tales como el objeto de la prestación, la prestación misma, la causa de la obligación, la causa del contrato y la identidad o cualidades de la persona con quien se ha contratado o cualquier otra circunstancia que las partes consideren esencial al contrato, siempre que, [...], dichos elementos o circunstancias de hecho sean la causa única o principal del contrato» (art. 1148 CCV)⁶⁰⁵.

[181] *Se admite el error de derecho* (art. 1147 CCV⁶⁰⁶). Este «consiste en una opinión inexacta sobre el alcance, existencia y consecuencias de una norma jurídica que fue la causa principal de ese contrato»⁶⁰⁷. Su admisión «no constituye una excepción al principio según el cual la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento [*sic*; cumplimiento]» (art. 2 CCV⁶⁰⁸), pues «[l]as normas objeto del error siguen siendo obligatorias, pero» al no formarse la voluntad «de manera libre y consciente, sino» por «una falsa apreciación de la realidad, no es una voluntad suficiente para crear un vínculo de Derecho válido»⁶⁰⁹.

[182] *Se admite el error «unilateral o común a ambas partes»* (cursiva mía)⁶¹⁰, lo que se extrae del artículo 1149.I CCV, que ordena, a quien solicita la anulación del contrato por su error, que repare a la otra parte los perjuicios derivados de la invalidez, «siempre que provenga de su propia falta y la otra parte no lo haya conocido, o no ha [*sic*; haya] podido conocerlo. De manera que si la otra parte incurrió en el error, lo conocía o ha podido conocerlo a pesar de la falta del otro contratante, no tiene derecho a indemnización

⁶⁰³ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 585.

⁶⁰⁴ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) pp. 585-586. Artículo 1148 CCV: «El error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales, o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato./ Es también causa de anulabilidad el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o estas cualidades han sido la causa única o principal del contrato».

⁶⁰⁵ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586. V. la nota inmediatamente anterior.

⁶⁰⁶ Artículo 1147 CCV: «El error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando ha sido la causa única o principal».

⁶⁰⁷ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586

⁶⁰⁸ Artículo 2 CCV: «La ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento».

⁶⁰⁹ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586.

⁶¹⁰ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586.

alguna»⁶¹¹. El artículo 1149.II CCV permite, a la parte que no incurrió en error, impedir la nulidad (relativa), ofreciendo ejecutar el contrato y subsanarlo si ello no implica perjuicio al que erró⁶¹².

[183] *No se admite «que por simples motivos no exteriorizados una parte pueda anular el contrato»* (cursiva mía)⁶¹³.

[184] Por último, «[n]o es frecuente [...] que se solicite la nulidad del contrato por error», siendo mayor el porcentaje de acciones para hacer valer los remedios por falta de conformidad en el cumplimiento del contrato, «es decir, la ejecución forzosa en especie o por equivalente, la resolución del contrato o excepción de cumplimiento del contrato»⁶¹⁴.

6.3 La presentación general del error de los PLDC, las influencias recibidas en su regulación, y la adopción de una regulación moderna del error

[185] El error es un *vicio del contrato* (art. 27 PLDC)⁶¹⁵ que los artículos 28 a 31 PLDC regulan.

Artículo 27 PLDC: «Ámbito de aplicación [cursiva, negrita en el original]

Esta sección de los Principios se ocupa de los vicios del contrato por error, dolo, intimidación y excesiva desproporción».

Artículo 28 PLDC: «*El error* [cursiva, negrita en el original]

El error consiste en la ignorancia o falso concepto de los hechos o del derecho, de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos».

⁶¹¹ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586; más adelante se indica que «[e]l error excusable sobre un elemento esencial y reconocible por la otra vicia el contrato de nulidad relativa, comprometiendo la responsabilidad extracontractual de aquella que la invoca si el error se debe a su falta, salvo que sea común» (*op. cit.*, p. 586). Según el artículo 1149.I CCV: «La parte que invoca su error para solicitar la anulación de un contrato, está obligada a reparar a la otra parte los perjuicios que le ocasione la invalidez de la convención si el error proviene de su propia falta y la otra parte no lo ha conocido o no ha podido conocerlo».

⁶¹² Artículo 1149.II CCV: «No procederá la nulidad por error, si antes de deducirse la acción o hasta el acto de la contestación de la demanda, la otra parte ofrece ejecutar su prestación subsanando el error sin perjuicios para el otro contratante». ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586.

⁶¹³ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586.

⁶¹⁴ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) pp. 586-587.

⁶¹⁵ En su crónica del Congreso celebrado en el *Institute of European and Comparative Law, University of Oxford* (2015) [*supra* [105] b)] GREGORACI FERNÁNDEZ informa que John Cartwright «dividió su ponencia en cuatro puntos: (1) ¿qué es defectuoso: el consentimiento, la declaración de voluntad o el contrato?; (2) [...]» [ADC (2015) núm. 7.1, p. 1088]. MORALES MORENO refiere la expresión vicios del contrato al artículo 1300 CC [(1988) p. 68, p. 85].

Artículo 29 PLDC: «*Causales del error* [cursiva, negrita en el original]

(1) El error vicia el contrato:

(a) Cuando es provocado por información suministrada por la otra parte.

(b) Cuando la otra parte lo conoció o debió conocerlo y no lo informó, contrariando la buena fe.

(c) Cuando ambas partes han padecido el mismo error.

(2) En estos casos hay nulidad si el error es excusable o el riesgo de su existencia no fue o debió ser asumido por quien lo padece».

Artículo 30 PLDC: «*Impedimento para alegar el error* [cursiva, negrita en el original]

La parte que incurre en error no puede demandar la nulidad del contrato si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrarlo»⁶¹⁶.

Artículo 31 PLDC: «*Error en la declaración o en la transmisión* [cursiva, negrita en el original]

Las disposiciones de los artículos anteriores son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión».

[186] De La Maza Gazmuri ha destacado –de modo preciso y sintético– la *influencia* que los *Principios UNIDROIT* y los *PECL* han ejercido en la regulación del error de los PLDC⁶¹⁷. Lo hace como sigue.

⁶¹⁶ A propósito del artículo 30 PLDC:

a) DE LA MAZA GAZMURI indica que es «una norma existente en los PECL [*infra* [186]] y en el reciente Código Civil argentino [art. 269: *supra* [147]] y cuya racionalidad resulta difícilmente discutible. Un error involucra un conflicto de intereses, el de quien lo padeció –que desea liberarse del contrato– y el de su contraparte –que desea mantenerse en el contrato. Lo que sucede aquí es que la contraparte decide asumir el contrato como si no hubiera existido el error. De esta manera, por ejemplo, si el error consistió en que, determinado por la información que le dio el vendedor, el comprador solicita máquinas cuya potencia es inferior a la anunciada, no podrá anular el contrato si el vendedor le ofrece entregarle máquinas que, efectivamente, tengan la potencia avisada./ Como ha de resultar evidente, la principal limitación de esta regla es empírica: ha de ser posible ejecutar el contrato con las modalidades y el contenido que lo entendió el *errans*» [(2015) pp. 798-799; v. la nota siguiente].

b) Además del antes mentado artículo 269 CCCA, disponen una solución similar los artículos 1149.II CCV (*supra* [182] y nota 612) y 3.4.5 *Principios OHADAC* (*supra* nota 233). Según el «Comentario 1 del artículo 3.4.5 *Principios OHADAC*», «[s]on pocos los códigos en el Caribe en los que se vislumbra una regla de este tipo. No obstante, una norma inspirada en este mismo criterio se contiene en el art. 1149.2.º CC venezolano» [*Principios OHADAC* (2015) p. 162; v. hasta p. 163].

⁶¹⁷ DE LA MAZA GAZMURI publicó el artículo de revista «El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos» (2015) pp. 789-799, el cual no incluye «la disciplina de las consecuencias del error» (*op. cit.*, p. 789). Dicho trabajo *no es, formalmente, el comentario oficial del error de los PLDC, pero por su formato y autoría* –es uno

«Al considerar los cuatro preceptos [de los PLDC sobre el error] resulta sencillo detectar la influencia que sobre ellos, en general, ejercieron tanto los PCCI [*Principios UNIDROIT*] como los PECL. Por lo pronto, el primero de los tres preceptos [art. 28 PLDC] condensa los artículos 3.2.1 y 3.2.2(1) de los PCCI, aunque al definir el error no incluye una cuestión relevante apuntada por el Art. 3.2.1 PCCI y es que, en el lenguaje de ese precepto, la asunción errónea de la realidad o del derecho debe haberse presentado al momento del perfeccionamiento del contrato.

Por lo que toca al segundo precepto [art. 29 PLDC], se trata de una adaptación del Art. 4:103 PECL y 3.2.2 PCCI y, en general, mantiene, por así decirlo, el tono de ambos preceptos. No obstante esto existen un par de diferencias. Tratándose de los PCCI, se omite el requisito de que la contraparte no haya actuado motivada por la confianza que le indujo la declaración del *errans* (Art. 3.2.2(1)(b) PCCI). En lo que se refiere a los PECL, se omite considerar como requisito para que el error compartido pueda viciar el consentimiento el hecho de que la contraparte haya conocido la importancia que tenía para el *errans* aquello sobre lo que se equivocó (Art. 4:103(1)(b) PECL).

En lo que se refiere al tercer precepto [art. 30 PLDC], su fuente corresponde al Art. 4:105 (1) PECL, y al artículo 269 del nuevo Código civil argentino, cuyo texto es el siguiente⁶¹⁸:

[...].

Finalmente, el último de los preceptos [art. 31 PLDC] corresponde con bastante precisión a los artículos 3.2.3 PCCI y 4:104 PECL»⁶¹⁹.

[187] Finalmente, sobre si, *en el error*, los PLDC acogen una regulación *tradicional u otra moderna*, comparando con las paralelas regulaciones de los Derechos argentino, brasileño, colombiano, chileno, paraguay, uruguayo y venezolano según los expuestos informes nacionales (*supra* [146] ss.), puede afirmarse que acogen la regulación moderna. Según De La Maza Gazmuri, «[c]omo probablemente suceda, en mayor o menor medida, con cualquier proyecto de armonización del derecho de contratos, en los PLDC [*sic*; PLDC] late una tensión entre fijación del derecho existente y un intento de superación del derecho vigente. / *Tratándose de la disciplina del error, al menos si se compara con los códigos más antiguos como el chileno y el colombiano, la balanza se inclina hacia la superación. En la regulación del error en los PLDC se supera la idea del error como vicio del consentimiento y se reemplaza por la de una técnica más compleja –por la pluralidad de intereses que*

de los promotores de los PLDC, y especialista en el error; *supra* [105]– *lo utilizo como tal*. Y es autor de la importante monografía *Los límites del deber precontractual de información* (2010).

⁶¹⁸ Para el artículo 269 CCCA *supra* [147]; v. también *supra* nota 616.

⁶¹⁹ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 792.

intenta conciliar— de distribución del riesgo de la información defectuosa» (cursiva mía)⁶²⁰.

[188] Por su parte, Morales Moreno y en su crónica de las Jornadas sobre los PLDC celebradas en Santiago de Chile y en Valparaíso (2013) [*supra* [105] a)], destacó que, en ellas, se puso de manifiesto la existencia de una *concepción formal* de los vicios del consentimiento, y de otra *funcional*⁶²¹. La *concepción formal* resalta la existencia del defecto de voluntad y justifica la aplicación del régimen de ineficacia de la nulidad relativa; es la concepción reflejada en los Códigos civiles decimonónicos⁶²². La *concepción funcional* se centra más bien en el efecto que el vicio del consentimiento produce en el contrato, en su organización de intereses, y reconoce diversos remedios como la anulación del contrato, la indemnización de los daños y la adaptación del contrato⁶²³. «*Los PLDC reflejan, en buena medida, una idea funcional de los vicios del consentimiento*» (cursiva mía)⁶²⁴.

6.4 Excurso sobre las diferentes dimensiones del error según Morales Moreno. Algunos intentos de revisión de la dogmática del error en Alemania

[189] Conectando con lo anterior (en [187] y [188]), conviene que me detenga en las dimensiones del error y su valoración, según Morales Moreno⁶²⁵. Son:

a) *Una* (posible y primera) dimensión del error es considerarlo *un vicio de la voluntad*. Aquí se percibe *el fenómeno psicológico de que alguien se ha equivocado, teniendo en cuenta que el contra-*

⁶²⁰ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 789. Al concluir su trabajo, el autor vuelve a resaltar la idea de la innovación en la regulación del error de los PLDC: «Al disciplinar el error, los PLDC se alejan del modo codificado —al menos del decimonónico— tanto en la pregunta respecto de la subsunción como respecto de aquella sobre la imputación. Respecto de la primera, el campo operativo del error se ensancha, incorporando el error de derecho y el error en la declaración por una parte y, por otra, reemplazando una tipificación derivada de las fuentes romanas (error, esencial, sustancial, accidental, en la persona) por una con un contenido mucho más pragmático (relevancia para una persona razonable). Respecto de la segunda pregunta, en general, el error será imputado a quien lo padece, privilegiando de esta manera —y salvo que exista una buena razón en contra— la seguridad del tráfico jurídico por sobre la tutela de la autonomía de la voluntad» (*op. cit.*, p. 799).

⁶²¹ MORALES MORENO, *ADC* (2014) núm. 8, p. 232.

⁶²² MORALES MORENO, *ADC* (2014) núm. 8, p. 232; añade que esa concepción formal no existía «en Derecho romano; es una elaboración iusnaturalista, que al construir el moderno concepto de contrato fundado en la voluntad, considera al vicio de la voluntad como un defecto que la invalida. En Derecho romano, [...] el error tiene un ámbito de aplicación muy restringido» (*op. cit.*, núm. 8, p. 232).

⁶²³ MORALES MORENO, *ADC* (2014) núm. 8, p. 232.

⁶²⁴ MORALES MORENO, *ADC* (2014) núm. 10, p. 232.

⁶²⁵ En su conocida obra *El error en los contratos* (1988); lo recuerda, por ejemplo y sintéticamente, en «De nuevo sobre el error», *AAMN* (2015) pp. 718-720.

to se funda en la voluntad⁶²⁶. Morales Moreno advierte, que «[e]n la realidad *es muy raro* encontrar un sistema jurídico en el que los problemas que plantea el error se resuelvan con criterios *exclusivamente* psicológicos. Lo *más frecuente* es que se produzca un *cierto distanciamiento* de tales criterios. Por eso, *presentar al error como un vicio de la voluntad es una idea que en la práctica resulta bastante ficticia*» (cursiva mía)⁶²⁷.

b) Otra (posible y segunda) dimensión del error es la de *lesión*. Según Morales Moreno, «[e]n Derecho, más que la idea formal de que el error es un vicio de la voluntad, lo que importa resaltar son las consecuencias prácticas que del mismo se derivan. De ellas, la más significativa es la alteración de la organización contractual de intereses. El error produce, para alguno de los contratantes, la insatisfacción de su interés (basado en el contrato). Pero además, en muchos casos, el error provoca una organización de intereses lesiva desde el punto de vista económico: transforma al contrato en un contrato lesivo, porque rompe la equivalencia que para él habían establecido las partes (equivalencia subjetiva)» (cursiva mía)⁶²⁸.

En su opinión, «que el error haya provocado lesión puede ser un elemento útil para descubrirlo y tratarlo jurídicamente. *Pero no puede inferirse de ahí que la existencia de lesión, debida a error, deba ser siempre corregida. Depende del funcionamiento del error. En ese funcionamiento incide otra dimensión del error [...]: el error como riesgo que se ha de repartir, de un modo justo, entre los contratantes*»⁶²⁹.

Y c) la *tercera* (posible) dimensión del error –apuntada al terminar la anterior letra b)– considera al error como «un problema relacionado con el reparto (un justo reparto) de ciertos riesgos de la contratación»⁶³⁰. Morales Moreno es partidario de ella: «[e]l error

⁶²⁶ MORALES MORENO (1988) p. 67.

⁶²⁷ MORALES MORENO (1988) p. 69. El autor explica cómo algunos sistemas jurídicos se han apartado –*desviado*– del enfoque *exclusivo* del error como un vicio de la voluntad (su sistema jurídico no coincide completamente con el error psicológico, al establecer *límites* para la alegación jurídica del error); expone los Derechos francés (pp. 69-72), alemán (pp. 72-73), suizo (pp. 73-74), austríaco e italiano (pp. 74-75).

⁶²⁸ MORALES MORENO (1988) pp. 79-80, v. hasta p. 81; también p. 67. Ahora bien, precisa que «[h]ay errores que provocan lesión [objetiva], en el sentido indicado. *Otros no. El error no puede conectarse, necesariamente, con la lesión, por más que en muchos casos se produzca esa conexión.* A veces, el error se refiere a cualidades del objeto cuya ausencia o alteración no implica un menor valor del mismo. Por ejemplo: el comprador adquiere un cuadro de un determinado valor, porque es coleccionista de las obras de ese pintor. Si el cuadro no pertenece a ese pintor, sino a otro igualmente famoso, puede haber error, pero quizá no haya lesión, si ello no supone una diferencia de valor» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 83).

⁶²⁹ MORALES MORENO (1988) p. 81.

⁶³⁰ MORALES MORENO (1988) p. 68; pues al Derecho le interesa saber por qué se ha producido el error (por la influencia ajena, en particular del otro contratante; por la negli-

así se nos ofrece como un posible riesgo *que afecta a la organización de intereses del contrato. Es el riesgo de una defectuosa información. Las soluciones jurídicas al problema del error, sean estas cuales fueren y seamos conscientes o no de ello, constituyen un sistema de distribución entre los contratantes de ese riesgo*. Este sistema puede ser más justo o menos justo, si se valora con criterios ético-jurídicos. Más eficiente o menos eficiente, si se mide con criterios económicos» (cursivas mías)⁶³¹. El autor añade, que «[l]os criterios tradicionales de tratamiento del error han adolecido fundamentalmente de un defectuoso planteamiento. No han observado el problema en su conjunto, para *desde esa visión global promover una justa ordenación*. Se han situado, más bien, en otro plano: el del problema que el error padecido representa para un contratante. Y desde ese plano se ha dado solución, admitiendo o negando a ese contratante la protección por “su” error. *El problema del error en un contrato oneroso no puede ser contemplado como el problema de un contratante (de la protección que pueda merecer el mismo por su error), sino de un modo distinto: como problema de una justa (o conveniente) distribución, entre los contratantes, del riesgo que implica el error. Lo más coherente con este nuevo planteamiento es operar con unos criterios de distribución de ese riesgo*» (cursiva mía)⁶³². Morales Moreno, que ve ven-

gencia del que erró; o se trata de un acontecimiento difícil de prever y evitar en las circunstancias del caso (*op. cit.*, p. 67). El autor explica, que «[c]uando se plantea el problema del error como un problema de reparto de riesgo, *hay que tomar en consideración*, no sólo el interés del sujeto que lo ha padecido, sino *el conjunto de los intereses presentes en el problema. Esa consideración global permite hacer una valoración comparativa de los mismos, en función de ciertos elementos, como paso previo a la determinación de los criterios de reparto de riesgo*» (*op. cit.*, p. 99). Y están: a) *el interés del contratante que erró*, que «tiende a evitar la incidencia lesiva que en la relación contractual ha provocado el error», lo que puede satisfacerse mediante la desvinculación del contrato (anulación), mediante su transformación, haciendo que el contrato deje de ser lesivo; b) *el interés del otro contratante que no padeció el error*, consistente en mantener el contrato; dicho interés se justifica «en la propia dinámica de las relaciones jurídicas»; también se alega el interés de la confianza, que «puede tener diferentes matices, según el modo en que se haya manifestado el error» y así, en «el error en la declaración la confianza la provoca la declaración de voluntad del contratante» que se equivocó (mantener «la situación jurídica derivada de la declaración»), y en el error vicio, situación distinta, la confianza se da en el error provocado, y en cuanto el error espontáneo (no imputable al otro contratante), la confianza «[p]uede ser, simplemente, una confianza espontánea en la continuidad de la situación jurídica creada por el contrato» y en esas «diferentes maneras de producirse la confianza (espontánea, provocada) hay matices suficientes como para aconsejar el empleo de diferentes criterios de distribución del riesgo del error»; y c) *el interés del tráfico*, presente «por los efectos que produce el error. La anulación del contrato se proyecta sobre terceros, afecta al tráfico», orientándose dicho interés «al mantenimiento de la situación; por ello se aproxima al del contratante que no ha padecido el error» (*op. cit.*, pp. 99-100). V. *supra* Kramer [3], y «Comment A del artículo 4:103 PECL» [18].

⁶³¹ MORALES MORENO (1988) p. 88.

⁶³² MORALES MORENO (1988) p. 89.

tajas en este planteamiento del error⁶³³, lo considera aplicable al Derecho español⁶³⁴.

En el nivel de la abstracción, Morales Moreno señala los siguientes como posibles criterios presentes en la ordenación del error:

«1) En primer lugar, merecen destacarse por su importancia los criterios estrictamente *jurídicos*. A través de ellos se intenta dar un tratamiento justo al problema. El Derecho se plantea, al formularlos, la siguiente cuestión: ¿qué contratante merece, en mayor medida, soportar las consecuencias del error? (cursiva del original).

Podemos operar con unos criterios de *justicia conmutativa* (cursiva del original). *Estos nos conducen a valorar la conducta de las partes, para establecer, en función de esa valoración, a cuál de ellas le debe ser imputado el error. En esta valoración entran en juego conceptos tales como los de excusabilidad, cognoscibilidad e imputabilidad del error: se manejan para realizar una valoración ético-jurídica de la conducta de los contratantes* (estas cursivas, más). Realizar esa valoración es justo, aunque pueda ser costoso, por la prueba.

También se pueden utilizar criterios de *justicia distributiva* en la ordenación del error (cursiva del original). Con ellos se organiza el error atendiendo, no a la conducta mantenida por los contratantes en cada caso concreto, sino a la naturaleza típica de las relaciones. *Por ejemplo, se establece que un contratante soporta el riesgo del error porque sobre una base estadística existe mayor probabilidad de que a él le sea imputable. O bien, porque se quiere corregir un desequilibrio institucional entre las partes que intervienen en un determinado tipo de relaciones.* (Estas cursivas, más).

[...].

2) Además de los criterios jurídicos, se pueden utilizar criterios económicos. Intentan establecer una ordenación del error que produzca unos resultados óptimos en su eficiencia económica. De tales criterios se ha ocupado el Análisis Económico del Derecho.

¿Cómo conseguir ese resultado económico óptimo en la ordenación del error? Se nos dice que operando con un tratamiento del mismo que intente evitarlo, ya que el error supone siempre un coste en términos económicos. Ese tratamiento consiste en hacer recaer sus consecuencias sobre aquel contratante que esté en mejores condiciones de obtener la información necesaria para impedir que se produzca (cursiva mía).

La comparación entre los tipos de criterios a que acabamos de referirnos sugiere algunas reflexiones. Me parece indudable que hemos de dar preferencia a los criterios jurídicos (particularmente a los ético-jurídicos) sobre los criterios económicos. Pero esa preferencia no supone, en modo alguno, la exclusión de los segundos. Por dos razones: en primer lugar, porque los criterios ético-jurídi-

⁶³³ MORALES MORENO (1988) pp. 89-90, 96.

⁶³⁴ MORALES MORENO (1988) pp. 96-105. V. OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 311-312, y desde p. 301.

cos operan en ciertos supuestos, pero en otros no. *No operan en aquellos casos en que ambos contratantes se han comportado con total corrección, en que el error no es imputable a ninguno de ellos.* En estos casos pueden utilizarse criterios económicos. En segundo lugar, porque muchas veces los resultados que pueden lograrse aplicando los criterios ético-jurídicos se aproximan en algún modo a las aspiraciones de eficiencia económica. Así ocurre, por ejemplo, cuando se imputa el riesgo al contratante que provocó el error» (cursiva mía)⁶³⁵.

[190] Y un último apunte. Al exponer la tercera dimensión del error, Morales Moreno dedica un apartado a «[l]os intentos de revisión en la dogmática del error» (cursiva, negrita en el original)⁶³⁶. En dicho apartado informa que, en Alemania, «un determinado sector de la doctrina ha luchado con mayor empeño» en la revisión del error⁶³⁷. Se refiere a Titze (1940), a Kramer, y a «que el Instituto MAX PLANCK con sede en Hamburgo considerase, en un informe publicado en el año 1968, que la asignación del riesgo del contrato constituye el criterio decisivo para dar respuesta a la cuestión de si un vicio del consentimiento puede ser utilizado como causa de impugnación»⁶³⁸. Y «[...] han surgido unas propuestas concretas de regulación del error»⁶³⁹ que expone como sigue y *en las que se comprobará su cercanía con algunas de las regulaciones que del error llevo expuestas.*

«Se acepta, como regla, la irrelevancia del mismo [del error]. En principio, cada contratante debe asumir el riesgo que a él pueda corresponderle. Pero esta regla va a quedar matizada por importantes excepciones, algunas fundadas en las exigencias de la buena fe (protección de la confianza). Son las siguientes:

- a) El error puede ser invocado cuando lo conociera el otro contratante, o lo hubiera desconocido de modo culpable.
- b) También, cuando se deba a la conducta del otro contratante.
- c) Igualmente, si se invoca en un momento oportuno, de modo que no afecte al interés del otro contratante.
- d) Por fin, si se refiere a enajenaciones de carácter gratuito.

Estas excepciones aun siendo importantes no impiden que funcione un criterio restrictivo en la apreciación del error»⁶⁴⁰.

⁶³⁵ MORALES MORENO (1988) pp. 103-104.

⁶³⁶ MORALES MORENO (1988) p. 90; la cursiva es el título del apartado.

⁶³⁷ MORALES MORENO (1988) pp. 90-91; en ese «proceso de revisión, las categorías tradicionales se someten a una rigurosa crítica, porque se consideran inadecuadas para las exigencias del tráfico jurídico. En concreto, la teoría de la voluntad se percibe insuficiente, necesitada de adaptación» (*op. cit.*, p. 91).

⁶³⁸ MORALES MORENO (1988) p. 91 (mayúsculas del original); v. hasta p. 93 (las notas a pie de página son de gran interés). Me he referido a Kramer *supra* [3] y [5].

⁶³⁹ MORALES MORENO (1988) p. 93.

⁶⁴⁰ MORALES MORENO (1988) p. 93.

6.5 El concreto análisis del error de los PLDC

6.5.1 EL ARTÍCULO 28 PLDC: EL ERROR

[191] El error relevante debe ser grave –«no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos»– y para apreciarlo se aplica *un criterio objetivo* –persona razonable– *combinado* con otro *subjetivo* –esa persona razonable *situada en la misma situación del que erró*–⁶⁴¹. Los PLDC *no definen* a la persona razonable⁶⁴². El artículo 28 PLDC no lo indica expresamente, pero, de él se desprende que el momento relevante en la apreciación del error es la *celebración del contrato*⁶⁴³. Entiendo oportuno que el artículo señale eso expresamente.

[192] El error incluye la *ignorancia* y el *falso conocimiento*; el error *de hecho*, y de *derecho*. *Salvo lo anterior*, el artículo 28 PLDC *no especifica sobre qué puede recaer el error* esto es, no impone –no limita– que tenga que incidir en la sustancia de la cosa, o en sus cualidades esenciales, o en las accidentales incorporadas al contrato; o en la identidad del otro contratante, o en sus cualidades; etc. De la Maza Gasmuri destaca eso *como rasgo distintivo* de los PLDC, *a los que interesa, para que el error sea relevante, que sea uno importante según los parámetros fijados en el propio artículo 28 PLDC*⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Indico en la misma situación *del que erró*, lo que el artículo 28 PLDC no señala expresamente (*supra* [185]), pero es implícito. Sugiero la incorporación expresa de dicha locución al artículo. DE LA MAZA GAZMURI se refiere al componente subjetivo del artículo 28 PLDC como «(en la misma situación del contratante que alega su equivocación)» [(2015) p. 794].

⁶⁴² DE LA MAZA GAZMURI (2015) nota 13 en p. 794; añade, «[p]ara considerarlo puede prestarse atención a lo dispuesto en el Artículo 1:302 PECL» (cursiva mía; *op. cit.*, nota 13 en p. 794). Según el artículo 1:302 PECL: «Reasonableness/ Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account».

⁶⁴³ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 792, y *supra* [186].

⁶⁴⁴ Expuesto *supra* [143] (recuerdo que dicho rasgo distintivo del error de los PLDC le permití defender la inclusión, en él, de la imposibilidad inicial). Y *comparando con el Derecho chileno* (*supra* [159] ss.), el autor considera, que «los PLDC alteran notablemente el campo operativo del error que fija el Código civil chileno», pues, además de lo que antes he indicado, afirma que en los PLDC «ingresan las equivocaciones acerca del Derecho. [...], desaparece, la distinción entre error obstáculo, substancial, accidental y en la persona; lo que ahora resulta relevante es la magnitud que haya tenido la equivocación», y se asimila el trato «del error en la declaración al de la ignorancia sobre los hechos y el derecho», y ese «ensanchamiento del campo operativo del error [de los PLDC] queda, en definitiva, determinado por el desplazamiento de la métrica del error. En el Código civil chileno esa métrica corresponde a aquello sobre lo cual recae la equivocación (el derecho, los hechos, la identidad de la cosa, su sustancia, sus cualidades esenciales, etc.)» [(2015) pp. 793-794].

6.5.2 EL ARTÍCULO 29 PLDC: CAUSALES DEL ERROR

[193] Junto a lo anterior (art. 28 PLDC), el error relevante exige el cumplimiento de alguna de las tres (posibles) causales de error del apartado (1) del artículo 29 PLDC, entre las que no se encuentra la de que el otro contratante hubiere incumplido un deber *legal* de información (cfr. *supra* [185] y [34]-[35]).

[194] En la *primera causal* –letra (a) del art. 29 (1) PLDC– el error «es provocado por la información suministrada por la otra parte» (nexo causal; error unilateral). La causal *no se aplica*, si el error se debe a la información suministrada por un *tercero totalmente independiente del otro contratante*⁶⁴⁵. En la letra (a) pueden considerarse incluidos los supuestos de información *falsa* y de información *incompleta* si su no completud genera error. De La Maza Gazmuri precisa, que «[a]l fijarse el énfasis en la confianza infundida en el *errans* resulta ser el caso que *es irrelevante si quien provocó el error lo hizo con el ánimo de inducirlo o no*. Aunque si lo hizo *con ánimo de engañar* a la otra parte o *culposamente* se seguirán otras consecuencias⁶⁴⁶. Igualmente resulta *irrelevante* que quien suministró la información lo haya hecho *en el entendido de que era correcta*» (cursiva mía, salvo *errans*)⁶⁴⁷.

[195] La *segunda causal* –letra (b) del artículo 29 (1) PLDC– tiene lugar «cuando la otra parte conoció [del error del que yerra] o debió conocerlo y no lo informó [de su error], contrariando la buena fe» (nexo causal; error unilateral).

Frente a la anterior letra (a) del artículo 29 (1) PLDC, en la que el cocontratante realizó un *comportamiento activo* (informó), en la *primera situación* contemplada por aquella letra (b), el cocontratan-

⁶⁴⁵ Diferente en el dolo; artículo 32 PLDC: «*El dolo* [cursiva, negrita en el original]/ (1) El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión de una de las partes o un tercero./ (2) El dolo vicia el contrato cuando aparece claramente que sin él las partes no habrían contratado y no ha habido dolo recíproco». La versión de los PLDC de 2013 contenía el siguiente artículo (que no se encuentra en la versión de 2015 de los PLDC): «[Terceros]/ *También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error; el dolo, la intimidación o el perjuicio a que se refieren los artículos anteriores, cuando hayan sido provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante*» (cursiva del original) [ADC (2014) p. 246].

⁶⁴⁶ Que son «consecuencias indemnizatorias» [DE LA MAZA GAZMURI (2015) nota 15 en p. 795]. Según el artículo 33 PLDC: «*Efectos indemnizatorios del dolo* [cursiva, negrita en el original]/ (1) El autor del dolo debe indemnizar los perjuicios causados./ (2) La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero responde solidariamente» (para el dolo, art. 32 PLDC, la nota inmediatamente anterior). En la versión de los PLDC de 2013 había este artículo: «[Indemnización de perjuicios]/ *Pueden demandarse los perjuicios originados en una causal de nulidad sin que ésta sea una condición de procedencia./ La acción indemnizatoria se rige conforme a las reglas generales*» (cursiva del original) [ADC (2014) p. 247; el artículo no se encuentra en la versión de 2015].

⁶⁴⁷ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 795.

te tiene un comportamiento *omisivo* –sabe del error ajeno y *no* informó cuando la buena fe le imponía hacerlo⁶⁴⁸–. De La Maza Gazmuri apunta que «la pregunta es bajo qué condiciones exige informar la buena fe», y en lo que se refiere al articulado, ni los PLDC, ni los *Principios UNIDROIT* dan respuesta, siendo más satisfactorios los PECL que «refieren la cuestión a propósito de su tratamiento del dolo en el artículo 4:107»⁶⁴⁹, y «[a]quí basta con señalar que se trata de una valiosa guía [el art. 4:107 (3) PECL] para responder a la pregunta formulada» y no respondida por los PLDC (cursiva mía)⁶⁵⁰. El autor añade que el tenor del artículo 29 (1) (b) PLDC «muestra que la contraparte no siempre debe, [...], sacar al *errans* del error [...], sino, únicamente, cuando las exigencias de la buena fe así lo imponen. De esta manera, *no es sólo que la buena fe imponga deberes precontractuales de información, sino que también establece límites a dichos deberes*» (cursiva mía)⁶⁵¹. Finalmente precisa, que si se sabe del error del otro contratante y no se le informa, hay «*dolo por omisión* y, sin embargo, *los PLDC –siguiendo en esto a los PCCI [Principios UNIDROIT] y a los PECL– permiten alegarla bajo la disciplina del error*» (cursiva mía)⁶⁵².

En la *segunda situación* de la letra (b) del artículo 29 (1) PLDC –el otro contratante *debió conocer* del error del que se equivoca (juicio hipotético)– la causa de su no información es *la propia ignorancia inexcusable*.

[196] Y la *tercera causal* del error–letra (c) del artículo 29 (1) PLDC– se produce si «ambas partes han padecido el mismo error» (error bilateral). De La Maza Gazmuri recuerda que tienen que padecer «*el mismo error*», pues «si [...] padecieron errores, [...] respecto de *cuestiones distintas, no se configura la hipótesis*» (cursiva mía)⁶⁵³.

⁶⁴⁸ De la buena fe se ocupa el artículo 7 PLDC: «Buena fe [cursiva, negrita en el original]/ (1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe./ (2) Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno». Del artículo 7 (1) PLDC se desprende que la exigencia del comportamiento conforme con la buena fe incluye *todas las fases de la vida del contrato* (tratos previos, celebración, ejecución). Según el artículo 10 PLDC: «Libertad y retiro en las negociaciones [cursiva, negrita en el original]/ (1) Las partes deben negociar conforme a la buena fe los términos del contrato./ [...]». Sobre la buena fe objetiva, teniendo presentes a los PLDC, EYZAGUIRRE BAEZA/RODRÍGUEZ DIEZ, *RChDP* (2013) pp. 137-215.

⁶⁴⁹ Artículo 4:107 PECL: «[...] / (3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including: / (a) whether the party had special expertise; / (b) the cost to it of acquiring the relevant information; / (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and / (d) the apparent importance of the information to the other party»; para los apartados (1) y (2) del artículo *supra* nota 46.

⁶⁵⁰ DE LA MAZA GAZMURI (2015) pp. 795-796.

⁶⁵¹ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 795.

⁶⁵² DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 795.

⁶⁵³ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 796.

[197] Además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 28 y 29 (1) PLDC, para que el error sea relevante, el apartado (2) del artículo 29 PLDC exige que el error haya sido *excusable*, y que el riesgo de la existencia del error *no haya de asumirse o no debiera asumirse por el que lo sufrió* –el artículo emplea una «o», y no una «y» como hago–.

[198] La *excusabilidad del error –primera regla* del art. 29 (2) PLDC –supone que el error *no pudo evitarse*; que el comportamiento jurídicamente exigible fue cumplido por el que erró. ¿Qué parámetro/s se aplica/n? De La Maza Gazmuri recuerda el oportuno *comentario oficial* de los *Principios UNIDROIT*, en el que se indica que no puede anular el contrato aquel que «se ha comportado con una negligencia grosera y, por tanto, resultaría injusto respecto de la otra parte permitirle liberarse del contrato. Algo semejante –aunque no calificando la negligencia de grave– señala el Comentario I del Art. 4:103 de los PECL»⁶⁵⁴. Añade, que «[p]robablemente, la cuestión de la excusabilidad pueda expresarse con más provecho de otro modo» y, tras referirse a Morales Moreno, indica que «[l]o que, en realidad, se trata de determinar es quién soportará el riesgo de esa irregularidad o, para expresarlo en palabras de DÍEZ-PICAZO, lo que se trata de investigar es “si es o no justo que ese contratante quede o no vinculado y continúe o no estándolo”. Y esto supone comparar las conductas de las partes, el cuidado con el que cada uno debía comportarse, el carácter o no profesional de los contratantes, el hecho de que una haya suministrado información incorrecta, o que no lo haya hecho debiendo hacerlo, etc. Este ha de ser el marco dentro del cual debe considerarse la excusabilidad del error» de los PLDC (cursiva mía, mayúsculas del original)⁶⁵⁵.

[199] Para la *segunda regla* del artículo 29 (2) PLDC –*que el riesgo de la existencia del error no lo asumió quien erró, o no debió asumirlo*– De La Maza Gazmuri se plantea cuándo eso tiene lugar y si, «en general», ello corresponde a la interpretación contractual, «*puede[n] fijarse algunas directrices básicas*», para lo cual tiene en cuenta al § 154 del *Restatement (Second) of Contracts estadounidense* (cursiva mía)⁶⁵⁶.

§ 154 del *Restatement (Second) of Contracts*: «When a Party Bears the Risk of a Mistake

⁶⁵⁴ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 796; se refiere al *Comentario 3* del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT* (*supra* [47]); para los PECL, *supra* [24].

⁶⁵⁵ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 797, pero v. desde p. 796. La obra de L. Díez-Picazo citada es *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I, *Introducción. Teoría del contrato* (2007) 6.ª ed., p. 186, pero v. además pp. 207-209.

⁶⁵⁶ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 797.

A party bears the risk of mistake when

- a. the risk is allocated to him by agreement of the parties, or
- b. he is aware, at the time the contract is made, that he has only limited knowledge with respect to the facts to which the mistake relates but treats his limited knowledge as sufficient, or
- c. the risk is allocated to him by the court on the ground that is reasonable in the circumstances to do so»⁶⁵⁷.

De los criterios recogidos en ese § 154, el autor centra su atención en el de la letra b, para el cual «[u]n caso estadounidense lo ilustra perfectamente. Se trata de *Nelson v. Rice*. Un tribunal de apelaciones conoció de la venta en pública subasta de los bienes de una mujer muerta, realizada por sus albaceas. Dichos albaceas contrataron a un tasador para que evaluara los bienes que conformaban el patrimonio de la mujer, entre dichos bienes había dos cuadros respecto de los cuales el tasador les advirtió que no era experto en arte y que no podía valorar adecuadamente los cuadros. No obstante esto, sin contratar un nuevo tasador, los bienes fueron subastados según la tasación inicial. Los dos cuadros eran de autoría de Martin Jonson Heade, un famoso pintor del siglo XIX y fueron adquiridos por un precio de 60 dólares por una persona que detectó la similitud de la firma de ellos con la firma del famoso pintor y luego los revendió por 1.072.000 dólares. La Corte de Apelaciones de Arizona no dio lugar al error invocado por los vendedores toda vez que consideró que ellos habían asumido el riesgo de su ignorancia al no contratar a otro tasador experto en arte. Otro ejemplo suficientemente ilustrativo de esto se encuentra en la búsqueda de “gargas”, en mercados callejeros o en ferias de libros usados. El contexto en que se desarrollan este tipo de operaciones determina que posean un carácter marcadamente especulativo, por este motivo quienes participan en ellas deben asumir los riesgos que, eventualmente, entrañe su ignorancia, vendiendo, por ejemplo, un incunable, o una famosa antigüedad a precio de ganga»⁶⁵⁸.

En suma, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, en la regla de la asunción del riesgo del error por el que erró, o porque debía asumirlo [art. 29 (2) segunda regla PLDC] pueden incluirse, al menos, el supuesto en el que, el que erró, tuvo un conocimiento limitado de los hechos y lo consideró suficiente, el de los contratos especulativos, y el del pacto por el que se asumen la existencia de los posibles errores⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ DE LA MAZA GAZMURI (2015) pp. 797-798.

⁶⁵⁸ DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 798.

⁶⁵⁹ En relación con los otros criterios del § 154 del *Restatement (Second) of Contracts*, según DE LA MAZA GAZMURI, «[d]esde luego, la letra c no contribuye a esclarecer demasiado las cosas, simplemente abre un amplio espacio de discreción a los tribunales.

6.5.3 EL ARTÍCULO 31 PLDC: ERROR EN LA DECLARACIÓN O EN LA TRANSMISIÓN

[200] A esos errores se les aplica lo dispuesto por los artículos 28 a 30 PLDC para el error (vicio). El artículo 31 PLDC no lo menciona, pero antes de poder aplicar dichos artículos, habrán de aplicarse las normas de la interpretación contractual de los PLDC (arts. 70 a 77⁶⁶⁰), y en algunos casos se obtendrá la oportuna solución y evitará la aplicación de los artículos 28 a 30 PLDC. Según Brantt, los preceptos de la interpretación contractual de los PLDC «reflejan el interés por mantener una regla tradicional y vigente en general en los derechos latinoamericanos que siguen el denominado sistema subjetivo de integración, aunque se incorporan algunos elementos de carácter objetivo para la definición de la intención común de las partes»⁶⁶¹.

En cambio, la letra a y b establecen casos más acotados. La asignación explícita a través del contrato resulta suficientemente obvia. El supuesto de la letra b, que puede denominarse «ignorancia consciente» resulta más interesante» [(2015) p. 798].

⁶⁶⁰ Artículo 70 PLDC: «*Intención común de las partes*/ Conocida claramente la intención de las partes se estará más a ella que a lo literal de las palabras»; artículo 71 PLDC: «*Criterios para la determinación de la intención común de las partes*/ Para determinar la común intención de las partes se tendrán en cuenta, entre otros criterios: / (a) Las reglas de interpretación acordadas por las partes. / (b) La conducta de las partes durante la etapa de formación del contrato. / (c) La ejecución del contrato por las partes o de una de ellas con aprobación de la otra. / (d) Los comportamientos anteriores, concomitantes o posteriores de las mismas partes en otros contratos sobre la misma materia. / (e) La naturaleza y el objeto del contrato. / (f) Los usos del lugar de la celebración del contrato»; artículo 72 PLDC: «*Significado de las palabras*/ Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso»; artículo 73 PLDC: «*Interpretación sistemática*/ Las cláusulas del contrato se interpretarán las unas por las otras, de forma de darles el sentido que más convenga al contrato en su totalidad»; artículo 74 PLDC: «*Conservación del contrato*/ El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno»; artículo 75 PLDC: «*Cláusulas ambiguas*/ (1) Las cláusulas ambiguas se interpretan a favor de la parte que contrató bajo la influencia dominante de la otra, teniendo en consideración para esta calificación la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia, falta de experiencia o de habilidad en la negociación. / (2) En los demás casos, las cláusulas se interpretarán en el sentido que favorezca el equilibrio contractual»; artículo 76 PLDC: «*Cláusulas no bilateralmente negociadas*/ Las cláusulas no bilateralmente negociadas deberán interpretarse contra la parte que las hubiera propuesto»; artículo 77 PLDC: «*Interpretación conforme a la buena fe*/ En todo caso el contrato deberá ser interpretado de acuerdo con la buena fe» (las leyendas en cursiva, negrita en el original). Sobre las normas de interpretación contractual de los PLDC, VENDRELL CERVANTES, según informa SAN MIGUEL PRADERA, «manifestó ciertos reparos respecto de lo establecido en varios de sus preceptos. Así, [...], le preocupaba el uso que se le pueda dar a lo previsto en el artículo 77 PLDC [...] y destacó que el artículo 71 PLDC, que establece los criterios para la interpretación de la intención de las partes, no es exhaustivo y contiene una regulación discutible» [ADC (2016) pp. 1002-1003].

⁶⁶¹ Según informa SAN MIGUEL PRADERA, ADC (2016) p. 1002. V. la nota que antecede a esta.

PARTE TERCERA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL, EN LA PMCC, EN LA PCCAPDC, EN LA P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER, Y EN EL DERECHO FRANCÉS (ANTES Y DESPUÉS DE LA ORDONNANCE n.º 2016-131)

[201] Como avancé *supra* [11], dedico esta *Parte Tercera* a esas materias y textos jurídicos. Aplico el mismo orden de exposición seguido a lo largo del trabajo (primero trato de la imposibilidad inicial, después del error). Por su reciente aparición, las respectivas exposiciones de la PCCAPDC y de la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* van precedidas de una presentación general.

I. EL CÓDIGO CIVIL

1. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

[202] Interesan los artículos 1271 y 1272 (teoría general del contrato) y 1460 (compraventa) CC.

Artículo 1271 CC: «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

[...]

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres»⁶⁶².

Artículo 1272 CC: «No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles»⁶⁶³.

Artículo 1460 CC: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato.

⁶⁶² a) Artículo 994 del *Proyecto de Código civil* de 1851 (PCC 1851): «Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres aunque sean futuras./ [...] / Pueden ser igualmente objeto de los contratos todos los servicios que no sean contrarios á las leyes ó á las buenas costumbres».

b) Artículo 1284 del *Anteproyecto de Código civil 1882-1888* (APCC 1882-1888): «Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aunque sean futuras./ [...] / Puede ser igualmente objeto de los contratos todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

⁶⁶³ a) Artículo 995 PCC 1851: «No pueden ser objeto de los contratos las cosas ó servicios imposibles».

b) Artículo 1285 APCC 1882-1888: «No podrán ser objeto de los contratos las cosas o servicios imposibles».

Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido»⁶⁶⁴.

[203] *Para el objeto del contrato* (art. 1262.2.º CC), el Código civil exige que las cosas *no estén fuera del comercio* y señala que las cosas *futuras* pueden ser objeto del contrato (art. 1271.I CC). Además, las cosas o servicios, objeto del contrato, *no han de ser imposibles* (art. 1272 CC). La imposibilidad del artículo 1272 CC incluye la *inicial* –frente a la sobrevenida de los arts. 1182 a 1186 CC– y se entiende que es la *absoluta, total y definitiva*. Se le aplica el régimen de la *nulidad absoluta* del contrato. Asimismo, el artículo 1272 CC incluye la *imposibilidad relativa en la obligación de hacer personalísima*. La norma general del artículo 1272 CC encuentra su paralelo en la *compraventa*, en el artículo 1460.I CC⁶⁶⁵. *Los servicios imposibles jurídicamente* –imposibilidad jurídica, o moral– no pueden ser objeto de contrato (art. 1271.III CC).⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ a) Artículo 1382 PCC 1851: «Si al tiempo de celebrarse la venta se había perdido la cosa en su totalidad, queda sin efecto el contrato./ Pero si se ha perdido solo en parte, el comprador puede optar entre desistir del contrato ó reclamar la parte conservada, abonando el precio á justa tasacion».

b) Artículo 1486 APCC 1882-1888: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiere perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato./ Pero si se hubiere perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido».

⁶⁶⁵ Sobre el artículo 1460. I CC, FENYOY PICÓN, *ADC* (2010) nota 138 en pp. 121-122.

⁶⁶⁶ a) Sobre el objeto contractual, en lo que interesa y desde una perspectiva tradicional, RAMS ALBESA «Comentario de los artículos 1271 y 1272 CC» (1993) pp. 444-464; SAN JULIÁN PUIG (1996) pp. 66-68, 147, 148-157, 159-163, 259-277, 287-290. De interés, L. Díez-PICAZO, que analiza la regla de la nulidad absoluta aplicable a la imposibilidad originaria absoluta, total y definitiva, buscando la razón de su origen y con un análisis de Derecho comparado [Derechos francés, alemán antes de su reforma en 2002, italiano (CC 1942) e inglés] (2007) pp. 235-245, v. además pp. 245-251, y con anterioridad (2006) pp. 1087-1096. En su «Comentario del artículo 995 PCC 1851», GARCÍA GOYENA apuntaba: «La obligación á cosas *físicamente* imposibles, de las que habla este artículo, es una broma ó insensatez; las imposibles *moralmente*, de que habla el artículo anterior sería un delito: debe, pues, ser nula en ambos casos. [...] / [...] / La cosa que no existe, ni puede existir, no puede ser materia de la obligación: vendo un caballo, creyéndole vivo, y había muerto: la venta es nula. Pero basta la posibilidad de que existirá: valdrá, pues, la venta de los frutos ó parto futuros; basta la sola esperanza como de lo que se coja en una redada, aunque despues resulte frustrada la esperanza [...]» [cursiva del original; (1852) p. 531].

b) En el Derecho navarro, la Ley 19.I FN ordena: «Nulidad, anulabilidad y rescisión/ Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 50, son nulas las declaraciones de voluntad [...], las de objeto imposible o inmoral y todas aquellas que estén prohibidas por la ley». RUBIO TORRANO indica que la imposibilidad de la Ley 19.I FN es la «originaria para que provoque la nulidad de la declaración», y plantea si «*debe* ser absoluta [...] o *puede* ser relativa» (cursiva mía); apoyándose en Díez-Picazo, señala que «[l]a doctrina distingue entre las prestaciones de carácter personalísimo y las restantes» y «[e]n las primeras, la imposibilidad relativa se equipara, por regla general, a la absoluta» [«Comentario de la Ley 19 FN» (2002) p. 56].

2. EL ERROR

[204] El artículo 1266 CC se ocupa de él, para el contrato.

Artículo 1266 CC: «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección»⁶⁶⁷.

2.1 El error vicio⁶⁶⁸

2.1.1 SU NOCIÓN. EL REQUISITO DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL ERROR Y LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

[205] El error vicio es una falsa representación de la realidad, que, si el que erró, hubiera sabido cómo era cuando la celebración del contrato, *no* lo habría celebrado, *o* lo habría celebrado en términos *esencialmente* distintos a como lo hizo (problema en la formación de su voluntad). Su error fue la *causa* de que celebrara el contrato.

Para el nexo causal entre el error y la celebración del contrato resulta de interés la *STS, 1.ª, de Pleno, 27.01.2016*, a la que *supra* [9] a) [A] me referí, pues el Alto Tribunal citaba el artículo 4:103 PECL. Su caso fue el siguiente. Los compradores –pequeños inversores– impugnaron su adquisición de acciones a *Bankia* por su error sobre la situación patrimonial de la última (la solvencia y obtención de beneficios que aquélla transmitía no se correspondía con la realidad; se había publicado un folleto de oferta pública de acciones que contenía *información no veraz, inexacta* sobre aque-

⁶⁶⁷ a) Artículo 989 PCC 1851: «Para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho y debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, y no sobre la persona con quien se contrata; á no ser que la consideración de esta hubiere sido la causa principal del contrato./ El error de derecho no anula el contrato./ El error material de aritmética solo da lugar á su reparación».

b) Artículo 1279 APCC 1882-1888: «Para que el error de hecho o de derecho invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas cualidades de la misma que principalmente hubieren impelido a celebrarlo./ El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo./ El error material de aritmética sólo dará lugar a su reparación».

⁶⁶⁸ Apunta DE CASTRO Y BRAVO: «[...], la dotrina alemana prefiere distinguir entre error en la declaración y error respecto al contenido del negocio. En la doctrina francesa (desde Larombière, 1885), se contraponen el error obstáculo, [...], y el error-vicio, [...]]» [ed. fac. (1971) § 150 p. 121; v. § 126, p. 103]; *infra* nota 999.

llo que había de contener según la entonces legislación vigente; FD 9.º3). *Bankia* recurrió en casación por considerar que la Audiencia Provincial no había comprobado si hubo nexo causal entre el error y la celebración del contrato, «pues los demandantes habrían reconocido incluso que no habían leído el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de *Bankia*, por lo que la falta de veracidad del folleto no podría considerarse como la causa de la prestación del consentimiento de los demandantes» (FD 8.º2). El Tribunal Supremo entendió que *el error* de los demandantes –esencial y excusable– *sí fue la causa de que celebraran el contrato*⁶⁶⁹. Lo argumentó así.

«La sentencia recurrida no utiliza ciertamente la expresión “nexo causal”, pero considera que las graves inexactitudes de la información contenida en el folleto de la oferta de suscripción pública de acciones fueron la causa del error sustancial y excusable sufrido por los demandantes.

Lo hace al reproducir resoluciones, propias o de otras Audiencias, que considera resuelven casos análogos al enjuiciado, en las que se afirma el carácter determinante del contenido del folleto para la prestación del consentimiento de los suscriptores de acciones de *Bankia* y la relación de causalidad entre uno y otro.

Además, en el razonamiento de la sentencia es obvio que si los demandantes no hubieran incurrido en tal error sobre la situación económica de *Bankia*, no habrían consentido en adquirir las acciones. De la sentencia recurrida se desprende que los adquirentes de las acciones se hicieron una representación equivocada de la situación patrimonial y financiera, y de la capacidad de obtención de beneficios, de *Bankia* y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión. Tras adquirir las acciones, a los pocos meses, se hizo evidente que los demandantes habían adquirido acciones de una sociedad cuya situación patrimonial y financiera era muy diferente de la que se expresaba en el folleto de la oferta pública, pues presentaba unas pérdidas multimillonarias, hubo de ser intervenida y recibió la inyección de una elevadísima cantidad de dinero públi-

⁶⁶⁹ HECHOS.–El 19.07.2011, por consejo de una empleada de la sucursal bancaria de la que eran clientes (*Bancaja*) y acogiéndose a la oferta pública de suscripción de acciones promovida por *Bankia, S. A.*, los demandantes –conductor y maestra, jubilados– adquirieron unas acciones emitidas por aquella por un importe de 9.997,50 €. Alrededor de un año después y tras la intervención y rescate público de *Bankia*, el valor de las acciones *prácticamente había desaparecido*. En diciembre de 2014, los clientes demandaron a *Bankia* y pidieron la declaración de nulidad de la orden de compra *por error vicio del consentimiento*, y que *Bankia* se hiciera cargo de la titularidad de las acciones y reintegrara la cantidad invertida en la compra con los intereses legales desde la fecha de ejecución de la orden de compra. Señalaron, que «la imagen de solvencia y de obtención de beneficios transmitida por *Bankia*, cuando hizo la oferta pública de suscripción de acciones no se correspondía con la realidad y provocó el error en el conocimiento de los demandantes» (FD 1.º2). En primera instancia se entendió que *hubo error*. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de *Bankia*, y esta interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación (motivo único; infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y jurisprudencia que los interpreta). Todo lo anterior en el FD 1.º El Tribunal Supremo desestimó los recursos.

co para su subsistencia. De ahí proviene el carácter sustancial del error en la suscripción de las acciones.

La cualidad de pequeños inversores que tienen los demandantes hace que este error deba considerarse excusable, pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión inversora» (STS, 1.ª, de Pleno, 27.01.2016, FD 9.º2).

Y «[q]ue cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de Bankia en la que tenían abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual.

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes que afirma la sentencia recurrida, la información difundida a través de la publicación de tal folleto y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores como los demandantes, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones, y que no tienen otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores» (STS, 1.ª, de Pleno, 27.01.2016, FD 9.º3).

Problema y solución similares se encuentran en la STS, 1.ª, de Pleno, 03.02.2016 (FD 3.º, Decisión de la Sala, 2) a la que también me referí *supra* [9] a) [B]), pues, al igual que en la anterior sentencia del Tribunal Supremo, se alude al artículo 4:103 PECL ⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰ HECHOS.—Por consejo de los empleados de la entidad bancaria, los demandantes —dos particulares— adquirieron, el 19.07.2011, 5.565 acciones emitidas por *Bankia* por un importe de 20.868,75 € (pocos días antes habían mantenido un depósito a plazo). Aquellos demandaron a *Bankia*, solicitando la nulidad de la orden de compra de las acciones con restitución de las prestaciones, y subsidiariamente la resolución de la relación contractual con indemnización de daños y perjuicios. Cuando la demanda se presentó, las acciones tenían en bolsa un valor de cotización de 3.455,85 €. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de los demandantes: consideró que hubo error en su consentimiento. *Bankia* interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Todo lo anterior en el FD 1.º El Tribunal Supremo los desestimó.

2.1.2 SOBRE QUÉ PUEDE, O NO, RECAER EL ERROR PARA PODER SER RELEVANTE

[206] De conformidad con el artículo 1266.I CC, el error ha de recaer sobre *la sustancia de la cosa objeto del contrato*, o sobre *aquellas de sus condiciones que principalmente hubieren dado motivo a la celebración del contrato* (la «cosa» del art. 1266.I CC se entiende ampliamente, incluyendo las obligaciones de hacer)⁶⁷¹. El error también puede recaer sobre *la identidad del otro contratante*, o *sus cualidades*, si «la consideración a ella [a la persona] hubiese sido la causa principal» de la perfección del contrato (art. 1266.II CC)⁶⁷². Esos errores –cumpliendo los requisitos que señalo *infra* [207] ss. y el del nexo causal señalado *supra* [205]– permiten la impugnación del contrato (su *anulación*; son errores relevantes).

En cambio, «[e]l simple error de cuenta» da lugar a otro remedio, «sólo [...] a su corrección» (cursiva mía; art. 1266.III CC), siendo distinto si el error recayó sobre la base del cálculo, o factores o partidas para el cálculo⁶⁷³. El (*estricto*) error sobre el valor de

⁶⁷¹ Sobre el alcance del artículo 1266.I CC, LUNA SERRANO (1987) núm. 303, pp. 64-65, y con anterioridad (1981) pp. 454-455; MORALES MORENO (1988) pp. 157-166; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núms. 186-187, pp. 646-647. En su comentario del artículo 989.I PCC 1851 (*supra* nota 667), GARCÍA GOYENA contraponía los errores sobre la sustancia, y sobre lo accidental: «*Sobre la sustancia, etc.* Hay muchos ejemplos de esto en la ley 9, título 1, libro 18 del Digesto, y en la 21, título 5, Partida 5, “vendiéndose latón por oro, estaño por plata, ú otro metal cualquier, uno por otro, etc.”./ No sucede lo mismo cuando el error recae sobre calidades accidentales de la cosa. Si yo compro una obra creyéndola buena, y resulta ser mala, deberé culparme á mí mismo de no haberme informado mejor: algo de esto hay también en el artículo 1408 [su paralelo es el art. 1486 CC], cuando se elige la acción *quantum minoris*» [cursiva del original; «Comentario del artículo 989 PCC 1851» (1852) p. 525].

⁶⁷² Sobre el alcance del artículo 1266.II CC, LUNA SERRANO (1987) núm. 303, pp. 67-68, y con anterioridad (1981) p. 457; MORALES MORENO (1988) pp. 168-177; VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 1266 CC» (2016) p. 627. Para el artículo 989.I PCC 1851 (*supra* nota 667), GARCÍA GOYENA apuntaba: «*A no ser que la consideración de esta. Rogron lo ilustra con el siguiente ejemplo: “Yo encargo un cuadro á un pintor mediano, creyéndole un gran pintor que tiene el mismo nombre: el contrato es nulo, porque únicamente me he decidido á él por consideración á la persona. Si pues yo he ofrecido veinte mil francos al artista mediano á quien por error encargué el cuadro, no se los deberé; pero como no debe perjudicarme mi negligencia en tomar informes, habré de pagarle el precio de su cuadro á juicio de peritos.”* En todos los casos previstos por el artículo [989.I PCC 1851], se supone que las dos partes padecían error: pues si el artista mediano sabía que yo trataba con él creyéndole un gran pintor determinado, habria dolo, y el contrato seria ademas nulo por esta causa; de consiguiente, no debería yo dar nada al pintor que me engañó./ [...] Los artículos 1829 y 1830 de la Luisiana dicen, que en los contratos de beneficencia la ley presume que la consideración de la persona es su causa principal, y en los onerosos, como la compra, permuta, préstamo á interés, arriendo, la causa accesoria: esta disposición deberá servir de regla, porque es ingeniosa y fundada» [cursiva del original; «Comentario del artículo 989 PCC 1851» (1852) p. 526].

⁶⁷³ PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER (1935) p. 200; DE CASTRO Y BRAVO, ed. fac. (1971) § 145, p. 118; LUNA SERRANO (1987) núm. 303, p. 68, y con anterioridad (1981) p. 458; MORALES MORENO (1988) pp. 181-183; L. Díez-PICAZO (2007) p. 217; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 201, p. 651; GARCÍA VICENTE, «Comentario del artículo 1266 CC» (2013) pp. 9104-9105. Para el artículo 989. III PCC 1851 (*supra* nota 667), GARCÍA GOYE-

la cosa es irrelevante y no permite anular el contrato, pero es diferente si el error sobre el valor se originó en un error sobre las cualidades de la cosa⁶⁷⁴. El *mero error sobre el motivo para contratar* es irrelevante, salvo que el motivo se incorpore al contrato⁶⁷⁵.

El error puede recaer sobre los hechos –*error de hecho*– o el derecho –*error de derecho* (para este último *infra* [217] ss.)–.

2.1.3 EL REQUISITO DEL ERROR ESENCIAL

[207] El error relevante exige ser *esencial*. En 2003, Monserrat Valero analizó con detenimiento cómo los autores españoles entendían eso. Y al respecto señaló, que para la *tesis subjetiva* el error es esencial si fue fundamental *para el contratante que erró*⁶⁷⁶. Llevada «hasta sus últimas consecuencias [la tesis subjetiva], el contratante que erró sobre una cualidad *sólo para él esencial, sin haber manifestado a la otra parte la importancia que otorgaba a tal cualidad, puede, igualmente, impugnar el contrato*. Es irrelevante que la otra parte no hubiera sospechado que el elemento sobre el que recararía el error tenía tanta importancia para el impugnante y que de haberlo sabido, habría hecho salir a éste del error. Entendida así podemos denominarla la *tesis subjetiva en sentido estricto*» (cursiva mía)⁶⁷⁷. Según Monserrat Valero, un

NA comentaba: «*De aritmética*: por el adagio, conforme á la sencilla razon, “cuenta errada no vale nada.” [...]» [cursiva del original; «Comentario del artículo 989 PCC 1851» (1852) p. 526].

⁶⁷⁴ LUNA SERRANO (1987) núm. 303, p. 67, y con anterioridad (1981) p. 456, v. hasta p. 457; MORALES MORENO (1988) pp. 179-181; L. Díez-PICAZO (2007) p. 217; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 202, p. 652.

⁶⁷⁵ LUNA SERRANO indica como *mero error* en los motivos: «cuando se alquila un disfraz para asistir a una fiesta que se ignora que ha sido suspendida, o cuando se compra una vivienda en una ciudad a la que cree erróneamente un funcionario que ha sido trasladado» [(1987) núm. 303, p. 69; y con anterioridad (1981) p. 458]; CARRASCO PERERA: «[v]alga como *leading case* [de motivo individual no relevante] la STS 12 febrero 1979 [...], sobre compraventa de hule, que el adquirente tenía previsto destinar a la fabricación de balsas neumáticas» [(2017) núm. 7/60, p. 305, v. hasta p. 306]. Para el Derecho francés y el error sobre el motivo, FLOUR/AUBERT/SAVAUX utilizan el ejemplo del funcionario *infra* [282]

⁶⁷⁶ MONSERRAT VALERO (2003) p. 2567; «[n]o es necesario que lo sea objetivamente o, en otras palabras, el Derecho toma en cuenta el error que para un sujeto es esencial, aunque no lo sea para la mayoría de las personas que celebren el mismo contrato sufriendo el mismo error. Esto deriva de que el CC considera que es relevante no sólo el error en la sustancia de la cosa, sino también en las cualidades siempre que hubieran dado motivo a su celebración y como la ley no distingue entre cualidades más o menos importantes, el error sobre cualquier cualidad, por insignificante que objetivamente sea, dará lugar a la impugnación del contrato si la parte que sufrió el error la considera fundamental» (*op. cit.*, p. 2567).

⁶⁷⁷ MONSERRAT VALERO (2003) p. 2567; «[l]a tesis subjetiva en sentido estricto tiene, [...], otra consecuencia: no se podrá impugnar el contrato aunque se sufriera error en un elemento objetivamente importante si para el contratante no lo era, es decir, igualmente hubiera celebrado el contrato de no haberlo padecido. Pero esta consecuencia no presenta los problemas para la seguridad del tráfico que presenta la otra./ La tesis subjetiva, enten-

*amplio sector doctrinal considera que el Código civil sigue la tesis subjetiva en sentido estricto, pero, dado que para la relevancia del error exigen otros requisitos, principalmente su prueba y excusabilidad, dicha «doctrina no acepta, sin más, la anulación del contrato por error en las cualidades accidentales sólo importantes para el sujeto que contrata»*⁶⁷⁸. En cambio, *otros autores se apartan de lo anterior y acogen lo que Monserrat Valero llama tesis subjetiva bilateral*. Apunta que uno de los primeros en apartarse fue De Castro y Bravo; que posteriormente profundizó en la tesis de De Castro y Bravo, Morales Moreno; y que la tesis de los dos anteriores es compartida por L. Díez-Picazo, y otros (cita a Santos Briz, Valpuesta, y Gete-Alonso)⁶⁷⁹.

Conviene dar particular cuenta de la opinión de De Castro y Bravo, Morales Moreno y L. Díez-Picazo:

[A] *De Castro y Bravo*.— Considera que «la letra del artículo [1266 CC] y la doctrina legal sobre el significado de la causa concreta, lleva a la importante conclusión de que el error no está referido a cualquier creencia equivocada individual, sino a aquella que atañe a la misma *motivación del contrato*» (cursiva del original)⁶⁸⁰; «[n]o se atiende al error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o la aceptación, ni la importancia que tenga para uno u otro; sólo se considera el que da motivo y en cuanto dio motivo para celebrar *el contrato*, es decir, el que sea causa principal *del mismo*. Por ello, no será relevante lo que crea, sienta o desee cada uno de los contratantes, sino la conducta expresiva de ambos sobre lo que constituye *la finalidad del contrato* y así, por tanto, también la conducta de “quienes producen el error” (art. 1302, i. f.)» (cursiva del original)⁶⁸¹; para el error relevante «[s]e requiere una disconformidad entre lo que se considera presupuesto del negocio (p. ej., lo que se debe dar o hacer) y el resultado que ofrece la rea-

dida en sentido estricto, es peligrosa para el tráfico jurídico, pues quien se arrepiente de la celebración de un contrato puede fácilmente encontrar una excusa para impugnarlo, alegando error sobre una cualidad que él consideró relevante (por ejemplo, el comprador de una casa pretende anular la compraventa, alegando que las tuberías de la casa son de un determinado material y él pensaba que eran de otro)» (*op. cit.*, p. 2568).

⁶⁷⁸ MONSERRAT VALERO (2003) pp. 2568-2571, v. hasta p. 2575; en su amplia nota 4 (pp. 2569-2570) y para su afirmación de que «[u]n amplio sector de la doctrina, [...], entiende que el CC acoge la tesis subjetiva estricta de la esencialidad», MONSERRAT VALERO expone las tesis de Sánchez Román, Manresa, Borrel Soler, Mucius Scævola, Castán, Puig Peña, Albaladejo, Gullón, Alonso Pérez, Puig Brutau, Espín, Luna Serrano, y García Amigo.

⁶⁷⁹ MONSERRAT VALERO (2003) pp. 2575-2576, v. hasta p. 2577.

⁶⁸⁰ DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) § 136, p. 109; justifica que ese «especial significado del artículo 1266 resulta de dos expresiones: la que considera aquello que *principalmente* da motivo para celebrar el contrato y la que atiende a la *causa principal* del mismo contrato» (cursiva original, *op. cit.* p. 110).

⁶⁸¹ DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) § 136, p. 110; sigue el texto «[p]odrá alegarse el error para impugnar el negocio cuando sea: sobre aquello con cuya existencia o inexistencia había de contarse y era considerado causa principal para contratar; por lo que así ha de considerarse motivo del mismo contrato» (*op. cit.*, § 136, p. 110).

lidad (lo dado o lo hecho). El dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio y, además, que, en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio (condición “sine qua non”), teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al negocio»⁶⁸².

[B] *Morales Moreno*.— Señala que «[e]l contrato se implanta en una realidad en la que va a actuar y forzosamente tiene que tomarla en cuenta, porque pertenece a su ámbito de actuación (ámbito de organización de intereses que promueve el contrato)», y «a esa representación de la realidad que se refleja en el contrato, [puede llamársela] las presuposiciones del contrato»⁶⁸³. Apunta que «es posible que las cualidades de la cosa se incorporen al contrato como presuposiciones. Por ejemplo: en una venta específica el terreno vendido se ha considerado solar edificable./ La consideración de la realidad sobre la que se asienta y actúa el contrato forma parte del mismo, en la medida en que es tomada en cuenta en la organización de intereses que éste realiza. El error supone una falsa representación de esa realidad. En nuestro sistema jurídico el error de hecho sólo es esencial si se refiere a elementos que puedan ser considerados presuposiciones del contrato./ [...] / La conexión del error con las presuposiciones del contrato implica, en nuestro sistema jurídico, que el problema del error pueda ser considerado, no simplemente como el problema del contratante que lo ha padecido, sino como un problema contractual»⁶⁸⁴. Sobre *cómo la presuposición se incorpora al contrato*, *Morales Moreno* señala la voluntad de los contratantes⁶⁸⁵, y «cuando la voluntad no se pronuncia expresamente, funcionan otros criterios que [...] permiten fijar las presuposiciones del contrato», así, en primer lugar, la ley, también los usos sociales (incluye los criterios del tráfico, a tomar en cuenta a falta de expresión de voluntad en contrario), la buena fe (criterio ético), y la equidad del contrato oneroso (criterio interpretativo, art. 1289 CC)⁶⁸⁶.

[C] *L. Díez-Picazo*.— Se refiere a *Morales Moreno* y a *De Castro y Bravo*⁶⁸⁷, y a su entender, «[e]n cualquier caso, parece claro que una interpretación global del art. 1266 CC permite sostener que en él existe una concepción del error, suficientemente flexible

⁶⁸² DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) § 137, p. 111. MORALES MORENO ha publicado un trabajo dedicado a glosar cómo De Castro y Bravo concebía el error [(2015) pp. 307-331]; para la concepción de este último sobre el error esencial, *op. cit.*, [9]-[21] pp. 311-316; MORALES MORENO precisa, que «[l]a noción de error de Federico DE CASTRO se halla referida al que podemos denominar error común» (mayúsculas del original; *op. cit.*, [11] p. 312); v. además *infra* nota 695; y para el error unilateral en De Castro y Bravo, *op. cit.* [37]-[42] pp. 322-323.

⁶⁸³ MORALES MORENO (1988) p. 200.

⁶⁸⁴ MORALES MORENO (1988) p. 201; v. hasta p. 202.

⁶⁸⁵ MORALES MORENO (1988) pp. 205-206; v. pp. 196-197.

⁶⁸⁶ MORALES MORENO (1988) pp. 206-209; v. pp. 196-197. Sigue la construcción de *Morales Moreno*, M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núms. 181-183, p. 645; v. además núm. 180, p. 645.

⁶⁸⁷ L. DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 213-214.

para dar cabida a todo lo que antes hemos llamado *elemento básico o esencial del negocio que principalmente hubiese dado motivo a celebrarlo*» (cursiva mía)⁶⁸⁸.

Por su parte, Monserrat Valero considera que «[p]robablemente los antecedentes históricos» del artículo 1266 CC lleven a interpretarlo según la tesis subjetiva estricta, «pero su literalidad no impone necesariamente esta interpretación. El art. 1266 se limita a decir que para que el error sobre las condiciones de la cosa pueda anular el contrato ha de recaer sobre las que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. Si hubiera añadido *a la parte que sufrió el error*, la tesis subjetiva estricta era inevitable. Pero como no lo añade, la literalidad de la norma no impide interpretarla en el sentido de que se refiere a las condiciones que principalmente hubieran motivado su celebración a las dos partes, no a la que sufrió el error. Soy consciente [Monserrat Valero] [...] de la debilidad de esta argumentación, pues, el legislador estaba pensando en la cualidad que hubiese motivado su celebración a quien sufrió el error y omitió esta precisión por considerarla innecesaria. En efecto no puede decirse que la parte que no sufrió el error fuese motivada a la celebración del contrato por esa cualidad que, en realidad, faltaba» (cursiva del original)⁶⁸⁹. El autor añade, que «la tesis subjetiva estricta no es muy coherente con una norma indiscutida para todo el mundo, también, por tanto, para sus partidarios, de que el error sobre los motivos es irrelevante. Esto deriva implícitamente del art. 1266 que da relevancia exclusivamente al error sobre la cosa o sobre la persona»⁶⁹⁰.

[208] En cuanto a la jurisprudencia del *Tribunal Supremo*, Monserrat Valero afirma que *nunca* ha seguido la *tesis subjetiva estricta*⁶⁹¹. Según Morales Moreno, «[e]l Tribunal Supremo, en doctrina reiterada, aprecia el carácter esencial del error en rela-

⁶⁸⁸ L. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 215; continúa: «El problema entonces se traslada de plano y pasa a ser el de los criterios que han de ser utilizados para determinar en cada caso el carácter esencial del error. La idea inicial, en este punto, fue básicamente subjetiva. [...]. La línea subjetiva de apreciación del carácter esencial del error presenta, sin embargo, notorias dificultades. Los móviles determinantes de la voluntad pueden ser muy variados y no haber llegado a ser conocidos de la otra parte, prescindiendo de la enorme dificultad de prueba que ello encierra. Por eso, superando el subjetivismo puro, la doctrina ha tratado de seguir otros dos caminos, que pueden utilizarse conjuntamente y que son, ante todo, el recurso a los criterios seguidos en cada rama determinada del comercio. La segunda línea consiste en remitir la apreciación subjetiva del carácter esencial del error a los motivos o finalidades perseguidas, cuando de algún modo, han quedado incorporados al contrato o han constituido lo que más adelante denominaremos la causa concreta del mismo. En la sentencia de 4 de enero de 1982 el TS dice [...]» [*op. cit.*, p. 215; doy cuenta de esa sentencia, *infra* [208]].

⁶⁸⁹ MONSERRAT VALERO (2003) pp. 2578-2579.

⁶⁹⁰ MONSERRAT VALERO (2003) p. 2579.

⁶⁹¹ MONSERRAT VALERO (2003) p. 2580; en pp. 2580-2590, el autor analiza un conjunto de sentencias que justifican su opinión.

ción con el contenido de cada contrato, en función de lo que las partes han pactado y considerado elemento básico del mismo. Alguna reciente sentencia ha puesto también de manifiesto la importancia que ha de atribuirse a los criterios objetivos (las valoraciones del tráfico) en el enjuiciamiento del error (S. TS 4 de enero de 1982» (cursiva mía)⁶⁹².

Dicha importante STS, 1.^a, 04.01.1982 –Pte. Excmo. Sr. D. Jaime De Castro y García; EDJ 1982/93⁶⁹³– de habitual cita en las exposiciones del error⁶⁹⁴, relaciona el error en la sustancia (error esencial) con la causa concreta, con la finalidad del negocio para los contratantes (concepción subjetiva), no desechando los criterios objetivos (la común opinión del tráfico económico-jurídico). En concreto:

«Que el error en la sustancia, manifestación la más característica del error del vicio, con ejemplos que arrancan del Derecho romano (sed in substantia error sit, utputa si acetum por vino veneat, aes por, suro, vel plumbum pro argento, vel quid ahud argento simile», D. 18.1.92) y han pasado a nuestro Derecho histórico («latón vendiendo un ome a otro por oro o estaño por plata ó otro metal cualquier por otro, non valdría tal vendida»: Partida 5.^a, Título 5, ley 21), cobra en el artículo 1266 del Código Civil una más amplia dirección, pues si menciona la «sustancia» ni la desliga de la motivación del contrato, y por ello habrá de entenderse, *con la más auto-*

⁶⁹² MORALES MORENO (1988) p. 199, v. desde p. 198; y v. además M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 184, pp. 645-646.

⁶⁹³ Ha sido objeto de un comentario por DE CASTRO Y BRAVO, ADC (1982) pp. 403-439.

⁶⁹⁴ HECHOS (FD 1.^o).—En *noviembre de 1976*, se celebró un contrato preparatorio de compraventa de un conjunto de elementos diversos (terrenos, edificaciones, vehículos, utillaje, licencias fiscales y de elaboración, etc.), de «una empresa en actividad dedicada a la explotación del “manantial de aguas minero-medicinales”»; en ese contrato se concedió a la compradora un plazo de tres meses, ampliado a cinco meses, para que constatará la buena marcha del negocio (para poder capacitarse con el negocio por su carencia de conocimientos al respecto, era una institución religiosa). En *abril de 1977*, se otorgó el contrato de compraventa de la unidad industrial de manantial de aguas minero-medicinales que fluyen por cierta finca y que se comercializaban bajo cierta marca (la compradora declaró la finalidad de explotar el manantial de la finca, comercializando sus aguas). La vendedora había entregado, en *febrero de 1977*, un documento de la Jefatura Provincial de Sanidad de Valladolid en el que se calificaba al manantial de potable bacteriológicamente. Pero, a los cuatro días del otorgamiento del contrato de compraventa, las tomas de muestras de dicho organismo en *abril de 1977* dan como resultado que el manantial no es potable bacteriológicamente (está contaminado) y se procedió a la clausura de las instalaciones. La compradora practicó nuevos análisis que confirmaron ese resultado. La vendedora demandó la elevación a escritura pública del documento de abril de 1977 y la condena, a la compradora, al pago de las cantidades que le debía. Esta última reconvinó y solicitó la declaración de nulidad de la compraventa por error esencial en el consentimiento y dolo de la vendedora, reintegro de las prestaciones e indemnización de daños. En *primera instancia* se desestimó la demanda y se acogió la reconvencción (si bien se decartó el dolo y la indemnización). En *segunda instancia* se consideró *inexcusable* el error de la compradora y se estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La compradora interpuso recurso de casación, entre cuyos motivos estaba el de violación por inaplicación de los artículos 1261, 1265 y 1266 CC, y en relación con ellos, del artículo 1303 CC. El *Tribunal Supremo* casó: consideró, al error de la compradora, esencial y excusable.

rizada doctrina⁶⁹⁵, que el error sobre la sustancia equivale a inteleción defectuosa o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa concreta, para deeevelar la cual serán de ordinario reveladoras las expresiones del los otorgantes sobre lo que constituye la finalidad del negocio, y si acomodandos al sentido inequívoco del precepto la jurisprudencia adopta una concepción subjetiva en trance de valorar la esencialidad (sentencias de 25 de noviembre de 1932, 14 de junio de 1943, 30 de septiembre de 1963 y 8 de junio de 1968), no por ello deberán desecharse los criterios objetivos, puesto que generalmente la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato, coincidirá con lo deseado por las partes al emitir su declaración; y es de toda evidencia que se ha producido error esencial, a la luz de cualesquiera pautas valorativas que se utilicen, en el contrato de 9 de abril de 1977, viciando radicalmente el consentimiento de la “Obra Misionera” compradora, pues si la sustancia contemplada en la compraventa fue un manantial de aguas minero-medicinales, repetidamente mencionado en las cláusulas documentales, y la finalidad perseguida y declarada en el negocio buscaba la comercialización de aquéllas acudiendo al mercado, nada podría contradecirlas más que esa realidad de que se trata de un líquido química y bacteriológicamente inapropiado para el consumo humano por las sustancias nocivas que contiene, amén de que el manantial primitivo se halla agotado, sin que esa perniciosa composición, analíticamente demostrada, permita pensar que se trata de una alteración transitoria, hipótesis carente de toda prueba» (cursiva mía; FD 4.º)⁶⁹⁶.

2.1.4 EL REQUISITO DEL ERROR EXCUSABLE

[209] Si bien el artículo 1266 CC no lo exige⁶⁹⁷, reiterada y consolidada *jurisprudencia* requiere que, además de los otros

⁶⁹⁵ MORALES MORENO informa: «Federico DE CASTRO estudia, cuidadosamente, en su tratado sobre el negocio jurídico, esa jurisprudencia [del Tribunal Supremo sobre el error] y conecta con ella, directamente, su doctrina. Publicada su obra [*El negocio jurídico*], tendrá, a su vez, una enorme influencia sobre la jurisprudencia. La STS de 4 de enero de 1982 lo confirma. Esa sentencia, refiriéndose sin duda a Castro, invoca “la más autorizada doctrina” sobre el error. Ante esta afirmación, CASTRO se pregunta cuál sea esa autorizada doctrina y responde atribuyendo ese título a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. “Probablemente –dice [De Castro]– se trata de la doctrina jurisprudencial, pues aparte de algún autor [él] [ese él es del original de Morales Moreno], que a su vez se apoya en sentencias del Tribunal Supremo, son éstas en las que se ha ido consolidando dicha doctrina. Especialmente ha de citarse la sentencia de 22 de junio de 1978, antecedente inmediato de la aquí estudiada” [(2015) [3] p. 309; MORALES MORENO indica que la «doctrina [de De Castro y Bravo] sigue viva y continúa ejerciendo una poderosa influencia sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo» y reproduce de la STS, 1.ª, de Pleno, 20.01.2014 su referencia al error esencial y la causa concreta o los motivos incorporados a la causa, op. cit., [65] p. 331, v. infra [215]]. V. DE CASTRO y BRAVO, ADC (1988) pp. 436-437, y 422.

⁶⁹⁶ Glosa el FD 4.º de la sentencia, DE CASTRO y BRAVO, ADC (1988) pp. 420-425.

⁶⁹⁷ En cambio, la Ley 19.II FN dispone: «Son anulables las declaraciones viciadas por error, [...], pero no podrá alegarse el error inexcusable de hecho o de Derecho». RUBIO

requisitos, el error sea excusable (lo justifica el principio de auto-reponsabilidad y la buena fe)⁶⁹⁸. En relación con la excusabilidad del error es muy conocida la antigua *STS 14.06.1943* (RJA 719)⁶⁹⁹; también la antes referida *STS, 1.ª, 04.01.1982*, en [208]. En ellas se lee lo siguiente.

[A] *STS 14.06.1943*.— «Que el motivo 1.º del presente recurso, [...], atribuye a la Sala sentenciadora la infracción del artículo 1266, párrafo primero, en relación con el artículo 1261, ambos del Código Civil, por no haber reconocido que la partida de 50.657'50 pesetas, no comprendida en la contabilidad de la sociedad, había de influir en la liquidación de la misma, es decir, en la substancia del contrato o, al menos, en las condiciones que principalmente dieran lugar a su creación, y que, consiguientemente, el consentimiento prestado a dicha liquidación se basó en un error substancial; pero es notorio que esta tesis, eje del recurso, no puede prosperar, ya que se ha de tener en cuenta: Primero. [...]. Segundo. *Que aun cuando el Código Civil patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por el que haya incurrido en él, para anular la declaración, o cuanto menos, que, según expresó esta Sala en sentencia de 15 de enero de 1910, es mucho menos admisible el error “cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio”*» (cursiva del original; cdo 3.º)⁷⁰⁰.

[B] *STS, 1.ª, 04.01.1982*.— «QUINTO.- [...] queda por examinar la discutida concurrencia del requisito de la excusabilidad, que el Tribunal “a quo” rechaza para llegar a la estimación de la demanda, desatendiendo el pedimento reconvenicional; elemento que la jurisprudencia exige, pese al silencio del Código Civil (sentencias de 14 de junio de 1943, 11 de marzo de 1964, 8 de junio de 1968 y 7 de abril de 1976), aunque sí mencionado en el campo del Derecho foral (Ley 19, párrafo segundo, del Fuero Nuevo de Navarra⁷⁰¹), y por lo tanto negando al error eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o

TORRANO señala que dicha Ley se refiere al error motivo —no al error en la declaración— que puede ser de hecho o de derecho («ambos puede dar lugar a la anulación del acto o del contrato») y «sólo podrá alegarse si es excusable, es decir, no podrá servirse de él quien pudo salvarlo con una diligencia normal», exigiendo la doctrina «también, como requisito la esencialidad del error, entendiéndose por tal el hecho de que su padecimiento haya sido determinante de la voluntad negocial» [«Comentario de la Ley 19 FN» (2002) p. 57].

⁶⁹⁸ Sobre las razones de la exigencia jurisprudencial de la excusabilidad del error, DE VERDA y BEAMONTE (1999) pp. 29-31; el autor no considera exigible la excusabilidad del error en la donación, y entiende que el donante negligente se sujeta a la responsabilidad precontractual (interés contractual negativo) con base en el artículo 1902 CC; v. *op. cit.*, nota 18 en sus pp. 36-38.

⁶⁹⁹ DE VERDA y BEAMONTE: «[...] la consagración jurisprudencial del requisito de la excusabilidad tuvo lugar en virtud de la STS 14 junio 1943 [...] considerando tercero» [(1999) nota 1, p. 58].

⁷⁰⁰ Para el caso, el Tribunal Supremo consideró inexcusable el error (cdo. 3.º).

⁷⁰¹ V. *supra* nota 697.

regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1484, “in fine”, para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (artículo 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar»⁷⁰².

En apretada síntesis, para la apreciación de la excusabilidad del error, el Tribunal Supremo considera, en principio, que uno ha de informarse, y tiene en cuenta las circunstancias de toda índole del caso, incluso las personales del que erró (perito o no, edad, etc.). El Tribunal Supremo exige, al que yerra, que cumpla la diligencia media o regular (art. 1104 CC), pero también tiene presente el comportamiento desenvuelto por el otro contratante en los tratos previos y, si considera que este último provocó o indujo el error del que yerra –le generó una legítima confianza–, puede considerar excusable el error, aunque el *errans* no hubiera desenvuelto el estándar de la diligencia media, sino uno menor. Si hubo dolo (vicio) por parte del otro contratante, el error es siempre excusable⁷⁰³.

[210] Sobre la opinión de los *autores*, por ejemplo, Monserrat Valero indica que «[l]a doctrina posterior a la promulgación del CC de la primera parte del siglo XX todavía no [...] exigía [la excusabilidad] e, incluso PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER lo rechazaron. Actualmente se puede decir que es requisito unánime exigido por la doctrina» (mayúsculas del original)⁷⁰⁴. Dicha información, afirmada en 2013, sigue vigente.

2.1.5 LA RECONOSCIBILIDAD DEL ERROR POR EL OTRO CONTRATANTE COMO REQUISITO DEL ERROR, Y SU FUNCIONAMIENTO, SEGÚN LUNA SERRANO

[211] Luna Serrano considera que, junto con ser esencial y excusable, el error ha de ser «reconoscible para la otra parte

⁷⁰² Para el caso, el Tribunal Supremo consideró excusable el error (FD 6.º).

⁷⁰³ Sobre la aplicación jurisprudencial de la excusabilidad del error, entre otros, MORALES MORENO (1988) pp. 217-226; VERDA y BEAMONTE (1999) pp. 55-74, v. hasta p. 79 (distingue el error negligente del error inexcusable), nota 56 en pp. 102-104, pp. 111-112, 155-160, 182-189, 205-210; OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 229-330, 353 (*infra* nota 773); M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núms. 190-198, pp. 648-650; VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 1266 CC» (2016) pp. 629-630; para el error excusable por el dolo de la otra parte, CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/65, p. 309.

⁷⁰⁴ MONSERRAT VALERO (2003) p. 2573, y v. las notas 11, 12 y 13 en pp. 2573-2574 [en la nota 13, indica que Borrell Soler (1947) «fue uno de los primeros autores de nuestra doctrina que lo exigió (cuando dice que es un requisito según doctrina, de la que no cita los autores, puede referirse a la francesa o italiana)»]; DE VERDA Y BEAMONTE (1999) nota 1 en pp. 55-59. Sobre cómo De Castro y Bravo concebía la excusabilidad en el error, MORALES MORENO (2015) [25]-[32] pp. 318-320, y en particular [28]-[29] p. 319.

contratante»⁷⁰⁵; «esto es, ha de poder ser reconocido por la otra parte contratante usando de una diligencia normal. La razón de este requisito –al que la jurisprudencia se ha referido en algunas ocasiones, señalando su exigencia y la necesidad de su prueba (cfr. SS. 5 marzo 1960 y 30 septiembre 1963⁷⁰⁶)– está en que si el error de uno de los contratantes puede ser advertido por el otro, éste tiene que soportar eventualmente la impugnación del contrato por parte del que yerra, puesto que, gracias a que el error en que se basa la impugnación pudo ser reconocido por él en el momento de contratar, no sufre menoscabo la confianza puesta en la declaración ajena»⁷⁰⁷. Pero, «el requisito de la reconocibilidad no cuenta,

⁷⁰⁵ LUNA SERRANO (1987) núm. 304, p. 70; con anterioridad (1981) p. 459 (v. desde p. 458). MONSERRAT VALERO señala que «BONET RAMON (*Compendio de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1959, pg. 668) exige el requisito de la reconocibilidad, en lugar del de la excusabilidad, por influencia de la doctrina italiana (cita a MESSINEO)» [mayúsculas y cursiva del original; (2003) nota 13 en p. 2573]. Con anterioridad, DE VERDA Y BEAMONTE: «[t]al tesis [de la reconocibilidad como requisito sustitutivo de la excusabilidad] –que yo sepa– fue sostenida, por primera vez, por BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, t. I, *Parte general*, Madrid, 1959, pp. 669-670, para quien “El error es influyente cuando sea esencial y reconocible” [mayúsculas y cursiva del original; (1999) nota 5 en p. 112]; DE VERDA Y BEAMONTE indica: «[e]n todo caso, no es una tesis que haya sido recibida por la doctrina científica, excepción hecha de LUNA SERRANO [...]» (mayúsculas del original; *op. cit.*, nota 5 en p. 112).

⁷⁰⁶ DE CASTRO y BRAVO señala que consultó la *Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil*, edición oficial y las sentencias de fechas 05.03.1960 y 30.09.1963 «no se refieren al error ni mencionan la reconocibilidad. Es posible que las sentencias como refiriéndose a la reconocibilidad, no hayan sido publicadas en la jurisprudencia civil, lo que ha ocurrido a veces. De todos modos, el texto de la sentencia comentada [la de 04.01.1982, FD 6.º, en este mismo [211]], dado lo esmerado de su redacción, al no mencionar ningún antecedente de doctrina jurisprudencial (citando sólo al Código italiano), inclina a pensar que no eran conocidas por la Sala las citadas sentencias» [ADC (1988) nota 80 en p. 431]. DE VERDA y BEAMONTE indica, que «no me ha sido posible localizar las SSTs 5 marzo 1969 y 30 septiembre 1963, en las que LUNA SERRANO [...] justifica la exigencia del requisito de la reconocibilidad; como tampoco a DE CASTRO y BRAVO [(1999) nota 44 en p. 128, v. además pp. 111-112, 127-128, nota 50 en pp. 130-131]. Según DE PABLO CONTRERAS: «[...] añade la doctrina (también algunas sentencias: *cfr.*, por ejemplo, las de 5 marzo 1960 o 30 septiembre 1963 y, de forma más imprecisa, la de 10 febrero 2000) el requisito de que el error sea *reconoscible* por la otra parte usando una diligencia normal, pues entonces su propia negligencia justifica que deba soportar la impugnación del que erró; mientras que, si [*sic*; el] error de éste no fuere reconocible, aquél merece protección, pues es entonces, al actuar de buena fe, cuando tiene derecho a confiar en la efectividad de lo pactado» [(2008) § 119, p. 363]. V. FD 1.º de dicha STS, 1.º, 10.02.2000, EDJ 2000/5896.

⁷⁰⁷ LUNA SERRANO (1987) núm. 304, pp. 72-73; más adelante apunta: «Si se miran bien las cosas, los indicados requisitos de excusabilidad y de reconocibilidad del error son, en realidad, interdependientes. En efecto [...] el requisito de la reconocibilidad [...] funciona en la práctica de una manera negativa, puesto que si el error es reconocible y no se reconoce por negligencia es cuando hay lugar a la impugnación y no se protege la confianza. Ahora bien, a través de este mecanismo, lo que ocurre es, ni más ni menos, que el requisito de la excusabilidad se traslada del que yerra al otro contratante (el no darse cuenta del error ajeno tiene que ser, para él, excusable). Por eso, si se exige la reconocibilidad del error, no parece necesaria establecer también su excusabilidad» (*op. cit.*, p. 73); con anterioridad (1981) pp. 460-461.

lógicamente, en el caso de que el error sea común a ambos contratantes»⁷⁰⁸.

En el FD 6.º de la referida STS, 1.ª, 04.01.1982 (en [208] y [209]) se alude *incidentalmente* a la cognoscibilidad del error: «Que tal propuesta de la excusabilidad, *suplido en Códigos modernos por el de la cognoscibilidad atribuida al otro contratante (así, el italiano de 1942, artículos 1428 y 1431)*⁷⁰⁹» (cursiva mía).

Sobre la cognoscibilidad del error, De Castro y Bravo (1988) hizo unas interesantes consideraciones:

«La referencia al Código civil Mussolini [que se hace en esa STS 04.01.1982, arts. 1428, 1431 CC ital. 1942] es oportuna y reveladora. Dicho Código, y la doctrina elaborada en torno suyo, ha divulgado entre nosotros el conocimiento del requisito de la reconocibilidad. Sin embargo, no se trata de una novedad ni de algo peculiar del Código italiano. Lo que conviene notar, pues su antigüedad y su amplia área de expansión, muestra que se trata de un requisito que aparece exigible natural y justificadamente, tanto al menos que el de la excusabilidad.

Posiblemente, la primera referencia clara a que el error invalidante, no podrá ser aquel que se ocultara a la otra parte, la encontramos en el notable Código civil de Chile, que requiere para que el error de hecho vicie el contrato, que el mismo “haya sido conocido por la otra parte”⁷¹⁰. El prestigio del Código chileno y la autoridad en Andrés Bello, hará que el citado precepto sea recogido en otros Códigos americanos⁷¹¹. Coincide en esta dirección el Código portugués de 1867, que requiere que la otra parte *conozca* las circunstancias por las que se manifiesta el error del engañado [cursiva del original].

Tanto el Código chileno como el antiguo de Portugal hubieron de ser conocidos por la comisión redactora de nuestro Código civil, pero ignoramos las razones por las que no se les tuvo en cuenta.

Después de la primera generación de Códigos civiles, hay un notable renacer del requisito de la reconocibilidad; coincidente con la preponderancia que en la doctrina de los autores se venía dando a la declaración respecto a la voluntad, conforme a la importancia creciente dada a la seguridad del tráfico comercial.

⁷⁰⁸ LUNA SERRANO (1987) núm. 304, p. 73; con anterioridad (1981) p. 460. Sobre la inexigibilidad de la reconocibilidad para el error común en el Derecho italiano, DE VERDA Y BEAMONTE (1999) nota 28 en pp. 121-122.

⁷⁰⁹ Artículo 1428 CC ital. 1942: «Rilevanza dell'errore.–L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente»; artículo 1431 CC ital. 1942: «Errore riconoscibile.– L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo». V. DE VERDA Y BEAMONTE (1999) pp. 117-120, en particular las notas a pie de página. Para los artículos 1429, 1430 y 1433 CC ital. 1942, *supra* nota 71, a.1).

⁷¹⁰ *Supra* nota 553 para el artículo 1454.II *in fine* CCCh.

⁷¹¹ En nota 82 (p. 432), DE CASTRO Y BRAVO menciona los artículos 1325 del Código civil de El Salvador (1860) y 1511 CCC (*supra* notas 540 y 541) [ADC (1988)].

Al redactarse el Código civil alemán, se propuso que sólo se atendiese como invalidante al error conocido o cognoscible. Es cierto que no se aceptó, [...].

Será la ley, reformando el § 871 del Código civil general de Austria, la que abandonando el antiguo texto de 1811, [...], requiere para tener en cuenta el error, el que se manifieste de modo patente de las circunstancias [...]. Ello ha podido ser señalado como antecedente en esta materia, del Código civil italiano de 1942, el que con razón, ha sido considerado como decisivo para la general consideración del requisito de la cognoscibilidad; [...]. También puede citarse dentro de esta dirección el Código civil de Venezuela, del mismo año 1942, que combina la exigencia de la inexcusabilidad a la de la cognoscibilidad, para eximir de la responsabilidad por daños a quien pide la anulación del contrato por error⁷¹². En fin, parece muy significativo de la fuerza de esta corriente, en favor del requisito negativo de la reconocibilidad, el que se le utilice en el Proyecto del Código civil de los Países Bajos, debido al eminente jurista Meijers, al que se le ha podido llamar el Huber holandés⁷¹³.

De este modo ha venido afirmándose en las leyes el requisito de la cognoscibilidad, *junto o en lugar del requisito de la excusabilidad*, obra de la jurisprudencia [*sic*]. [...]» (cursiva mía)⁷¹⁴.

Más adelante, De Castro y Bravo señala:

«[...] En el de la cognoscibilidad se atiende a la situación de quien recibe la declaración, según que pueda o no advertir el error; cambio de mira que ha hecho pensar en la responsabilidad de esta parte, la que si advierte el error de la otra, debería señalarle que ha incurrido en error conforme al criterio de la buena fe»⁷¹⁵.

2.1.6 LA IMPUTABILIDAD DEL ERROR AL OTRO CONTRATANTE COMO REQUISITO DEL ERROR, SEGÚN MORALES MORENO

[212] Tras haber analizado cuando el error es esencial, Morales Moreno estudia su excusabilidad sobre la cual, después de recordar que «[s]egún un criterio bastante extendido [...], el que se equivoca merece protección cuando su error es esencial (art. 1266) y resulta excusable, porque [el error] se ha producido a pesar de haber mantenido una conducta diligente», afirma: «[f]rente a este criterio puede proponerse otro, que parece reflejar mejor el fun-

⁷¹² En nota 89 (p. 433), DE CASTRO Y BRAVO [ADC (1988)] reproduce el artículo 1149.I CCV (*supra* [182] nota 611).

⁷¹³ Y en nota 90 (p. 434), DE CASTRO Y BRAVO añade: «Tampoco podrá invocarse la falta de voluntad contra quien entiende una declaración de voluntad o una conducta en el sentido en que lo haría razonablemente cualquier persona y para quien no sea claramente cognoscible que con aquella falta no hay coincidencia de voluntades. Igualmente no puede impugnarse una declaración por ser incompleta (“onvolledig Reit”) contra quien no la conocía ni tenía por qué conocerla» [ADC (1988); para el Derecho holandés, *supra* [53] ss.].

⁷¹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, ADC (1988) pp. 431-434.

⁷¹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, ADC (1988) p. 435.

cionamiento real del error: En los contratos onerosos, el contratante que padece error debe, en principio, soportar sus consecuencias, salvo en aquellos casos en que dicho error, siendo esencial, pueda ser imputado al otro contratante. / [Y] [e]l error padecido por un contrante *puede ser imputado al otro*, fundamentalmente, por dos tipos diferentes de razones: / 1) *Porque él lo ha provocado, aunque sea sin culpa*. Provocar el error significa *suscitar en el cocontratante la confianza que ha determinado el error*, sin que sea necesario que su conducta haya sido dolosa o negligente. / 2) *Porque no ha colaborado como debiera en deshacer el error que padece el cocontratante*» (cursiva mía)⁷¹⁶.

El autor desenvuelve esos supuestos de imputación del error. Y para el *error provocado por el otro contratante* apunta, que «provocar el error significa suscitar confianza justificada, que determina una falsa representación de los hechos a que el error se refiere»⁷¹⁷. Según Morales Moreno, la *conducta del contratante que suscita la confianza* es «una conducta negocial (orientada al otro contratante y en relación con el negocio) susceptible de producir confianza en el otro contratante, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que merezcan consideración jurídica»; no es necesario que haya dolo o negligencia en la conducta, al bastar «la mera provocación de la confianza, sin culpabilidad»⁷¹⁸. *En cuanto al sujeto que erró*, «lo que importa es precisar si hay razones suficientes» que justifiquen su confianza y para ello hay que «atender en cada caso, no solo a la conducta del otro contratante sino también, y muy especialmente, a la diligencia que a él le sea exigible, para descubrir los hechos verdaderos»⁷¹⁹.

Deteniéndose en el supuesto en el que, quien provocó el error, hubiere actuado *con dolo o culpa*, Morales Moreno señala que ello tiene «relevancia porque producen una alteración en los niveles de diligencia normalmente exigidos a la víctima del error, para admitir su protección»⁷²⁰. A esta última «se le exige normalmente que obre con la mínima diligencia exigible en el caso, es decir, que no incida en “culpa lata”», lo cual se exige teniendo presente que no es preciso que el otro contratante haya actuado con dolo o negligencia al provocar el error⁷²¹. *Pero* el nivel de diligencia exigible al

⁷¹⁶ MORALES MORENO (1988) p. 226; claramente refleja su pensamiento el título de su ponencia en la *Academia Matritense del Notariado*, del 19.02.1987, «De la excusabilidad a la imputabilidad en el error», que «[i]ntentó ser el avance de un libro sobre el error, entonces todavía en proceso de elaboración y hoy ya aparecido» [se trata de su monografía sobre el error de 1988; AAMN (1990) nota a pie de página en p. 51].

⁷¹⁷ MORALES MORENO (1988) p. 227.

⁷¹⁸ MORALES MORENO (1988) p. 227.

⁷¹⁹ MORALES MORENO (1988) pp. 227-228; destaca que los Tribunales tienen particularmente en cuenta la condición de la víctima del error, en especial si es o no perito en la materia a la que se refiere el contrato, y también tienen en cuenta la condición del otro contratante; «[l]a diligencia exigible a la víctima del error llega a ser, en la práctica, de esta manera, mayor o menor, según la condición del otro contratante» (*op. cit.*, p. 228).

⁷²⁰ MORALES MORENO (1988) p. 228.

⁷²¹ MORALES MORENO (1988) p. 229.

que erró *varía*, si el otro contratante provocó *dolosamente* el error, en cuyo caso «no importa la actuación negligente» del que erró, o si lo provocó *negligentemente*, rebajándose «el nivel de negligencia exigible» al que erró «en función del grado de culpa del que lo causa»⁷²².

Otro elemento manejado por Morales Moreno es cuando el otro contratante no colabora en evitar el error, *al no suministrar información sobre los hechos relacionados con el contrato* (el error le es imputable)⁷²³. Pues, «la buena fe obliga a no aprovecharse del error del otro contratante. Se aprovecha del error ajeno el que, conociendo su existencia, no lo desvela para tener así una posición contractual más ventajosa»; se trata de la reticencia dolosa, no incluida en el error, «[p]ero en cualquier caso puede afirmarse que cuando el error ajeno es conocido y no advertido se han de soportar» sus consecuencias; «[e]l error ajeno no sólo es imputable cuando es conocido (reticencia dolosa). También, si resulta cognoscible, desplegando la diligencia que exige la buena fe»⁷²⁴. Además, «[e]l deber de diligencia que impone la buena fe tiene carácter relativo»⁷²⁵. Y *sobre qué ha de informarse*, Morales Moreno apunta que «puede concretarse, en principio, a los hechos tomados en cuenta en el contrato como presuposiciones del mismo» («hechos significativos en la organización contractual de intereses, cuya falsa apreciación provoca una alteración en la misma») ⁷²⁶.

Por último, el autor se refiere a la cognoscibilidad del error, entendida esta como «la posibilidad que tuvo un contratante de descubrir el error padecido por la parte contraria», y entiende «oportuno tomar en cuenta la conducta desplegada por la parte que no sufre el error (que no ha padecido el error en sentido jurídico), porque, [...], la buena fe impone a esa parte ciertos deberes de colaboración para evitar el error del otro contratante»⁷²⁷. Señala que «[t]iene sentido atender simultáneamente a la reconocibilidad y [a la] excusabilidad del error, en un sistema como el nuestro, en el que la jurisprudencia valora la conducta de ambos contratantes en la estimación de su relevancia jurídica»⁷²⁸.

[213] Morales Moreno indica que su interpretación del Código civil⁷²⁹ «resulta de la fundamentación de numerosos fallos» del Tribunal Supremo; de la locución de «los que produjeron el error» del

⁷²² MORALES MORENO (1988) p. 229.

⁷²³ MORALES MORENO (1988) p. 229.

⁷²⁴ MORALES MORENO (1988) p. 230.

⁷²⁵ MORALES MORENO (1988) p. 230.

⁷²⁶ MORALES MORENO (1988) pp. 230-231; ahora bien, «dentro del ámbito de hechos relacionados con las presuposiciones del contrato pueden existir, también, justificadas restricciones al deber de información. Por ejemplo: cuando la información de que dispone un contratante no es fácilmente obtenible, supone una costosa investigación. Puede ser injusto en tal caso imponerle comunicar (en contra de su interés) información que para él ha supuesto un coste» (*op. cit.*, p. 231).

⁷²⁷ MORALES MORENO (1988) pp. 233-234.

⁷²⁸ MORALES MORENO (1988) p. 234.

⁷²⁹ De «revisión de la interpretación de nuestro Código Civil» habla el autor [(1988) p. 234].

artículo 1302 CC; y que «permite [...] un tratamiento equilibrado al problema del error en los contratos onerosos, teniendo en cuenta el interés de ambos contratantes, [...]»⁷³⁰. Más concretamente:

a) Para la fundamentación de los fallos del Tribunal Supremo, el autor apunta que de las sentencias del Tribunal Supremo pueden inferirse las siguientes *reglas básicas*: «Primera.—En principio, como consecuencia del carácter excepcional del error, cada contratante debe soportar las consecuencias del que haya podido padecer⁷³¹, salvo en los casos en que, excepcionalmente, se le permita pedir protección por él. Para ello es necesario no sólo que el error sea esencial, sino además que sea excusable. Este segundo requisito nos introduce en las siguientes reglas de apreciación del error. Segunda.— Si el error es imputable al contratante que lo padece, él tiene que soportarlo. Esta regla ha servido para excluir la estimación del error cuando el contratante que lo invoca no ha puesto la diligencia debida en evitarlo. En ella se refleja el criterio más extendido de entender la excusabilidad⁷³². Pero el Tribunal Supremo ha combinado este criterio con el de la tercera regla. Tercera.— Existen sentencias que justifican la estimación del error en la circunstancia de que el mismo se ha padecido, por un contratante, por razones imputables a la otra parte. También, en otros casos, se desestima, porque no hay razones para esa imputación. *De este modo, la imputabilidad del error a la parte contraria, imputabilidad que no ha de ser necesariamente dolosa, constituye un criterio determinante de la relevancia del error*» (cursiva mía)⁷³³.

Y en relación con esa *tercera regla básica*, tras exponer los casos y oportuna argumentación de un conjunto de sentencias del Tribunal Supremo⁷³⁴, Morales Moreno concluye que, teniendo en cuenta los fallos jurisprudenciales en los que el Tribunal Supremo *admite* el error, se aprecia que «cuando el error se refiere al contenido del contrato (por ejemplo, a las cualidades de la cosa o de la persona), la gran mayoría de las veces el TS toma de alguna manera en cuenta que el error ha sido debido bien a maquinaciones dolosas (en cuyo caso más que error hay dolo) o a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de uno de los contratantes sobre el otro. Y [...] [en] los [casos] que no hace referencia expresa a ello, también» se advierte «en el propio caso, que casi siempre de alguna manera se ha dado esa confianza provocada. [Y] También, [...] [el]

⁷³⁰ MORALES MORENO (1988) pp. 226-227.

⁷³¹ Lo que MORALES MORENO desarrolla en (1988) pp. 218-219.

⁷³² Lo que MORALES MORENO desarrolla en (1988) pp. 219-221.

⁷³³ MORALES MORENO (1988) p. 218.

⁷³⁴ MORALES MORENO (1988) pp. 221-225.

que no se haya producido o podido producir la confianza sirve, a veces, para justificar la irrelevancia del error. [...] *Esta orientación jurisprudencial demuestra que el TS se ha separado de una construcción puramente psicológica y voluntarista del error. La consideración del error como vicio del consentimiento no haría necesario acudir a buscar justificación para estimarlo, en la confianza infundida al que lo padece. Bastaría la apreciación de la naturaleza del error mismo (su carácter esencial) y de la conducta del sujeto que lo padece (excusabilidad). No sería preciso apoyarlo en la conducta del otro contratante. El hecho de que en la jurisprudencia adquiriera importancia el elemento de la confianza nos indica que en la práctica se opera con unas reglas de apreciación del error que no se corresponde totalmente con el encuadre teórico que nos lo presenta como un vicio del consentimiento»* (cursiva mía)⁷³⁵.

Y *b)* sobre el apoyo en la anterior locución del artículo 1302 CC, Morales Moreno indica que de la misma «se infiere, *directamente*, que la parte que *ha provocado el error* no puede ejercitar la acción de nulidad»⁷³⁶, y *ello* «puede querer decir *que se limita el ejercicio de la acción de nulidad por error a los casos en que el error padecido por uno de los contratantes sea imputable al otro*; sólo en esos casos (o en los que pueda existir otra justificación) es posible que quien ha padecido error pueda ejercitar dicha acción. Esta interpretación, que es, sin duda, la más adecuada a la expresión legal, implica una manera diferente de la habitual de concebir el

⁷³⁵ MORALES MORENO (1988) pp. 225-226.

⁷³⁶ MORALES MORENO (1988) p. 236. Informa antes de cómo se llegó a la redacción del artículo 1302 CC: a) Según el artículo 1186.II PCC 1851: «La persona capaz no puede pedir la nulidad del contrato, fundándose en la incapacidad del otro contrayente: tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación ó dolo el mismo que lo causó, ni por el error del otro contrayente el que lo padeció»; MORALES MORENO apunta que «[q]uizá lo que haya querido decirse [en el art. 1186.II PCC 1851] sea, que la nulidad “tampoco puede pedirla por el error, *el otro contratante del que lo ha padecido*. En cualquier caso puede destacarse una diferencia entre el error y los otros vicios del consentimiento. En estos (violencia, intimidación o dolo) se priva de la acción de nulidad al contratante que los ha provocado, en el error, simplemente, al contratante que no ha incidido en él. *En el error se protege a un contratante sin tomar en cuenta la conducta del otro*» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 235); b) el artículo 1315 APCC 1882-1888 dispuso: «[...]. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron, ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo *o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato*» (cursiva mía); y c) el artículo 1302 CC recoge la dicción del artículo 1315 APCC 1882-1888; MORALES MORENO indica, que «[e]l Código Civil lo toma [el art. 1302] del Anteproyecto de 1882, que, a su vez, lo recoge del Proyecto de 1851, transformándolo. El paso de uno a otro proyecto produce un significativo cambio de redacción» (*op. cit.*, p. 234); «[e]l texto del artículo 1302 del Código Civil coincide totalmente, en el punto que nos ocupa, con el del Anteproyecto (art. 1315). En uno y otro se ha sustituido la expresión, “padecer el error” [del art. 1186 PCC 1851], por “producir el error” [arts. 1302 CC, 1315 APCC 1882-1888]. El cambio es significativo [...]» (*op. cit.*, p. 235; v. hasta p. 236; *infra* nota 738).

error [...]» (cursivas mías)⁷³⁷. El autor considera probable la influencia del § 871 ABGB, según el cual «[si] una de las partes *ha sido inducida a error* [...]», en el artículo 1302 CC⁷³⁸.

Esa interpretación del artículo 1302 CC lleva a Morales Moreno a precisar *la función que, entonces, desempeña el artículo 1266 CC*⁷³⁹. Tras reproducir ciertas expresiones del artículo 1266 CC, indica, en lo que interesa, que «el legislador en este artículo [1266], propiamente, no define el error, [no] presupone un concepto de error, que delimita en un determinado aspecto: Indica cuándo un error, por la materia a que el mismo se refiere, es jurídicamente relevante./ El artículo 1266 no impide que otras normas puedan delimitar aún más el concepto de error que él presupone, y tal delimitación no es contradictoria si se refiere a aspectos diferentes de los regulados en él. [...]. *Es pues perfectamente posible (no hay contradicción en ello) coordinar lo que dispone el artículo 1266, con el 1302, tal como entendemos que ambos deben ser interpretados. Si el primero impone que el error sea esencial, el segundo refleja otra exigencia, que el mismo sea imputable al otro contratante*» (cursiva mía)⁷⁴⁰.

Por último, Morales Moreno indica que «[l]a consumación del contrato produce un nuevo estado de cosas», y es «razonable establecer una diferencia entre el error que se invoca antes de iniciar el

⁷³⁷ MORALES MORENO (1988) p. 236, v. hasta p. 238. No están de acuerdo con esa interpretación del artículo 1302 CC, DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN («[q]ue quien provocó el error no pueda impugnar el contrato no implica lógicamente que quien padeció el error sólo pueda impugnar cuando el otro lo provocó: si esto es así, habrá de probarse *aliunde*», pero «[c]on todo, el artículo 1302 muestra que la imputabilidad del error no es cuestión ajena a nuestro sistema, y puede ayudar a la evolución doctrinal auspiciada por Morales» [(2005) p. 76]; OLIVA BLÁZQUEZ comparte «íntegramente la visión [...] [de] MORALES MORENO sobre la excepcionalidad del error y el requisito de la imputabilidad» [(2010) p. 362; expone el pensamiento del autor desde p. 354; v. también p. 363], considerando su lectura del artículo 1302 CC «algo forzada» con apoyo en Delgado Echeverría (*op. cit.*, nota 156 en p. 162); DE VERDA Y BEAMONTE no comparte la construcción de Morales Moreno, ni su apoyo en la jurisprudencia, ni en el artículo 1302 CC («es cuestionable que el legislador patrio tuviera presente el originario § 871 ABGB, al redactar el art. 1302 C.c.») [cursiva del original, p. 217; (1999) nota 135 pp. 211-218, en particular desde p. 214].

⁷³⁸ «El parágrafo 871 [...] (ABGB) decía así: “Si una de las partes *ha sido inducida a error* por otra con falsos asertos, y dicho error fuese relativo a la cosa principal o a una cualidad esencial de la misma, a la que principalmente se dirigía la atención, no quedará obligada la persona que fue inducida a error”./ Hay, ciertamente, una curiosa coincidencia entre la expresión del Código Civil, “produjeron el error”, y la idea del error que refleja este parágrafo del Código Civil austriaco. Por ello es probable que los redactores del Anteproyecto [de 1882] lo tuvieran presente» (cursiva del original; MORALES MORENO (1988) p. 238, v. hasta p. 239; *supra* nota 736).

⁷³⁹ «Si entendemos que el 1302 limita el ejercicio de la acción de nulidad a los supuestos en que el error es imputable al otro contratante, y, por tanto, que no cabe ejercitar dicha acción si el mismo es casual o imputable al que lo padece, ¿no se está contradiciendo el concepto del error reflejado en el artículo 1266?» [MORALES MORENO (1988) pp. 239-240].

⁷⁴⁰ MORALES MORENO (1988) p. 240.

cumplimiento del contrato, y el que se aduce posteriormente, con vistas a la restitución», lo que «puede apoyarse en el artículo 1302» CC que regula la acción restitutoria de la anulación⁷⁴¹. «Si el error se invoca *antes* de la consumación del contrato, *podría bastar*; que el mismo sea esencial y que la parte que lo padece haya actuado de modo diligente»; y *si se invoca después* «[h]aría falta, además, como consecuencia de lo que dispone el artículo 1302, que el mismo sea imputable al otro contratante» (cursiva mía)⁷⁴². Pero tal y como «entiende la excusabilidad del error nuestra jurisprudencia permite *no hacer esta diferencia de momentos. La exigencia de que el error sea imputable puede extenderse al momento anterior a la consumación del contrato*» (cursiva mía)⁷⁴³.

2.1.7 LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y EL ERROR: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO A PROPÓSITO DEL CONTRATO DE SWAP Y OTROS CONTRATOS DE RIESGO

[214] Señala García Vicente, que «[l]a imposición a las partes contratantes de ciertos deberes de información (nacidos de fuente diversa ya sea la ley o la buena fe objetiva) *ha sido la técnica que con mayor intensidad ha trastocado el sistema codificado de vicios de la voluntad*, hasta el punto de que en presencia de aquéllos, se objetivan, por ejemplo, las nociones de imputabilidad (confianza provocada) *en el error o la reticencia dolosa*» (cursiva mía)⁷⁴⁴.

[215] La apuntada conexión entre deberes de información/imputabilidad del error me va a permitir referirme con algún detenimiento a la muy importante STS, 1.^a de Pleno, 20.01.2014 – Pte. Excmo Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 354/2014– en la que se conoció de la impugnación del contrato de *swap* de intereses, ejercitada por el cliente por haberlo celebrado con error, *lo que se estimó*⁷⁴⁵. En su sentencia, el Tribunal Supremo

⁷⁴¹ MORALES MORENO (1988) pp. 241-242.

⁷⁴² MORALES MORENO (1988) p. 242.

⁷⁴³ MORALES MORENO (1988) p. 242.

⁷⁴⁴ GARCÍA VICENTE, «Comentario del artículo 1266 CC» (2013) p. 9108; v. p. 9109.

⁷⁴⁵ HECHOS.–El 13.06.2008, el cliente (una empresa) y la *Caixa d'Estalvis del Penedès*, sin previas relaciones mercantiles, celebraron un contrato de *swap* («swap de inflación, especulativo, en la medida en que no estaba afectado a operaciones previas o coetáneas entre las partes»). El capital nominal de referencia fue de 400.000 €, siendo el tipo fijo de 3,85%, fijándose cinco periodos de cálculo anuales y la extinción del contrato para el 30.04.2013. El *swap* se ofreció al cliente por la *Caixa* a través de un subdirector, con el que dicho cliente tenía una relación de confianza. La única información precontractual que consta es la de dos *e-mails* cruzados entre el cliente y la *Caixa* «en los que no se informa del riesgo de la operación, sino que se explica el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación». En la primera liquidación del contrato (01.09.2009) resultó una deuda para al cliente de 12.343,10 €. Este último demandó la nulidad del contrato de *swap* por error, o dolo de la *Caixa*. En primera instancia se consideró que hubo

recuerda su doctrina jurisprudencial sobre el error vicio (sobre qué ha de recaer el error, y error esencial y excusable) para el contrato del que conoce, apoyándose en su *STS, 1.ª, 21.11.2012* –Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel; Cendoj, Roj STS 7842/2012– y en su *STS, 1.ª, 29.10.2013* –Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel; Cendoj, Roj 5479/2013–. En esas dos sentencias se conoció del error vicio alegado por el cliente para el contrato de *swap* celebrado, y en una⁷⁴⁶ y en otra⁷⁴⁷ *no se estimó*

error (no se hicieron al cliente los test de conveniencia y de adecuación; el contrato lo ofreció la *Caixa*, que incumplió los deberes legales de información sobre la complejidad del producto financiero y sus consecuencias). En *segunda instancia* se confirmó la sentencia –«[...] el incumplimiento de estos deberes de información *provocaron* en la actora un error que afectó al consentimiento, que aparece viciado» (cursiva mía)–. La *Caixa* recurrió en casación. (Todo lo anterior en el FD 1.º). El *Tribunal Supremo* no casó.

⁷⁴⁶ HECHOS (de la *STS, 1.ª, 21.11.2012*; FD 1.º).–El 08.03.2005 el cliente (una empresa) y el *Banco Español de Crédito, SA* celebraron dos contratos por los que se obligaban a «intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar ciertos tipos de interés fijos y un tipo variable sobre un importe nominal, durante el periodo de duración pactado para la operación» («*permutas financieras de tipo de interés con tipo fijo creciente en rango*») (cursivas del original). Dichos contratos sustituían a otros dos, de igual contenido, que habían funcionado desde hacía un año, y extinguidos anticipadamente. Se trataba de una operación *meramente especulativa* («el importe nominal de los capitales convenidos [...] constituyeron [...] una mera referencia contable sólo tomada en consideración para el cálculo de los intereses durante la vigencia de las relaciones contractuales»). En desacuerdo con el resultado económico de los contratos, el cliente dedujo diversas pretensiones que, según la primera y la segunda instancia, trataban exclusivamente de la anulación de los contratos por error vicio y sus consecuencias. En *primera instancia se desestimó* la demanda, y en *segunda se estimó*. El banco recurrió en casación y el *Tribunal Supremo estimó* el recurso: entendió que *no había base para anular los contratos por error*, pues «cabe decir que la operación financiera, en su conjunto, tuvo un carácter meramente especulativo, en el sentido etimológico de realizada con la esperanza de obtener beneficios basada en las variaciones de los índices utilizados./ De esa naturaleza de la operación tuvo conocimiento la demandante, no sólo por resultar así de los trazos fundamentales de la reglamentación pactada, sino, también, porque fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos, tal como consta declarado en la propia sentencia recurrida» (FD 5.º).

⁷⁴⁷ HECHOS (de la *STS, 1.ª, 29.10.2013*).–El 27.11.2006 una empresa (dedicada a la ejecución y promoción de obras) y el *Banco Santander, SA* celebraron un contrato marco de operaciones financieras y en su desarrollo celebraron un contrato de «*swap bonificado reversible media*», por el que se obligaban al intercambio de las cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y otro variable de interés a un importe nominal virtual y por un plazo de cinco años. La empresa participó con distintos resultados en las liquidaciones de los años 2007, 2008 y 2009, e interpuso demanda alegando error vicio («al desconocer, fundamentalmente por el comportamiento de la demandada y la insuficiente información previa que le había proporcionado [el banco], cuáles eran los verdaderos riesgos económicos de la operación, finalmente actualizados en su perjuicio»); alegó, subsidiariamente, otras pretensiones. En *primera y en segunda instancia se estimó el error*, por la «creencia inexacta respecto de los riesgos de la aplicación de los tipos de interés al importe nominal elegido». El banco interpuso recurso por infracción procesal, y de casación. Todo lo anterior en el FD 1.º El *Tribunal Supremo estimó* el recurso de casación, al entender que *no hubo error*; señaló: «[...] del escaso relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida no deriva base para entender que la representación equivocada sobre el resultado de la operación, con la que [...] afirmó haber contratado, fuera razonablemente segura. No cabe desconocer que el funcionamiento del contrato se proyectaba sobre un futuro, más o menos próximo, con un acusado componente de incertidumbre. Lo que implicaba que dicha sociedad asumía, de modo evidente, un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de obtener una ganancia./ Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y

que hubiera habido error. Del modo que sigue, se recuerda en aquella STS, 1.^a, de Pleno, 20.01.2014 esa jurisprudencia, añadiéndose una importante apostilla (v. nota 748).

«[FD] 11. [...]. Sobre esta normativa legal [arts. 1265, 1266 y 1300 y ss. CC], esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. [cursiva, negrita en el original]

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada (*“pacta sunt servanda”*) imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad –autonomía de la voluntad–, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una *“lex privata”* (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer –además de sobre la persona, en determinados casos– sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, ésto [sic] es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas *presuposiciones* – respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato– que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. [V. *supra* nota 695]

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas–y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con

en las relaciones con las entidades bancarias, como [...], padeciera un error como el declarado en las instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de los riesgos asumidos y, en último caso, que fuera excusable» (FD 8.ºII). En cuanto a lo alegado subsidiariamente por el cliente, el Tribunal Supremo, en funciones de Tribunal de instancia, lo desestima (FD 9.º).

otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. *Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error [cursiva mía]*⁷⁴⁸.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Comparando lo que acabo de reproducir del FD 11.º de la STS, 1.ª, de Pleno, 20.01.2014 (para el caso se consideró que *hubo* error) con lo que puede leerse en el FD 4.º de la STS, 1.ª, 21.11.2012 ([215] y *supra* nota 746; para el caso se consideró que *no* hubo error), y en el FD 7.º de la STS, 1.ª, 29.10.2013 ([215] y *supra* nota 747; para el caso se consideró que *no* hubo error), se comprueba que esos FD 4.º y FD 7.º son prácticamente iguales a lo que se indica en el reproducido FD 11.º, *salvo la apostilla del FD 11.º que he marcado en cursiva*. En su comentario de la STS, 1.ª 21.11.2012 [RDM (2013) pp. 407-442], MORALES MORENO señaló: «[...] pensando en el objeto al que el error se refiere, es oportuno recordar en este caso que puede consistir en (a) [...] o (b) en una falsa representación del contenido del contrato. Una falsa representación del contenido del contrato puede existir, tanto en el error en la declaración (si se admite que se ha perfeccionado el contrato), como cuando un contratante presta su consentimiento a un contrato que no conoce (no se representa subjetivamente) de modo adecuado. El error sobre el contenido del contrato puede referirse a aspectos esenciales del contrato o a aspectos no esenciales del mismo [sic]./ El error, de existir en el caso de esta sentencia [de 21.11.2012], sería un error acerca del contenido del contrato. Consistiría en una incorrecta representación del riesgo asumido al contratar. [...]» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 429). Con anterioridad, para el error en los contratos aleatorios, MORALES MORENO (1988) pp. 246-249.

⁷⁴⁹ Esas abstractas consideraciones de la STS, 1.ª, de Pleno 20.01.2014 acerca de los requisitos del error –sobre qué recae y que ha de ser esencial y excusable– se reiteran,

Y en cuanto a la relación deberes de información/error, en la considerada STS, 1.ª de Pleno, 20.01.2014 se afirmó que, «[p]or sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error» (FD 12.º); que «podiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información» (FD 12.º); que «los deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente» (FD 12.º); y que «[e]n caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la

más o menos igual, en posteriores sentencias (se trata de una asentada y reiterada jurisprudencia); limitándome *al año 2015*, sucede así en las: a) *STS, 1.ª de Pleno, 12.01.2015* (*supra* [9] b) [A]): error en el contrato de seguro de vida *unit linked* multiestrategia, FD 7.º-4; b) *STS, 1.ª de Pleno, 15.09.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 3868/2015): error vicio en el cuarto contrato de *swap* de intereses en lo que se refiere al coste de su cancelación anticipada por el cliente, FD 9.º; y FD 10.º y 11.º; c) *STS, 1.ª, 16.09.2015* (*supra* [9] b) [B]): error vicio en la compra de valores (participaciones preferentes) *Landbanski Island*, FD 5.º, núms. 1, 2, y 5; d) *STS, 1.ª, 16.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5450/2015): error vicio en diversos contratos de *swap* novados en diversas ocasiones, FD 8.º; e) *STS, 1.ª, 29.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5694/2015): error vicio en contratos de permuta financiera de tipos de interés y de inflación (FD 1.º, núms 1 y 2), FD 9.º; f) *STS, 1.ª, 30.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj 5668/2015): error vicio en un «contrato de Intercambio de Tipo Fijo» (FD 1.º), v. FD 7.º; g) *STS, 1.ª, 30.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5669/2015): error vicio en un contrato marco de operaciones financieras y de las confirmaciones de permuta financiera de tipos de interés (FD 1.ª1), FD 9.º *En el año 2016*, por ejemplo, la *STS, de Pleno, 1.ª, 03.02.2016* (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 91/2016): error vicio en la adquisición de acciones dentro de la oferta pública de suscripción de acciones (para los hechos de la sentencia, *supra* nota 670), FD 3.º, *Decisión de la Sala, 1.*

existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo» (todas las anteriores cursivas, más; FD 13.º)⁷⁵⁰. Las anteriores ideas están presentes (su esencia) en otras posteriores sentencias del Tribunal Supremo, y puede afirmarse que constituyen una asentada y reiterada jurisprudencia⁷⁵¹.

[216] Por último, voy a referirme a la *STS, 1.ª, de Pleno, 18.04.2013* –Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 2589/2013– que conoció de una demanda de *indemnización de daños y perjuicios* ejercitada por el cliente, por la compra de participaciones preferentes de *Lehman Brothers*⁷⁵². El Tribunal

⁷⁵⁰ V. todo el FD 12.º y el 13.º de la *STS, 1.ª, de Pleno, 20.01.2014*.

⁷⁵¹ Limitándome al año 2015 (en todos los siguientes casos se admitió la impugnación del contrato por error vicio del cliente): a) *STS, 1.ª, de Pleno, 12.01.2015* (*supra* [9] b) [A]): contrato de seguro de vida *unit linked* multiestrategia, FD 7.º, núms. 4, 5, 6, 7, y 9, en particular núm. 7; b) *STS, 1.ª, 16.09.2015* [*supra* [9] b) [B]]: error vicio en la compra de valores (participaciones preferentes) de *Landbanski Island*, v. FD 5.º núms. 3, 4, 8 y 9; c) *STS, 1.ª, 13.10.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 4238/2015): error vicio en el contrato llamado «de confirmación swap ligado a inflación» (FD 1.º), v. FD 3.º, núms. 3, 4 y 5; d) *STS, 1.ª, 15.10.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 4237/2015): error vicio en la celebración de contrato marco, y tras varios contratos, se contrató un «swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con Cap con Knock-ou» (FD 1.º, núms. 1 y 2), v. FD 7.º, núms. 1, 3, y 4; e) *STS, 1.ª, 15.10.2015* (Pte. Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 4271/2015): error vicio del contrato marco y de dos contratos, uno de confirmación de permuta financiera de tipos de interés, y otro de confirmación de *swap* ligado a la inflación (FD 1.º1), v. FD 3.º, núms. 3, 4, 5, 6 y 7; f) *STS, 1.ª, 04.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 4946/2015): error vicio de contrato marco de operaciones financieras y de la confirmación de permuta financiera de tipos de interés, v. FD 13.º, núms. 2, 3, y 5; g) *STS, 1.ª, 04.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 4948/2015): error vicio del contrato marco de operaciones financieras y de contrato llamado «confirmación swap ligado a inflación» (FD 1.º1), v. FD 2.º, núms. 8 y 10; h) *STS, 1.ª, 16.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5450/2015): error vicio de diversos contratos de *swap* que fueron novados en diversas ocasiones, v. FD 9.º; i) *STS, 1.ª, 29.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5694/2015): error vicio de contratos de permuta financiera de tipos de interés y de inflación (FD 1.º, núms. 1 y 2), v. FD 10.º; j) *STS, 1.ª, 29.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 5673/2015): error vicio de «confirmación de opciones de tipos de interés collar» (modalidad de contrato de permuta de interés) (FD 1.º4, FD 3.º1), v. FD 4.º, núms. 6, 7, 8, y 9; k) *STS, 1.ª, 30.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5668/2015): error vicio de un «contrato de Intercambio de Tipo Fijo» (FD 1.º), v. FD 8.º; l) *STS, 1.ª, 30.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5669/2015): error vicio de contrato marco de operaciones financieras y de las confirmaciones de permuta financiera de tipos de interés (FD 1.º1), v. FD 10.º

Interesante, por cuanto que *no* admite el error vicio alegado, la *STS, 1.ª, 23.04.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 1732/2015); se adquirió el producto financiero «bono estructurado autocancelable semestral BBVA, SAN y TCAN» (FD 1.º1); v. FD 7.º, en particular su núm. 8.

⁷⁵² HECHOS.—Un matrimonio (el cliente) celebró con el BBVA un contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. El banco le adquirió valores complejos y de alto riesgo, como las participaciones preferentes de *Lehman Brothers Holdings INC*, cuyo valor se redujo en la cantidad que se reclama al banco en concepto de indemnización de daños y por cumplimiento negligente del contrato. La reducción de valor se debió a la quiebra de *Lehman Brothers*. Al celebrar el contrato, el cliente había optado por un perfil de riesgo muy bajo. *En primera instancia* se estimó la demanda. *En segunda instancia* se estimó la apelación del banco, y se revocó la sentencia de primera instancia, absolviéndose

Supremo destaca el importante valor que la información tiene en el mercado de valores, y que al profesional se le impone el cumplimiento de un estándar elevado de información, siendo su *obligación de información una obligación activa y no de mera disponibilidad* (en ocasiones, esto último se indica en sentencias en las que el Alto Tribunal considera que hubo *error vicio* en la celebración del contrato de *swap* u otro contrato complejo de riesgo).

«Los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera [...]. Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, [...] así como en la normativa reglamentaria [...]

[...]

Que con anterioridad a la suscripción del contrato se remitieran correos electrónicos a los demandantes, a través [...], no supone tampoco el cumplimiento del estándar de información exigido por la normativa del mercado de valores a la vista de que la información facilitada no alerta en absoluto sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva [...]. Tampoco lo supone que la empleada del banco se ofreciera a facilitar los datos que se le pidieran. *La obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad.* El contrato de gestión discrecional de cartera de inversión es un contrato basado en la confianza del inversor en el profesional experto en el mercado de valores. [...]. La confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea inversiones con un perfil de riesgo muy bajo no puede perjudicar que no haya indagado

al banco. El cliente interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Todo lo anterior en el FD 1.º El *Tribunal Supremo* estimó el recurso de casación (confirmó el fallo de primera instancia).

sobre el riesgo que suponían los valores cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible» (cur-siva mía; FD 7.^º⁷⁵³).

2.2 El error de derecho, en particular

[217] Indiqué *supra* en [206], que el artículo 1266 CC incluía al error de derecho, por lo que se le aplican los antes expuestos requisitos del error. Con ello, podría parecer que bastaba en cuanto a su análisis. Sin embargo, el error de derecho ha tenido una importante evolución, consistente en que, de irrelevante, ha pasado a poder ser relevante, evolución de la que doy cuenta *centrándome* en el error de derecho *en el contrato*. Interesan el derogado artículo 2 CC, y el vigente artículo 6.1 CC (reforma de 1974); para el error de derecho en el contrato, además, está el mentado artículo 1266 CC⁷⁵⁴.

Derogado artículo 2 CC: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento».

Artículo 6.1 CC (reforma de 1974): «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen».

2.2.1 SU NOCIÓN

[218] Según Oliva Blázquez, la doctrina coincide en que el error de derecho «consiste en la ignorancia de una regla jurídica [...] o en el falso conocimiento o errónea interpretación de una norma de derecho que lleva a un sujeto a concluir un acuerdo»⁷⁵⁵.

2.2.2 LA EVOLUCIÓN DEL ERROR DE DERECHO: DE SU IRRELEVANCIA, A SU RELEVANCIA

[219] El artículo 989.II PCC 1851 dispuso que «el error de derecho no anula el contrato» [*supra* nota 667, a)], y el artículo 2 PCC 1851, que «[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa». Al

⁷⁵³ En ese FD 7.º de la STS, 1.º, de Pleno, 18.04.2013 se cita, más adelante, a la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 22.03.2011; sobre esta última, MORALES MORENO, *RDM* (2013) pp. 420-423.

⁷⁵⁴ OLIVA BLÁZQUEZ lleva a cabo un análisis de Derecho comparado del error de derecho; expone los Derechos italiano (*Codice civile* de 1865, y de 1942), francés (antes de su reforma de 2016), alemán, inglés y estadounidense, además de otras indicaciones de Derecho comparado [(2010) pp. 207-248].

⁷⁵⁵ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 25; v. también p. 35.

comentar el artículo 989 PCC 1851, García Goyena destacaba que el error había de «*ser de hecho*. El error ó ignorancia del derecho no excusa ni aprovecha, porque á nadie es permitido ignorarle, según el artículo 2» PCC 1851 (cursiva del original)⁷⁵⁶. El autor decía que el artículo 989.II PCC 1851 era consecuencia del artículo 2 PCC 1851⁷⁵⁷. En cambio, el *Anteproyecto de Código civil* de 1882-1888 reguló *conjuntamente* el error de hecho y el de derecho, y *para ambos* dispuso, que para invalidar el consentimiento habían de «recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas cualidades de la misma que principalmente hubieren impelido a celebrarle» (art. 1279.I; *supra* nota 667, b)]. El artículo 2 APCC 1882-1888 prescribía que «[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Ya en el *Código civil*, en su artículo 1266 *desaparece* la *expresa* mención del error de hecho y de derecho del artículo 1279.I APCC 1882-1888, empleándose *solo* el término «error»; el *entonces vigente* artículo 2 CC dispuso, que «[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»⁷⁵⁸.

[220] La interpretación del *anterior* artículo 2 CC incidió en la cuestión de la posible relevancia del error de derecho. Oliva Blázquez informa que los *juristas* del periodo *inmediatamente anterior al Código civil* «parecían reconducir el problema del error de derecho a la cuestión del desconocimiento de las leyes. Es decir, al ser la ignorancia de las leyes inexcusable, el *error iuris* no podrá ser alegado en ningún caso, pues se presume que todos deben conocer el derecho»⁷⁵⁹, y «[l]a situación no parece cambiar sustancialmente

⁷⁵⁶ GARCÍA GOYENA, «Comentario del artículo 989 PCC 1851» (1852) p. 525; antes decía: «El Código de la Luisiana tiene 28 artículos sobre el error que tambien distingue en error de hecho y de derecho, definiendo este segundo: “El que consiste en sacar falsas consecuencias legales de la existencia de hechos de que se está bien informado”, artículo 1816. [...], y por fin cierra la materia con el párrafo 7, *De los errores de derecho* en un solo artículo (1840). “El error de derecho, igualmente el de hecho, impide la validez del contrato, cuando este error es su principal causa” [...]./ Era, pues, preciso decidirse por el artículo 1840 de la Luisiana, ó redactar nuestro artículo 989, conforme á la letra y espíritu del artículo 2: hízose lo segundo, porque no siendo permitido à ninguno ignorar el *derecho*, tampoco debe serle el eximirse del contrato por la escepcion de este error; á mas de que, en caso contrario, se abriría la puerta á muchos intrincados pleitos» (cursiva del original; *op. cit.*, pp. 524-525).

⁷⁵⁷ GARCÍA GOYENA: «[...]. Pero la citada 31, título 14, Partida 5, comprende también lo civil y dice: “Tal escusanza non debe valer: ca tenemos que todos los de nuestro señorío deben saber estas leyes”./ Este mismo es el espíritu y sentido de nuestro artículo 2 [PCC 1851]: en este concepto se hallan redactados el 989 y el 1895 [PCC 1851]. Es una consecuencia del artículo anterior [el 2]: [...] nadie puede escusarse con la ignorancia de lo que ha debido y podido saber, porque á nadie excusa su propia falta» [«Comentario del artículo 2 PCC 1851» (1852) p. 3].

⁷⁵⁸ La anterior descripción de la evolución en el tratamiento del error de derecho (PCC, APCC 1882-1888, CC) suele ser habitual; por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO, ed. fac. (1971) § 143, p. 117; OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 88-90, 271-273, 313; se apoya en De Castro y Bravo, L. Díez-PICAZO (2007) p. 212.

⁷⁵⁹ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 274-275 (se refiere a Gutiérrez Fernández, Sánchez de Molina Blanco, Gómez de la Serna, Elías, García Goyena, Falcón); MORALES

con la entrada en vigor del Código civil» (cursivas mías)⁷⁶⁰. Sobre la jurisprudencia, esta «en su primera fase, [...] se mostró inicialmente contraria a la admisión del error de derecho, [...], ya que el Tribunal Supremo acogió el viejo axioma de que el error de derecho a nadie aprovecha y en ningún caso puede servir de excusa» (cursivas mías)⁷⁶¹. Pero «[j]ustamente en 1929 el maestro Felipe Clemente DE DIEGO publicaba su importante obra *Instituciones de Derecho civil español*, en la cual delimitaba con toda corrección y rigor los términos del secular problema [...]. Según sus propias palabras, la ignorancia no puede ser invocada por los ignorantes para huir de la eficacia de la ley, pero sí que puede alegarse dicha ignorancia cuando esté incorporada a un estado de hecho productivo de consecuencias jurídicas: la buena fe del poseedor, del prescribiente, en el matrimonio putativo ... (error de derecho)» (versalitas y cursiva del original)⁷⁶². Desde entonces (1929) y hasta la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974 –indica Oliva Blázquez– la mayoría de los autores entendió que el (antiguo) artículo 2 CC no excluía la posible relevancia del error de derecho⁷⁶³. Carrión Olmos apunta, que «[s]in duda alguna, una construcción doctrinal del *error iuris* con propia entidad no es posible hallarla hasta la publicación en 1949 de la obra de Federico De Castro (*Derecho civil de España*), de cuyos planteamientos en la materia será tributaria en mayor o menor medida toda la doctrina

MORENO (1990) pp. 1465-1466, quien cita a Gutiérrez, Fernández Elías, Sánchez de Molina Blanco, y Falcón, y añade que «[o]tros autores *silencian* toda referencia al error de derecho, al tratar del error en los contratos» (cursiva mía) como Febrero, Gómez de la Serna, «[m]as esto no significa que se admita [el error de derecho en los contratos], porque el concepto de error que se maneja como presupuesto de la impugnación del contrato se limita al error de hecho» (*op. cit.*, p. 1465); MORALES MORENO hace una particular referencia a Escriche (excepción), que admite la impugnación de una obligación asumida por error de derecho, no sobre el objeto, sino «acerca de la causa; el que determina que la obligación carezca de verdadera causa (causa putativa)» (*op. cit.*, p. 1465; en pp. 1461-1464, el autor analiza el tratamiento del error de derecho en el PCC 1851 con referencias a García Goyena, y también a Escriche).

⁷⁶⁰ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 276, v. hasta p. 277 (en donde se refiere a diversos autores).

⁷⁶¹ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 277, v. hasta p. 279.

⁷⁶² OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 279; también CARRIÓN OLMOS lo destacó: «[e]l cambio de orientación ya plenamente consolidado cabe hallarlo en la obra de Clemente de Diego (*Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929), de gran influencia en la doctrina posterior» [(1990) p. 416].

⁷⁶³ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 280; señala que así se pronunciaban De Buen, Espín Cánovas, Pérez González/Alguer, Castán, Albaladejo, Valverde, Bonet Ramón, Puig Peña, Peña Bernaldo de Quirós y Alonso Pérez (*op. cit.*, p. 280; v. la nota siguiente a esta). OLIVA BLÁZQUEZ hace, además, una particular referencia de la opinión de De Castro y Bravo: «[...] habría que destacar una vez más, por el considerable peso, entidad y claridad de su formulación, a la construcción doctrinal llevada a cabo por el profesor Federico DE CASTRO en su excepcional obra *Derecho civil de España*, sobre todo si tenemos en cuenta que sus certeros planteamientos han sido el punto de partida inexorable de toda la doctrina posterior que, en el fondo, ha resultado tributaria en un considerable grado de sus enseñanzas» (*op. cit.*, p. 281, hasta p. 282).

posterior»⁷⁶⁴. *Retornando a la jurisprudencia*, Oliva Blázquez indica que «[e]fectivamente, a pesar de que hubo sentencias que denegaron la admisión del *error iuris*, lo cierto es que la jurisprudencia se mantuvo oscilante, e incluso a finales del siglo XIX ya es posible encontrar alguna resolución judicial favorable a la relevancia jurídica del error de derecho»⁷⁶⁵. Tras referirse a las SSTs de 03.01.1887, 07.12.1899, 04.04.1903, Oliva Blázquez apunta, que «[c]on posterioridad, y salvo alguna excepción, otras muchas sentencias han reconocido la relevancia del error de derecho en nuestro sistema jurídico (entre otras, SSTs de 24 marzo 1930, 7 julio 1950, 20 marzo 1951 y 27 febrero 1954), perfilando con mayor precisión su concepto (*STS de 25 mayo 1963* [...] y 14 junio 1963 [...]) así como otorgando las pautas básicas para la aplicación e interpretación de la figura (*STS 6 abril 1962* [...])» (cursiva mía)⁷⁶⁶.

En esa conocida y citada *STS 25.05.1963* –Pte. Excmo. Sr. D. Federico Rodríguez Solano y Espín; RJA. 3586/1963–⁷⁶⁷ se lee:

«Que el error que vicia el consentimiento con arreglo a los arts. 1265 y 1266 del C Civ., consistente en el falso conocimiento de la realidad y capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no querida efectivamente, puede derivar de la ignorancia de una norma jurídica en cuanto su contenido, existencia o permanencia en vigor para el caso concreto, siempre que el sujeto se haya decidido a realizar el negocio jurídico concertado como consecuencia de ese desconocimiento porque el art. 1265, citado, no distingue a estos efectos entre el error de hecho y el de derecho, razón por la cual y tras algunas vacilaciones se ha admitido como causa invalidatoria del consentimiento en numerosas sentencias y entre otras en las de 4 abril 1903 y 7 julio 1950 [...], siendo en todo

⁷⁶⁴ CARRIÓN OLMOS (1990) p. 417; se refiere a De Buen, Pérez González/Alguer; v. la nota inmediatamente anterior a esta de OLIVA BLÁZQUEZ; DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1949) pp. 525-530.

⁷⁶⁵ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 282-283; v. la nota siguiente.

⁷⁶⁶ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 284-285, v. desde p. 283. Una buena *síntesis* de la jurisprudencia y el error de derecho (de sus líneas), MORALES MORENO (1990) pp. 1470-1471, y en las pp. 1471 ss. analiza con detenimiento la jurisprudencia (sus sentencias); para el error de derecho y la jurisprudencia, con carácter general, CARRIÓN, *RDP* (1990) pp. 187-209, 210 [en otro trabajo, dicho autor destaca que la jurisprudencia actuó antes que los autores en el reconocimiento del error de derecho, (1990) pp. 414-415 y nota 19; v. p. 417]; también para la jurisprudencia, DE CASTRO Y BRAVO, ed. fac. (1971) § 144, pp. 117-118; y DE VERDA Y BEAMONTE, cuyo análisis de la jurisprudencia sobre el error de derecho se centra en el requisito de su excusabilidad [(1999) nota 20 en pp. 68-72, v. desde p. 67].

⁷⁶⁷ HECHOS.–Según describe CARRIÓN, «[...] el recurrente (propietario del local) [erró] sobre la existencia de un derecho de retorno de la legislación arrendaticia urbana extinguido por caducidad, la creencia en cuya existencia determina a su vez el reconocimiento en acto de conciliación del derecho del arrendatario a instalarse en el nuevo local» [*RDP* (1990) p. 204; v. hasta p. 205]; MORALES MORENO (1990) p. 1475, para la descripción de los hechos de la *STS 21.05.1963*. De «emblemática» –califica DE VERDA Y BEAMONTE (1999) nota 20 en p. 69– a «la *STS 25 mayo 1963*».

caso preciso para obtener tal resultado que el error sea sustancial (SS. de 1 julio 1915 y 16 diciembre 1923), no imputable a quien lo padece (S. de 21 de octubre 1932 [...] y 16 diciembre 1957 [...]), y con nexo de causalidad entre el mismo y la finalidad que se pretende (S. de 14 junio 1943⁷⁶⁸) [...] requisitos que no concurren en el supuesto que aquí se contempla [...]» (cdo. 5.º).

[221] *Ya en el vigente Código civil*, este, tras disponer que «[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», ordena que «[e]l error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen» (art. 6.1, I y II). Oliva Blázquez critica esa ubicación legal del error de derecho en el artículo art. 6.1.II CC, junto con lo dispuesto en el artículo 6.1.I CC, al ser «dos instituciones distintas e impermeables en tanto y en cuanto el primero [el error de derecho] jamás supone una excepción ni contradice al segundo [la inexcusabilidad del cumplimiento del derecho]», y considera más lógico que se hubiere hecho «una mención expresa al error de derecho en sede de vicios del consentimiento (arts. 1265 y 1266 CC), o incluso haber optado [en la reforma del Código civil de 1974] por no tocar nada»⁷⁶⁹. Critica, igualmente, el «*únicamente*» del artículo 6.1.II CC, que evoca una excepcionalidad del error de derecho que *no es cierta*⁷⁷⁰. *En su opinión* –también en la de otros autores, antes y después de la reforma del Código

⁷⁶⁸ Para dicha STS *supra* [209] [A].

⁷⁶⁹ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 288-290; v. pp. 296-297; defiende el tratamiento unitario del error de hecho y de derecho, *op. cit.*, pp. 46-52. Según CARRIÓN OLMOS, la ubicación del error de derecho, tras la ignorancia de la ley (art. 6 CC), «responde a una razón tan elemental como la constituida por la identidad del término objetivo de referencia sobre el que se proyectan ambas figuras», que es «que [la] ignorancia y [el] error *recaen sobre normas*» *jurídicas* «[l]o que lleva al legislador a buscar para éste [el error de derecho] una ubicación en el Código en inmediata continuidad de aquella [la ignorancia]», dejando claro que son «*figuras distintas*» [cursiva mía; (1990) pp. 408-409, v. hasta p. 410; y v. pp. 417-426]; «la importancia del artículo 6.º, 1.º hay que hallarla, a mi juicio [CARRIÓN OLMOS], más en la admisión de su relevancia [del error de derecho] que en la clarificación misma de la figura» (*op. cit.*, p. 407; v. desde p. 406).

⁷⁷⁰ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 289, 290-291, 364-366; en pp. 292-295 expone las distintas interpretaciones habidas del artículo 6.1.II CC y entiende: «En definitiva, puede decirse que el legislador lo único que hace en este confuso precepto [art. 6.1 CC] es reconocer que la eficacia del *error iuris* estará limitada a lo que establezcan las leyes que no excluyan ni explícita ni implícitamente su posible relevancia jurídica. Por lo tanto, no es necesaria una previa tipificación de los supuestos legales en que se admite el error de derecho, ya que, como señala, entre otros, LUCINI CASALES, el *error iuris* no sólo procede cuando la ley expresamente lo declara, sino también cuando de su interpretación racional emane su admisión. Así pues, el *error iuris* debe ser relevante en principio en todos aquellos casos en que el texto legal se refiera al error sin más especificación –es decir, sin distinguir entre el error de hecho y el de derecho– o le reconozca de alguna forma eficacia jurídica. Por supuesto, siempre y cuando pueda llegarse a la conclusión, tras una previa tarea interpretativa llevada a cabo a través de las herramientas hermenéuticas proporcionadas por el artículo 3.1 CC, de que la norma en cuestión incluye de alguna forma al error de derecho» (pp. 293-294; v. p. 314). LUNA SERRANO apunta «[e]l sentido restrictivo de la redacción del precepto, aunque es intrascendente» [(1987) núm. 302, p. 64, y antes (1981) p. 454].

civil de 1974— el artículo 1266 CC *incluye* al error de derecho⁷⁷¹, error de derecho que ha de ser *esencial*⁷⁷² y *excusable*⁷⁷³. Sobre los (posibles) tipos de error de derecho y su problemática (si son relevantes), Oliva Blázquez se refiere al que recae sobre una ley imperativa⁷⁷⁴, sobre el régimen jurídico del contrato⁷⁷⁵, o sobre las cualidades jurídicas del objeto otorgadas por una norma imperativa⁷⁷⁶ —supuestos de edificabilidad del suelo, que considera de error de derecho, no de hecho⁷⁷⁷; de exportabilidad de las mercancías⁷⁷⁸—.

⁷⁷¹ OLIVA BLÁZQUEZ (menciona los arts. 1265 y 1266 CC) (2010) pp. 295-296, 315, v. desde p. 313 y la nota inmediatamente anterior a esta. Lo incluyen en el artículo 1266 CC, DE CASTRO Y BRAVO, ed. fac. (1971) § 143, p. 117, y con anterioridad ed. fac. (1949) p. 530; MORALES MORENO (1990) p. 1469. V. M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 199, p. 650. PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER señalan: «[c]reemos firmemente que no procede distinguir entre el error de hecho y el de derecho» [(1935) p. 200].

⁷⁷² Sobre ello (error de derecho y jurisprudencia), OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 315-326.

⁷⁷³ Sobre ello (error de derecho y jurisprudencia), OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 326-353; MORALES MORENO (1990) pp. 1481-1482; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 200, p. 651.

⁷⁷⁴ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 366-376; teniendo en cuenta la previa opinión de Morales Moreno, OLIVA BLÁZQUEZ considera que dicho error «no puede resolverse con criterios generales, sino caso a caso, en función del alcance de cada norma», y «lejos de ser una cómoda vía de escape ante un problema de indudable enjundia», entiende que solo es la «que permite alcanzar una solución factible, realista y ecuaníme», aunque «la seguridad jurídica resulte insuficientemente garantizada» al dejarse «a la discrecionalidad de los jueces [...] discernir cuándo el *error iuris* sobre una norma de derecho imperativo es o no relevante» (*op. cit.*, p. 376); MORALES MORENO (1990) p. 1485, pero v. pp. 1483-1487.

⁷⁷⁵ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 377-382; considera «difícilmente imaginable» que prospere dicho error, *por ser difícil que sea esencial*: es improbable que si se hubiera conocido la norma dispositiva y de carácter supletorio, el contratante no hubiera prestado su consentimiento, teniendo en cuenta que aquélla/as son «reglas complementarias y accesorias al régimen básico o primario del contrato»; además, «la circunstancia jurídica sobre la que [el error] incide debe haberse incorporado en cierto modo al contenido del contrato como presuposición del mismo, cosa que no suele acontecer en estos casos»; y el derecho dispositivo integrador del contrato «suele ofrecer, por regla general, una reglamentación adecuada y equilibrada de los intereses de ambos contratantes, por lo que su desconocimiento o ignorancia no ha de suponer en sí una amenaza para los intereses de las partes»; (*op. cit.*, pp. 381-382). MORALES MORENO diferencia según que el error fuera compartido por ambos contratantes, o fuera solo de uno de ellos [(1990) pp. 1488-1489; trata del error sobre el derecho dispositivo desde p. 1487].

⁷⁷⁶ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 382.

⁷⁷⁷ OLIVA BLÁZQUEZ llama la atención de que, para esos casos, el Tribunal Supremo evite emplear la expresión *error iuris*, ofreciendo una pluralidad de razones para tal conducta; a su entender, es «claramente [...] un caso de error de derecho»; (2010) pp. 383-387.

⁷⁷⁸ OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 402-405; *para el comprador* de un bien con el fin de exportarlo, considera que *le resulta inútil acudir al error de derecho*, pues la *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español* dispone un «complejo y detallado régimen jurídico para los bienes calificados de históricos y culturales» (*op. cit.*, pp. 402-403); y *para el vendedor* (de buena fe) que hubiere exportado, entiende «que el error de derecho es teórica y técnicamente posible, ya que en ningún caso implica una vulneración o conculcación del espíritu de la norma imperativa ignorada (recuperación del bien para el patrimonio español)», si bien será «muy difícil» que prospere, pues en la mayoría de los casos será un error inexcusable (*op. cit.*, p. 405).

2.3 El error en la declaración (error obstativo): su noción y el problema del régimen de ineficacia aplicable

[222] Según Morales Moreno, hay «error en la declaración cuando un “signo expresivo”, emitido (voluntaria o involuntariamente) por un sujeto, es susceptible de ser valorado como expresión de una determinada voluntad, y esa voluntad significada no corresponde a la verdadera voluntad del sujeto emite, sin que el mismo lo haya advertido»⁷⁷⁹. Para el error en la declaración defectuosa o inadecuada, De Castro y Bravo indica, que «[p]uede resultar [...] de una equivocación al expresarse (el trabucarse), cuando no se quiso emplear el signo, las palabras dichas o escritas (“lapsus linguae”, “lapsus calami”, errata), o no se quiso realizar aquel acto en concreto, como cuando se quiso efectivamente firmar un documento o carta y se firma o envía otro distinto. Cabe que la inexactitud resulte de la utilización de un intermediario, quien transmite o formula mal lo querido; así, por ejemplo, por telégrafo, mensajero, amanuense, funcionario autorizante. El error puede recaer no sólo sobre la elección misma del signo, sino también en la atribución al mismo de un determinado sentido; por ejemplo, utilizar palabras equívocas, plurivalentes o de significado técnico distinto al normal. En fin, pueden haberse empleado expresiones inadecuadas para designar lo querido (nombre, señas, distintivos, indicaciones que individualizan inadecuadamente)»⁷⁸⁰.

[223] Dejando al margen el error sobre la identidad del cocontratante (art. 1266.II CC), el Código civil no regula expresamente el error en la declaración y si este no puede solucionarse con la interpretación contractual –por ejemplo, *falsa demonstratio non nocet*– surge la cuestión del régimen de ineficacia aplicable, habiendo dos posturas (y siendo el error esencial y excusable). Según unos procede la disciplina del artículo 1266 CC que conlleva la *anulabilidad*; según otros, por haber ausencia del común consentimiento contractual (art. 1261.1.º CC; disenso oculto), se aplica la *nulidad absoluta* del contrato (este es inexistente). La jurisprudencia aplica esto último⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ MORALES MORENO (1988) p. 111. V. CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/18, pp. 279-280.

⁷⁸⁰ DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) § 154, p. 123; v. LUNA SERRANO (1981) p. 451; MORALES MORENO (1988) p. 113; JORDANO FRAGA (1988) pp. 64-72; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 212, p. 654.

⁷⁸¹ Indican la anterior situación de nuestro Derecho y/o exponen su opinión: PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER (1935) pp. 196-199 («[o]pinamos [...] que cabe aproximar en el tratamiento de sus consecuencias el error obstativo al error previsto en el artículo 1266 del C.c.»); DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) §§ 158-159 pp. 124-125, v. además § 160 pp. 125-126 (considera que la «teoría del trato analógico [aplicación de la regulación legal del error vicio al error en la declaración], considerada más progresista por su mayor flexi-

[A] Para el error en la declaración es *clásica* la mención de la STS 23.05.1935 (RJA 1124/1935)⁷⁸²:

«CONSIDERANDO [1.º]: Que no obstante la diversidad de teorías que en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de la divergencia entre la voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el Código civil patrio, puede admitirse, como regla general, la de que es preferente la voluntad real a la voluntad declarada, pues así se infiere, no sólo de las tradiciones constantes de nuestro derecho, sino además de la norma contenida en los artículos 1265 [...] relativos a la nulidad de los contratos [...], siquiera haya de ser atenuado el rigor de ese principio con una serie de necesarias restricciones, que implican parciales desviaciones hacia la teoría llamada de la declaración y entre las cuales, de conformidad con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes:

Primera: Que la divergencia ha de ser probada por quien la afirma, ya que, si no se prueba, el derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real.

Segunda: Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la “bona fides” y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que

bilidad, no llega, [...] a convencer»); LUNA SERRANO (1987) núm. 302, pp. 61-63, y con anterioridad (1981) pp. 451-453, en particular desde p. 452 (partidario de la nulidad absoluta/inexistencia); MORALES MORENO (1988) pp. 116-118, 183-186 (tiene presente el elemento del contrato al que afecta el error; si es un elemento esencial, «a la propia identidad del objeto o a la causa», «la consecuencia del error será, en principio, la nulidad del contrato por falta de acuerdo de las partes sobre algo esencial en el mismo» y, si no recae en un elemento esencial, que no impide el nacimiento del contrato, la situación se aproxima a la del artículo 1266 CC y «[e]l contrato será anulable»); RAMS ALBESA, «Comentario del artículo 1261 CC» (1993) pp. 24-25; L. Díez-PICAZO (2007) pp. 210-211, 220 (partidario de la anulabilidad); OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 406-411 (partidario de la anulabilidad); M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núms. 213-215, pp. 654-655, v. también núm. 216 en p. 655 (la nulidad absoluta «parece la más acertada»); QUICIOS MOLINA (2013) núms. 28-30, pp. 1369-1370; GARCÍA VICENTE, «Comentario del artículo 1266 CC» (2013) pp. 9103-9104; VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 1261 CC» (p. 605) y «Comentario del artículo 1266 CC» (p. 626) (2016); CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/20, pp. 280-281 («[e]n mi opinión, por razones funcionales, su tratamiento debe ser el del error en general, es decir, el del error al que se refiere sustancialmente el CC, y que afecta al proceso de *formación* del consentimiento, y no a su *manifestación*», cursiva del original, *op. cit.*, p. 280). V. también DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN con cita de jurisprudencia (2005) pp. 132-133.

⁷⁸² HECHOS.—«J. M. R. adquiere una participación en un billete de lotería, que firma L. G. M., quien guarda en depósito el billete; el amanuense de este último consignó en el resguardo entregado a J. M. R. el número 24.630 en vez de 24.642, que era el que tenía en su poder L. G. M. (número que también aparece en el resguardo); el número 24.642 tuvo un pequeño premio (25 pesetas) y el número 24.630 resultó premiado con el premio gordo de la lotería de Navidad. J. M. R. demanda a L. G. M., al Banco del que éste era empleado y al amanuense a que le abonen lo que corresponde a ese premio gordo» [hechos descritos por DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) § 162 p. 126].

pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido⁷⁸³.

[...]

CONSIDERANDO [4.º]: Que el artículo 1261 del Código civil, único interesante y fundamental para la solución del caso debatido, [...], precisamente fué aplicado con justeza y acierto por la resolución recurrida, ya que la distracción (“lapsus calami”) padecida por el escribiente encargado de declarar y formalizar la voluntad de don [...], hubo de tener la trascendencia inevitable de producir una divergencia entre la voluntad y su manifestación exterior respecto al número jugado, que implica una disconformidad o disenso en cuanto a la identidad del objeto mismo del contrato y hace a éste inexistente, según el citado artículo, toda vez que mientras que el cesionario, al aceptar y recibir el resguardo muestra su conformidad en adquirir una participación en el número determinado que figura en dicho resguardo, el cedente le ha querido transmitir un número distinto y tal desacuerdo excluye el consentimiento, que es elemento esencial del contrato e impide, por ende, la formación y nacimiento del mismo»⁷⁸⁴.

[B] *Más cercana en el tiempo* es la STS, 1.ª, 02.02.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O’Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 330/2016) en la que se considera inexistente el contrato, por error en la declaración del comprador (error esencial y el comprador había sido diligente)⁷⁸⁵:

⁷⁸³ Sobre la exigencia jurisprudencial de la excusabilidad del error para el error en la declaración, DE VERDA Y BEAMONTE (1999) nota 5 en pp. 62-64, con anterioridad v. nota 14 en p. 28.

⁷⁸⁴ Pero DE CASTRO Y BRAVO lo soluciona así: «[...] hay que señalar que la interpretación de las voluntades llevaría (en contra de lo considerado por el T.S.) a negar el disenso. La voluntad de J. M. R. era comprar una participación (de lo que encargó a un hijo menor) en el billete depositado y no en el de un determinado número; antes del sorteo hay que presumir la indiferencia respecto al número; averigado el verdadero número del billete depositado, habría simplemente que rectificar la declaración. Lo que lleva a que, si la situación hubiera sido inversa, la de que el número del billete depositado fuere el premiado, habría habido que rectificar también la declaración y participado J. M. R. en el premio gordo. En el caso de la sentencia. [sic] J. M. R. tendrá derecho a las 25 pesetas y, en su caso, si el error fue especialmente culpable (amanuense conocidamente descuidado), a pedir indemnización como “pretium doloris” (desilusión) y por gastos hechos (p. ej. en la celebración del premio)» [ed. fac. (1971) § 162 pp. 126-127]. Para los hechos de la sentencia, *supra* nota 782. V. MORALES MORENO, *infra* nota 857; CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/21, pp. 281-283.

⁷⁸⁵ HECHOS (FD 1.º).—El comprador compró el 30.06.2005 (y elevado el contrato a escritura pública el siguiente 7 de julio) unas fincas registrales al Banco Santander Central Hispano (vendedor). El comprador creyó que las fincas que adquiriría se ubicaban junto a la sede de su empresa, y demandó al banco señalando la nulidad del contrato por error en el objeto. El banco se opuso, entre otras cosas, porque, en caso de error, la acción ejercitada había caducado a los cuatro años. En primera instancia se desestimó la demanda: se entendió que hubo error vicio y la acción había caducado. El comprador recurrió y la Audiencia Provincial revocó la sentencia: consideró que hubo error obstativo, siendo el contrato «nulo de forma radical, inexistente, no rigiendo por consiguiente el plazo de caducidad» (FD 1.º-2). El banco interpuso recurso por infracción procesal y de casación (el último por no haber error obstativo, sino error vicio; motivo único). *El Tribunal Supremo no casó*.

«Se ha expuesto con anterioridad la doctrina jurisprudencial sobre la distinción del error-vicio y el error-obstativo⁷⁸⁶. Se puede precisar que en el error vicio aparece errónea la voluntad y en el error obstativo, lo erróneo es la declaración, divergente con la voluntad. En el primero se declara con una voluntad equivocada (viciada) y en el segundo se quiere una cosa y se declara otra, se declara lo que no se quiso.

Este es el caso presente, partiendo de los hechos probados. La persona demandante, compradora, declara comprar unas fincas, se le dice que son unas determinadas, se le exhibe un plano catastral, recibe información de una entidad, y como está probado “pensó equivocadamente” que compraba unas parcelas que incluso visitó “motivo fundamental por el que prestó su consentimiento” (también hecho declarado probado); parcelas que estaban en determinado lugar, próximo a otras de su propiedad.

Más tarde, celebrada la compraventa, comprueba que las parcelas compradas y pagadas e identificadas en el Registro de la Propiedad no se corresponden a las parcelas catastrales que pertenecen a un tercero. Lo cual no es otra cosa que declarar la compra de algo, pensando equivocadamente que se trataba de un terreno y no era éste sino otro distinto. La realidad del error obstativo es clara.

En el motivo de casación se citan como doctrina jurisprudencial dos sentencias de esta Sala. La de 28 septiembre 1996 trata de un error vicio consistente en su calificación urbanística pero no se trata de una declaración divergente de su voluntad, sino de una voluntad “viciada” por un error. La de 13 julio 2012 también califica el caso de error vicio “una vez examinados los hechos probados”. Nada de ello coincide con el caso de autos, a la vista de los hechos probados en que la voluntad del demandante era una y la declaración (compra unas parcelas que ni quiere ni le interesan) fue otra. En definitiva, declaración distinta a la querida, “falta de coincidencia entre voluntad y declaración” dice la sentencia de 22 diciembre 1999⁷⁸⁷.

2. La consecuencia de ello es que falta el verdadero consentimiento, elemento esencial del negocio jurídico (artículo 1261 del Código civil) lo que da lugar a la inexistencia del mismo y, por ende, a la ausencia de la posibilidad de prescripción y de caducidad, así lo dice expresamente la citada sentencia de 22 diciembre 1999. Todo ello, atemperado por los principios de responsabilidad y confianza, y partiendo de que la discrepancia recaiga sobre un objeto esencial.

⁷⁸⁶ Dicha exposición: «Y sobre el error obstativo, es clara la sentencia de 22 diciembre 1999 que expresa: / “... El error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente... artículo 1266 se refiere al error vicio y aquí nos hallamos ante un error obstativo; el ámbito de esta norma lo concreta el artículo 1300: sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa), es decir, a aquél en que ha habido error en la voluntad (error vicio) y no error en la declaración (error obstativo), aquél provoca la anulabilidad (por el vicio), éste la inexistencia (por la falta de uno de los elementos)”» (FD 2.º-2).

⁷⁸⁷ V. la nota anterior a esta.

En el presente caso, ciertamente el comprador tuvo el error sobre la esencialidad del objeto (una finca por otra) y en la confianza en la parte vendedora (nunca se ha mencionado dolo) y sin falta alguna de su responsabilidad (que en nada faltó a la diligencia)» (FD 4.º).

II. LA PMCC

1. LOS ARTÍCULOS 1303 Y 1450/1460 PMCC⁷⁸⁸: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

[224] El artículo 1303 PMCC se encuentra en el Capítulo IX «De la nulidad y anulación de los contratos», del Título II «De los contratos», del Libro IV de la PMCC; y el artículo 1450/1460 PMCC, en la Sección Primera «De la entrega de la cosa vendida», del Capítulo III «De las obligaciones del vendedor», del Título IV «Del contrato de compra y venta», del Libro IV de la PMCC. Conviene llamar la atención sobre el dato de que, *en 2005*, el *Ministerio de Justicia* publica el artículo 1450, y *en 2009*, el artículo 1303 PMCC⁷⁸⁹ (en este último se percibe la influencia de la regulación de la imposibilidad inicial de los PECL y de los *Principios UNIDROIT*, *supra* [14] s., [39] ss., respectivamente).

[A] Artículo 1303 PMCC: «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo».

Según el núm. VI de la EM de la PMCC, «[...] Mas se facilita también [la celebración del contrato] al aceptar la regla, *que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el*

⁷⁸⁸ a) *En 2005*, el *Ministerio de Justicia* publica una *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa*, de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (*BIMJ*, mayo 2005, núm. 1988, pp. 108-124), cuyo artículo 1450 interesa ahora. b) *En 2009*, el *Ministerio de Justicia* publica la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (*BIMJ*, Suplemento, enero 2009, año LXII), cuyo artículo 1460.I tiene la misma redacción que el artículo 1450 de la anterior *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa* de 2005 [anterior letra a)]; c) *En 2009*, el *Ministerio de Justicia* publica el libro *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* [ISBN 978-84-7787-116-3] que utilizo en el trabajo (*supra* nota 28); en esta *Propuesta* los artículos 1450 y 1460 PMCC tienen la misma redacción y por ello los menciono conjuntamente en el trabajo. V. RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) nota 154 en p. 40; FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [58] [i] p. 117, y [2] b) pp. 50-51, y [2] d) pp. 55-56; CLAVERÍA GOSÁLVEZ (2013) p. 361.

⁷⁸⁹ V. la nota inmediatamente anterior.

contrato con independencia de que puedan existir otros motivos de anulación» (cursiva mía).

[B] Artículo 1450/1460 PMCC: «La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos».

Según el núm. XV de la EM de la PMCC: «La imposibilidad inicial ha sido considerada, tradicionalmente, en los Ordenamientos europeos como una causa de nulidad del contrato. A ese criterio responde la redacción del párrafo primero del anterior artículo 1460 [del CC]. Pero tal criterio se halla sometido a revisión. El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa. Esta nueva manera de resolver el problema de la imposibilidad inicial ha inspirado la modificación del Código. El [anterior] artículo 1460 [del CC] ha sido suprimido sustituyendo su regulación actual por la del nuevo artículo 1450 [PMCC]».

1.1 El análisis y la valoración del artículo 1303 PMCC por algunos autores

[225] *En 2010* analicé ese artículo 1303 PMCC. Señalé el cambio que instauraba frente a la regulación del Código civil, y que no impedía la posible impugnación del contrato por vicio del consentimiento, en particular por error, o dolo. Lo indiqué así.

«[54] La norma del artículo 1303 PC [PMCC] rompe con el sistema del Código civil. En el Código civil se recoge una regla tradicional: *Impossibilium nulla obligatio est* (D. 50, 17, 185). El artículo 1261.2.º CC señala que no hay contrato (invalidez), si no hay objeto cierto que sea materia del contrato y, según el artículo 1272 CC, “[n]o pueden ser objeto del contrato las cosas o servicios que sean imposibles”. En la *Propuesta civil* [PMCC], en cambio, no se requiere *para la validez del contrato* que la prestación sea inicialmente posible. La misma regla se aplica –la de que no afecta a la validez– al hecho de que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disposición de los bienes en el momento de la perfección del contrato. Para este otro supuesto, la *Propuesta civil* [PMCC] también constituye una novedad, en el sentido de que habría un expreso pronunciamiento legal, pues entre nuestros autores se ha ido progresivamente asentando la idea de que en tal caso

el contrato es válido (me limito a recordar, a modo de ejemplo, la discusión doctrinal sobre la validez de la venta de cosa ajena; *vid.* por ejemplo la STS, 1.ª, 26-02-2008 referida a la enajenación de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que corresponde al enajenante, Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, FD 2.º, RJ 2008/2819)» (cursiva del original)⁷⁹⁰.

«[55] Si bien el artículo 1303 PC [PMCC] dispone que *el mero hecho* de la imposibilidad inicial u originaria de la prestación o el mero hecho de carecer inicialmente de facultades de disposición, *no afecta a la validez del contrato*, ello no impide que el contrato pueda *anularse* (art. 1305 PC [PMCC] [...]) *si hay causa para tal impugnación*. Tal posible causa se halla en los vicios del consentimiento, y, en particular, en el error y en el dolo. La *Propuesta civil* [PMCC] regula el error en el artículo 1298 PC [PMCC] y el dolo en el artículo 1300 PC [PMCC]»⁷⁹¹ (cursiva del original).

[226] *En 2011*, teniendo presente la situación del Derecho español (normativa, jurisprudencia), Valpuesta Fernández entendió que «resulta más clarificador del panorama normativo prescindir de la exigencia de que el objeto sea posible, y remitir sus consecuencias al conjunto de los remedios al incumplimiento como ha hecho el art. 1303 de la Propuesta de Reforma de la Comisión de Codificación: “[...]”, recogiendo lo ya dispuesto en el art. 4:102 PECL y art. II.-7:102 DCFR; muy en la línea de facilitar la celebración de negocios con las mínimas trabas posibles y dejar para un momento posterior el ajuste de cuentas entre los contratantes»⁷⁹².

[227] *Y en 2015*, Ribot Igualada ha afirmado que «no se puede decir que los importantes cambios que propone la PMCC [en sus arts. 1303, 1460] respondan a una crítica doctrinal de las reglas todavía vigentes [arts. 1261.2.º, 1272, 1460.I CC]. Más bien al contrario, a diferencia de otros países, en España no se ha producido un cuestionamiento generalizado de las normas sobre el objeto contractual o, más concretamente, de la regla *impossibilium nulla obligatio est*»⁷⁹³. Apunta, que «[e]n general, [...] la doctrina ha

⁷⁹⁰ FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [54] pp. 103-104; v. también [iv] en p. 108; para el artículo 1303 PMCC y otras cuestiones [52]-[56] pp. 100-116. RIBOT IGUALADA destaca el cambio de la PMCC frente al Código civil, *RDC* (2015) pp. 40-41. Sobre la modernización del objeto del contrato, MORALES MORENO (2016) pp. 48-60.

⁷⁹¹ FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [55] pp. 109-110; v. la nota anterior a esta y *ADC* (2010) [62]-[63], pp. 122-125. Para el artículo 1305 PMCC, *supra* [9] b) [C] y nota 22; para el artículo 1298 PMCC, *infra* [231] ss; para el artículo 1300 PMCC, *infra* nota 919.

⁷⁹² VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 1272 CC» (2016) p. 646 (cito la 2.ª edición de 2016, pero la autora señaló su opinión en la 1.ª edición de la obra de 2011, y de ahí que en el cuerpo del texto indique año 2011); «Comentario del artículo 1271 CC», *op. cit.*, p. 642, v. también pp. 644-645.

⁷⁹³ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 45; anteriormente indica: «[...] en el área latina, por lo general, no se ha discutido su oportunidad [la regla *impossibilium nulla obligatio est*] [...]» (*op. cit.*, p. 4).

tendido a reproducir acriticamente los principios que se derivan de los artículos 1272 y 1460 CC»⁷⁹⁴. Pero «[p]arece oportuno reseñar, con todo, la gran influencia de los profesores Díez-Picazo, Pantaleón y Morales Moreno en la nueva formulación contenida en la PMCC»⁷⁹⁵. *Ahora bien*, superada la regla de la nulidad para la imposibilidad inicial por la PMCC, «surge de inmediato la cuestión de qué responsabilidad incumbe al deudor en ese caso» y «la Exposición de Motivos [de la PMCC, su núm. XV; *supra* [224] [B]] encamina la respuesta [...] a la sede del incumplimiento, en su nueva configuración unitaria y a la que se vinculan los distintos remedios para la satisfacción del interés del acreedor frustrado»⁷⁹⁶. Además, Ribot Igualada considera, para la imposibilidad inicial,

⁷⁹⁴ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 45; esos principios derivados de los artículos 1272 y 1460 CC son, que el contrato es nulo si falta su objeto, lo hayan o no conocido las partes y con independencia de que alguna de ellas pueda exigir la oportuna indemnización por culpa *in contrahendo* (mala fe) (*op. cit.*, pp. 45-46; en las notas a pie de página cita a M. J. Marín López, y Moralejo Imbernón); «[...] también se dice que aunque quepa invocar el error como causa de anulación del contrato, “la falta de objeto que en todo caso se produce obliga a aplicar el régimen más intenso de la nulidad absoluta”» (*op. cit.*, p. 46; la consideración es de Quicios Molina, *op. cit.*, nota 181 en p. 46).

⁷⁹⁵ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 46. Sobre: a) *L. Díez-Picazo*, «ya puso de relieve hace mucho tiempo que la función normativa del objeto contractual, en el CC, es muy reducida, limitándose a cumplir el papel de una rúbrica bajo la cual se colocan los problemas de imposibilidad y de determinación», y que llamó la atención acerca de que en los ordenamientos continentales el contrato se considera como un instrumento creador de deberes para las partes y eso explica que no puedan crearse deberes de hacer imposible, pero, si el contrato exige a cada contratante que garantice o que se haga responsable de algo, aquel obstáculo conceptual se diluye, ampliándose las posibilidades de la autonomía contractual (*op. cit.*, p. 46); b) *Morales Moreno*, este se manifestó en la misma línea a propósito de textos internacionales (CISG, Directiva 1999/44/CE) que «proponen un modo muy distinto de entender el objeto: no es la cosa tal cual es, sino *como debe ser*, es decir con todas las cualidades que conforme al contrato debe tener. Esta concepción allana el camino a un nuevo modelo de responsabilidad contractual en que es incumplimiento cualquier desviación del deber ser del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo. Incluidos los casos de imposibilidad inicial, “porque el incumplimiento no se predica de la conducta debida del deudor [...] sino del contrato”» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 46); c) *Pantaleón*, este «formuló de modo muy convincente las limitaciones intrínsecas de la regla *impossibilium nulla obligatio est*. Siguiendo lo que había venido repitiendo la mayoría de la doctrina alemana con respecto al antiguo § 306 BGB, [...] defendió la necesidad de desprenderse de la regla de la nulidad por imposibilidad inicial, y someter ésta y la sobrevenida a reglas sino idénticas sí muy semejantes en orden a la determinación de los remedios o instrumentos para la satisfacción del interés del acreedor» (*op. cit.*, pp. 46-47).

⁷⁹⁶ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 47, v. hasta p. 48; sobre el texto del núm. XV de la EM de la PMCC, referido al artículo 1450/1460 PMCC, había señalado: «es clarificador en la medida en que apunta que la justificación del cambio [normativo de la PMCC, frente al Código civil] radica en la superación del concepto *material* de objeto contractual, que se sustituye por un concepto de objeto *ideal*, en el que se remite en su contenido o alcance a lo convenido o prometido por las partes y no a cierta realidad tangible, presente o futura, a la que la promesa contractual debe hacer referencia. Por otro lado, se deja anotado que, como consecuencia de este enfoque, el régimen del contrato de compraventa en que la cosa vendida se ha perdido o no puede llegar a existir debe ser el del incumplimiento y no la invalidez por imposibilidad inicial. Al contrario, se presupone que el contrato es válido y eficaz. [...]» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 41; v. la nota inmediatamente anterior).

que también puede operar la impugnación del contrato por error⁷⁹⁷. Afirma, «la regla *impossibilium nulla obligatio est* merece ser derogada y sustituida por otra que, como el artículo 1303 PMCC, aclare más allá de cualquier duda que la mera imposibilidad física o jurídica de la prestación no determina la nulidad del contrato y comporta sujetar la posible responsabilidad del deudor incumplidor a lo dispuesto en el contrato»⁷⁹⁸.

1.2 El análisis y la valoración del artículo 1450/1460 PMCC por algunos autores

[228] También *en 2010* traté de dicho artículo y también reproduzco lo que dije.

«[58] En el Código civil, puesto que no pueden ser objeto de contrato las cosas imposibles (arts. 1272, 1261.2.º CC), si la cosa objeto de compraventa se hubiera perdido en su totalidad en el momento de la celebración del contrato, el contrato queda “sin

⁷⁹⁷ Diferencia supuestos: en la «imposibilidad inicial de la prestación, la PMCC permite a cualquiera de las partes –y por tanto también el deudor– anular el contrato por error si se trata de un error compartido por ambas partes, siempre que sea esencial y no fuese inexcusable para la parte que lo invoca, ni ésta debiera soportar ese riesgo de acuerdo con el contrato. /No obstante, como que de entrada la PMCC aborda la imposibilidad inicial como cualquier otro supuesto de incumplimiento, al derogar la regla previgente *impossibilium nulla obligatio est* y configurar unitariamente el incumplimiento como falta de realización de la prestación contractualmente comprometida, el acreedor frustrado por la imposibilidad (inicial) tiene a su disposición los remedios propios de cualquier incumplimiento definitivo. Sobre la base de la imputación de la imposibilidad inicial al deudor, el acreedor podrá resolver o no, y exigir en ambos casos la indemnización de los daños y perjuicios en la medida de su interés en el cumplimiento. Pero también tiene a su disposición la posibilidad de anular el contrato –pues la Propuesta no contiene regla alguna de preferencia o exclusividad en favor de los remedios del incumplimiento– con base en que se trataba de un error imputable a la parte deudora, que detectó o debió detectar el error y no advirtió oportunamente. La diferencia radica en que, en caso de optar por la anulación el [sic; del] contrato, el alcance de la indemnización se limitará al interés contractual negativo, incluso cuando el deudor había obrado dolosamente. Si la imposibilidad inicial no es imputable al deudor, esto no excluye la posibilidad del acreedor de resolver el contrato, liberándose de su propia prestación, ni tampoco la posibilidad de anular el contrato si se trata de un error compartido por ambas partes, pero tanto en un escenario como en el otro deberá asumir las pérdidas generadas por la celebración del contrato, ya que falta en la Propuesta una base legal para imputar al deudor, en ese caso, responsabilidad *in contrahendo*. / Por otro lado, configurada la situación de imposibilidad inicial como una eventualidad que da lugar a la responsabilidad contractual del deudor, haciéndole responsable salvo que pruebe que el impedimento a la propia prestación era ajeno a su esfera de control e imprevisible o inevitable, una posible salida para el deudor sería conseguir que se anulara el contrato. Sin embargo, los presupuestos para la liberación de su responsabilidad en el artículo 1209 PMCC y las condiciones para el éxito de la impugnación por error en el artículo 1298.3 PMCC, hasta cierto punto se solapan y pueden concluirse que difícilmente podrá anular por error quien debería responder por incumplimiento. Y a la inversa es muy posible que quien podría anular el contrato por haber padecido en [sic] un error excusable sobre la imposibilidad inicial de su prestación y no recaer ese evento bajo su esfera de riesgo contractual, probablemente tampoco deberá responder por incumplimiento» [RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) pp. 54-55].

⁷⁹⁸ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 55, v. hasta p. 59; también p. 23, y v. desde p. 19.

efecto” (art. 1460.I CC). En la *Propuesta civil* [PMCC], al no afectar a la validez del contrato la imposibilidad inicial de cumplimiento (art. 1303), se puede, *bajo el presupuesto de que en el contrato se incorporen y garanticen estados de la realidad*, reconducir al incumplimiento el hecho de que el vendedor no pueda entregar la cosa por su pérdida total y definitiva antes de la perfección de la compraventa. Ese criterio inspira la redacción del artículo 1460.I PC [PMCC]»⁷⁹⁹.

«[60] *Presupuesto de aplicación.*—No siempre que el vendedor no pueda materialmente entregar la cosa por causa de la imposibilidad inicial va a responder bajo las reglas del incumplimiento. Ello tendrá lugar, según el artículo 1460.I PC [PMCC], si el comprador hubiera confiado razonablemente en la posibilidad de poder ejercitar los derechos derivados del incumplimiento (conforme al régimen de cada uno de ellos). ¿Cómo ha de entenderse esto? En mi opinión, ello ha de entenderse en el sentido de que a la regla contractual se incorpora el que el vendedor entregará efectiva y materialmente la cosa al comprador. Esa vinculación se basa en la confianza que el vendedor ha generado en el comprador de que será así. Tal confianza se genera, unas veces, por las declaraciones de voluntad expresas o por el comportamiento concluyente del vendedor. Ha, pues, de interpretarse el contrato (arts. 1278 a 1281 PC [PMCC] [...]). En otros casos, la vinculación del vendedor se produce porque conoce de la pérdida de la cosa en el momento de la celebración del contrato y no informa de ello al comprador; la vinculación surge del dolo. Su silencio conlleva, según la buena fe (art. 1243 PC) [PMCC], la asunción de la no entrega. Esa asunción se gobierna por las reglas del incumplimiento»⁸⁰⁰.

[229] *En 2013*, para Clavería Gosálbez, el artículo 1450/1460 PMCC incurre «ambos en el error, probablemente inspirado en la reforma alemana de 2001, de tratar un claro supuesto de nulidad por falta de objeto con otro de incumplimiento; se me dirá que incurro en conceptualismo y que ese vendedor merece ser tratado como incumplidor, pero ignoro por qué debemos quebrantar la lógica y por qué descartamos la responsabilidad del que nunca será vendedor cuando el contrato no nace por su conducta antijurídica»⁸⁰¹.

[230] *En 2015*, tras analizar el artículo 1303 PMCC (*supra* [227]), Ribot Igualada pasa al examen del artículo 1460 PMCC. Y al respecto, «[I]o que más llama la atención» es que la PMCC mantenga «una regla *ad hoc* [ese art. 1460 PMCC] para el supuesto de imposibilidad inicial u originaria de la prestación del vendedor»⁸⁰²,

⁷⁹⁹ FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [58] p. 117.

⁸⁰⁰ FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [60] pp. 118-119; y sobre la aplicación de los remedios por incumplimiento, de la PMCC, [61] pp. 120-121; para su crítica, RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) pp. 49-51.

⁸⁰¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2013) p. 361. Para la imposibilidad inicial en el Derecho alemán, antes y después de su reforma de 2002, RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) pp. 33-36.

⁸⁰² RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 48.

por lo que «en principio y por razón de especialidad, la imposibilidad de entregar la cosa vendida “por causa anterior a la celebración del contrato” estaría sometida a un régimen distinto a la imposibilidad de cumplir el contrato derivada de causas posteriores a ese momento»⁸⁰³. Sin embargo, no ve «razones para sujetar la compraventa a un régimen distinto al general [el del incumplimiento, *supra* [227]] para el caso de pérdida o imposibilidad inicial. Con todo, si se desea mantenerse el nuevo artículo 1460 I CC [PMCC] en su redacción actual, su interpretación debe realizarse de un modo coherente con el conjunto, subsumiendo en las reglas generales la responsabilidad del vendedor en supuestos de imposibilidad inicial de la entrega de la cosa y, en particular, por lo que se refiere a la responsabilidad por incumplimiento, en los artículos 1205 y siguientes PMCC [que regulan el remedio de la indemnización de daños y perjuicios]. La subsunción del supuesto [de la imposibilidad inicial] dentro del marco del artículo 1209 PMCC [que ordena cuándo el deudor no ha de indemnizar]⁸⁰⁴ es imprescindible y no supone extender la responsabilidad del vendedor más de lo que implícitamente parece querer la propuesta [PMCC]»⁸⁰⁵. Señala, que «puede decirse que el comprador siempre debe poder confiar razonablemente en la posibilidad de que la cosa le sea entregada, y que podrá defender su interés mediante los remedios propios del incumplimiento con la única excepción de que él mismo haya asumido el riesgo de la imposibilidad celebrando un contrato aleatorio [...]»⁸⁰⁶. «Por otra parte, siempre hay hechos o circunstancias que obstaculizan el cumplimiento y que no deben quedar cubiertos por la garantía del vendedor, precisamente porque el interés de cumplimiento del comprador no queda tutelado con carácter absoluto o sin posibilidad de exoneración del vendedor. [...], no hay razón para suponer que el deudor garantiza siempre absolutamente la inexistencia de impedimentos originarios –es decir, que el vendedor garantiza la existencia de la cosa al venderla y que indemnizará al comprador si el resultado consistente en la entrega no se alcanza *por cualquier causa anterior a la celebración del contrato*. En realidad, la distribución del riesgo de la imposibilidad inicial resulta necesariamente del examen de los tér-

⁸⁰³ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 48.

⁸⁰⁴ Artículo 1209.I PMCC: «No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: / 1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control. / 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias».

⁸⁰⁵ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 52.

⁸⁰⁶ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 52.

minos del contrato, explícitos e implícitos, en conexión con los usos, la naturaleza del contrato y, en último término, la buena fe. Este análisis es el que permite llegar a la conclusión, en un caso concreto, de que procede o no hacer responder por incumplimiento a quien vendió una cosa inexistente. Es el mismo análisis que también requiere, en términos generales para todos los contratos, el artículo 1209 I PMCC»⁸⁰⁷. Teniendo presente al artículo 1209.I PMCC, el autor concluye indicando, que «[e]l vendedor responde por incumplimiento en caso de actualización del riesgo de imposibilidad originaria cuando había asumido ese riesgo o este debe ponerse a su cargo porque estaba en su esfera de control o resulta razonable que lo soporte según la interpretación del sentido y finalidad del contrato en el momento de su celebración. En otras palabras, porque, en esas condiciones, el comprador podía confiar razonablemente en la posibilidad de la entrega material de la cosa vendida»⁸⁰⁸.

2. EL ARTÍCULO 1298 PMCC: EL ERROR, Y LA INEXACTITUD EN LA EXPRESIÓN O TRANSMISIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

[231] El artículo 1298 PMCC se ubica en el Capítulo IX «De la nulidad y anulación de los contratos», del Título II «De los contratos», del Libro IV de la PMCC. En su tenor literal se palpa la influencia del error de los PECL y de los *Principios UNIDROIT* (*supra* [17] ss., [42] ss., respectivamente). Quienes se han ocupado del artículo 1298 PMCC señalan, además de lo anterior, que en él se positiviza lo que la doctrina de los autores y la jurisprudencia habían elaborado para el error del artículo 1266 CC. Así, López Frías, y Morales Moreno, de los que doy cuenta en el subapartado siguiente; de manera similar se ha manifestado Bosch Capdevila⁸⁰⁹.

[A] Artículo 1298 PMCC: «1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante.

⁸⁰⁷ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) pp. 52-53.

⁸⁰⁸ RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 54.

⁸⁰⁹ En concreto, el artículo 1298 PMCC «se aparta del DCFR y de los PECL, y sigue más bien la línea del artículo 3.5 de los Principios Unidroit, aunque entronca también con la posición al respecto de la jurisprudencia española» [BOSCH CAPDEVILA (2012) p. 471].

2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.

3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.

2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.

3. Los contratos no serán anulables por error cuando éste sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error.

4. Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido⁸¹⁰.

5. La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo».⁸¹¹

[B] Núm. VII de la EM de la PMCC: «Los llamados vicios de la voluntad se mantienen aunque también adoptando respecto de ellos una regulación que trata de compaginar o cohesionar el principio de la libre voluntad negocial real con los principios de autoresponsabilidad, confianza y buena fe. [...] / De todo ello resulta una construcción que parece armónica y que puede, como se ha dicho, facilitar la contratación».

⁸¹⁰ Según MORALES MORENO, la posibilidad del artículo 1298.4 PMCC no la reconoce «expresamente [...] el CC, aunque resulta de aplicación por virtud del principio de buena fe, en cuanto límite del ejercicio de los derechos (art. 7 CC)» [cursiva mía; *AAMN* (2015) p. 735]. En 1988, había señalado que, a diferencia de otros códigos, el Código civil no preveía que el contrato celebrado con error se mantuviera si se rectificara y «la cuestión está en saber si, a pesar de ello, la parte que no ha padecido error puede ofrecer esta rectificación, para impedir el ejercicio de la acción de nulidad». Entendía que era posible y lo argumentaba considerando el significado y función del error, y en las reglas generales como el principio de la buena fe consagrado en el artículo 7 CC. Apuntaba que el error en los contratos sirve para proteger al contratante, porque su interés quedó insatisfecho y para solucionarlo tiene la vía indirecta de la desvinculación contractual, y «[n]o parece, por ello, razonable que rechace una posible propuesta del otro contratante en la que ofreciera satisfacer directamente su interés, aunque [*sic*, aunque] el contrato no lo imponga. Rechazarla sería contrario a la buena fe. Se produce así la siguiente alternativa: / a) Si el que padeció el error acepta el ofrecimiento del otro contratante de satisfacer directamente su interés, pierde legitimación para pedir la nulidad por el error, por falta de interés. / b) Si rechaza, injustificadamente, tal ofrecimiento, es posible paralizar, por contrario a la buena fe, el ejercicio de la acción de nulidad. [...]» [(1988) pp. 87-88]; v. CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/85, p. 322. V. LÓPEZ FRÍAS (2011) pp. 189-190.

⁸¹¹ Otros aspectos de interés del error de la PMCC: a) Artículo 1302 PMCC: «También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo o el perjuicio a que se refiere el artículo anterior, cuando hayan sido *causados o provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante*» (cursiva mía); b) Para el plazo de ejercicio de la anulación del contrato, su cómputo y naturaleza jurídica, el artículo 1304 PMCC, *supra* [9] b) [C] y notas 20 y 21; y c) para el ejercicio de la facultad de anulación, y oposición mediante excepción, el artículo 1305 PMCC, *supra* [9] b) [C] y nota 22.

2.1 El entronque del artículo 1298 PMCC con el Moderno Derecho de contratos, y con la doctrina y la jurisprudencia sobre el error del artículo 1266 CC

[232] *En 2011*, Lopez Frías afirmó, que «sin lugar a duda [...], efectivamente, la revisión de la regulación del error se hacía necesaria porque la dicción del art. 1266 se ha visto desbordado por el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, [...]. De ahí que [...] todo intento de recoger normativamente estas doctrinas –que han tenido el laudable propósito de rellenar lagunas y carencias, [...] que forman ya parte del ser de la teoría del error– es siempre una buena noticia»⁸¹². Esas lagunas y carencias a las que se refería son el requisito de la excusabilidad del error, no recogido en el artículo 1266 CC; la omisión del error de derecho en el artículo 1266 CC; la importancia de los fines o motivos en la celebración del contrato, relacionados con el error en la causa; y la calificación jurídica del error obstativo o en la declaración⁸¹³. Sentado eso, *para el artículo 1298 PMCC* destaca que es precepto «largo», «muy completo y bien redactado que se aparta, por su novedad, de la dicción literal del 1266 vigente»⁸¹⁴, y «en una primera lectura [...], es verdad que puede asombrar su propia redacción; [y] su “formato” es novedoso porque sigue la línea marcada por los principios UNIDROIT (art. 3.5) [art. 3.2.2] y de los PECL (art. 4:103)»⁸¹⁵. *Pero*, la «lectura más reposada» permite apreciar que los requisitos del error del artículo 1298 PMCC «no chocan ni contradicen lo que la doctrina y la jurisprudencia española estaba considerando y aplicando; su contenido, no nos resulta extraño»⁸¹⁶. El

⁸¹² LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 171.

⁸¹³ LÓPEZ FRÍAS (2011) pp. 170-171, y v. hasta p. 174.

⁸¹⁴ LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 176.

⁸¹⁵ LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 176. Para los PECL: «Efectivamente, si uno analiza y estudia los PECL y al lado maneja la citada propuesta de modernización [PMCC] claramente descubre la influencia fundamental de los primeros en el segundo. Esto, que es una directriz general en aquella, se da también específicamente en la materia que pretendemos tratar. ¿Se podría decir entonces que la propuesta copia los PECL? Sinceramente hay que contestar que no, porque la doctrina que recoge la propuesta, como antes se ha adelantado, ya venía aplicándose en España por nuestros tribunales y los distintos autores venían recogiendo requisitos y presupuestos que, aun no constando claramente establecidos en el art. 1266 Cc., estaban incluidos en su normal estudio. Así la incorporación de los PECL en materia de error, en la propuesta de anteproyecto, podríamos decir que ha sido “natural, sin sobresaltos o grandes novedades” porque su espíritu, su doctrina, ya estaba siendo de aplicación y estudio en España. Al contrario, lo que se puede pensar es que precisamente la doctrina y la jurisprudencia española se ha tenido en cuenta en la elaboración de los PECL. Quizás lo que más pueda llamar la atención es la casi traslación literal del art. 4:103 de los PECL hasta el art. 1298 de la propuesta, pero creo que hay que entender que es esta una situación querida y hasta buscada por la Comisión para allanar, al menos en este punto, la homogenización en materia contractual en todo el ámbito europeo» (*op. cit.*, p. 175).

⁸¹⁶ LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 176.

artículo 1298 PMCC «sintetiza y aglutina los presupuestos que [...] [doctrina y jurisprudencia] han venido aportando a la teoría del error, o si se quiere, se codifica al fin las principales aportaciones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia»⁸¹⁷. En las *Consideraciones finales* de su trabajo, López Frías señala, que con el artículo 1298 PMCC «estamos ante un buen texto que recoge el Derecho europeo y que codifica los principios fundamentales que la doctrina y la jurisprudencia han venido considerando como la esencia del régimen jurídico del error»⁸¹⁸.

[233] *En 2015*, habiendo comparado el régimen del error construido a partir del artículo 1266 CC con el del artículo 1298 PMCC, Morales Moreno indica en la *Conclusión 1* de su trabajo, que «[e]l artículo 1298 PMCC aunque inspirado en principios del nuevo derecho de contratos, permite mantener, en buena medida, el desarrollo jurisprudencial del error en nuestro Derecho»⁸¹⁹. El artículo 1298 PMCC «[e]stá inspirado en los UNIDROIT-Principles. Pero coincide, en buena medida, con la regulación de los PÉCL, DCFR y CESL. Puede afirmarse, por tanto, que sigue las orientaciones del Moderno derecho de contratos. Sin embargo admite ser interpretado conforme a la tradición asentada en nuestro derecho sobre el error»⁸²⁰. Y puntualiza (*Conclusión 2*) que «[h]ay una diferencia entre el artículo 1298 PM [PMCC] y el 1266 CC. La regulación del error en el Código civil es demasiado concisa. Ha necesitado de un importante desarrollo jurisprudencial y doctrinal, para poderla aplicar a las necesidades de la práctica. La regulación de la PM [PMCC] está más desarrollada y es más precisa. Esto contribuirá a aumentar la certidumbre y previsibilidad de la solución de los problemas de error»⁸²¹.

2.2 El análisis del artículo 1298 PMCC. Los apuntes de Clavería Gosálbez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma

[234] *En primer lugar* analizo los apartados 1 a 3 del artículo 1298 PMCC referidos al «error» (error vicio); *después*, trato el apartado 3 del artículo 1298 PMCC que regula la «inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad» (error en la declaración); y *por último* expongo, como contrapunto, los apun-

⁸¹⁷ LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 176.

⁸¹⁸ LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 192; continúa: «Ahora bien, ciertamente se aprecian determinados puntos que quizás se podrían aclarar más; [...]» (*op. cit.*, p. 192).

⁸¹⁹ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 742; v. también p. 717.

⁸²⁰ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 721-723.

⁸²¹ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 742-743; v. también p. 723.

tes de Clavería Gosálvez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma.

2.2.1 EL ERROR (ERROR VICIO)

[235] Según el *apartado 1* del artículo 1298 PMCC, el contrato puede anularse, si el error, padecido cuando la celebración del contrato⁸²², fue esencial, y (1.º) fue provocado por la información dada por el otro contratante, o (2.º) este último conoció, o debió conocer del error, siendo contrario a la buena fe dejar al *errans* en esa situación, o (3.º) se trató de un error común⁸²³. Lo anterior se aplica al error de hecho y al de derecho⁸²⁴ por expresa indicación del artículo 1298.1 PMCC (para el error de derecho y el art. 1266 CC, *supra* [217]-[221]).

A continuación, desarrollo cada uno de esos requisitos del error relevante.

[236] El *apartado 2* del artículo 1298 PMCC dispone *cuándo el error es esencial* (cuándo es determinante del consentimiento del *errans*; requisito del nexo causal). Y es esencial, si el error es de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación del que erró no habría contratado, o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos, si hubiera conocido la realidad de las cosas. En este punto, la PMCC recoge lo dispuesto en el artículo 3.2.2 (1) Principios UNIDROIT (*supra* [44]) y difiere de lo que se ha entendido por error esencial para el artículo 1266 CC (*supra* [207]-[208])⁸²⁵.

⁸²² LÓPEZ FRÍAS destaca que el artículo 1266 CC omite la indicación de que el error se produzca cuando la celebración del contrato, dato «muy importante y parece conveniente y lógico mencionarlo al principio» del artículo 1298 PMCC; el «artículo 1298 [PMCC] no ha querido dejar pasar este requisito del error para que no haya lugar a dudas de cuándo ha de producirse éste para que, verdaderamente, se pueda considerar el consentimiento como viciado y pueda por tanto suscitarse su anulación» [(2011) p. 177].

⁸²³ Según LÓPEZ FRÍAS, el artículo 1298 PMCC «establece una especie de plantilla de situaciones en las que colocar cada caso concreto planteado, para calificar o no de esencial el error padecido y así poder dar lugar a la anulación del contrato. Esta plantilla es muy interesante desde una perspectiva teórica pero, sobre todo, desde el punto de vista práctico; y es claro que nos puede llevar a razonar de forma distinta a como lo estamos haciendo hasta ahora; quizás de una manera más sencilla y más sistemática: el error ha de ser esencial y además hay que encasillarlo en alguna de las circunstancias que el precepto menciona» [(2011) pp. 184-185].

⁸²⁴ LÓPEZ FRÍAS apunta que el artículo 1298 PMCC recoge «otro de los puntos en los que la doctrina y la jurisprudencia española estaban conformes, aunque el art. 1266 del Cc no lo mencionara: el error que puede invalidar el contrato puede ser de hecho o de derecho» [(2011) p. 178]; CLAVERÍA GOSÁLVEZ aprueba «la alusión al error de derecho [del art. 1298.1 PMCC] como relevante» [(2013) p. 359, v. hasta p. 360].

⁸²⁵ Cómo se entiende el error esencial del artículo 1298.2 PMCC, ha suscitado distintas valoraciones: a) Según LÓPEZ FRÍAS, «en este concepto de error esencial [del art. 1298.2 PMCC] también se aprecia un cierto salto de la concepción subjetivista del error, “teóricamente” seguida en nuestro Derecho (que tomaría en consideración si el contratante que lo ha sufrido habría o no celebrado el contrato si aquel no hubiera existido, admitiendo que pueda tener relevancia cualquier motivo erróneo), a la concepción más objetiva del mismo, porque tiene en cuenta la decisión que habría tomado una persona

[237] Por lo que se refiere al *error provocado por la información suministrada por el otro contratante* –art. 1298.1.1.º PMCC– López Frías entiende que «supone una novedad en la regulación del error en nuestro Ordenamiento pues si bien podía considerarse implícita en la teoría de este vicio de la voluntad, sí que no estaba claramente demarcada»⁸²⁶. Por su parte, Morales Moreno apunta que el contratante que suministra la información, incluso creyéndola verdadera, «asume el riesgo» de que la misma determinara al otro contratante a la celebración del contrato y en las condiciones celebradas, y «debe soportar la anulación del contrato, si es pedida por el otro contratante, aunque el error sea unilateral»⁸²⁷. La información inexacta suministrada por el otro contratante puede haberlo sido *sin dolo*⁸²⁸.

[238] *Para el error conocido o debido de conocer por el otro contratante, siendo contrario a la buena fe mantener en el error al contratante que lo padeció* –art. 1298.1.2.º PMCC– Morales Moreno apunta que es un «error imputable al otro contratante, *por omisión*» (cursiva mía)⁸²⁹. Esta causa del error «[e]xige dos requisitos: 1) Conocimiento, o *deber de conocer* el error que padece el otro contratante, 2) incumplimiento del *deber de información*, que impone la buena fe./ Al conocimiento se equipara el *deber de conocer*. El deber de conocer es distinto de la mera cognoscibilidad del error, por ser patente y no poder ser ignorado. Implica un *deber de*

razonable si se hubiera encontrado en tales circunstancias. Parece que en este caso la propuesta sigue el sistema objetivo propuesto por los principios UNIDROIT» [(2011) p. 180]; b) Para BOSCH CAPDEVILA, «La esencialidad [del art. 1298.2 PMCC] es unilateral y objetiva. Unilateral, porque basta que lo sufra la parte que lo invoca para anular el contrato. Y objetiva, porque no se valora si el error es esencial desde la concreta situación de la parte que lo sufre, sino que se atiende a los parámetros subjetivos de una “persona razonable”: si una persona razonable, y ya no el propio contratante, habría contratado de la misma manera si no hubiese incurrido en error» [(2012) p. 471; v. sus consideraciones sobre el art. 51.1.1.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero, infra* [269]]; y c) para MORALES MORENO, el «significado del error esencial [del art. 1298.2 PMCC] es diferente del que suele utilizarse en nuestro ordenamiento. En nuestro Derecho actual error esencial es el que reúne los requisitos necesarios para invalidar el contrato. La *esencialidad*, requisito del error, no solo exige que los motivos de un contratante, sobre los que recae el error, sean para él determinantes de la celebración del contrato, sino además que los mismos se hayan incorporado a la *causa concreta* del contrato. En cambio, conforme a la PM [PMCC], es error esencial el error que, por su magnitud, ha determinado a la parte a celebrar el contrato. A esta determinación subjetiva se aplica, como criterio de control, el de “una persona razonable en las [sic] misma situación”» [cursiva del original; *AAMN* (2015) p. 725; v. además *infra* [239] a propósito del art. 1298.1.3.º PMCC, error común].

⁸²⁶ LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 182.

⁸²⁷ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 730.

⁸²⁸ MORALES MORENO: «El error provocado, como recuerda Castro, nos coloca en un campo situado entre el dolo y el error. Hay casos en los que puede existir un error provocado, sin dolo. Por ejemplo, el vendedor transmite información incorrecta sobre la autenticidad del cuadro, ignorando su incorrección (caso de error común). Además, el que en algunos casos de error provocado pueda existir dolo no excluye la anulabilidad del contrato por error» [*AAMN* (2015) pp. 729-730]. V. LÓPEZ FRÍAS (2011) pp. 182-183.

⁸²⁹ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 730.

indagación (sobre si existe o no el error) que, según el supuesto, ha de venir impuestos por una norma jurídica (por la Ley o por la buena fe)» (cursiva del original)⁸³⁰.

Al exponer la regulación del error del DCFR, destaqué (*supra* [35]) que su artículo II.-7:201 recogía una *nueva* (posible) causa de error, comparando con el artículo 4:103 (1) (a) PECL, y consistía en que el error se originaba en que la contraparte no había cumplido ciertos deberes de información precontractual de los Libros II y IV del DCFR, o no había cumplido el deber de poner los medios para corregir los *inputs errors* [art. II.-7:201 (1) (b) (iii) DCFR]. No eran deberes de información *derivados del deber general de la buena fe*. Recordado eso y *retornando al artículo 1298 PMCC*, Morales Moreno apunta que la PMCC «no se refiere de modo directo» a los deberes *legales* de información «como hace, por ejemplo, el DCFR [art. II.-7:201 (1) (b) (iii) DCFR]. *Pero creo que el error (del contratante que debe ser informado) acompañado del incumplimiento de un deber de información del otro contratante, que podría haberlo evitado, debe ser imputado al contratante obligado a dar información. Aunque se mantega la redacción del art. 1298,2 PM [sic, 1; PMCC]*, el incumplimiento de un deber de información puede ser considerado como un supuesto de imputabilidad del error. El deber de conocer el error queda sustituido por la previsión legal del riesgo de error, que fundamenta el deber de información» (cursiva mía)⁸³¹. *En mi opinión*, convendría *añadir expresamente* al artículo 1298.1 PMCC como (posible) causa de error, la del incumplimiento por el otro contratante de deberes *legales* de información precontractual (*supra* [214]-[216] para deberes de información/error del art. 1266 CC; *infra* nota 1195).

[239] Por último, *para el error común* –art. 1298.1.3.º PMCC– Morales Moreno señala, que la PMCC «no indica el concepto de error común que utiliza; lo da por supuesto. ¿Qué significado le hemos de dar? Creo que el mismo que, hasta ahora, ha caracterizado al error esencial en Derecho español. El error es común cuando los motivos de un contratante quedan incorporados, como presuposiciones, a la causa concreta del contrato (la causa en sentido subjetivo). O, dicho de otro modo, cuando ambos contratantes com-

⁸³⁰ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 730.

⁸³¹ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 731; continúa: «El problema es la prueba del error. El TS, en jurisprudencia reciente sobre comercialización de productos financieros, presume la existencia de error invalidante cuando no se han cumplido los deberes de información. Corresponde a la entidad financiera probar que la información se dio, o que, a pesar de no haberse dado, no hubo error» (*op. cit.*, p. 731; en nota 44 cita la STS, 1.ª, de Pleno, 20.01.2014; v. *supra* [215]). BOSCH CAPDEVILA: «[...] en cambio, a diferencia de lo que hace el DCFR, la PMCC no contempla la incidencia que pueda tener el incumplimiento del deber de información precontractual» [(2012) p. 472].

parten, en el contrato, el carácter básico de las presuposiciones sobre las que incide el error./ *La PM [PMCC], a través del error común, incorpora la idea de error esencial desenvuelta en nuestro Ordenamiento por la jurisprudencia y la doctrina (incorporación de los motivos a la causa concreta). Pero aporta cierta novedad. Delimita un supuesto alternativo de error invalidante: el unilateral, imputable al otro contratante. Esto tiene una importante consecuencia. Ya no es necesario convertir en error común (esencial) al unilateral, cuando es imputable al otro contratante, para que pueda tener relevancia jurídica. No hay que forzar el supuesto de error esencial, considerando incorporados al contrato motivos que directamente no tienen que ver con la función del mismo»⁸³² (cursiva mía). La PMCC «ha separado dos ámbitos en los que opera el error: el del error común (conectado a la causa concreta del contrato) y el del error imputable al otro contratante (que puede ser unilateral). *Ha diversificado adecuadamente el supuesto del error»* (cursiva mía; *Conclusión 3*)⁸³³.*

Además, Morales Moreno se detiene en la cuestión «de qué contratante está legitimado para pedir la nulidad del contrato», pues el error común «no legitima a cualquiera de los contratantes para pedir la nulidad del contrato. No basta que los dos contratantes se hallen en error (por ej. el comprador y el vendedor de un cuadro creen que es auténtico, no siéndolo). Tampoco basta que ese error haya sido determinante de la celebración del contrato para uno y otro contratante. Para el vendedor, porque, siendo honesto, no hubiera vendido un cuadro falso. Para el comprador porque no lo hubiera comprado (al menos, en el precio que pagó por él). Hace falta que la autenticidad del cuadro se haya incorporado al contrato, sea una exigencia del mismo. Y esa exigencia opera en interés de uno de los contratantes. Si el cuadro vendido es falso, la exigencia de autenticidad del mismo que resulta del contrato opera, en principio, en interés del comprador; él es el que merece protección por su error. Admitir que el vendedor de buena fe pueda anular el contrato invocando error, supondría liberarle de su posible responsabilidad (*in contrahendo*, contractual); desproteger al comprador, que es el que sufre las consecuencias dañosas del error. Aflora aquí la estrecha relación existente, en el error común, entre error e incumplimiento del contrato (garantía)»⁸³⁴.

⁸³² MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 727-728; v. *supra* nota 825 c).

⁸³³ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 743.

⁸³⁴ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 728-729. En 1988 y para el Código civil, trató la cuestión del legitimado para invocar el error, en el error común («en el sentido de que lo han experimentado ambos contratantes»); «[p]or ejemplo: tanto el comprador como el vendedor tienen una idea equivocada acerca de quien es el autor del cuadro vendido. ¿Pueden, por ello, ambos contratantes pedir la nulidad del contrato?». Apuntó que «[l]a expresión

Por su parte y para el error común, López Frías indica que este había sido ya analizado por nuestra doctrina⁸³⁵ y jurisprudencia; que nuestro Ordenamiento no lo recoge –sí, otros de nuestro entorno⁸³⁶–; y que la PMCC le da una regulación específica⁸³⁷. El error común «se refiere a hechos o circunstancias tomadas en cuenta por ambas partes; o mejor, si se prefiere, que estén incorporadas al contrato como presuposición y exigencia del mismo. Como se decía, en España el error común aparece en el requisito de la esencialidad»⁸³⁸. Sobre la legitimación para impugnar el contrato por el error común, la autora, tras recordar la tesis de Morales Moreno e indicar «que no es consustancial al error común que cualquiera de los contratantes pueda pedir la anulación del contrato», indica que «aunque [eso] pueda parecer obvio, no se destaca en la propuesta [PMCC] como no lo hacen tampoco los PECL, y creemos que merecería la pena consignarlo al hablar de la posibilidad del error común, sobre todo, si se tiene en cuenta que –aunque reconocido implícitamente por la jurisprudencia– es una cuestión novedosa que no debe mencionarse sin al menos un mínimo de aclaración» (cursiva mía)⁸³⁹.

[240] *Pasando al análisis del apartado 3 del artículo 1298 PMCC, hay dos supuestos en los que el contrato no puede anularse por error. Uno, si el error es inexcusable. El otro, si quien se equivocó, debía soportar el riesgo del error de conformidad con el contrato. Ambos supuestos se conectan con un «y» y Sánchez-*

legal “vicios del contrato”» del artículo 1300 CC puede producir «algún equívoco, si no fuera porque» el artículo 1302 CC «destaca el carácter relativo de la acción de nulidad», con lo que «puede no ser suficiente haberse equivocado para poder pedir la nulidad del contrato», haciendo «falta otro elemento: el interés»; que haya error común «no significa que ambos contratantes estén igualmente interesados en el ejercicio de la acción de nulidad»; solo el contratante que, por su error, padece una insatisfacción en su interés contractual, tiene legitimación activa; ese interés puede constatarse a través de la lesión que el contrato pueda haber producido (alteración en su equilibrio). «En el ejemplo anterior, si el cuadro fuera más valioso de lo que se supuso, el interesado en el ejercicio de la acción de nulidad será el vendedor. Si, por el contrario, resulta ser menos valioso, el interesado será el comprador./ En la práctica, la lectura de las sentencias nos descubre cómo, en determinados casos, ante un mismo supuesto, ambos contratantes invocan el error, y cómo, también, los Tribunales se inclinan por sólo reconocerlo en el contratante que ha experimentado las consecuencias económicas desfavorables de esa falsa apreciación de la realidad./ [...]» [(1988) pp. 85-86].

⁸³⁵ En nota a pie de página 50, p. 184, LÓPEZ FRÍAS cita a Morales Moreno [(2011)].

⁸³⁶ En nota a pie de página 49, p. 184, LÓPEZ FRÍAS apoyándose en Estebán de la Rosa, indica que lo recogen expresamente los Derecho holandés, suizo y anglosajón, y que, en el Derecho alemán, la jurisprudencia cerró esa laguna con la doctrina de la caída de la base del negocio [(2011)].

⁸³⁷ LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 184.

⁸³⁸ LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 184: continúa: «Así, y siguiendo a Morales Moreno, se observa cómo el TS exige que recaiga “sobre lo que es base, materia y motivo, a un mismo tiempo, para celebrar el contrato (STS 17 julio 2000); sobre lo que es el fin perseguido conjuntamente por las partes (STS 14 mayo 1968); sobre lo que constituye la finalidad del negocio (STS 9 abril 1980)» (op. cit., p. 184).

⁸³⁹ LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 184.

Calero Arribas ha destacado que ello podría llevar a pensar que se está ante «supuestos [...] cumulativos, es decir, que, además de ser el error inexcusable, la parte que lo padeció debía soportar el riesgo de dicho error»⁸⁴⁰. «[N]o parece ser esa la intención de los redactores» de la PMCC⁸⁴¹. Apunta que sería más adecuado el empleo de la conjunción «o», dejando claro que son «supuestos alternativos» como hace el artículo 4:103 (2) PECL⁸⁴² (*supra* [17]) y añadido yo, el artículo 3.2.2 (2) *Principios UNIDROIT 2010* (*supra* [42]). Coincido con la propuesta de la autora.

[241] Comenzando con el análisis del error *inexcusable* (art. 1298.3 PMCC)⁸⁴³, Morales Moreno destaca que la PMCC «no exige la excusabilidad como un *requisito positivo* del error, sino que establece la inexcusabilidad como un *límite del derecho* del contratante en error *a anular el contrato*» (cursiva mía), lo cual incide en la *prueba*⁸⁴⁴. Y así, «[q]uien invoca el error *sólo ha de probar que se cumplen los requisitos del mismo* (ser esencial; y ser común o imputable). *La excusabilidad* (falta de culpa del *errans*) *se presume*. Es el otro contratante el que ha de probar la culpa del *errans* (inexcusabilidad)» (cursiva mía, salvo *errans*)⁸⁴⁵. Y refiriéndose *al error no común y relevante por ser imputable al otro contratante*, Morales Moreno indica que parece que, para el mismo, se ha separado el enjuiciamiento de la imputabilidad (art. 1298.1, 1.º y 2.º, PMCC) del enjuiciamiento de la inexcusabilidad (art. 1298.3 PMCC), pero «en la práctica la situación puede ser otra», pues frecuentemente para determinar la imputabilidad del error es preciso tener en cuenta la conducta del otro contratante y la del que invoca el error, y «[a] pesar de que la PM [PMCC] canalice la consideración de la conducta de la parte en error a través de la excepción de inexcusabilidad del error, seguramente la inexcusabilidad debe ser analizada al mismo tiempo que la imputabilidad, tal como hasta ahora ha venido haciendo nuestra jurisprudencia»⁸⁴⁶.

Por su parte, a Clavería Gosálbez le llama la atención la separación *formal* entre el supuesto del artículo 1298.1.2.º PMCC y la

⁸⁴⁰ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2016) p. 429.

⁸⁴¹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2016) p. 429.

⁸⁴² SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2016) p. 429. Cfr. con la diferente construcción y redacción del artículo 29 (2) PLDC, *supra* [185] y [197].

⁸⁴³ Para LÓPEZ FRÍAS es claro que la PMCC «sigue los dictados de Derecho español y francés como la orientación de los PECL» [(2011) p. 186; v. desde p. 185].

⁸⁴⁴ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 734.

⁸⁴⁵ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 734.

⁸⁴⁶ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 733-734; el autor sigue: «Son dos aspectos [la excusabilidad/inexcusabilidad, y la imputación] del supuesto de error estrechamente relacionados entre sí. La diligencia exigible al contratante en error debe ser determinada teniendo en cuenta la confianza que justificadamente (dada su condición) despierta en él la conducta del otro contratante. El carácter imputable del error al otro contratante debe tomar en consideración la conducta exigible a uno y otro contratante».

inexcusabilidad del artículo 1298.3 PMCC. Considera que «no es de recibo el tenor literal» del artículo 1298.3 PMCC, en «cuya virtud la inexcusabilidad del error imposibilita la anulación, *sin exceptuar* el supuesto de que [el error] sea reconocible por la otra parte» del artículo 1298.1.2.º PMCC (cursiva mía); «aparte de que no es fácil que se dé excusabilidad en la hipótesis de error de derecho, [...], me parece sensato, en línea con doctrina y jurisprudencia dominantes, que el error esencial produzca la anulabilidad si es excusable y también, *aun no siéndolo, si es reconocible por el otro contratante*, lo que no se deduce del tenor del artículo [1298 PMCC] a la vista de su terminante n.º 3» (cursiva mía)⁸⁴⁷. El autor termina afirmando, que «en todo caso, el redactor debió ser más claro a la hora de combinar los apartados de este artículo [1298 PMCC], no olvidando lo que sabiamente la doctrina ha venido sugiriendo acerca de la necesidad de contemplar la actitud y la dignidad de la posición de ambas partes al celebrar el contrato»⁸⁴⁸.

[242] Y para el segundo supuesto del artículo 1298.3 PMCC –cuando «de acuerdo con el contrato, [el que erró] debía soportar el riesgo de dicho error»– *en 2012*, Bosch Capdevila apuntó su evidente paralelismo con los oportunos supuestos de los artículos II.-7:201.2 DCFR y 3.2.2 (2) (b) *Principios UNIDROIT 2010* (*supra* [34], [42], respectivamente), haciendo «notar que el art. 1298.3 PMCC solamente alude a la asunción del error “de acuerdo con el contrato”, y no al caso en que “atendidas las circunstancias” [el *errans*] debía soportar el riesgo del error»⁸⁴⁹. E inmediatamente afirma, que «la mejor doctrina [Morales Moreno] considera que no solamente lo pactado, sino también los usos o las normas jurídicas aplicables al contrato, podrán atribuir a una de las partes el riesgo del error»⁸⁵⁰. *En 2015*, Morales Moreno señala, que «[1]a noción de contrato [del art. 1298.3 PMCC] hemos de entenderla en sentido amplio: como regla contractual. Está integrada no sólo por la voluntad, sino también por los usos y las normas aplicables»⁸⁵¹. *En mi opinión*, sería oportuno que expresamente se incorporase al artículo 1298.3 PMCC la regla de la asunción del riesgo del contrato *atendidas las circunstancias*.

⁸⁴⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2013) pp. 359-360; *infra* [247] expongo, entre otras cosas, cómo el autor propone que se regule el error vicio.

⁸⁴⁸ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2013) p. 360.

⁸⁴⁹ BOSCH CAPDEVILA (2012) p. 471; el autor cita el artículo 3.5. *Principios UNIDROIT* (versión 2004) con el que se corresponde el artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*.

⁸⁵⁰ BOSCH CAPDEVILA (2012) pp. 471-472, y nota a pie de página 30 en p. 472.

⁸⁵¹ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 735; v. LÓPEZ FRÍAS (2011) pp. 188-189. Sobre los posibles pactos en relación con el error del artículo 1266 CC, MORALES MORENO (1988) pp. 249-259.

2.2.2 LA INEXACTITUD EN LA EXPRESIÓN O TRANSMISIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD (ERROR EN LA DECLARACIÓN)

[243] Según el *apartado 5* del artículo 1298 PMCC, a dichos errores se les aplican, primero, las reglas de la interpretación contractual (arts. 1278 a 1281 PMCC) y «no resuelto» con ellas el problema del error, se aplica el artículo 1298 PMCC; y si aplicando dicho artículo 1298 PMCC, el error resulta relevante, el contrato podrá *anularse* (cfr. *supra* [223] para la consecuencia jurídica del error en la declaración en relación con el Código civil)⁸⁵².

[244] Para el error en la declaración, Morales Moreno precisa que su «reconocimiento [...] como mecanismo de impugnación del contrato [...] depende del sistema de interpretación» utilizado por el Ordenamiento, y se refiere a dos posibles sistemas⁸⁵³. *En uno*, la función de la interpretación es «dar sentido a las cláusulas del contrato conforme a la voluntad de las partes (mejor: de cada una de ellas)», y si hay error en la declaración sobre los elementos esenciales del contrato, el contrato «es nulo (inexistente) porque el consentimiento no ha existido»⁸⁵⁴. *El otro* «sistema de interpretación atribuye un sentido objetivo a la declaración de voluntad (para proteger el interés de la confianza, y no como voluntad presunta del declarante), [y] el contrato se perfecciona conforme al mismo; es válido, aunque pueda ser anulable por error»⁸⁵⁵. Según Morales Moreno, la PMCC, «sin excluir el papel de la voluntad, atribuye, en última instancia, un sentido objetivo a la declaración»⁸⁵⁶, y de inmediato se refiere al artículo 1278 PMCC, regla de interpretación contractual de un tenor muy cercano al del artículo 5:101 PECL, lo que puede comprobarse de inmediato.

Artículo 1278 PMCC: «Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras.

Si uno de los contratantes hubiere entendido el contrato o alguna de sus partes en un determinado sentido que el otro, en el momento de su conclusión, no podía ignorar, el contrato se entenderá en el sentido que le dio aquél.

Cuando el contrato no puede interpretarse de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, se le dará el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias» (para el art. 5:101 PECL, *supra* [26]).

⁸⁵² Para MORALES MORENO, «[i]ndudablemente la anulabilidad es más conveniente [...] [AAMN (2015) p. 736]; BOSCH CAPDEVILA señala que «la PMCC se aparta [...] de la jurisprudencia mayoritaria al respecto» [(2012) p. 476].

⁸⁵³ MORALES MORENO, AAMN (2015) p. 73.

⁸⁵⁴ MORALES MORENO, AAMN (2015) p. 737.

⁸⁵⁵ MORALES MORENO, AAMN (2015) p. 737.

⁸⁵⁶ MORALES MORENO, AAMN (2015) p. 737.

[245] Apuntada la relación entre sistema de interpretación contractual/error en la declaración, Morales Moreno desarrolla el engranaje de los artículos 1278 y 1298 PMCC.

Para la *primera regla* del artículo 1278 PMCC, indica que, si de la interpretación contractual resulta que hay «voluntad o intención común de los contratantes, surge el contrato conforme a ella, y no hay razón para impugnar el contrato» (*falsa demonstratio non nocet*); no hay error en la declaración⁸⁵⁷. Para la *segunda regla del artículo 1298 PMCC*—«uno de los contratantes conoce o no puede ignorar que el otro contratante entiende el contrato en un sentido particular, distinto del que procede atribuirle, y no obstante guarda silencio»—considera que «[s]u silencio le obliga a tener que aceptar que el contrato sea interpretado conforme al sentido que le ha dado el otro contratante (en error)», y se «soluciona el problema del error»⁸⁵⁸. Y para la *tercera regla* del artículo 1298 PMCC, apunta que «lo que se anula, por error, es un contrato nacido, interpretado con criterios objetivos (art. 1278 III PM [PMCC]), en el que su contenido no coincide con la voluntad de algunas de sus partes»⁸⁵⁹.

Ahora bien, no todos los criterios del artículo 1298, 1 a 4, PMCC «son aplicables al error en la declaración. [...] Por ejemplo, el *conocimiento del error* del otro contratante (art. 1298, 1, 2.º PM [PMCC]) tiene su propio régimen como regla de interpretación (art. 1278 II PM [PMCC]). Otros tampoco, porque su supuesto es *difícil de trasladar* al error en la declaración. Tal es el caso del error común (art. 1298, 1, 3.º PM [PMCC]) [...]. ¿Qué queda, pues, de la regulación del error vicio que sea aplicable al error en la declaración?! *La anulabilidad sólo será posible en algún caso que sea imputable el error al otro contratante, no incluidos en la regla de interpretación del art. 1278. II PM [PMCC]*» (solo la última cursiva, mía)⁸⁶⁰. Según Morales Moreno, siendo el error esencial,⁸⁶¹ si hubo «*provocación no intencionada* del error en la declaración procederá la anulabilidad del contrato por error en la declaración (art. 1298,5 en relación el 1295, 1, 1.º PM [*sic*; 1298.1.1.º PMCC])» y ello «[s]in perjuicio de que una norma especial pueda ofrecer al contratante otro sistema de

⁸⁵⁷ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 738; recuerda el caso de error en el billete de lotería de la *STS 23.05.1935*, que el Tribunal Supremo consideró disenso, y De Castro lo solucionaba con la regla de *falsa demonstratio non nocet* (*op. cit.*, p. 737; v. *supra* [223] [A] y nota 784).

⁸⁵⁸ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 739.

⁸⁵⁹ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 739.

⁸⁶⁰ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 740.

⁸⁶¹ MORALES MORENO: «[e]s esencial el error en la declaración si el resultado de la prueba, practicada incluso por medio de presunciones, pone de manifiesto que el contratante en error no hubiera celebrado el contrato en los términos en que le viene impuesto por la interpretación objetiva del mismo (art. 1278 III PM [PMCC]); y esto le ocurriría también a una persona razonable en sus mismas circunstancias» [*AAMN* (2015) p. 740].

protección» (cursiva del original)⁸⁶². Otro supuesto en que el error en la declaración puede operar es cuando la *cognoscibilidad* del error. Morales Moreno destaca cómo en el artículo 1278.II PMCC se emplea la expresión «no podía ignorar», mientras que en el artículo 1298.1.1.º PMCC se emplean las de «hubiera debido conocer el error» y «era contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció»⁸⁶³. Si «el error del otro contratante es claro, está a la vista, es como si se hubiera conocido el error», aplicándose el artículo 1278.II PMCC y el «contenido del contrato se establece conforme a la voluntad de la parte en error. Sea o no esencial el error. *Pero será excesivo generalizar esta regla de configuración del contenido del contrato [del art. 1278.II PMCC] a los casos en los que no está a la vista el error; aunque “hubiera debido” ser conocido desplegando la diligencia exigible. En estos casos el contenido del contrato se establece conforme al sentido objetivo de la declaración (art. 1278 III PM [PMCC]). Pero es posible su impugnación, por error; si el otro contratante hubiera debido conocerlo y colaborar en su superación» (cursiva mía)⁸⁶⁴.*

2.3 Los apuntes de Clavería Gosálbez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma⁸⁶⁵

[246] Antes de exponerlos⁸⁶⁶, conviene que indique que Clavería Gosálbez defiende que con carácter general y de modo inmediato o casi (fase previa) se hagan «unas pequeñas pero importantes reformas de algunas partes» del Código civil, «preferentemente de su Libro IV [...] para modernizar y racionalizar en alguna medida nuestro Derecho común de obligaciones», y advierte que sus «sugerencias se hallan lejanas de las aportadas por la Propuesta de la Comisión General de codificación para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos [PMCC]»⁸⁶⁷.

⁸⁶² MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 741; «[p]or ejemplo: es posible que el formulario suministrado para contratar sea confuso; que las expresiones del otro contratante sean poco claras e induzcan a error; que, cometido el error por el declarante, al utilizar un medio informático, el sistema diseñado por el otro contratante, sin ánimo de fraude, no haya previsto el medio para subsanar adecuadamente ese error» (*op. cit.*, p. 741).

⁸⁶³ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 742.

⁸⁶⁴ MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 742.

⁸⁶⁵ El título de su trabajo es «Apuntes para una gran reforma. Problemas y propuestas» (2016).

⁸⁶⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ advierte que su «*modus operandi* no consistirá en la propuesta de preceptos de Derecho positivo, sino en algo previo y más modesto: partiendo de alguna que otra crítica a los preceptos vigentes, expresaré ideas acerca de cómo deberían, a mi juicio, concebirse o redactarse unas hipotéticas nuevas reglas, sugiriendo lo sustancial de su contenido» [(2016) p. 27].

⁸⁶⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 26; esa fase previa «no pasa por un nuevo Código mercantil español, ni por un nuevo Código civil íntegro para parte de España, como

[247] En lo que interesa, Clavería Gosálbez señala, que dentro de «[l]as irregularidades acaecidas en el consentimiento» se encuentran los vicios del consentimiento y las «irregularidades que no consisten en vicios, sino en divergencia entre voluntad y declaración, casi eludidas por nuestro legislador de 1889»⁸⁶⁸. Sobre estas últimas considera conveniente «regularlas someramente», diferenciando el error obstativo, la reserva mental (de discutible conceptualización), las declaraciones no serias y la simulación⁸⁶⁹. Afirma, que no es partidario de regular las «irregularidades del consentimiento» en la ineficacia y en la invalidez «como no insensatamente [*sic*] se ha propuesto en algunos borradores»⁸⁷⁰, por considerar más clara la separación sistemática entre «irregularidades del consentimiento» e ineficacia/invalidez, aunque se encuentren relacionadas⁸⁷¹. Propone regular los vicios del consentimiento en las irregularidades del consentimiento, antes de tratar «sus posibles efectos invalidantes, aunque, al hablar, por ejemplo, del error relevante, ya apuntemos la anulabilidad»⁸⁷². Además, propone una clasificación más moderna de los vicios del consentimiento, pues a su «juicio, el consentimiento debe reputarse viciado sustancialmente en dos casos: cuando falte, al menos en cierta medida, la libertad y cuando falle la información, correspondiéndose aproximadamente tales supuestos con las figuras de la intimidación (con o sin violencia) y el error (provocado o no por el otro contratante, pero perfilando bien qué conducta de éste debe ser relevante)»⁸⁷³. Entiende que ha de suprimirse el dolo vicio, «pues, o debe ser absorbido por un error bien regulado, o por una intimidación comprensiva de las insidias que parecen caracterizar al dolo vicio»⁸⁷⁴. Para el error vicio, considera conveniente que «la ley perfilara cuándo es esencial, ya recaiga sobre el objeto, los sujetos, las condiciones, los presupuestos, etc., optándose por un criterio subjetivo u objetivo (yo [Clavería Gosálbez] preferiría éste, para proteger al

muchos pretenden», pues «partiendo de una somera crítica a preceptos de nuestro Código civil [...], pretendo lanzar ideas útiles para proyectos a más largo plazo y de ámbito geográfico mucho mayor [el del Derecho privado patrimonial europeo]» (*op. cit.*, p. 26; v. también p. 42). Sobre el *Anteproyecto de Código Mercantil* de 30.05.2014, y textos anteriores relacionados con él, y críticas a los mismos, FENOY PICÓN, *ADC* (2015) [53] letras A) a E) pp. 867-871, y [112]-[164] pp. 937-1024.

⁸⁶⁸ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30.

⁸⁶⁹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30; v. p. 29.

⁸⁷⁰ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30. La PMCC regula los vicios del consentimiento en «De la nulidad y anulación de los contratos» (*supra* [231] para el error); lo mismo sucede en la PCCAPDC: los regula en «De la ineficacia de los contratos», «De la anulación de los contratos» (*infra* [257] para el error). En 2013, CLAVERÍA GOSÁLBEZ apuntó, para la PMCC, «[t]ampoco me parece desacertado colocar el régimen de los vicios de la voluntad dentro del régimen de la invalidez» [(2013) p. 359].

⁸⁷¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30.

⁸⁷² CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30.

⁸⁷³ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30; con anterioridad (2013) p. 359.

⁸⁷⁴ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30; con anterioridad (2013) p. 359.

otro contratante)», siendo «deseable que la ley exigiera, para conferir trascendencia a la respetabilidad de la conducta de cada una de las partes y observar conjunta y proporcionadamente los principios de la voluntad, la autorresponsabilidad y la protección de la confianza, que el texto legal dijese que, para provocar la anulabilidad, el error, de hecho o de derecho» ha de ser «esencial y excusable, aunque también pudiera generar invalidez el error esencial no excusable que fuera reconocible por la otra parte, parte que, obviamente, respondería más o menos intensamente de los daños si hubiera reticencia o si hubiera provocado el error», de modo que la ley dispondría «clara y sintéticamente lo que parece ser hoy jurisprudencia y doctrina razonablemente dominantes»⁸⁷⁵. Para la ausencia total de consentimiento, el autor es partidario de aplicar la nulidad, y no la anulabilidad⁸⁷⁶.

III. LA PCCAPDC

1. CÓMO SURGIÓ EL PROYECTO DE CREARLA, SU PLANIFICACIÓN Y ESTADO

[248] En su «Presentación de los Libros Quinto y Sexto de la Propuesta de Código Civil», la Junta Directiva de la *Asociación de Profesores de Derecho civil* (APDC) recuerda que se «acordó, a raíz de la celebración en Valladolid de su penúltima Asamblea, en abril de 2014, con ocasión de las Jornadas de Estudio que periódicamente organiza [la APDC], acometer como proyecto, de cara a la celebración de las siguientes Jornadas de España, la elaboración de una Propuesta de Código civil»⁸⁷⁷. La PCCAPDC se terminaría «en el plazo

⁸⁷⁵ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 31.

⁸⁷⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 31; para sus propuestas sobre la ineficacia del contrato y en lo que interesa, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁸⁷⁷ R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 9; y «[...] se dio cuenta al Ministerio de Justicia mediante carta dirigida al Señor Ministro, de la que se envió copia a las instituciones del Estado relacionadas con el Derecho y la Justicia, así como, ulteriormente, mediante reunión celebrada con la Señora Subsecretaria y el Señor Secretario General Técnico de Justicia» (*op. cit.*, p. 9). El «acuerdo [de la Asamblea de la APDC] se basaba en la valoración de que ha llegado el momento de proceder a la sustitución de nuestro Código Civil de finales del siglo XIX, por un nuevo Código Civil del siglo XXI. Dicho acuerdo supone considerar que la Asociación tiene legitimación y capacidad para acometer y llevar a cabo semejante proyecto. Hay que tener en cuenta que la Asociación está integrada por más de trescientos profesores de Derecho civil de las universidades públicas de nuestro país, catedráticos, profesores titulares y doctores contratados de la disciplina. Cabe pues afirmar que en la Asociación se encuentra representada, tanto cuantitativa como cualitativamente, la doctrina académica de nuestro país en materia de Derecho civil» [R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), *ADC* (2016) p. 1427].

de tres años, correspondientes a las dos siguientes Jornadas de Estudio de la Asociación, a celebrar en otoño de 2015 y en primavera de 2017 respectivamente, especificando que se abordaría en primer lugar el Libro Quinto, dedicado a las obligaciones y a los contratos, mientras que el Título Preliminar y los demás Libros deberían quedar ultimados en las Jornadas de Estudio de 2017. Posteriormente se añadió a la primera fase del proyecto la realización del Libro Sexto, dedicado a la prescripción y caducidad»⁸⁷⁸.

[249] En su día se determinaron las características de la PCCAPDC –que en breve reproduzo–, se diseñó la agenda de trabajo, se promovió la constitución de grupos de trabajo para la redacción de la PCCAPDC, y se aprobaron unas directrices para la estructura y forma de las distintas ponencias de los grupos de trabajo⁸⁷⁹.

«En la caracterización del proyecto [PCCAPDC] se preveía que:

- la Propuesta de Código Civil no afectaría al desarrollo de la legislación civil autonómica derivada del artículo 149.1.8.^a de la Constitución y de los Estatutos de las Comunidades Autónomas con propio Derecho civil,
- la Propuesta de Código Civil no tendría pretensiones de cambio en lo sustancial, limitándose a recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en la regulación de todas las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiese un amplio consenso,
- se aprovecharían en todo lo conveniente cualesquiera materiales que pudiesen resultar útiles, en especial la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (PMCC, publicada en 2009), la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (PCM, publicada en 2013), así como el Anteproyecto de ley derivado de aquella⁸⁸⁰, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference* – DCFR), y el Proyecto Gandolfi o de Pavía sobre un Código Europeo de Contratos⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10; «[d]esde un principio se tuvo el propósito de llevar a cabo la obra con rapidez, de manera que la misma pudiera ultimarse en un breve periodo de tiempo. Y así ha sido. [...]» [R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) ADC (2016) p. 1428].

⁸⁷⁹ R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 9.

⁸⁸⁰ V. *supra* notas 788 y 867.

⁸⁸¹ Sobre la trayectoria del (Proyecto de) Código Europeo de Contratos y el Grupo de Pavía y trabajos publicados, GARCÍA CANTERO (2016) pp. 467-475; en las

– y que la Propuesta de Código Civil constaría de Título Preliminar y seis Libros, dedicados, respectivamente y por este orden, a persona (incluyendo personas jurídicas –asociaciones y fundaciones– y representación), a familia (incluyendo parentesco y régimen económico matrimonial), a bienes, propiedad y derechos reales (incluyendo garantías reales, censos y derecho de superficie), a modos de adquirir (incluyendo usucapión y *traditio*), a obligaciones y contratos, a prescripción y caducidad» (cursiva del original)⁸⁸².

[250] *En julio de 2015*, la Junta Directiva de la APDC difundió entre sus miembros un *primer borrador* de los Libros V y VI de la PCCAPDC «para su estudio y presentación de enmiendas»⁸⁸³. *En septiembre de 2015*, aquélla difundió, también entre sus miembros, un *segundo borrador* «fruto del estudio del primero y de las enmiendas presentadas al mismo»⁸⁸⁴. Este *segundo* borrador se debatió en las Jornadas de Estudio de la APDC celebradas en la Universidad de Castilla-La Mancha (campus de Cuenca) los días

pp. 467-468, *op. cit.*, compara los PECL con el Proyecto de Pavía y considera que entre sus «diferencias más acusadas» se encuentran que Lando «–un profesor danés de Derecho Mercantil– dio a su proyecto una *impronta anglosajona*» inspirada en el *Common Law*, constatable «con su lectura, su estructura y el idioma oficial en que ha sido pensado y discutido», y Giuseppe Gandolfi, «romanista, civilista y comparatista», sin prescindir de las aportaciones del *Common Law*, estas no dominan «mayoritariamente en la redacción final» del Proyecto; no obstante, «quizá lo más importante» es que «el Proyecto de Pavía está pensado con terminología y categorías mentales latinas y germánicas, y los idiomas más usados en los foros científicos en su redacción han sido el francés y el italiano, sin excluir los restantes habituales (inglés, alemán, español y portugués)»; además, es «notable la diferencia del *método de trabajo* utilizado por ambos grupos»; Lando «utiliza siempre el sistema de Comisiones y Subcomisiones, de modo que existen miembros del grupo que sólo han intervenido en una parte muy concreta del Proyecto» y en el Grupo de Pavía «todos han –hemos– intervenido, o podido intervenir en la elaboración de la integridad del mismo»; «[l]a idea de *Código* en la que se inspira GANDOLFI es clásica, es decir, la que inspiró el gran movimiento codificador del siglo XIX, y la que, dos siglos más tarde, está prevaleciendo en el mundo europeo continental después de la caída del Muro de Berlín, [...] [al]jeno, por supuesto, al método norteamericano del *Restatement of Laws*, o a la de los variados ejemplos de códigos vigentes en algunos estados norteamericanos»; (mayúsculas y cursivas del original). V. DÍAZ ALABART, *supra* nota 26.

⁸⁸² R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) pp. 9-10; «[e]n la redacción de la Propuesta [PCCAPDC] ha predominado un criterio conservador, sin perjuicio de introducir aquellas modificaciones, tanto de forma como de fondo, que puedan recibir un consenso generalizado. No se aspira a un Código Civil de cambio sino a un Código Civil de actualización y consolidación, además de respetuoso con las competencias legislativas derivadas de nuestra Constitución en materia de Derecho civil. De ahí la conservación del Título Preliminar, así como la estructura básica del vigente Código Civil, aunque sin renunciar a una mejor ordenación de algunas materias, y procurando la integración en el Código de otras que en su momento quedaron excluidas del mismo por diversas razones no debidamente justificables en la actualidad» [R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), *ADC* (2016) p. 1429].

⁸⁸³ R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10.

⁸⁸⁴ R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10.

15 y 16 de octubre del 2015⁸⁸⁵. En mayo de 2016, la Junta Directiva de la APDC presenta la *tercera versión* de los Libros V y VI de la PCCAPDC (versión consolidada) con las modificaciones resultado del debate habido en las Jornadas de Estudio celebradas en Cuenca, para someterlo a consulta pública⁸⁸⁶.

Y «[r]ecientemente, a finales del mes de octubre y comienzos de ese mes de noviembre de 2016, se ha ultimado una redacción, primer borrador, del Título Preliminar y de los Libros I a IV, que también se ha difundido a través de la página web de la Asociación, accesible en abierto a cualquier persona interesada. Está prevista la difusión de un segundo borrador a finales del mes de diciembre o comienzos del mes de enero, y un tercer borrador para marzo de 2017, que se difundirá por el mismo cauce que los anteriores, esto es, a través de la página web de la Asociación. Ese tercer borrador será objeto de debate en unas Jornadas que están programadas para celebrarse del 18 al 20 de mayo de 2017 en el Campus de Aranjuez de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Lo que permite programar la redacción de un texto consolidado completo de toda la Propuesta de Código, de la que también se editarán ejemplares en papel, para octubre de 2017» (cursiva mía; Jornadas XIX de la APDC)⁸⁸⁷.

2. UNA VISIÓN GENERAL Y BÁSICA DEL LIBRO V DE LA PCCAPDC, Y DE SUS TÍTULOS I Y II, SEGÚN LA EM DE LA PCCAPDC

[251] Dicho Libro V se titula «De las Obligaciones y Contratos»⁸⁸⁸. En su regulación, «[p]artiendo de que la división entre

⁸⁸⁵ R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10. Son las Jornadas XVIII de la APDC.

⁸⁸⁶ R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10; «una edición en soporte papel [...] se hace llegar además al Ministerio de Justicia y a las Instituciones del Estado relacionadas con el Derecho y la Justicia» (*op. cit.*, p. 11); y v. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), *ADC* (2016) p. 1428.

⁸⁸⁷ R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), *ADC* (2016) p. 1428, y para una explicación general del Título Preliminar (pp. 1429-1430) y de los Libros I (pp. 1430-1431), II (pp. 1431-1432), III (pp. 1432-1433), IV (pp. 1433-1434), V (pp. 1434-1436; sin perjuicio de lo que indico en [251] ss.) y VI (pp. 1436-1437) de la PCCAPDC.

⁸⁸⁸ a) *Estructura del Libro V de la PCCAPDC*: «El Libro Quinto, *De las obligaciones y contratos*, está dividido en diecinueve Títulos. El Título I se ocupa de las obligaciones en general, el Título II de los contratos en general, y los Títulos III a XVII de los contratos en particular por este orden: compraventa (Título III), compraventas especiales (Título IV), permuta (Título V), arrendamiento de cosas (Título VI), comodato (Títu-

obligaciones y contratos civiles y obligaciones y contratos mercantiles es fuente permanente de confusión, y de que dicha distinción carece en lo principal de justificación en la actualidad, por no dar lugar a regulaciones sustancialmente diferentes, se opta por una regulación unitaria tanto de las obligaciones como de los contratos en aras de la sencillez y de la claridad, es decir, en aras de la seguridad jurídica»⁸⁸⁹. No obstante lo anterior, en la PCCAPDC no se han incorporado los contratos que cuentan con una previa regulación unitaria en leyes especiales (arrendamientos urbanos, seguro, contratos publicitarios, transporte)⁸⁹⁰. La PCCAPDC incluye, además, los contratos con consumidores⁸⁹¹, salvo los que por su «regulación por el Derecho de la Unión Europea resulta excesivamente reglamentista y cambiante para su codificación»⁸⁹². La inclusión de los contratos con consumidores en la PCCAPDC hace que no sea «necesario optar por una hipotética naturaleza civil o mercantil de los contratos mixtos»⁸⁹³. El Libro V de la PCCAPDC incluye también la responsabilidad extracontractual, pretendiéndose, asimismo, la regulación unitaria, y se han introducido algunas de las leyes especiales en la materia⁸⁹⁴. *En suma*, «el Libro V [de la PCCAPDC] pretende abarcar todas las relaciones jurídico privadas en la regulación de sus respectivas materias, incluida la responsabilidad extracontractual»⁸⁹⁵.

lo VII), contratos de servicios (Título VIII), contrato de mandato (Título IX), contratos de distribución (Título X), sociedad (Título XI), contratos de financiación (Título XII), arrendamiento financiero (Título XIII), depósito (Título XIV), contratos aleatorios (Título XV), transacción (Título XVI) y fianza (Título XVII). El Título XVIII se ocupa de las obligaciones derivadas de actos lícitos no contractuales, los que nuestro Código Civil denomina cuasi contratos. Finalmente, el Título XIX regula la responsabilidad civil extracontractual» [Introducción, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC; ADPC (2016) p. 43].

b) En la *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC se advierte: «Como ya se ha indicado, desaparecen de este Libro [V], dedicado a las obligaciones y a los contratos, la regulación de la *traditio*, del régimen económico matrimonial, de las garantías reales, de los censos, y de la usucapión y la prescripción, materias que pasan a ser tratadas en los Libros dedicados a la familia (Libro II), a los bienes, la propiedad y los derechos reales (Libro III), a los modos de adquirir (Libro IV), y a la prescripción y caducidad (Libro VI) respectivamente» (*op. cit.*, p. 43).

⁸⁸⁹ *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 43; «Así, desaparece la distinción entre compraventa civil y compraventa mercantil, entre mandato y comisión, entre arrendamientos o contratos de servicios civiles y mercantiles; se regulan contratos que se celebran necesariamente entre empresarios o profesionales, como son los contratos de distribución y el arrendamiento financiero» (*op. cit.*, pp. 43-44).

⁸⁹⁰ *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 44.

⁸⁹¹ Sobre las dificultades de incorporar los contratos con consumidores en la PCCAPDC y las decisiones tomadas al respecto, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2016) pp. 22-24.

⁸⁹² *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 44.

⁸⁹³ *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 44.

⁸⁹⁴ *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 44. V. también el núm. V-XIX de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁹⁵ APDC (2016) pp. 43-44; v. las DD del Libro V de la PCCADC (*op. cit.*, pp. 332-333); v. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), ADC (2016) pp. 1435-1436.

[252] Trasladándome a los Títulos I –«De las obligaciones en general»–⁸⁹⁶ y II –«De los contratos en general»–⁸⁹⁷ del Libro V de la PCCAPDC⁸⁹⁸, en el núm. V-I y II de la EM de los Libros V/

⁸⁹⁶ a) «TÍTULO I/ *Coordinadores del grupo*: Joaquín Ataz López e Isabel González Pacanowska./ *Componentes del grupo*: Carmen Leonor García Pérez, María Belén Andréu Martínez, María del Carmen Plana Arnaldos y Gabriel Macanás Vicente./ *Capítulo VIII*: Mario Clemente Meoro y Rafael Verdura./ *Capítulo IX, Secciones 1.ª y 6.ª*: Encarna Cordero Lobato) [cursiva del original; APDC (2016) p. 7].

b) *Estructura del Título I del Libro V de la PCCAPDC*: Capítulo I «Disposiciones generales»; Capítulo II «De algunas clases de obligaciones» (Sección 1.ª «De las obligaciones de dar»; Sección 2.ª «De las obligaciones genéricas»; Sección 3.ª «De las obligaciones pecuniarias»; Sección 4.ª «De las obligaciones alternativas»; Sección 5.ª «De las obligaciones condicionales»; Sección 6.ª «De las obligaciones a plazo»); Capítulo III «De las obligaciones con pluralidad de sujetos» (Sección 1.ª «Disposiciones generales»; Sección 2.ª «De las obligaciones mancomunadas y colectivas»; Sección 3.ª «De la solidaridad de deudores»; Sección 4.ª «De la solidaridad de acreedores»); Capítulo IV «De la transmisión de las obligaciones» (Sección 1.ª «De la cesión de créditos»; Sección 2.ª «Del cambio de deudor»; Sección 3.ª «De la cesión de la posición contractual»); Capítulo V «Del cumplimiento de las obligaciones» (Sección 1.ª «Disposiciones generales»; Sección 2.ª «De los sujetos del pago»; Sección 3.ª «Del pago de deudas pecuniarias»; Sección 4.ª «Del lugar, gastos y prueba del pago»; Sección 5.ª «De la imputación del pago»; Sección 6.ª «De la dación en pago y del pago por cesión de bienes»; Sección 7.ª «Del ofrecimiento de pago y de la consignación»); Capítulo VI «De la compensación»; Capítulo VII «De la extinción de las obligaciones por causas distintas del pago»; Capítulo VIII «Del incumplimiento de la obligación» (Sección 1.ª «Disposiciones generales»; Sección 2.ª «De la pretensión de cumplimiento»; Sección 3.ª «De la reducción del precio»; Sección 4.ª «De la suspensión y la resolución por incumplimiento»; Sección 5.ª «De la indemnización por daños»); Capítulo IX «De la protección y garantía del crédito» (Sección 1.ª «De la responsabilidad patrimonial»; Sección 2.ª «De la protección e integración del patrimonio del deudor»; Sección 3.ª «De la cláusula penal»; Sección 4.ª «De las arras»; Sección 5.ª «Del derecho de retención»; Sección 6.ª «De la concurrencia y prelación de créditos» [Subsección 1.ª «Disposiciones generales»; Subsección 2.ª «De la clasificación de los créditos»; Subsección 3.ª «De la prelación de créditos»]); Capítulo X «De los documentos públicos y privados».

⁸⁹⁷ a) «TÍTULO II/ *Coordinadores del grupo*: Joaquín Ataz López e Isabel González Pacanowska./ *Componentes del grupo*: María Belén Andréu Martínez, Carmen Leonor García Pérez, Gabriel Macanás Vicente y María del Carmen Plana Arnaldos./ *Capítulo II (salvo la sección 2.ª)*: Juana Marco Molina) [cursiva del original; APDC (2016) p. 7].

b) *Estructura del Título II del Libro V de la PCCAPDC*: Capítulo I «Disposiciones generales»; Capítulo II «De la formación del contrato» (Sección 1.ª «De los tratos preliminares»; Sección 2.ª «De los precontratos»; Sección 3.ª «De la formación del contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación»; Sección 4.ª «De los otros procedimientos de formación del contrato»); Capítulo III «De la forma de los contratos»; Capítulo IV «De la interpretación de los contratos»; Capítulo V «Del contenido del contrato» (Sección 1.ª «Del contenido del contrato»; Sección 2.ª «De las condiciones generales de los contratos»); Capítulo VI «De los efectos del contrato» (Sección 1.ª «De la eficacia vinculante del contrato»; Sección 2.ª «De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato»; Sección 3.ª «De los efectos del contrato frente a terceros»); Capítulo VII «De la ineficacia de los contratos» (Sección 1.ª «De la nulidad de los contratos»; Sección 2.ª «De la anulación de los contratos» [Subsección 1.ª «De los vicios del consentimiento contractual»; Subsección 2.ª «De la falta de capacidad de obrar»]; Subsección 3.ª «De los efectos comunes a la nulidad y a la anulación»; Sección 4.ª «De la rescisión por lesión»); Capítulo VIII «De los contratos con consumidores».

⁸⁹⁸ Núm V-I y II de la EM de los Libros V/VI de la PCCAPDC: «*La distribución de materias entre el Título de obligaciones y el Título de contratos* [cursiva, negrita en el original]/La delimitación entre lo que es *teoría general de la obligación* y lo que es *teoría general del contrato* resulta extraordinariamente difícil. Ello tiene que ver con el hecho de que el contrato es la principal fuente de las obligaciones, y hay ciertos tipos de obligaciones que sólo pueden –o suelen– nacer de los contratos; pero también con el hecho de que la elaboración doctrinal de la teoría de la obligación se hizo a partir del estudio de las obligaciones

VI PCCAPDC se resalta, que «[e]n el siglo XIX la distinción entre contratación general y contratación mercantil tenía sentido, pero, [...] esa distinción [la] ha perdido», además de que la división Derecho civil/mercantil «no se da en todos los países europeos», ni la recogen «los modelos europeos [...] de *soft law*», y «parece evidente [...] que hoy día en la contratación general hay que incluir, junto a la contratación entre particulares, la contratación profesional y la contratación mixta»⁸⁹⁹. Por lo anterior, ha de ampliarse «la perspectiva de la codificación civil decimonónica» en la «regulación general de las obligaciones y contratos», «[p]ero una cosa es ampliar la perspectiva y otra distinta invertirla. Nuestro Código Civil, para merecer el nombre de *Civil*, tiene que servir para la contratación entre particulares tanto como para la contratación entre y con profesionales. De modo que la profesionalización de la contratación no debe llevar a establecer una regulación que sea inadecuada para la contratación entre particulares. La norma debe tomar en consideración *todos los casos en los que podría ser aplicable* y establecer en cada caso la regla más razonable. A veces incluso serán precisas dos reglas, pero lo que no debe hacerse es establecer,

nacidas de contrato./ Para la toma de decisión de determinar qué hay que incluir en el Título de la obligación y qué en el Título de los contratos la tradición no ayuda demasiado como criterio; tampoco la doctrina, pues hay autores que incluyen en la teoría del contrato ciertas figuras que otros estudian dentro de la teoría de la obligación. Se ha optado por incluir en las obligaciones todo lo que tenga que ver con la obligación propiamente dicha (es decir, con el crédito o con la deuda), con independencia de la fuente de la que ésta haya nacido, mientras que todo lo que vaya referido principalmente al negocio del que surge la obligación se ha incluido en el Título de los contratos. No obstante, se ha huido de rigideces en la aplicación de este criterio, de modo que en ocasiones han prevalecido otras razones, y hay materias cuya regulación se incluye entre las obligaciones y que, igualmente, habrían podido incorporarse en el Título de los contratos./ Un ejemplo de lo que se indica puede ser el caso de la cesión de la posición contractual. El propio nombre de la figura apunta a que tal vez su regulación debería incluirse en los contratos, ya que en ella se cede no un crédito o una deuda, sino toda una *posición contractual*. Sin embargo, dado el parecido de esta figura con las de cambio de acreedor y de cambio de deudor, se ha preferido regularlas conjuntamente dentro del Capítulo dedicado a *la transmisión de las obligaciones*, lo cual, a su vez, simplifica también la estructura del Título de los contratos./ El resultado final de la distribución de materias entre ambos Títulos se aproxima bastante a la hecha por la PMCC, aunque no es totalmente idéntica. Acaso la discrepancia más importante entre ambas Propuestas esté en el hecho de que los problemas relativos a la alteración sobrevenida de las circunstancias, que en la PMCC se trata entre las obligaciones, en esta Propuesta se han llevado al Título de los contratos» [cur-siva del original; APDC (2016) pp. 47-48].

⁸⁹⁹ Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 46; que la contratación general incluye la de con consumidores, es idea reiterada en el núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC para la solidaridad pasiva y el artículo 513-2.b): «[...] llevaría a pensar que la contratación entre consumidores y empresarios no es sino una excepción al régimen general. *Por el contrario, la idea que se ha incorporado a la Propuesta es la de que las reglas generales incluyen, cuando es oportuno, este ámbito de la contratación* [el de los consumidores]. No se trata, por ejemplo, de que la regla sea la de que se presume la solidaridad en caso de pluralidad de sujetos, pero que hay una excepción para el caso de contratos de consumo. Se trata más bien de que la regla general incluye la presunción de solidaridad y la de mancomunidad, según los casos (artículo 513-2.b)» [cur-siva mía; APDC (2016) pp. 51-52].

como única regla, la que solo está pensando en la contratación profesionalizada» (cursiva del original)⁹⁰⁰.

[253] Para redactar los Títulos I y II del Libro V de la PCCAPDC, se han tenido en cuenta «los mismos textos de referencia»; en concreto, «los textos legislativos europeos pertenecientes a los países que se corresponden con nuestra tradición jurídica, así como algunas propuestas de reforma surgidas recientemente en dichos países, en particular la ya aprobada en Francia», y también los modelos de «*soft law* en materia de obligaciones y contratos», en particular los PECL y el DCFR y «en bastante menor medida, el Proyecto elaborado por el Grupo de Pavía»; «por supuesto» se ha tenido presente a la PMCC, el texto «más importante como referencia, y ello por razones obvias: se trata de una Propuesta elaborada por juristas de reconocido y merecido prestigio, que ha sido hecha teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia españolas, así como la mayor parte del resto de los textos de referencia. Seguir la PMCC no significa que la Propuesta de Código Civil que ahora se presenta sea idéntica, pero sí que es muy parecida: podría considerarse como una *reelaboración* de la misma, y, si bien existen diferencias entre ambas, éstas son en su mayor parte de sistemática» (cursiva del original)⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) pp. 46-47; en dicho número de la EM se indica que un ejemplo de lo que se quiere señalar es la *mora debitoris*, no contemplada en la regulación del incumplimiento de la PMCC, aunque la PMCC la mencione en la solidaridad; y frente al diseño de la PMCC, «tal vez [...] admisible en una contratación profesionalizada, lo cierto es que el requisito de la interpelación en la contratación entre particulares es un buen mecanismo para determinar cuándo el retraso es jurídicamente relevante. Porque, si llegado el día del pago el deudor no cumple y el acreedor no se queja, es hasta cierto punto *natural* que el deudor no se dé prisa en cumplir si de las circunstancias no es fácil deducir que para el acreedor es urgente cobrar, o que el retraso le puede perjudicar./ De modo que se ha decidido *rescatar* la figura de la mora, pero no en sede de incumplimiento, sino a propósito del tiempo del pago, lo cual ofrece además la ventaja de que permite ubicar simultáneamente la mora del deudor y la del acreedor. Figura esta última que en la PMCC también ha desaparecido» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 47). El artículo 515-7 PCCAPDC regula la mora del deudor, y el artículo 515-8 PCCAPDC, la mora del acreedor; el artículo 5121-9 PCCAPDC, para el contrato de préstamo de dinero y el retraso del prestatario en el cumplimiento de su obligación, prevé la mora automática [v. núm. V-XII de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC; APDC (2016) p. 71].

⁹⁰¹ Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 45; ese núm. V-I y II continúa advirtiendo, que, de conformidad con una sistemática moderna, hay materias que, *frente al Código civil* que las incluye en su regulación de las obligaciones y contratos y que encontrarían mejor acomodo en otros lugares del Código civil, y *frente a la PMCC*, que sí incluye esas materias en su regulación de las obligaciones y contratos, siendo lógico pues la PMCC se concibió como una modificación parcial del Código civil y quiere asegurarse de que no haya materias sin regular, *la PCCAPDC* puede actuar con más libertad y coherencia sistemática al sustituir completamente el Código civil y no tener esa necesidad de incluir ciertas materias para evitar que queden huérfanas de regulación; por lo anterior, en la regulación de los contratos de la *PCCAPDC* no hay ninguna norma sobre la capacidad necesaria para contratar, materia que corresponde al Libro I («De las personas») PCCAPDC, ni sobre la representación en los contratos (*op. cit.*, pp. 45-46). Ahora bien, en el núm. V-IX de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, dedicado al mandato, se informa que, al haberse elaborado el Libro V de la PCCAPDC *antes* que su Libro I, ello obliga a introducir en

[254] Por último, una característica de los Títulos I y II del Libro V de la PCCAPDC es, que incluyen «muy pocos preceptos definitorios. Sólo están los que han parecido realmente necesarios»⁹⁰². Tal proceder se debe a que, si bien «las teorías generales de las obligaciones y de los contratos se prestan a estos preceptos escolásticos [preceptos teóricos, definitorios], que se limitan acaso a reflejar nociones doctrinales [...] [los mismos] no parecen pensados para ordenar la realidad», y siendo su valor «eminente doctrinal, su lugar no debe ser un texto legal; pues en estos las únicas definiciones que tienen plenamente sentido son las que pretenden delimitar el ámbito de aplicación de las normas»⁹⁰³.

3. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL EN LA PCCAPDC⁹⁰⁴

[255] Antes de centrarme en la imposibilidad inicial, son convenientes las siguientes consideraciones previas. Ubicado en el Capítulo I «Disposiciones generales» del Título II del Libro V de la PCCAPDC, el artículo 521-1 dispone: «*Concepto de contrato* [cursiva y negrita en el original]/ Por el contrato dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecen reglas para las mismas»⁹⁰⁵. Una característica de la regulación *general* del contrato del Título II de la PCCAPDC es que, a diferencia del Código civil, aquella no contiene un artículo que enumere los requisitos de validez (existencia) del contrato⁹⁰⁶. Eso lo destaca el núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC: «[q]uizá lo más llamativo de la sistemática que [del Título II del Libro V PCCAPDC] se propone sea la inexistencia de un Capítulo destinado a regular los *elementos esenciales* del contrato, a diferencia de nuestro Código Civil, que dedica a tales requisitos esenciales el Capítulo II del Título II del Libro IV, encabezado por el artículo 1261 que los

el Libro V PCCAPDC «una regulación general del efecto representativo del mandato y sus modalidades (representación directa y representación indirecta), a las que ahora se une una regulación específica de la representación aparente», y que, una vez hecho el Libro I, esa parte de la representación del Libro V puede integrarse en ese Libro I (*op. cit.*, p. 65).

⁹⁰² Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 46.

⁹⁰³ Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 46.

⁹⁰⁴ *Supra* nota 897 para los coordinadores del Grupo del Título II del Libro V PCCAPDC.

⁹⁰⁵ Artículo 1236 PMCC: «Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para las mismas».

⁹⁰⁶ Del mismo modo se procedió en la PMCC; una visión sintética y comparada entre la regulación de los requisitos del contrato del Código civil –en el cuerpo del texto del trabajo– y la regulación paralela en la PMCC –en las notas a pie de página–, FENOY PICÓN (2013) pp. 403-408.

enumera» (cursiva del original)⁹⁰⁷. Pues, los «elementos [esenciales del contrato] [...] se desprenden de la propia noción de contrato, cuya elaboración parece más una tarea de la doctrina que del texto legal», careciendo «ya de sentido una norma que subordine la existencia del contrato a la concurrencia de estos requisitos. Sin perjuicio, naturalmente, de las consecuencias que haya de desencadenar la inexistencia o ilicitud de los mismos»⁹⁰⁸. *Y en ese Título II del Libro V de la PCCAPDC no se recogen preceptos similares a los artículos 1271 y 1272 CC.* Según el artículo 521-2 PCCAPDC, «*Libertad contractual* [negrita y cursiva en el original]/ [...] 2. Las partes pueden determinar el contenido del contrato del modo que tengan por conveniente, estableciendo las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no contravengan las leyes, la moral, la buena fe, ni el orden público»⁹⁰⁹. Del contenido del contrato se ocupan los artículos 525-1 a 525-4 PCCAPDC (Sección 1.ª, del Capítulo V, del Título II, del Libro V de la PCCAPDC)⁹¹⁰, y según el núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, ese «Capítulo V [“Del contenido del contrato”] engloba los preceptos que determinan qué es lo que está *dentro* del contenido contractual mediante las normas de integración, así como las que concretan el ámbito y los límites en supuestos de indeterminación relativa de algunos aspectos» (cursiva del original)⁹¹¹.

En el mentado núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC se hace, *además*, particular referencia a la causa del contrato: «La causa es una noción ardua y difícil. La interpretación de los preceptos del Código civil es discutida y discutible. La

⁹⁰⁷ Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 49; no obstante, el Capítulo III del Título II del Libro V PCCAPDC trata «De la forma de los contratos» (esa es su rúbrica), artículos 523-1 a 523-6; artículo 523-1 PCCAPDC: «*Libertad de forma* [negrita y cursiva en el original]/ 1. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma utilizada, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que consten de una cierta forma o cualquier otro requisito adicional./ 2. El consentimiento puede ser expreso o resultar de actos concluyentes» (art. 1239 PMCC: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional./ La manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes»); artículo 523-2 PCCAPDC: «*Forma esencial* [negrita y cursiva en el original]/ Los requisitos formales establecidos por ley solo se consideran esenciales cuando la ley hace depender la validez del contrato de su concurrencia» (art. 1240.I PMCC: «Habrán de constar para su validez en documento público los contratos para los que la ley así lo disponga expresamente»).

⁹⁰⁸ Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) pp. 49-50.

⁹⁰⁹ Artículo 1237 PMCC: «Las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público./ Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes».

⁹¹⁰ Artículos 525-1 («*Obligaciones expresas e implícitas*»), 525-2 («*Simulación*»), 525-3 («*Declaraciones de las que derivan obligaciones contractuales*»), 524-4 («*Determinación del precio o de otras circunstancias*») (la cursiva, cursiva y negrita en el original).

⁹¹¹ ADPC (2016) p. 50.

PMCC decide mantener varias referencias a la noción de causa, a pesar de que, al igual que en nuestra Propuesta, se ha optado por no enumerar ni definir los requisitos esenciales del contrato. La exposición de motivos de la PMCC [núm. VII] afirma que “*aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener*”. No obstante, el artículo 1238 de la PMCC declara la nulidad de los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral⁹¹².

Nuestra doctrina ha destacado que la noción de causa cumple distintas funciones que, acaso, pueden alcanzarse a través de otros expedientes. Es indudable que la causa constituye una noción a la que acuden con frecuencia tanto la doctrina como la jurisprudencia como base o fundamento de su argumentación.

Dos son las funciones asignadas a la causa: determinar la fuerza y la eficacia asignable a cada contrato y determinar la validez o invalidez del contrato. En el primer caso, la causa se usa con la finalidad de la calificación del contrato y equivale al conjunto de propósitos prácticos realmente perseguido por las partes⁹¹³; en el segundo, la causa se identifica con diferentes nociones: a veces significa legalidad del contrato entendido en su conjunto (causa ilícita); otras veces evoca la realidad del consentimiento (ausencia de causa o causa falsa). Pero todas estas funciones se pueden desempeñar sin conservar expresamente la noción de causa. De otro lado, también se ha tenido en cuenta que en los modelos de referencia del *soft law*, como los PECL y el DCFR no se contempla la causa. Tampoco se incluye en la reciente reforma del Código Civil francés de 2016» (cursiva del original)⁹¹⁴.

⁹¹² a) Artículo 1238 PMCC: «1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral./ Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo./ 2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario./ La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita./ 3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado./ 4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecue con la causa del contrato celebrado». V. MORALES MORENO, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Estudios* (2011) pp. 457-458, 464-474, de interés también pp. 459-460 y 462-464, y (2016) pp. 60-79, en particular desde la p. 66. V. artículo 521-3 PCCAPDC en la siguiente nota.

b) Artículo 1296 PMCC: «1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial, se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible./ 2. [...] / 3. El contrato nulo de pleno derecho no puede ser convalidado. Un contrato nulo puede producir los efectos propios de otro contrato distinto si cumple los requisitos de éste y, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, debe suponerse que éstas lo habrían querido de haber conocido la nulidad». V. artículo 527-1 PCCAPDC *infra* nota 915.

⁹¹³ Artículo 521-3 PCCAPDC: «*Régimen jurídico de los contratos* [cursiva y negrita en el original]/ 1. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de prestaciones y al fin concreto acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado./ 2. Cuando un contrato contiene elementos de diversos contratos típicos se aplican conjuntamente las disposiciones relativas a dichos contratos en aquello que se adecua con la naturaleza de aquel y con la finalidad común»

⁹¹⁴ APDC (2016) p. 51; cfr. artículo 1128 *Code v. o. infra* [274][A] y nota 966.

[256] Como acabo de adelantar en [255], el Título II del Libro V de la PCCAPDC no contiene preceptos similares a los artículos 1271 y 1272 CC. ¿*Contiene la PCCAPDC un precepto similar al artículo 1303 PMCC (supra [224] [A])?* No. Ahora bien, cuando el artículo 527-1.1 PCCAPDC se refiere a las causas de nulidad del contrato, *no se incluye la imposibilidad inicial*⁹¹⁵, por lo que no se la aplica la nulidad de pleno derecho, salvo una posible norma imperativa o prohibitiva al respecto. Puede interpretarse que el contrato podrá anularse si se reúnen los requisitos del error o dolo, vicios. Y si dentro del contenido del contrato se encuentra que el deudor asume la imposibilidad inicial (v. anterior afirmación de la EM del Libro V de la PCCAPDC en [255]), aquél responderá por incumplimiento. En la regulación de la compraventa de la PCCAPDC (arts. 531-1 ss.) no se recoge un precepto como el artículo 1450/1460 PMCC (*supra* [224] [B])⁹¹⁶.

4. EL ERROR EN LA PCCAPDC⁹¹⁷

[257] Los artículos 527-3 a 527-6 PCCAPDC regulan el error. Se ubican en la Subsección 1.^a «De los vicios del consentimiento contractual», de la Sección 2.^a «De la anulación de los contratos», del Capítulo VII «De la ineficacia de los contratos», del Título II del Libro V PCCAPDC. *Formalmente*, frente al único artículo 1298 PMCC (*supra* [231] [A]), la PCCAPDC dedica cuatro artículos al error. *Sustantivamente*, la PCCAPDC recuerda la regulación del error de la PMCC, pero mantiene diferencias con ella. En el error de la PCCAPDC se percibe la influencia de los PECL, del DCFR, y de los *Principios UNIDROIT* 2010 (*supra* [17] ss., [34] ss., [42] ss., respectivamente).

Artículo 527-3 PCCAPDC: «*Error* [negrita y cursiva en el original]

⁹¹⁵ Artículo 527-1 PCCAPDC: «*Nulidad del contrato* [cursiva y negrita del original]/ 1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, o por razón de la ilicitud del fin perseguido por las partes, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial, se declara a instancia de cualquier persona con interés legítimo. La acción declarativa de nulidad es imprescriptible./ 2. [...]»; cfr. artículo 1296 PMCC, *supra* nota 912 b).

⁹¹⁶ En la compraventa, el artículo 531-2 PCCAPDC: «*Objeto* [cursiva y negrita en el original]/ El bien objeto del contrato de compraventa puede ser:/ a) Cualquier cosa, material o inmaterial, y cualquier derecho que sean transmisibles./ b) Las cosas futuras siempre que estén suficientemente determinadas».

⁹¹⁷ *Supra* nota 897 para los coordinadores del Grupo del Título II del Libro V PCCAPDC.

1. Puede anular el contrato la parte que en el momento de su celebración padece un error de hecho o de derecho, en la voluntad declarada o en la declaración de voluntad, si el error es esencial, relevante y excusable.

2. La inexactitud en la expresión o transmisión de la declaración de voluntad se resuelve en primer lugar conforme a lo dispuesto en el Capítulo IV de este Título y solo en su defecto por la presente Sección».

Artículo 527-4 PCCAPDC: «*Esencialidad del error* [negrita y cursiva en el original]

Hay error esencial cuando es de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de no haber incurrido en el error».

Artículo 527-5 PCCAPDC: «*Relevancia del error* [negrita y cursiva en el original]

Hay error relevante si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- a) El error ha sido provocado por la información suministrada por la otra parte.
- b) La contraparte ha conocido o debido conocer el error y es contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo ha padecido.
- c) La otra parte ha incidido en el mismo error.
- d) De acuerdo con lo pactado, la contraparte debe soportar el riesgo de dicho error».

Artículo 527-6 PCCAPDC: «*Excusabilidad del error* [negrita y cursiva en el original]

No hay error excusable cuando quien lo sufre debe haber previsto o evitado el error, o cuando debe haber conocido o recabado la información que le habría impedido errar».⁹¹⁸

⁹¹⁸ En relación con el error, además:

a) Artículo 527-10 PCCAPDC: «*Vicios causados por terceros* [negrita y cursiva en el original]/ 1. También puede anular el contrato la parte que ha sufrido vicio causado por un tercero cuando:/ a) De los actos del tercero responda la contraparte./ b) El tercero inter venga de algún modo en la celebración del contrato con el acuerdo de la contraparte./ c) La contraparte conozca o deba haber tenido conocimiento del vicio causado por aquél./ 2. [...]». V. artículo 1302 PMCC, *supra*, nota 811.

b) Artículo 527-12 PCCAPDC: «*Prescripción de la anulación* [negrita y cursiva en el original]/ 1. La anulación por error o dolo prescribe a los tres años desde que se conozcan o deban conocer los hechos relevantes que motivaron el vicio./ 2. [...]». V. artículo 1304 PMCC, *supra* [9] b) [C] y notas 20 y 21.

c) Artículo 527-13 PCCAPDC: «*Ejercicio de la anulación* [negrita y cursiva en el original]/ La facultad de anulación puede ejercerse extrajudicialmente mediante comunicación recepticia a la otra parte, con expresión de las razones en que se funda, identificando el concreto vicio sufrido y sus efectos sobre el contrato». V. artículo 1305 PMCC, *supra* [9] b) [C] y nota 22.

d) Artículo 527-14 PCCAPDC: «*Adaptación del contrato* [negrita y cursiva en el original]/ 1. El contratante al que se le comunique la anulación del contrato por error puede

4.1 El artículo 527-3 PCCAPDC: *Error*

[258] Según su apartado 1, para poder anular el contrato por error «en la voluntad declarada» (error vicio), o por error «en la declaración de voluntad» (error en la declaración), cuando la celebración del contrato, el error debe ser *esencial, relevante y excusable* (requisitos acumulativos)⁹¹⁹. Esos requisitos, cuya prueba corresponde en principio al que erró (art. 217 LEC), se desarrollan en los artículos 527-4 a 527-6 PCCAPDC. La PCCAPDC regula conjuntamente el error de hecho y el de derecho (igual que la PMCC).

[259] Para solucionar la *error en la declaración o en su transmisión*, el apartado 2 del artículo 527-3 PCCAPDC ordena una específica norma: primero ha de acudir a las normas de la interpretación contractual (arts. 524-1 a 524-7 PCCAPDC, Capítulo IV «De la interpretación de los contratos», del Título II del PCCAPDC) y solo en su defecto, a las de la Sección «De la anulación de los contratos» (arts. 527-3 a 527-15 PCCAPDC). Siendo la norma de la PCCAPDC igual que la de la PMCC, hay una importante diferencia: el artículo 524-1 PCCAPDC no recoge la norma de interpretación objetiva del artículo 1278.III PMCC, y el artículo 524-7 PCCAPDC («Cláusula de cierre») ordena lo dispuesto en el artículo 1289 CC.

Artículo 524-1 PCCAPDC: «*Términos literales del contrato* [cursiva y negrita en el original]

1. Los contratos se interpretan según la intención común de las partes, la cual prevalece sobre el sentido literal de las palabras.
2. Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deben entenderse comprendidos en él cosas distintas y

enervarla si informa sin dilación de su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por quien lo sufrió, salvo en los casos en los que la intensidad del vicio o la naturaleza del contrato lo impidan./ 2. De igual modo, se puede enervar la pretensión judicial de anulación por error, salvo que el contratante al que se haya comunicado el vicio de forma previa no haya ofrecido la adaptación». V. artículo 1298.4 PMCC, *supra* [231] [A] y nota 810.

⁹¹⁹ En cuanto al dolo vicio que permite anular el contrato, el artículo 527-7 PCCAPDC: «*Dolo* [negrita y cursiva en el original]/ 1. Puede anular el contrato la parte que ha sufrido un error esencial a causa de una actuación dolosa de la contraparte, con la intención de engañar. Puede existir dolo por acción y también por omisión consciente de información que, conforme a ley, pacto o usos, debería haberse proporcionado./ 2. Para que haga anulable el contrato el dolo debe ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes./ 3. [...]»; y el artículo 1300 PMCC: «1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado./ 2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes./ 3. [...]».

casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se proponen contratar.

3. Si uno de los contratantes ha entendido los términos del contrato en un determinado sentido que el otro, en el momento de su celebración, no ha podido ignorar, el contrato se entiende en ese sentido».

Artículo 524-7 PCCAPDC: «*Cláusula de cierre* [cursiva y negrita del original]

1. Cuando sea imposible resolver las dudas con las reglas establecidas en los artículos precedentes, si el contrato es gratuito, éstas se resuelven a favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato es oneroso, la duda se resuelve a favor de la mayor reciprocidad de intereses.

2. Si las dudas recaen sobre el objeto principal del contrato de suerte que no puede conocerse cuál ha sido la voluntad de los contratantes el contrato es nulo».

4.2 El artículo 527-4 PCCAPDC: *Esencialidad del error*

[260] Según dicho artículo, el error es esencial si es «de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación [del que erró] no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de no haber incurrido en error». Es la misma norma del artículo 1298.2 PMCC, si bien el primero indica «en caso de no haber incurrido en error», en lugar de «en caso de haber conocido la realidad de las cosas» del segundo (v. *supra* [231]).

4.3 El artículo 527-5 PCCAPDC: *Relevancia del error*⁹²⁰

[261] El citado artículo contempla cuatro supuestos en los que el error es relevante, a diferencia del artículo 1298 PMCC que recoge tres (*supra* [231]). Según el artículo 527-5 PCCAPDC, el error es *relevante*, si lo provocó la información suministrada por la otra parte [letra a)]; o la contraparte conoció o debió conocer el error, siendo contrario a la buena fe mantener en el error al que lo padeció [letra b)]; o ambas partes han incurrido en el mismo error [letra c)]; o de conformidad con lo pactado, la contraparte debía soportar el riesgo del error [letra d)]. Esos tres primeros supuestos de las letras a), b) y c) coinciden con los del artículo 1298.1, 1.º, 2.º y 3.º, PMCC. El de la letra d) es específico de la PCCAPDC y parece que la comparación habría de hacerse con el artículo 1298.3

⁹²⁰ Es la rúbrica del artículo; por mi parte, en el trabajo empleo *error relevante* para el que permite anular el contrato, y *error irrelevante* para el contrario.

PMCC, según el cual el contrato *no puede anularse* si «la parte que lo padeció [el error], de acuerdo con el contrato, debería soportar el riesgo de dicho error», lo que permite entender que en tal caso el contrato es válido y habrá de cumplirse, pudiendo responderse en caso de incumplimiento. En cambio, interpretando literalmente dicha letra d) del artículo 527-5 PCCAPDC, lo que se indica, entiendo, es que, siendo el error esencial y excusable, el *errans puede anular* el contrato si el riesgo del error debía asumirlo la contraparte. Al igual que en la PMCC, en su regulación del error, la PCCAPDC no contempla expresamente el error debido al incumplimiento de un deber *legal* de información por parte de la contraparte (*supra* [238]).

Sin embargo, el artículo 582-8 PCCAPDC –en el Capítulo I «Disposiciones generales», del Título VIII «De los contratos de servicios», del Libro V de la PCCAPDC⁹²¹– ordena la relación *deberes precontractuales de información/vicios del consentimiento, si se suministró la información*:

«*Deberes precontractuales de información del prestador* [cur-siva y negrita en el original]/ [...]»

2. Antes de la celebración del contrato el prestador debe advertir al principal de los riesgos que éste desconozca y no deba razonablemente conocer, que puedan influir en la decisión de contratar y en los términos de la contratación, siempre que aquéllos puedan considerarse manifiestos para el prestador, atendida la diligencia y pericia exigibles y la información disponible. En todo caso, debe advertir sobre:

a) La posibilidad de que no se alcance el resultado perseguido por el principal con la celebración del contrato o de que el coste o el plazo de ejecución excedan de las razonables previsiones del principal.

Hecha la advertencia, el principal no puede alegar falta de conformidad por la no obtención del resultado o por el mero hecho de que el coste o plazo de ejecución excedan de tales previsiones *ni vicio del consentimiento por tales motivos*, sin perjuicio de la posible falta de conformidad derivada de la infracción de la diligencia y pericia exigibles o de la no sujeción a sus instrucciones.

b) La posibilidad de que la prestación del servicio perjudique otros intereses del principal. Si éste acepta el riesgo no puede alegar luego falta de conformidad *ni vicio del consentimiento por esa causa*, ni reclamar la indemnización de los daños o perjuicios sufridos en tales intereses.

En otro caso, el prestador debe indemnizar los daños o perjuicios causados, exceptuando los que son consecuencia de haber

⁹²¹ «TÍTULO VIII/ *Coordinadoras del grupo*: Ana Díaz Martínez y María José Vaquero Pinto./ Capítulos I y II: María José Vaquero Pinto./ [...]» [APDC (2016) p. 7].

ocultado el principal, antes de la celebración del contrato, algún hecho relevante./ [...]» (cursiva mía).

4.4 El artículo 527-6 PCCAPDC: *Excusabilidad del error*

[262] Esa es la leyenda del artículo, lo que muy posiblemente se deba a que el anterior artículo 527-3 PCCAPDC exige para la relevancia del error su excusabilidad (v. *supra* [257]). Sin embargo, el tenor literal del artículo 527-6 PCCAPDC comienza con la locución «[n]o hay error excusable [...]», y define al error *inexcusable*. Podría ser oportuno un cambio de leyenda en el artículo (así, *inexcusabilidad del error*) o que se redactase el artículo 527-6 PCCAPDC en clave de error excusable. Apuntado eso, para concretar cuando el error es no excusable, aquel artículo no acoge un estándar inamovible de diligencia exigible al que erró, sino que el estándar se determina *in concreto* (sí, quien erró, debió «haber previsto o evitado el error», o «haber conocido o recabado la información que le habría impedido errar»). Redactado el artículo 527-6 PCCAPDC desde la unilateralidad del que erró –«cuando quien lo sufre»– su puesta en práctica requerirá tener en cuenta la conducta del otro contratante, conectándolo con el artículo 527-5 PCCAPDC (cfr. con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la excusabilidad del error *supra* [209]). El artículo 1298.3 PMCC solo se refiere al error inexcusable para indicar que no permite la anulación del contrato, con su incidencia en lo que se refiere a la carga de la prueba (*supra* [241]).

IV. LA P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER

1. SU RAZÓN, ALCANCE Y OBJETIVOS

[263] Dicha *Propuesta*, de sesenta y tres artículos, comentados por los autores y con notas de concordancias, solo regula la «teoría general del contrato»⁹²², lo que se debe a una razón «meramente

⁹²² *Estructura de la P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: Capítulo primero «Disposiciones generales» (Sección primera «El contrato y la autonomía de la voluntad»; Sección segunda «El contenido obligacional del contrato»; Sección tercera «Otros elementos del contrato»; Sección cuarta «Los sujetos de la eficacia del contrato»); Capítulo segundo «La formación del contrato» (Sección primera «Preliminar»; Sección segunda «La obtención del acuerdo de voluntades a través de negociaciones»; Sección tercera «La formación del

coyuntural»: a que el *Proyecto de Ley de Libro sexto del Código Civil de Cataluña* solo regula la compraventa y algunos tipos contractuales⁹²³, y «[e]n el trámite parlamentario del proyecto de 2015, diversos expertos comparecientes subrayaron la dificultad que entrañaba trazar una regulación de algunos tipos contractuales careciendo de la base de una parte general del contrato. Ahí radica el origen de nuestro empeño»⁹²⁴.

Ahora bien, Bosch/Del Pozo/Vaquer no conciben su *Propuesta* «exclusivamente para el Código Civil de Cataluña»⁹²⁵. «[T]iene una pretensión más general, en este contexto de debate entre propuestas modernizadoras»⁹²⁶. Habiendo recordado la existencia de la PMCC, del Anteproyecto de Código Mercantil, de la PCCAPDC, del (entonces) proyectado Libro VI del Código Civil de Cataluña⁹²⁷, de la reforma alemana del Derecho de obligaciones de 2002, de la reforma francesa por *Ordonnance* n.º 2016-131, de los PECL, del DCFR y del CESL, Bosch/Del Pozo/Vaquer señalan que esos textos «han pergeñado un conjunto de reglas y principios que se han consolidado, hasta el punto de que difícilmente cabe innovar en esta área del Derecho civil»⁹²⁸. Pero «no por ello dejamos de considerar que cuantas más ofertas existan en el mercado de las ideas jurídicas, más opciones habrá de conseguir un texto final más perfecto, que estamos convencidos que es el objetivo compartido por cuantos hemos colaborado en esta y en alguna otra de las propuestas que se han ido mencionando»⁹²⁹. Y para elaborar su *Propuesta*, los autores «han tenido muy en cuenta todos [...] [esos] materiales, así como los Códigos civiles en vigor que los

consentimiento contractual por el concurso de oferta y aceptación»; Sección cuarta «Contratos preparatorios»; Sección quinta «Contratos de preferencia»; Sección sexta «Conclusión del contrato por subasta y concurso»; Capítulo tercero «La interpretación del contrato»; Capítulo cuarto «La ineficacia del contrato» (Sección primera «La nulidad del contrato»; Sección segunda «La anulabilidad del contrato»; Sección tercera «La protección del crédito»).

⁹²³ El *Proyecto de Libro Sexto del Código civil de Cataluña* «decaió con la convocatoria de elecciones legislativas en agosto de 2015, pero en la nueva legislatura ha vuelto a ser presentado en marzo de 2016 (BOPC de 3 de marzo de 2016)» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 9]. Se aprobó la *Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè* (DOGC núm. 7314, 22.02.2017), contra la que se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad núm. 2557-2017 (BOE, núm. 141, 14.06.2017).

⁹²⁴ BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) pp. 10-11.

⁹²⁵ BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 11.

⁹²⁶ BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 11.

⁹²⁷ *Supra* nota 923.

⁹²⁸ BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 10 (v. desde p. 9); «[e]xiste consenso doctrinal en que el Derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español precisa, en muchas cuestiones, una urgente actualización» (*op. cit.*, p. 9).

⁹²⁹ BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 11.

académicos solemos tomar como referencia. La principal novedad respecto a otras propuestas se encuentra en una regulación más detallada de los contratos preparatorios y de los pactos de preferencia»⁹³⁰.

2. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL EN LA *P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER*

[264] Con una distinta ubicación sistemática, interesan de la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* sus artículos 3 (Capítulo Primero «Disposiciones generales», Sección Segunda «El contenido obligatorio del contrato»), 16.1 (Capítulo Segundo «La formación del contrato», Sección Primera «Preliminar») y 46, 1.b) y 2 (Capítulo Cuarto «La ineficacia del contrato», Sección Primera «La nulidad del contrato»). Aunque en la terminología y en la organización de la presente *Propuesta* se percibe la influencia del moderno Derecho de contratos, en ella se acoge la solución tradicional de la nulidad (absoluta) del contrato para la imposibilidad inicial, total y absoluta, y se admite la validez del contrato con prestación inicialmente imposible y de posible futuro cumplimiento cuando sea exigible.

Artículo 3 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «*Determinación del contenido fundamental del contrato* [negrita en el original]

1. El contenido fundamental del contrato ha de estar determinado de manera clara y suficiente, sin que sea preciso un nuevo acuerdo de voluntades de las partes contractuales./ 2. [...]»⁹³¹.

Artículo 16 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «*Consentimiento de las partes* [negrita en el original]

1. La formación del contrato exige que todas y cada una de las partes, con la intención de vincularse jurídicamente, alcancen un acuerdo de voluntades con el contenido y la certeza suficientes para que se le dote de efecto jurídico./ 2. [...]»⁹³².

⁹³⁰ BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 11.

⁹³¹ «Concordancias [negrita en el original] [del art. 3 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*] Arts. 1115 y 1256 CCEsp., 1174 CCFra, 1304-II CCFra2016, 85, 100 y 102 TR LGDCU./ Arts. II.-2:401, II. 4:103, II.-9:105, II.-9:106 y VIII.-2:304 DCFR, 1242 y 1277 PMCC, 525-4 PAPDC [PCCAPDC]» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 57].

⁹³² «Concordancias [negrita en el original] [del art. 16 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*] Arts. 1261 CCEsp., 1325 CCIIta, 1108 CCFra, 1128 CCFra2016./ Arts. 3.2 PICC [Principios UNIDROIT], 5(3) y (4) CEC, II.-4:102, 4:103 y II.-4:302 DCFR, 30.2 CESL, 522-4 PAPDC [PCCAPDC]» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 95].

Artículo 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «Contratos nulos [negrita en el original]

1. Son nulos los contratos concluidos:/ [...]/

b) Con un contenido que no es determinable de manera clara y suficiente, o que es contrario a normas imperativas, a la buena fe o al orden público./ [...]/

2. Un contrato no es nulo por el solo hecho de que, en el momento en que se concluye, resulta imposible el cumplimiento de la obligación asumida, o porque algunas de las partes no tiene poder de disposición sobre los bienes objeto del contrato./ 3. [...]]»⁹³³.

[265] El artículo 1.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* define al contrato como «un acuerdo de voluntades por el que dos o más personas se vinculan para crear, modificar o extinguir obligaciones, derechos reales u otros efectos jurídicos». Se trata –indican Bosch/Del Pozo/Vaquer– de una definición «lo más sencilla y general posible» que solo hace referencia «a la base del contrato, que es el acuerdo de voluntades, y a sus efectos, que son la creación, la modificación o la extinción de obligaciones, de derechos reales y de otros efectos jurídicos patrimoniales»⁹³⁴. «[N]o es preciso hacer referencia a los elementos del contrato» como, por ejemplo, los artículos 1261 CC y 1325 CC ital. 1942 «que enumeran el consentimiento, el objeto y la causa»⁹³⁵. Del consentimiento ya habla el artículo que proponemos [art. 1.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*], al referirse al acuerdo de voluntades como elemento central del contrato. En cambio, no es necesario hacer referencia al objeto, ya que es evidente que el acuerdo de voluntades ha de recaer sobre una determinada materia o una conducta humana»⁹³⁶. Para el contenido del contrato, el artículo 3.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* ordena que su contenido fundamental debe «estar determinado de manera clara y suficiente», sin que sea necesario un nuevo acuerdo entre los contratantes. Bosch/Del Pozo/

⁹³³ «Concordancias [negrita en el original] [del art. 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*]/ Arts. 1255, 1275, 1271 CCEsp., 1414 a 1417 CCIta, 1451 y 1452 CCQue, 1128 y 1178 CCFra2016./ Arts. 2:102 PECL, 1.2 CEC, II.-4:102, II.-9:201 y II.-7:102 DCFR, 30.3 CESL, 1303 y 1296 PMCC, 525-2 y 527-1 PAPDC [PCCAPDC]» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 179].

⁹³⁴ «Comentario del artículo 1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) pp. 49-50.

⁹³⁵ Artículo 1325 CC ital. 1942: «Indicazione dei requisiti.– I requisiti del contratto sono:/ 1) l'accordo delle parti;/ 2) la causa;/ 3) l'oggetto;/ 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità».

⁹³⁶ «Comentario del artículo 1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 50; continúan: «Tampoco es preciso hacer ahora alusión a la causa o función, ya que, como veremos más adelante, es inherente al contrato mismo» (*op. cit.*, p. 50); v. artículos 8 «Causa del contrato» y 9 «Forma» *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*, y sus respectivos comentarios, *op. cit.*, pp. 70-78.

Vaquer apuntan, que «[l]a perfección del contrato no requiere que todo el contenido de derechos y obligaciones esté completamente determinado, sino que es suficiente con que exista un acuerdo de las partes sobre los elementos fundamentales del mismo; en cambio, el resto del contenido contractual se puede determinar de otra manera, sea por acuerdos de voluntad posteriores o mediante la integración del contrato»⁹³⁷. Por último y para la formación del contrato, el artículo 16.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* exige que las partes, con la intención de vincularse jurídicamente, logren un acuerdo de voluntades *con el contenido y la certeza suficientes para dotarlo de efecto jurídico*. Para el requisito del *contenido suficiente* del artículo 16.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*, los autores recuerdan que el artículo 3.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* también alude al *contenido suficiente*, pero, en este último, el sentido en el que se emplea es «que no se requiere un nuevo acuerdo de voluntades de las partes contractuales», y en el artículo 16.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*, el *contenido suficiente* es «para que se le dote [al acuerdo] de efecto jurídico»; esto es, «para que pueda existir un contrato, no es preciso que el acuerdo describa pormenorizadamente todos los aspectos del mismo, pero sí que dicho acuerdo tenga un contenido mínimo, un contenido “suficiente” conforme a las exigencias de la ley. Esta suficiencia deberá alcanzar tanto al objeto del contrato, como a la causa del mismo»⁹³⁸. Y para el requisito de la *certeza suficiente* del artículo 16.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*, los autores aclaran, que «[c]on dicha expresión se hace referencia a tres requisitos más que debe reunir el acuerdo de voluntades», los cuales son «la existencia real del acuerdo», «la acreditación» del acuerdo, y «la posibilidad de cumplimiento del contrato, lo que permite excluir del concepto de contrato aquellos acuerdos en que la prestación sea de imposible cumplimiento ya desde el inicio.

⁹³⁷ «Comentario del artículo 3 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) pp. 57-58; «En definitiva, el acuerdo de voluntades sobre los *elementos fundamentales* del contrato ha de ser único, ya que es el que determina propiamente la existencia misma del contrato» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 58); «En cambio, no hay inconveniente en que, en principio, el *contenido secundario o no esencial* del contrato se pueda dejar al arbitrio exclusivo de uno de los contratantes; por ejemplo, decidir el día concreto para la entrega de la cosa, o la elección del transportista. Lógicamente, qué sea en cada caso contenido esencial o no, queda al arbitrio y sentido común de las partes contratantes o, si procede, del Juez» (cursiva del original, *op. cit.*, p. 58). V. artículo 3.3 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* y *op. cit.*, pp. 60-61.

⁹³⁸ «Comentario 1 del artículo 16 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 97; para el objeto del contrato señalan: «Para que el acuerdo tenga un contenido “suficiente” también deberá determinar, lógicamente, el objeto sobre el que recae el contrato. Todo contrato debe tener, por tanto, un objeto determinado o determinable. Si el contrato recae sobre una cosa específica, debe identificar esta cosa; si recae sobre cosas genéricas, debe identificar la cantidad, calidad y tipo de los bienes. En cuanto al precio, el art. 3.3 permite que se pueda pactar su determinación por una de las partes o por un tercero.[...]» (*op. cit.*, p. 98).

En este sentido, la Propuesta se aparta de la regla del art. II.-7:102 DCFR, que califica la imposibilidad inicial no como un supuesto de nulidad del contrato, sino como un incumplimiento del mismo» (cursiva mía; supra [32]-[33])⁹³⁹.

[266] Trasladándome al artículo 46.1.b) *P. Bosch/del Pozo/Vaquer*, este dispone que es nulo el contrato concluido «[c]on un contenido que no es determinable de manera clara y suficiente». Bosch/Del Pozo/Vaquer apuntan que, según el «art. 16.1, la formación del contrato exige que todas y cada una de las partes, con la intención de vincularse jurídicamente, alcancen un acuerdo con el contenido y la certeza suficientes para que se le dote de efecto jurídico. *Es por ello coherente que este art. 46.1 establezca la nulidad de los contratos en los que su contenido no sea determinable de manera clara y suficiente, lo que hace referencia a la falta de determinación del objeto y [...]*» (cursiva mía)⁹⁴⁰. Respecto del artículo 46.2 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*, cuyo tenor literal recuerda notablemente al artículo II.-7:102 DCFR⁹⁴¹, el mismo «permite la validez de aquellos contratos en los que, en el momento de concluirse, la prestación es de imposible cumplimiento, pero posteriormente, en el momento en que el contrato se debe cumplir, el cumplimiento se hace posible./ Uno de los casos en que la obligación asumida no puede ser inicialmente cumplida es cuando el contratante no tiene el poder de disposición sobre la cosa objeto del contrato. También en este supuesto el contrato es válido; hay que tener en cuenta que en este caso es posible que el contratante pueda adquirir el poder de disposición sobre la cosa en cuestión una vez se ha concluido el contrato» (cursiva mía)⁹⁴².

3. EL ERROR EN LA *P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER*

[267] Los artículos 51 y 52 *P. Bosch/del Pozo/Vaquer* se ocupan respectivamente del error y del error en la declaración. Ambos se ubican en la Sección Segunda «La anulabilidad del contrato» del Capítulo Cuarto «La ineficacia del contrato», y su regulación es cercana a la del error de los PECL, del DCFR y de los *Princi-*

⁹³⁹ «Comentario 1 del artículo 16 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 99.

⁹⁴⁰ «Comentario 1 del artículo 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 180.

⁹⁴¹ Por supuesto, también al de los paralelos artículos 4:102 PECL (*supra* [14]), 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010* (*supra* [39]), 1303 PMCC (*supra* [224]); v. también artículo 3.1.3 *Principios OHADAC* (*supra* [72]).

⁹⁴² «Comentario 2 del artículo 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 181; v. *supra* [33], el comentario del artículo II.-7:102 DCFR.

pios UNIDROIT 2010 (*supra* [17] ss., [34] ss., [42] ss., respectivamente).

Artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «Error [negrita en el original]

1. El error, de hecho o de derecho, legitima la anulación del contrato si concurren todos los requisitos siguientes:

- 1.º El error es esencial.
- 2.º El error es excusable.
- 3.º La parte que incurre en el error no ha asumido, según el contrato o las circunstancias, el riesgo del error.
- 4.º Y, en el otro contratante, concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Ha provocado el error, por la información que ha suministrado, o por lo que ha omitido.
- b) Conoce o debía conocer el error de la otra parte y, contrariamente a las exigencias de la buena fe, no le ha advertido de su error.
- c) Ha incurrido en el mismo error.

2. Para discernir si el error es o no esencial y excusable se debe atender a qué haría o qué hubiera tenido que hacer una persona razonable en la misma situación»⁹⁴³.

Artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «Error en la declaración [negrita en el original]

1. Si el error en la declaración de voluntad no se puede resolver mediante las reglas de interpretación de los contratos, el contrato solo se puede anular si concurren los requisitos exigidos en el artículo anterior.

2. No se anula el contrato cuando la otra parte contratante, una vez informada del error, comunica sin demora excesiva su voluntad de cumplir el contrato en los términos deseados por la parte que ha sufrido el error»^{944, 945}

⁹⁴³ «Concordancias [negrita en el original] [del art. 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*] Arts. 1266 CCEsp, 1110 CCFra, 251 y 252 CCPor, 6:228 CCPB, 1429 y ss. CCIta, 1132 a 1135 CCFra2016./ Arts. 4:103 PECL, 3.5 PICC [*Principios UNIDROIT*], 151 CEC, II.-7:201 DCFR, 48 CESL, 1298 PMCC, 527-3 a 527-6 PAPDC [PCCAPDC], 37 y ss. Pr. Terré» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 190].

⁹⁴⁴ «Concordancias [negrita en el original] [del art. 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*] Arts. 247 y 250 CCPor, 1443 CCIta, 3:35 CCPB/ Arts. 4:104 PECL, 3.6 PICC [*Principios UNIDROIT*], 151.6 CEC, II.-7:202 DCFR, 48 CESL, 1298.fin PMCC, 527-3.1 PAPDC [PCCAPDC]» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY(2016) p. 193].

⁹⁴⁵ De interés además:

a) Artículo 55 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «Vicios ocasionados por terceras personas [negrita en el original]/ Si quien causa el error, el engaño o las amenazas es un tercero, la parte que ha sufrido el vicio solo puede anular el contrato si la otra parte contratante: / a) Debe responder de los actos del tercero. / b) Conoce el vicio o lo debía razonablemente conocer, y se ha aprovechado del mismo para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta». Según BOSCH/DEL POZO/VAQUER, puede anularse el contrato

3.1 El artículo 51 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer: error

[268] Los autores definen el error «como el conocimiento equivocado sobre las circunstancias fácticas (error de hecho) o jurídicas (error de derecho) en las que se concluyó el contrato»⁹⁴⁶, y «conocimiento erróneo de la realidad [que] hace que la voluntad contractual no se haya formado correctamente: si el contratante

si «se es responsable de los actos del tercero», así, si «el tercero es un empleado o un mandatario de la otra parte contratante»; si el mandatario concluyó «un contrato mediante maniobras doloosas, el principal podrá ver anulado el contrato, aunque» fuera ajeno a las prácticas; también puede anularse el contrato, si no siendo el otro contratante «responsable del comportamiento del tercero [...] aquel conocía o podía razonablemente esperarse que conociera las maniobras empleadas por el tercero para la conclusión del contrato, y se hubiera aprovechado del vicio para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta» [«Comentario del artículo 55 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 200]. Cfr. artículos 1302 PMCC [*supra* nota 811 a)], 527-10 PCCAPDC [*supra* 918, a)].

b) Artículo 57 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Anulación del contrato [negrita en el original]/ 1. La anulación del contrato tiene lugar: / a) Por la comunicación fehaciente dirigida a la otra parte, con expresión de las causas en que se basa./ b) Por la resolución judicial que la declara como consecuencia del ejercicio de la acción de anulación./ c) Por la oposición de la excepción correspondiente ante la demanda de cumplimiento de la otra parte./ 2. El plazo para anular el contrato, en los supuestos de las letras a) y b) del número anterior, es de cuatro años, contados de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes. En el caso de la letra c), no hay plazo». BOSCH/DEL POZO/CAPDEVILA señalan, que «[l]a anulación del contrato se puede hacer judicial o extrajudicialmente»; para anular «basta con la notificación de la parte legitimada a la otra parte», no siendo «necesaria la intervención judicial, salvo que la otra parte se oponga» en plazo razonable; la notificación puede «hacerse por cualquier medio fehaciente», indicándose su causa; la anulación «también se puede oponer como excepción ante la pretensión de cumplimiento de la otra parte», no siendo necesario formular una reconvencción; «[p]or tanto, la vía judicial no es obligatoria», pero si la otra parte se resiste, puede ejercitarse «judicialmente la acción de anulación del contrato»; sobre los cuatro años para el ejercicio extrajudicial o judicial de la anulación, los autores indican que han considerado adecuado mantener el plazo previsto en otros artículos como los artículos 1301.I CC y 236-31.2 CCCat (anulación de actos realizados por los padres sobre bienes de los hijos sin la autorización correspondiente); no se habla de plazo razonable como el artículo II.-7:210 DCFR, ni se acorta a los dos años del artículo 1304 PMCC, ni a los tres años del artículo 527-12 PCCAPDC: «mientras la otra parte no pida el cumplimiento del contrato, la facultad de anulación del contrato sigue “viva”», pero pasados «cuatro años, solo se podrá ejercer por la vía de excepción frente a la demanda de cumplimiento del contrato» («Comentario del artículo 57 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», *op. cit.*, pp. 205-206). Cfr. artículos 1304 y 1305 PMCC (*supra* [9] b) [C] y notas 20, 21, y 22) y artículos 527-12 y 527-13 PCCAPDC [*supra* nota 918 b) y c)].

c) Artículo 58 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Legitimación y cómputo del plazo para la anulación del contrato [negrita en el original]/ 1. [...] / 2. Los contratos concluidos con falta de conocimiento o de libertad solo pueden ser anulados por la persona que ha sufrido el vicio o por su representante legal. El plazo empieza a contar: / a) En los casos de error o engaño, en el momento en que la parte legitimada conoce o razonablemente puede conocer los hechos o circunstancias que fundamentan la anulación./ b) [...]». Según BOSCH/DEL POZO/VAQUER, «[l]a determinación del *dies a quo* es importante», congujándose dos principios, uno, la protección del que sufrió el vicio, según el cual mientras persista el vicio el plazo no comienza a correr, y el otro, la seguridad jurídica, que aconseja «no alargar excesivamente el plazo», imponiéndose el principio de la protección «[c]uando hay error o engaño, casos en los que el contrato puede ser anulado desde que se puede conocer el error» («Comentario del artículo 58 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», *op. cit.*, p. 207). Cfr. artículos 1304 PMCC (*supra* [9] b) [C] y nota 21) y artículo 527-12 PCCAPDC [*supra* nota 918 b)].

⁹⁴⁶ «Comentario del artículo 51 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 190.

hubiese conocido la realidad es posible que no hubiera contratado, o lo hubiera hecho en condiciones distintas. La voluntad contractual está [...] viciada»⁹⁴⁷.

[269] Para poder *anular* el contrato⁹⁴⁸, el error debe reunir una serie de requisitos.

Primero, ha de ser *esencial* (art. 51.1.1.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*). El artículo 51.2 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* dispone cuando lo es, y en él se adopta criterio distinto al de los artículos II-7:201 DCFR y 48 CESL y que coincide con el del artículo 1298 PMCC⁹⁴⁹. Según los autores, «[l]a esencialidad es *unilateral* y *objetiva*. *Unilateral*, porque basta con que lo sufra la parte que lo invoca. *Y objetiva*, porque no se valora si el error es esencial desde la concreta situación de la parte que lo sufre, sino que se atiende a los parámetros subjetivos de una “persona razonable”: si una persona razonable, y no el propio contratante, habría contratado de la misma manera si no hubiera incurrido en el error» (cursiva mía)⁹⁵⁰. «No se especifica sobre cuál de los elementos del contrato debe recaer el error»⁹⁵¹.

⁹⁴⁷ «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 190.

⁹⁴⁸ Artículo 50 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «*Contratos anulables* [negrita en el original]/ Son anulables: [...] / *b*) Los contratos en los que el consentimiento se ha prestado con falta de conocimiento o de libertad, de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes. / *c*) [...]» (*supra* nota 945 para algunos aspectos del régimen de la anulabilidad); «Comentario del artículo 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 189.

⁹⁴⁹ «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191.

⁹⁵⁰ «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191. Para el error provocado por *engaño* (dolo), el error ha de ser esencial y en ello se emplea criterio distinto. Según el artículo 53 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «*Engaño* [negrita en el original]/ [...] / 5. El error debe ser esencial para la persona que incurre en el mismo, de tal manera que, sin el error, o no hubiese contratado, o hubiera concluido el contrato en otras condiciones. Si el error no es esencial, no legitima la anulación del contrato pero sí el derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. / 6. [...]». BOSCH/DEL POZO/CAPDEVILA apuntan, que se emplea «el término engaño para designar lo que conocemos como dolo, esto es, el error provocado voluntariamente por la otra parte»; «[l]o que distingue el error vicio del engaño es que en este la declaración engañosa se hace con el fin de que el destinatario incurra en un error. Hay un elemento subjetivo en la otra parte, consistente en la intención de engañar, que hace que el régimen sea mucho más severo. / Los requisitos para la anulación del contrato por engaño son los siguientes: / 1.º El error de la víctima. Al igual que en el error vicio del art. 51, en el dolo hay un conocimiento equivocado de la realidad por una de las partes. *El error también debe ser esencial; así lo dice explícitamente el apartado 5; ahora bien, a diferencia de lo previsto en el art. 51.2 sobre el error vicio, se trata de una esencialidad puramente subjetiva: el engaño puede recaer sobre un elemento no esencial del contrato que la víctima considera determinante para prestar su consentimiento. [...]*» [«Comentario del artículo 53 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», *op. cit.*, p. 195]. Para el dolo, cfr. artículos 1300 PMCC y 527-7 PCCAPDC, *supra* nota 919.

⁹⁵¹ «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191; «por ejemplo, el error en las circunstancias de la persona podrá dar lugar en unos casos a la anulación del contrato y en otros no; si un rifle se vende a una persona en la creencia de que es un cazador, cuando en

Segundo, ha de ser ser *excusable* (art. 51.1.2.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*). Si el error «se debe a la propia negligencia de quien lo sufre, que no ha puesto todo lo necesario para evitarlo», se «justifica la protección de la confianza de la otra parte, que no puede verse perjudicada por esa falta de diligencia» (y el contrato *no* es anulable)⁹⁵². Para apreciar la excusabilidad/inexcusabilidad del error, «se atiende a circunstancias objetivas –el nivel de diligencia de una persona razonable–»⁹⁵³ (art. 51.2 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*).

Tercero, que, quien incurrió en error, no asumió el riesgo del error, según el contrato, o según las circunstancias (art. 51.1.3.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*). «[E]n la mayoría de ocasiones, [esa asunción del riesgo] vendrá determinada más que por un conocimiento equivocado, por una falta de conocimiento: el contratante ignora la realidad, pero asume conscientemente las consecuencias de su ignorancia, porque así lo manifiesta»⁹⁵⁴.

Y cuarto, que la contraparte del errans, provocó el error por la información que suministró, u omitió; o conoció, o debió conocer, del error del errans y en contra de las exigencias de la buena fe no se lo advirtió; o incurrió en el mismo error (art. 51.1.4.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*). Esto es, «la otra parte no [...] [es] ajena» al error, pero «[n]o se exige un engaño –como en el dolo–», sino «que, de alguna manera, esta otra parte sea responsable del error», lo que se produce en las circunstancias antes indicadas⁹⁵⁵.

realidad se trata de un asesino, existe un error esencial que podrá dar lugar a la anulación del contrato (véase el art. 1132 CCFra2016)» [*op. cit.*, p. 191; los autores marcan la diferencia con el Pr. Terré (v. *infra* [290] [B]); para el art. 1132 *Code v.o.*, *infra* [287]].

⁹⁵² «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191.

⁹⁵³ «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191. En cambio, para el *engaño* (dolo), según el artículo 53 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*: «[...] 4. El error ocasionado por una declaración dolosa de la otra parte siempre es excusable. Si el error lo provoca la ocultación dolosa de información, debe atenderse a todas las circunstancias, entre ellas: a) Si la persona que incurre en el error tiene conocimientos especializados sobre la materia./ b) El coste que le supondría obtener la información relevante al respecto./ c) Si podía razonablemente obtener la información por otros medios./ 5. [...]». BOSCH/DEL POZO/VAQUER advierten que para el «carácter excusable del error, se establece un régimen diferente en función de si se ha ocasionado por una declaración de la otra parte, o por su silencio» («Comentario del artículo 53 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», *op. cit.*, pp. 195-196).

⁹⁵⁴ «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 192; si alguien «tiene una colección de monedas que desea vender» y no se preocupa de solicitar a un experto una previa valoración, asume el riesgo de la posible pérdida de que las monedas resulten «de un valor muy superior al precio fijado»; a la asunción del riesgo se asimila que haya de soportarse el riesgo «de acuerdo con las circunstancias», así, si esas «mismas monedas fueran vendidas por un perito en la materia» [*op. cit.*, p. 192; v. BOSCH CAPDEVILA (2015) p. 196, y (2012) p. 467].

⁹⁵⁵ «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 192.

3.2 El artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: error en la declaración

[270] Dicho artículo «trata del error al declarar una voluntad que se ha formado correctamente (error obstativo)» –esto es, no coinciden (divergencia) la voluntad declarada y la real—⁹⁵⁶. Si «se pretende comprar un cuadro por 10.000 euros, y en el contrato se añade un cero más (100.000 euros). La voluntad declarada (compra por 100.000 euros) no existe en realidad, por lo que no hay consentimiento contractual, y [...], conforme al art. 46.1.a) de esta Propuesta, el contrato debería ser nulo, siempre que el error no se pueda desvanecer de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos [arts. 42 a 45 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*]]»⁹⁵⁷. *Sin embargo*, si la interpretación contractual no subsanó el error obstativo y para «proteger a la parte que no ha incurrido en el error», lo que se aplican son «las reglas del error vicio» del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* que «protegen al otro contratante si es ajeno al error» (art. 52.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*)⁹⁵⁸. El error obstativo *relevante* permite la *anulación* del contrato.

En las normas de interpretación contractual, el artículo 42 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*, con clara cercanía a los artículos 5:101 PECL y 1278 PMCC (*supra* [26] y [244]), dispone:

«Intención común de las partes [cursiva, negrita en el original]

1. En la interpretación de los contratos debe buscarse la voluntad común de las partes, aunque no coincida con el sentido literal de las palabras que han utilizado.

2. No obstante lo que dispone el apartado anterior, si una parte ha dado a algún término o cláusula del contrato un sentido particular que, en el momento de la perfección del contrato, la otra parte conocía o no podía ignorar, el término o la cláusula se interpreta en el sentido particular que le confirió dicha parte.

3. Si el contrato no se puede interpretar de acuerdo con los dos apartados anteriores, se le otorga el sentido que le hubiesen conferido dos personas razonables de similar condición y en las mismas circunstancias que las partes del contrato»⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ «Comentario del artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 193.

⁹⁵⁷ «Comentario del artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 193. Artículo 46.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «[...] / 1. Son nulos los contratos concluidos: / a) Sin consentimiento de las partes. / b) [...]» (para la letra b) de ese art. 46.1 *supra* [264]).

⁹⁵⁸ «Comentario del artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 193.

⁹⁵⁹ «Concordancias [negrita en el original] [del art. 42 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*] Art. 1362 CCIta, 1188 CCFra2016./ Arts. 5:101 PECL, 4.1.1 y 4.2 PICC [*Principios UNIDROIT*], II.-8:101 DCFR, 58(1) y (2) CESL, 1278 PMCC, 524-1 PAPDC [PCCA-

[271] Por último, el artículo 52.2 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* faculta al otro contratante a que, informado del error, comunique «sin demora excesiva su voluntad de cumplir el contrato en los términos deseados» por el contratante que erró. Los autores destacan, que en el error obstativo hubo «una voluntad negocial correctamente formada –la voluntad interna, que no coincide con la declarada–» y por ello puede tener «lugar [...] la adaptación del contrato en unos términos conformes con la voluntad interna»⁹⁶⁰. La *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* no prevé expresamente dicha facultad de adaptación del contrato para el error (cfr. su art. 51, *supra* [267]).

V. EL DERECHO FRANCÉS

1. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

1.1 La imposibilidad inicial *antes de la Ordonnance n.º 2016-131*

[272] En la *teoría general del contrato*, interesan los artículos 1108.III, 1128, 1130.I *Code civil (Code v.a.)*; en la *compraventa*, los artículos 1599 y 1601 *Code civil*.

[A] Artículo 1108 *Code v.a.*: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige;
Sa capacité de contracter;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;
Une cause licite dans l'obligation» (cursiva mía).

[B] Artículo 1128 *Code v.a.*: «Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions».

Artículo 1130 *Code v.a.*: «Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

[...]».

[C] Artículo 1599 *Code civil.*: «La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui».

PDC], 136(1) y (2) Pr. Terré» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 165]. Cfr. artículo 16.3 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* y su «Comentario 2», *op. cit.*, pp. 100-101.

⁹⁶⁰ «Comentario del artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 194.

Artículo 1601 *Code civil*: «Si, au moment de la vente, la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.

Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation».

[273] La *convention* exige –requisito esencial– un objeto cierto que sea el objeto de la vinculación (art. 1108 *Code v.a.*). En su desarrollo (arts. 1126 a 1130 *Code v.a.*), el *Code no dispone expresamente que las cosas o servicios imposibles no puedan ser objeto de contrato*. Flour/Aubert/Savaux señalan, que «[p]our que le contrat soit valable, il faut d'abord, évidemment, que l'objet existe» (cursiva mía)⁹⁶¹. Entre las características del objeto, se encuentra su *posibilidad*. Flour/Aubert/Savaux señalan *que solo la imposibilidad absoluta obstaculiza la validez del contrato* –«celle à laquelle se heurterait n'importe quel débiteur»– y no la *relativa* –«celle qui ne concerne que tel débiteur»–⁹⁶²; *que tratándose de un cuerpo cierto*, la imposibilidad supone *que el contrato no existe* –por ejemplo, el bien vendido pereció *antes* de la celebración del contrato–⁹⁶³; *que si la cosa existía y el deudor no tenía ningún derecho sobre ella*, la imposibilidad es *relativa y el contrato es válido*, salvo la excepción de la nulidad de la venta de cosa ajena (art. 1599 *Code civil*) invocable solo por el adquirente⁹⁶⁴; y *que la exigencia de la posibilidad del objeto no impide que el contrato pueda recaer sobre una cosa futura* (art. 1130.I *Code v.a.*)⁹⁶⁵.

1.2 La imposibilidad inicial tras la *Ordonnance* n.º 2016-131

[274] Interesan los artículos 1128.3.º y 1163 *Code civil* (*Code v.o.*); también voy a referirme al artículo 1178.I, primera regla, *Code v.o.*

⁹⁶¹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 234, p. 242.

⁹⁶² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 238, p. 246; refiriéndose a la imposibilidad absoluta, MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 600, p. 305. V. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) núm. 412, pp. 336-337.

⁹⁶³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 238, p. 247; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK: «L'objet doit, en principe, exister au moment du contrat» (de inmediato se refieren al ejemplo de la compraventa, art. 1601 *Code civil*; (2015) núm. 597, p. 304); con anterioridad, BÉNABENT señala que «[s]i la chose qui fait la matière du contrat n'existe pas, le contrat est nul: par exemple l'animal vendu est mort quelques instants plus tôt ou la maison a péri dans un incendie» y destaca que el momento relevante es el de la conclusión del contrato [(2010) núm. 145, p. 110].

⁹⁶⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 238, p. 247.

⁹⁶⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 239, p. 247; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 597, p. 304, v. además núm. 598, p. 304; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 145, p. 110.

[A] Artículo 1128 *Code v.o.*: «Sont nécessaires à la validité d'un contrat:

- 1.º Le consentement des parties;
- 2.º Leur capacité de contracter;
- 3.º *Un contenu licite et certain*» (cursiva mía).

[B] Artículo 1163 *Code v.o.*: «L'obligation a pour objet une prestation *présente ou future*.

Celle-ci doit être *possible* et déterminée ou déterminable.

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire».

[C] Artículo 1178 *Code v.o.*: «Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul./ [...]».

[275] Junto con los requisitos del consentimiento de las partes y su capacidad para contratar (art. 1128, 1.º y 2.º, *Code v.o.*), la *validéz del contrato* exige tener un *contenido lícito y cierto* (art. 1128.3.º *Code v.o.*)⁹⁶⁶. Si los anteriores requisitos del artículo 1128 *Code v.o.*

⁹⁶⁶ Comparando globalmente los artículos 1108 *Code v.a.* (*supra* [272] [A]) y 1128 *Code v.o.* se constata que en el segundo no aparece expresamente los requisitos de *objeto cierto que forme la materia de la vinculación*, y *una causa lícita de la obligación* del artículo 1108 *Code v.a.*, siendo sustituidos, en el artículo 1128 *Code v.o.*, por el *contenido lícito y cierto* del contrato [DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*» (2016) p. 168; CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*» (2016) núm. 283, p. 232]. Según el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*: «Le code civil [art. 1108] exige actuellement comme conditions de validité du contrat, aux côtés du consentement et de la capacité, un objet certain et une cause licite. La cause, ignorée de la plupart des droits étrangers comme des différents instruments européens de codification, reste néanmoins mal définie et recouvre en réalité une multiplicité de sens, que la doctrine, se fondant sur une jurisprudence abondante et fluctuante, s'est attachée à théoriser. Ainsi, la cause "subjective", ou cause du contrat, renvoie aux motifs personnels qui ont déterminé le consentement, tandis que la cause "objective", ou cause de l'obligation, correspond au but immédiat et abstrait du contrat, lequel est toujours le même quel que soit le type de contrat. En outre, certains arrêts de la Cour de cassation ont appliqué une conception subjective de la cause de l'obligation, invitant à rechercher non plus des motifs abstraits, communs à tous les contrats du même type, mais le but concret voulu par les parties, et ce afin de rééquilibrer le contrat./ *C'est pourquoi, face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion.*/ L'apport de la réforme sur ce point consiste donc *dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées. La section sur la validité du contrat demeure introduite par un article liminaire exposant les conditions nécessaires à sa validité: le consentement des parties, la capacité de contracter, et désormais "un contenu licite et certain"* (article 1128)./ [...]» (cursiva mía); y sobre «*Le contenu du contrat* [del art. 1128], terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, *inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause*. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été –plus ou

no se reúnen, el contrato es *nulo* (art. 1178.I, primera regla, *Code v.o.*)⁹⁶⁷. Por su parte, el artículo 1163, I y II, *Code v.o.* dispone que *el*

moins artificiellement—rattachées à la notion de cause. [...]» (cursiva mía). DESHAYES/GENICON/LAITHIER señalan que el *contenido* del número 3 del artículo 1128 *Code v.o.* no es más que el vestido nuevo de la teoría del objeto y de la teoría de la causa, y que el cambio no es más que de fachada, lo que reconoce el *Rapport au Président de la République* al hablar de «l'abandon *formal* de la notion de cause (nous soulignons)» (cursiva, negrita en el original; los autores se refieren a «cette vraie fausse disparition de l'objet et de la cause»; *op. cit.* pp. 170-171; v. hasta p. 172; v. además CHANTEPIE/LATINA, *op. cit.*, núm. 284, pp. 232-233, y núm. 400, pp. 326-327).

⁹⁶⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan el estrecho lazo que media entre los artículos 1128 y 1178.I, primera regla, *Code v.o.*, que deben leerse conjuntamente (el primero no es útil y efectivo más que gracias al segundo) y advierten que el artículo 1128 *Code v.o.* no traza el perímetro exclusivo en el que la nulidad puede jugar [«Comentario del artículo 1178 *Code v.o.*» (2016) p. 319; v. «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*», *op. cit.*, p. 168]; v. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1178 *Code v.o.*» (2016) núm. 465, pp. 387-388.

En la sanción de la nulidad (arts. 1178 a 1185 *Code v.o.*), el artículo 1179 *Code v.o.* dispone: «La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général./ Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé». Con ello, la reforma de la *Ordonnance* n.º 2016-131 consagra en el *Code civil* la llamada *teoría moderna de las nulidades*, frente a la *tesis clásica* de las nulidades, consagración indicada expresamente en el *Rapport au Président de la République* [también lo señalan, por ejemplo, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario de los artículos 1179, 1180 y 1181 *Code v.o.*» (2016) p. 327; CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1179 *v.o.*» (2016) núm. 472, pp. 393-395]. DESHAYES/GENICON/LAITHIER (*op. cit.*, pp. 328-330) *critican* que se haya acogido en la reforma la teoría moderna de las nulidades y así: apuntan su gran rigidez, lo que permite preguntarse si será un sistema sostenible; que se haya consagrado en el *Code civil* en un momento en que el cada vez son más numerosas las voces que denuncian su carácter impracticable e inadaptado; además, se ha mostrado que la línea de separación entre el interés general y el particular es muy difícil de trazar, siendo escurridiza la intención del legislador; por otro lado, los jueces se encuentran atenazados entre el funcionamiento lógico y simple del criterio moderno del interés protegido y el impulso natural de adoptar una sanción muy enérgica cada vez que se encuentran ante un vicio eminentemente grave en la formación del contrato (lo que puede llevarles a la nulidad absoluta, *incluso* estando solo presente un interés privado). Lo cierto es —indican dichos autores— que la jurisprudencia siempre ha mantenido una prudente distancia con el sistema binario (interés general/particular) que la doctrina le sometía, guardándose un margen de actuación y evitando encerrarse en un sistema demasiado limitado. Ya en el concreto análisis del artículo 1179 *Code v.o.*, DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan que la nulidad relativa se aplica cuando la regla infringida tiene *solo* por objeto la salvaguarda del interés privado, mientras que la nulidad absoluta procede cuando la regla infringida tiene por objeto la salvaguarda del interés general, *lo que muestra que la categoría de la nulidad absoluta es más abierta que la de la nulidad relativa (más restrictiva)*. Así, el caso en el que la nulidad proteja, en primer lugar, un interés privado y también, en segundo lugar, un interés público, o el caso en el que la finalidad protectora de la nulidad se encuentre indeterminada, debe conducir a la calificación de la nulidad absoluta. De modo similar CHANTEPIE/LATINA se manifiestan; indican que la teoría moderna de las nulidades no soluciona todos los problemas de delimitación entre nulidad absoluta y relativa, pues a veces es difícil determinar *a priori* si la regla violada se destinaba a proteger el interés general o el particular; además de que la norma, más allá de proteger los intereses particulares, puede preservar el interés general (una regla puede prever múltiples objetivos, mezclando la protección de los intereses particulares y del general); y dado que la nulidad relativa tiene lugar cuando la regla infringida tiene «solo» por objeto la salvaguarda del interés privado, la nulidad debe ser absoluta si la regla infringida prevé la preservación del interés de una parte y del general, con lo que, potencialmente, el campo de las nulidades relativas puede reducirse drásticamente [«Comentario del artículo 1179 *Code v.o.*» (2016) núm. 473, p. 395; v. también *op. cit.*, núm. 472 pp. 393-395, y núm. 464, pp. 385-387]. Por último, CABRILLAC, que también se refiere a la doctrina clásica, y a Japiot y Gaudement (teoría

objeto de la obligación puede consistir en una prestación presente o futura y debe ser posible y determinable. En el Rapport au Président de la République se recuerda, que «conformément au droit positif, que l'objet de l'obligation peut être présent ou futur, et qu'il doit être possible, déterminé ou déterminable, conformément aux principes actuels du code civil (article 1163)» (cursiva mía)⁹⁶⁸.

Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que si, según el artículo 1128.3.º *Code v.o.*, es condición de validez *del contrato* tener un «*contenu certain*», ¿cómo tratar y calificar la hipótesis en la *que el objeto de la prestación (de la obligación del contrato) sea* indeterminada o *impossible* (art. 1163 *Code v.o.*)?⁹⁶⁹ A su parecer, puede considerarse, por contagio, que *la ausencia de objeto en la obligación*, su indeterminación o *su imposibilidad* conducen a *la ausencia de contenido del contrato*, lo cual, *solo en sí mismo*, justifica la nulidad con fundamento en el artículo 1128.3.º *Code v.o.*⁹⁷⁰ Añaden, que esa solución merece cierta explicación *para los contratos sinalagmáticos*, pues si la ausencia de objeto en una de las obligaciones conduce a *su nulidad*, resta por justificar la caída de la otra obligación (y la del contrato en su totalidad) por continuar la otra obligación con objeto, y precisamente aquí se constata la vinculación entre el objeto y la causa, pues la caída de (todo) el contrato se explica gracias al

moderna), indica, teniendo presente al artículo 1179 *Code v.o.*, la subsunción en la nulidad relativa de los vicios del consentimiento, de la lesión, de la incapacidad, y de la ausencia de contraprestación, y la nulidad absoluta para el contenido o fin ilícito; pero añade, que la ausencia de un criterio general que permita delimitar las reglas de interés general y las de interés privado deja que, a veces, sobreviva en la jurisprudencia el antiguo criterio de distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa fundado en la gravedad del vicio que afecta al acto: «les nullités pour vice de forme, défaut de consentement, ou absence d'un élément essentiel du contrat sont en général considérées comme absolues» [(2016) núm. 102, p. 100]. Para la teoría de las nulidades *antes* de la reforma, FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 322 ss., pp. 329 ss. (v. núm. 325, p. 332, sobre el criterio empleado por la teoría clásica de las nulidades para distinguir entre nulidad absoluta/nulidad relativa); de gran interés MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núms. 707-708, pp. 349-351; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núms. 206-208, pp. 159-161.

⁹⁶⁸ En la misma línea, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 264; v. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) núm. 408, pp. 333-334. Acerca de que el contenido *del contrato* deba ser posible (art. 1163.II *Code v.o.*), CABRILLAC apunta que la reforma «reprend une solution antérieure): la vente de la lune aurait par exemple un objet impossible» [(2016) núm. 80, p. 80]; sobre el objeto que no existe, CABRILLAC señala que ello no puede en principio formar parte del contenido del contrato (cfr. art. 1601 *Code civil*), si bien a tal exigencia hay que señalarle que el artículo 1163.I *Code v.o.* prevé que la obligación puede tener una prestación futura (solución anterior), y que las partes pueden concluir una «convention aléatoire, dont on n'est pas sûr que l'objet existe ou existera» [(2016) núm. 81, p. 80].

⁹⁶⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 264.

⁹⁷⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 264; continúan: «Ce détour montre, une nouvelle fois, combien la prétendue substitution du "contenu" à l' "objet" est factice et combien l'ordonnance, absorbée par son souci de changer les mots, n'a pas assuré en aval le suivi technique et notamment la coordination de l'objet (mentionné dans cet article 1163) et du contenu» (*op. cit.*, p. 264).

indefectible lazo que la causa establece entre las (dos) obligaciones⁹⁷¹. Y hoy, esa misma explicación es también necesaria, pues razonándose en términos de contenido, resta por justificar cómo la desaparición de solo una parte del contenido del contrato –la ausencia o indeterminación de una de las dos obligaciones– conduce a la nulidad de todo el contrato⁹⁷². El artículo 1169 *Code v.o.*, en nombre de la causa pero sin nombrarla, permite –según Deshayes/Genicon/Laithier– tomar el relevo, conduciendo a las mismas soluciones existentes con anterioridad a la reforma⁹⁷³.

Y en la fase previa a la presente reforma del Derecho francés de 2016⁹⁷⁴ y en lo que interesa:

[A] El *AP Catala*. – [A.1] Artículos. – [A.1.1] Artículo 1108 *AP Catala*: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention:

- le consentement des parties contractantes;
- leur capacité de contracter;
- un objet qui forme la matière de l’engagement;
- une cause justifiant l’engagement.

S’y ajoute, pour l’acte accompli par le représentant d’une partie, le pouvoir d’agir au nom de celle-ci.

La forme des conventions est exposée aux articles 1127 et suivants» (cursiva mía).

[A.1.2] Artículo 1121-2 *AP Catala*: «La chose qui forme la matière de l’engagement doit être licite.

Elle doit être possible et exister au moment de la formation du contrat.

Néanmoins, les choses futures peuvent être l’objet d’une obligation» (cursiva mía).

[A.1.3] Artículo 1122 *AP Catala*: «L’illicéité de l’objet entache la convention de nullité absolue.

L’absence d’objet est sanctionnée par une nullité relative» (cursiva mía).

⁹⁷¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) pp. 264-265.

⁹⁷² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 265.

⁹⁷³ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 265; artículo 1169 *Code v.o.*: «Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s’engage est illusoire ou dérisoire». CHANTEPIE/LATINA se limitan a indicar que la exigencia de una «prestación présente» debe entenderse que comprende una prestación «existente»; por ejemplo, la cosa objeto de la obligación debe existir cuando el acuerdo de las voluntades; si dicha cosa ha perecido totalmente, la venta es nula (art. 1601.I *Code civil*); por el contrario, si la misma desaparece en el intervalo que precede a su entrega, el contrato se habrá formado, desplazándose la cuestión a los «effets» del contrato [«Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) núm. 411, pp. 335-336].

⁹⁷⁴ *Supra* nota 32.

[A.2] *Comentario.*– Huet/Cabrillac señalan que el *AP Catala* conserva la posibilidad de que una *cosa futura* pueda ser objeto de obligación (art. 1121-2.III) y que, a modo de enlace, se añade un artículo que indica las cualidades necesarias del objeto: este debe ser lícito, posible y existir en el momento de la formación del contrato (art. 1121-2)⁹⁷⁵. Igualmente, se incorpora un artículo que precisa las *sanciones*, distinguiendo la ilicitud del objeto a la que se aplica la nulidad absoluta, y la ausencia de objeto (a la que se aplica la nulidad relativa; art. 1122 *AP Catala*)⁹⁷⁶.

[B] El *P. Terré.*– [B.1] *Artículos.*– [B.1.1] Artículo 13 *P. Terré*: «Trois conditions sont essentielles pour la formation d'un contrat:

- le consentement des parties contractantes;
- leur capacité de contracter;
- *un contenu certain et licite*» (cursiva mía).

[B.1.2] Artículo 60 *P. Terré*: «L'obligation a pour objet une prestation consistant à faire ou à ne pas faire.

L'objet de l'obligation est actuel ou futur, déterminé ou déterminable.

L'objet de l'obligation peut être déterminé unilatéralement, dès lors que les modalités de détermination ont été précisément fixées par le contrat et qu'il est fait usage de cette faculté de manière raisonnable» (cursiva mía).

[B.2.] *Comentario.*– [B.2.1] Según Houtcieff, *las características del objeto de ser cierto y posible se descartaron por redundantes y conllevar complejidad*⁹⁷⁷. Apunta, que *tradicionalmente* el deudor no puede más que prometer, válidamente, una prestación posible (*impossibilium nulla obligatio*) y que el contrato, con objeto de prestación imposible, es *nulo y de nulidad absoluta*; además, *la imposibilidad ha de ser absoluta y perpetua* (definitiva)⁹⁷⁸. Y que, antiguas decisiones admitieron que si la ejecución del contrato era imposible *para el deudor*, pudiendo *otro* ejecutarlo, el contrato *no es nulo*⁹⁷⁹. Las anteriores distinciones *son, en la práctica, difíciles de tener en cuenta*⁹⁸⁰.

Sentado lo anterior, Houtcieff apunta *la tendencia hacia la validez del contrato*; así, el artículo 4:102 PECL (*supra* [14] ss.) y

⁹⁷⁵ HUET/CABRILLAC (2005) p. 24.

⁹⁷⁶ HUET/CABRILLAC (2005) p. 24. V. CABANILLAS SÁNCHEZ, *ADC* (2012) p. 1789.

⁹⁷⁷ HOUTCIEFF (2009) p. 189; a la afirmación del texto precede: «Une fois admis le principe du maintien de l'objet de l'obligation ainsi défini, le groupe de travail a dû trancher la question du maintien ou non de ses caractères classiques, selon lesquels, comme on sait, l'objet doit exister, être possible, utile, certain, déterminé et licite./ La rédaction adoptée a notablement simplifié cette nomenclature, puisque selon l'aliéna adopté, "l'objet de l'obligation est actuel ou futur, déterminé ou déterminable» [art. 60.II *P. Terré*]» (*op. cit.*, p. 189).

⁹⁷⁸ HOUTCIEFF (2009) p. 190.

⁹⁷⁹ HOUTCIEFF (2009) p. 190; continúa: «un peintre ne peut se prétendre déchargé de l'obligation de fournir un tableau faute d'inspiration» (*op. cit.*, p. 190).

⁹⁸⁰ HOUTCIEFF (2009) p. 190; continúa: «Beaucoup d'auteurs classiques ont développé des théories tendant à distinguer, par exemple, les choses impossibles naturellement et légalement. Malgré ces subtilités – ou peut-être à cause d'elles– le contentieux paraît assez pauvre» (*op. cit.*, p. 190).

el Derecho alemán *tras* su reforma de 2002 [§ 311a (1) BGB]⁹⁸¹. Y que, *a algunos miembros del grupo* la solución de la validez del contrato les parecía la más deseable; además, el deudor parece culpable de vincularse al cumplimiento de una prestación que no puede cumplir: «il est donc plus équitable qu'il soit sanctionné au lieu de pouvoir bénéficier d'une nullité du contrat» (cursiva mía)⁹⁸². *Parte del grupo* era favorable a que se reafirmara expresamente el principio de que la posibilidad del objeto de la obligación es una *condition, precisándose que la imposibilidad no puede entrañar la nulidad del contrato*⁹⁸³. *Sin embargo, esa solución no consiguió la adhesión*⁹⁸⁴. Se la reprochaba que proponía una solución exageradamente materialista de la obligación, despreciando su fundamento profundamente «voluntarista»⁹⁸⁵. Además, *la cuestión debía tratarse en el terreno de la nulidad del contrato y no en el marco del objeto del contrato*⁹⁸⁶. En suma, «[t]oute référence à la possibilité de l'objet a donc finalement été écartée» (cursiva mía)⁹⁸⁷.

[B.2.2] En relación con que «[l]'objet de l'obligation est actuel ou futur» del artículo 60.II *P. Terré*, Houtcieff señala que supone una «modernisation de la notion d'existence»⁹⁸⁸. Apunta, que señalar diferentes características del objeto y la exigencia misma de un objeto en la obligación *implica que aquél exista*, e «[i]l a donc paru inutile de préciser ce point dans la rédaction d'une disposition consacrée à l'objet»⁹⁸⁹. E incluso puede cuestionarse la oportunidad de incluir una regla que disponga que el contrato puede recaer sobre cosas futuras, pues puede operarse con *ubi lex non distinguit...*⁹⁹⁰ Pero, la indicación de que el objeto de la obligación puede ser futuro es *tan clásica, que su desaparición puede interpretarse como un cambio, y de ahí que se haya propuesto «d'affirmer expressément que l'objet de l'obligation pouvait être actuel ou futur, ce qui évite l'imprécision à laquelle conduit l'idée "d'existence"»*⁹⁹¹.

[C] El *Projet d'Ordonnance de la Chancellerie de 2015 (P. Ord. 2015)*.-[C.1] *Artículos*.-[C.1.1] Artículo 1127 *P. Ord. 2015*: «Sont nécessaires à la validité d'un contrat:

- 1.º Le consentement des parties;
- 2.º Leur capacité de contracter;
- 3.º *Un contenu licite et certain*» (cursiva mía).

[C.1.2] Artículo 1162 *P. Ord. 2015*: «*L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.*

⁹⁸¹ HOUTCIEFF (2009) pp. 190-191 y nota 34 en p. 191. Para la imposibilidad inicial en el Derecho alemán, RIBOT IGUALADA, *supra* nota 801.

⁹⁸² HOUTCIEFF (2009) p. 191.

⁹⁸³ HOUTCIEFF (2009) p. 191.

⁹⁸⁴ HOUTCIEFF (2009) p. 191.

⁹⁸⁵ HOUTCIEFF (2009) p. 191.

⁹⁸⁶ HOUTCIEFF (2009) p. 191.

⁹⁸⁷ HOUTCIEFF (2009) p. 191.

⁹⁸⁸ HOUTCIEFF (2009) p. 193.

⁹⁸⁹ HOUTCIEFF (2009) p. 193.

⁹⁹⁰ HOUTCIEFF (2009) p. 193.

⁹⁹¹ HOUTCIEFF (2009) p. 193.

Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties» (cursiva mía; comp. con el tenor literal del art. 1163 *Code v.o.*).

[C.2] *Comentario.*— Según Savaux, que la prestación (el objeto) de la obligación pueda ser *presente o futura* (art. 1162.I *P. Ord. 2015*) es regla indiscutida⁹⁹². Además, la prestación debe ser *possible*⁹⁹³. El autor recuerda que el *AP Catala* y todos los proyectos gubernamentales formularon la característica de la posibilidad de la prestación, lo que no hacen el *P. Terré* (anterior [B]) y los textos europeos (art. 4:102 PECL, II.-7:102 DCFR; *supra* [14] ss., [32] s., respectivamente)⁹⁹⁴. Reconoce que, efectivamente, no es útil anular el contrato cuando la imposibilidad de ejecutarlo, o de disponer del bien, es temporal o eventual, pues la suerte del contrato puede reglarse en el terreno del incumplimiento («de l'inexécution»)⁹⁹⁵. Pero cuando esas imposibilidades son irremediables, como en la pérdida total de la cosa vendida, la nulidad se impone⁹⁹⁶. En consecuencia, la condición de que la prestación (el objeto) de la obligación sea posible ha de mantenerse para esos solos casos, cuya caracterización corresponde al juez⁹⁹⁷. Y propone: «Art. 1162.-[pas de changement]»⁹⁹⁸.

2. EL ERROR

2.1 El error antes de la *Ordonnance* n.º 2016-131

2.1.1 EL ERROR VICIO (L'ERREUR, VICE DU CONSENTEMENT)⁹⁹⁹. EL ERROR DE CÁLCULO (ERREUR MATÉRIELLE)

[276] Interesa el artículo 1110 *Code v.a.*, a partir del cual *la jurisprudencia* ha llevado a cabo *una amplia construcción*. Reproduciré asimismo el artículo 1109 *Code v.a.*

⁹⁹² SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

⁹⁹³ SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

⁹⁹⁴ SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

⁹⁹⁵ SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

⁹⁹⁶ SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

⁹⁹⁷ SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23. V. CABANILLAS SÁNCHEZ para el entonces Proyecto de la Cancillería, *ADC* (2012) p. 1793.

⁹⁹⁸ SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015), p. 26.

⁹⁹⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan, que tradicionalmente se distinguen dos tipos de error: «Les plus graves, *détruisant* le consentement, empêchent la formation même du contrat: ce pourquoi l'on parle souvent d'erreur-obstacle./ Celles qui sont de gravité moyenne ne font, au contraire, que *vicier* le consentement; ce sont d'ailleurs les seules que le Code civil envisage expressément» [cursiva del original; (2014) pp. 191-192]. *Supra* nota 668.

Artículo 1109 *Code v.a.*: «Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol».

Artículo 1110 *Code v.a.*: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention».

[277] El error *es una falsa apreciación de la realidad*, consistente en *crear* verdadero lo falso, o lo contrario¹⁰⁰⁰ y sin él, el que se equivocó no habría contratado (carácter determinante)¹⁰⁰¹. En cambio, si el contrato se celebró aceptando su carácter aleatorio, el error no opera (asunto *Fragonard*)¹⁰⁰². En el error, el momento jurídicamente relevante es el de la *celebración del contrato*¹⁰⁰³. La sanción del error relevante es la *nullidad relativa*, invocable *solo* por el contratante que lo cometió¹⁰⁰⁴.

[278] Sobre la fórmula «*lorsqu'elle* [el error] *tombe sur la substance même de la chose*» (art. 1110.I *Code v.a.*), Flour/Aubert/Savaux señalan que puede interpretarse de dos formas. Una *objetiva*, en que la *sustancia* designa la *materia* de la que se compone la cosa¹⁰⁰⁵. Y otra *subjetiva*, que designa la *cualidad* sustancial; *es decir, la cualidad de la cosa que las partes han tenido principalmente en cuenta* (Pothier); y «[p]lus précisément, on dira: c'est la qualité qui a déterminé le consentement de l'une des parties, de telle sorte que celle-ci ne se serait pas engagée si elle avait su que

¹⁰⁰⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 193, p. 189; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 497, p. 251.

¹⁰⁰¹ BÉNABENT, que añade «(soit pas du tout, soit pas aux mêmes conditions)» [(2010) núm. 82, p. 66].

¹⁰⁰² MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 501, p. 254, y en nota 21, p. 254: «*en vendant ou en achetant en 1933 une œuvre attribuée à Fragonard, les contractants ont accepté un aléa sur l'authenticité de l'œuvre, les héritiers de l'errans ne rapportant pas la preuve, qui leur incombe, que leur auteur a consenti à la vente sous l'empire d'une conviction erronée quant à l'auteur de celui-ci*» (cursiva del original). Según BÉNABENT: «On dit que "*l'aléa chasse l'erreur*", formule frappante qui n'est d'ailleurs pas tout à fait exacte: il en déplace plutôt l'objet car il en irait différemment, de manière logique, si l'une des parties ignorait qu'il y eût un aléa ou inversement croyait à tort qu'il y en avait un, ou encore si son erreur portait sur un élément d'appréciation de cet aléa» [(2010) núm. 79, p. 64, v. desde p. 63]. CABRILLAC (2016) núm. 56, p. 64.

¹⁰⁰³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 193, p. 190, v. p. 191; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 82, p. 66.

¹⁰⁰⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) p. 194; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 84, p. 67 («la nullité du contrat, que seule peut demander la victime de l'erreur»).

¹⁰⁰⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 196, p. 194; añaden: «[u]n *exemple* de Pothier est célèbre. Le contrat est nul si l'on achète des flambeaux que l'on croit être en argent, et qui sont en bronze argenté» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, núm. 196, p. 194); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 500, p. 253; CABRILLAC (2016) núm. 59, p. 65.

cette qualité n'existait pas» (cursiva del original)¹⁰⁰⁶. Los autores afirman, que la «substance» *debe entenderse en sentido subjetivo*, lo que es conforme con la intención de los codificadores y con la jurisprudencia¹⁰⁰⁷. Lo anterior implica *la imposibilidad de establecer una lista cerrada de anulaciones*, concibiendo la jurisprudencia la noción de cualidad sustancial *de forma muy amplia*¹⁰⁰⁸.

A su vez, esa interpretación *subjetiva* de la sustancia del artículo 1110.I *Code v.a.* puede entenderse de dos modos. *Uno* busca la cualidad que *individualmente* determinó *al contratante que erró* –apreciación *in concreto*–; el *otro* busca la cualidad considerada como determinante *en la opinión común* –apreciación *in abstracto*–¹⁰⁰⁹. Flour/Aubert/Savaux señalan, *que el factor psicológico del error ordena acoger la apreciación in concreto*, y que la jurisprudencia acoge la misma, al menos implícitamente¹⁰¹⁰.

Puesto que el error recae sobre una cualidad sustancial, *poco importa* que el error recaiga *sobre la prestación recibida* (v.gr., la recibida por el comprador) o *sobre la prestación suministrada por el que erró* (v.gr., la entregada por el vendedor; asunto *Poussin*)¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 196, p. 194; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 500, p. 253; CABRILLAC (2016) núm. 59, pp. 65-66.

¹⁰⁰⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 197, p. 195. Con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 78, p. 62. V. CABRILLAC (2016) núm. 59, p. 66.

¹⁰⁰⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 197, p. 195; continúa: «[p]arfois, c'est la substance matérielle qui est prise en considération: un bijou ou des couverts en argent sont plus attirants qu'en métal argenté. Parfois, c'est la qualité d'où la chose tient sa valeur artistique: un meuble ancien est plus recherché qu'une copie. Parfois, c'est l'aptitude de la chose à remplir l'usage auquel on la destine: comme la constructibilité d'un terrain» (*op. cit.*, núm. 197, p. 195); CABRILLAC (2016) núm. 59, pp. 66-67.

¹⁰⁰⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 198, p. 197; añaden: «[d]ans l'un et l'autre cas, on fera bien une recherche psychologique au conditionnel passé; mais cette recherche sera appliquée à un homme dans le premier cas, à la moyenne des hommes dans le second» (*op. cit.*, núm. 198, pp. 197-198, cursiva del original); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 500, p. 253.

¹⁰¹⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 198, p. 198, e indican: «il s'agit de savoir ce qu'aurait fait, sans l'erreur, celui qui a contracté; non ce qu'aurait fait une sorte d'individu standard, placé dans les mêmes conditions» (*op. cit.*, núm. 198, p. 198); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 500, pp. 253-254; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 78, pp. 62-63.

¹⁰¹¹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 199, p. 199; «[l]e premier cas est le plus fréquent, et c'est celui sur lequel on a, jusqu'ici, exclusivement raisonné: la plupart des ventes arguées de nullité à ce titre le sont parce que l'acheteur s'est trompé sur les qualités de l'objet. Mais il n'y pas de raison pour que la solution ne soit pas la même lorsque c'est le vendeur qui a inexactement apprécié la réalité: qui, par exemple, s'est mépris, à son désavantage, sur la superficie du terrain vendu, ou qui a ignoré le caractère artistique ou l'authenticité de la chose dont il se dessaisissait» (*op. cit.*, núm. 199, p. 199, cursiva del original). También MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 504, pp. 255-256, y en nota 31, en p. 256, señalan que el caso más característico es el asunto *Poussin*: «“en matière de ventes publiques d'œuvres d'art sur catalogue contenant certification d'expert, l'attribution de l'œuvre constitue tant pour le vendeur que pour l'acheteur une qualité substantielle de la chose vendue”. Un particulier, amateur éclairé, avait mis aux enchères publiques un tableau qu'une tradition familiale disait être l'œuvre de Poussin; sur l'avis de l'expert, le catalogue l'attribua au contraire à l'école des Carrache; le Musée du Louvre, après l'avoir acquis à petit prix en exerçant son droit de préemption, déclara qu'il s'agissait

[279] El error puede ser *de hecho y de derecho*¹⁰¹² (y este último debe recaer sobre la sustancia de la cosa; sin el error, el interesado no habría contratado)¹⁰¹³.

[280] En cuanto al error *sobre la persona*, en los *contratos usuales* es normalmente *indiferente* la persona del cocontratante –«peu importe à qui l'on vend, à qui l'on achète»– *salvo* que su consideración haya sido la causa principal de la *convention* (contrato *intuitu personae*)¹⁰¹⁴. Flour/Aubert/Savaux diferencian el contrato a título gratuito –en el que *siempre* hay *intuitu personae* –¹⁰¹⁵, y el a título oneroso –en el que *a veces* hay *intuitu personae*–¹⁰¹⁶. El error sobre la persona puede recaer sobre la *identidad* del cocontratante¹⁰¹⁷, o sus *cualidades*¹⁰¹⁸.

[281] El error *sobre el valor* es *indiferente* para la validez del contrato (se está ante una *lésion*, excepcionalmente causa de nulidad)¹⁰¹⁹.

d'un *Poussin*; la vente a été annulée pour cause d'erreur sur la substance commise par le vendeur» (cursiva del original). Y BÉNABENT (2010) núm. 78, p. 62, y CABRILLAC (2016) núm. 59, p. 67.

¹⁰¹² FLOUR/AUBERT/SAVAUX: «Il n'y a pas davantage à distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. L'adage célèbre, selon lequel "nul n'est censé ignorer la loi", ne fait pas obstacle à la prise en considération de la seconde. Il signifie seulement qu'une personne ne peut prétendre échapper à l'application de la loi sous le prétexte qu'elle l'ignore: elle y sera soumise de toute façon. Le problème de l'influence d'une erreur de droit sur la validité du contrat est tout différent: il s'agit de savoir si le consentement a été vicié ou non. Or, du point de vue psychologique, il peut l'être tout autant par une opinion juridique inexacte que par la méconnaissance d'un élément de fait» [(2014) núm. 200, pp. 199-200]; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 499, p. 252.

¹⁰¹³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 200, p. 200.

¹⁰¹⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 201, p. 201; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, p. 61.

¹⁰¹⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 201, p. 201; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, p. 61.

¹⁰¹⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX: «Il [*intuitu personae*] existe parfois dans les contrats à titre *onéreux*, notamment dans ceux qui comportent des prestations dont les qualités personnelles du débiteur garantissent, seules, la bonne exécution: commande d'un tableau à un peintre; mandat; société, au moins pour les sociétés dites sociétés de personnes; bail; contrat de travail. Mais il n'y pas de liste limitative. La vente elle-même, type du contrat ordinairement considéré comme purement économique, peut être consentie *intuitu personae*; lorsqu'un crédit est, par exemple, accordé à l'acheteur, la solvabilité de celui-ci devient décisive» [(2014) núm. 201, pp. 201-202, cursiva del original]; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, p. 61.

¹⁰¹⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 202, p. 202; «croyant traiter avec un individu, on s'est engagé envers un autre, en raison, par *exemple*, d'une homonymie inaperçue» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, núm. 202, p. 202); con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, p. 61.

¹⁰¹⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX: «[p]lus souvent, la personne est bien celle que l'on pensait; et on lui a simplement attribué des *qualités* qu'elle n'avait pas. Cela suffit à rendre le contrat annulable s'il s'agit de qualités *essentiels*, susceptibles d'avoir déterminé le consentement: point qui sera lui-même apprécié en fonction tant de la nature du contrat que de la psychologie individuelle de celui qui s'est ainsi mépris. Suivant les cas, on pourra tenir compte d'une erreur sur le talent, la compétence, l'honorabilité, l'indépendance d'esprit et l'impartialité, la solvabilité ...» [(2014) núm. 202, p. 202]; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, pp. 61-62.

¹⁰¹⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203, p. 203; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 505, p. 256; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 80, p. 64.

Ahora bien, aquél es causa de nulidad *si deriva de un error sobre la sustancia* (por ejemplo, de un error sobre la autenticidad del cuadro o del mueble)¹⁰²⁰. Solo el *error espontáneo* sobre el valor no es causa de nulidad, *pues si fue provocado por maniobras o engaños, puede entrañarlo por dolo*.¹⁰²¹

Es también *indiferente* para la validez del contrato el error *sobre la rentabilidad económica de una operación*¹⁰²². Y es causa de nulidad *si realmente deriva de un error sobre la sustancia*; igualmente es causa de nulidad, *si no fue un error espontáneo, sino provocado por dolo o reticencia de la otra parte*¹⁰²³.

[282] Para el error *sobre el motivo*, Flour/Aubert/Savaux, con apoyo en el artículo 1110 *Code v.a.*, diferencian lo siguiente. *Uno*, el error sobre el motivo determinante *que recae sobre las cualidades del objeto o de la persona*; por ejemplo, la compra, por el comprador, de una casa *para habitarla*, casa a punto de destruirse por insalubridad –su error sobre el motivo determinante consiste en que la cosa es impropia para el uso al que le interesaba destinarla; *hay error sobre la sustancia*–¹⁰²⁴. *El otro*, el error sobre el motivo determinante *extraño* a las cualidades del objeto o de la persona y que permanece *exterior* a los elementos constitutivos del contrato; por ejemplo, el funcionario espera próximamente ser destinado a una ciudad y por ello compra una casa *para habitarla*; si resulta que ello no sucede, el error sobre su motivo determinante *no es sobre las cualidades de la cosa, y el contrato es válido*¹⁰²⁵. Pero la

¹⁰²⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203, p. 203; y «[e]n d'autres termes, la seule erreur qui ne soit pas sanctionnée est l'erreur *directe* sur la valeur, c'est-à-dire "l'appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes": et ce, par opposition à l'erreur *indirecte*, où la méprise a porté, d'abord, sur les données. Celui qui, possédant un tableau de maître et le sachant tel le vend néanmoins un prix infime parce qu'il n'a aucune idée des cours, comment, sur la valeur, une erreur directe; il ne peut pas agir en nullité. Celui qui conclut l'opération au même prix parce qu'il croit vendre une copie comment, sur la valeur, une erreur indirecte due à son erreur sur la substance; il peut faire annuler son contrat» (cursiva del original; *op. cit.*, núm. 203, p. 203).

¹⁰²¹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203, p. 204; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 511, p. 261; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 85, p. 68 (además, tras definir al dolo vicio del consentimiento, dice: «Il y a donc *erreur provoquée*», cursiva del original) y núm. 88-1, p. 72.

¹⁰²² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203-1, p. 204. MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK señalan que, durante bastante tiempo, el error sobre la rentabilidad económica ha sido considerado indiferente, si bien, en el contrato de distribución, puede ser un error que recaiga sobre las cualidades sustanciales y por ello causa de nulidad, si el cesionario había creído que la explotación tenía una rentabilidad mínima [(2015) núm. 505, pp. 256-257, y en nota 35, en p. 257, se refieren al contrato de franquicia].

¹⁰²³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203-1, pp. 204-205; y «[e]nfin, la demande de nullité qui ne peut pas aboutir sur le fondement de l'erreur aurait peut-être pu, un temps, réussir sur le fondement de l'absence de cause. Mais la jurisprudence la plus récente marque sur ce point un certain repli» (*op. cit.*, núm. 203-1, p. 206).

¹⁰²⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 204, p. 206.

¹⁰²⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 204, p. 206; v. BÉNABENT (2010) núm. 81, p. 65.

ausencia de satisfacción de un motivo determinante *exterior puede* entrañar la nulidad del contrato, *si hay una estipulación expresa que produce su entrada en el campo contractual, erigiéndose en condición*¹⁰²⁶. El error sobre el motivo *también* entraña la nulidad del contrato si fue fruto de un *dolo*¹⁰²⁷.

[283] Si el error es fruto de una ligereza o negligencia excesiva (*error inexcusable*), el contrato se mantiene (requisito introducido por la jurisprudencia para la relevancia del error)¹⁰²⁸. La inexcusabilidad se aprecia *in concreto* (en función de las capacidades personales del interesado, en particular de su competencia profesional)¹⁰²⁹. *Pero* la jurisprudencia admite que *no hay error inexcusable, si es consecuencia de un dolo, en particular de una reticencia, y cuando se trata de un error obstáculo*¹⁰³⁰. La jurisprudencia admite que *hay una obligación de informarse* que recae, con intensidad variable, en todo contratante y que pone un límite a la sanción del error sobre la sustancia¹⁰³¹.

[284] *Finalmente*, Flour/Aubert/Savaux tratan del *error común*: «faut-il que le cocontractant ait connu les raisons qui ont déterminé le consentement de la victime de l'erreur? La prétendue erreur commune n'est que la *connaissance*, par l'une des parties, du *caractère substantiel* que présentait, pour l'autre, la qualité sur laquelle celle-ci s'est méprise»¹⁰³². Y al respecto, la *doctrina* se encuentra *dividida* –para algunos el error no se considera *sino cuando* recae sobre una «qualité convenue»– y la *jurisprudencia* es *poco clara*, tendiendo a exigir el error común –sin imponerlo expresamente, los fallos que pronuncian la nulidad revelan frecuentemente que las razones por las que se decidió quien erró, eran conocidas por su cocontrante–¹⁰³³. *Flour/Aubert/Savaux consideran discutible que el error haya de ser común*¹⁰³⁴.

¹⁰²⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 204, p. 207; «[...] Il ne suffit pas que le cocontractant en ait eu connaissance, celle-ci ne pouvant à elle seule établir un accord de volonté» (*op. cit.*, núm. 204, p. 207); «L'exigence d'une stipulation expresse est destinée à éviter que la recherche d'une hypothétique condition implicite soit l'occasion d'investigations psychologiques trop périlleuses» (*op. cit.*, núm. 204, p. 207); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 505, p. 256.

¹⁰²⁷ MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 511, p. 261; BÉNABENT (2010) núm. 88-1, p. 72.

¹⁰²⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 206, p. 208, y núm. 205, p. 207; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 506, p. 257; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 83, p. 66, v. hasta p. 67.

¹⁰²⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 206, p. 208.

¹⁰³⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 206, p. 208; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 506, p. 257, y núm. 510, p. 261; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 85, p. 68, y núm. 88-1, p. 72.

¹⁰³¹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 206, p. 208.

¹⁰³² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 208, p. 210.

¹⁰³³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 208, p. 210; CABRILLAC (2016) núm. 63, p. 70.

¹⁰³⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 211.

Entienden que subordinar la anulación al conocimiento de la cualidad buscada, conduce realmente a vaciar, ampliamente, el artículo 1110 *Code v.a.*¹⁰³⁵. Pues, *por un lado*, la nulidad se *descartará* en todos aquellos casos en los que el cocontratante *no ha sido informado* de la cualidad buscada¹⁰³⁶. *Y por otro*, si el cocontratante fue informado de la cualidad buscada, o es una cualidad normalmente sustancial que habría debido saber buscada, la nulidad, o no, del contrato dependerá, según las circunstancias, *de un fundamento distinto* al del error, habiendo diferentes situaciones¹⁰³⁷. Una *primera* es que el cocontratante *ignora* si la cualidad efectivamente buscada existe y el contrato se hace bajo esa confesada incertidumbre, por lo que la nulidad se excluye al no haber un verdadero error; el contrato se celebró conociendo el riesgo de la insatisfacción y asumiéndolo el contratante decepcionado¹⁰³⁸. *Otra segunda situación* es si el cocontratante *sabía* que la cualidad buscada no existía y entonces puede suceder lo siguiente: o informa al contratante, quien pese a todo concluye el contrato, por lo que no podrá quejarse de error, o nada dice al contratante, siendo culpable de un dolo por reticencia (por lo que no se trata de sancionar un error)¹⁰³⁹. Y, «[o]n constate ainsi que, dans ce système [de error común], la nullité pour erreur *stricto sensu*, n'a pratiquement plus aucune place. La considération de données morales –protéger le cocontractant contre une annulation “surprise” du contrat– élimine en fait la prise en compte des pures données psychologiques, l'altération du consentement de celui qui s'est trompé. *On est alors trop loin de la lettre de l'article 1110 pour en respecter encore l'esprit!*» (cursiva mía, salvo *stricto sensu*)¹⁰⁴⁰.

[285] Por último, el *erreur matérielle* (error de cálculo, de cuenta) *no* conlleva la nulidad del contrato, sino que ha de corregirse *si* los elementos de cálculo *han sido conocidos* y *tomados en consideración por las partes*¹⁰⁴¹. Y la parte que, por su culpa, causa el *erreur matérielle* que le perjudica, no puede hacerlo rectificar si la otra parte no ha podido tenerlo en cuenta¹⁰⁴².

2.1.2 EL ERROR OBSTATIVO (L'ERREUR-OBSTACLE)¹⁰⁴³

[286] Tradicionalmente, bajo esa expresión se designa al error «*sur la nature du contract (error in negotio)*» –una de las partes

¹⁰³⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 211.

¹⁰³⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 211; el texto continúa: «pratiquement à chaque fois que celui qui a commis l'erreur n'a pas dit quelle qualité non normalement substantielle il recherchait» (*op. cit.*, núm. 210, p. 211).

¹⁰³⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 211.

¹⁰³⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, pp. 211-212.

¹⁰³⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 212.

¹⁰⁴⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 212.

¹⁰⁴¹ MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 507, p. 258.

¹⁰⁴² MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 507, p. 258.

¹⁰⁴³ *Supra* nota 999.

creyó recibir una donación, la otra, que consintió una venta; una, que compró una casa, la otra, que cedió un arrendamiento—, y al error sobre «*l'identité de la chose*» objeto del contrato (*error in corpore*)—uno quiso vender tal inmueble, su cocontratante comprar otro—¹⁰⁴⁴. Según Flour/Aubert/Savaux, pese al silencio del *Code civil*, no se duda de que tal error supone la nulidad del contrato; Planiol decía que *no hay contrato, hay un malentendido*¹⁰⁴⁵. La *Cour de cassation* ha indicado el no rechazo de la nulidad del contrato por error obstativo porque fuera inexcusable¹⁰⁴⁶.

Con más detalle sobre el régimen de ineficacia, Flour/Aubert/Savaux indican, que «[l]a *doctrine classique* avait tendance à dire qu'il y avait alors *nullité absolue, voire inexistance* du contrat. La *jurisprudence* inclinera plutôt en faveur de la *nullité absolue, s'agissant d'un cas d'absence de consentement*. La *logique* commanderait plutôt une *nullité relative*, avec cette particularité, toutefois, que l'erreur étant par hypothèse commise par les deux parties, chacune d'elles pourrait, en principe, agir en nullité» (cursiva mía; no obstante, v. *infra* [290])¹⁰⁴⁷.

2.2 El error tras la Ordonnance n.º 2016-131: error vicio y error obstativo

[287] Del *error vicio* se ocupan *específicamente* los artículos 1132 a 1136 *Code v.o.* Pero también interesan los artículos 1130 y 1131 *Code v.o.* aplicables al error, al dolo y a la violencia (*normas comunes a los vicios del consentimiento*) y el artículo 1139 *Code v.o.* aplicable al *dolo*. Para el *error obstativo*, la *Ordonnance* no prevé una concreta norma.

[A] Artículo 1130 *Code v.o.*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

¹⁰⁴⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 194, p. 192; «[c]e sont des hypothèses assez rares» (*op. cit.*, núm. 194, p. 192); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 503, p. 255; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 76, p. 61.

¹⁰⁴⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 194, p. 192.

¹⁰⁴⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 194, p. 193; v. desde p. 192; en su opinión, «[l]a solution est discutable car malgré la gravité de la méprise, la victime ne mérite pas plus qu'en cas d'erreur vice du consentement d'être protégée lorsque l'erreur provient de sa faute» (*op. cit.*, núm. 194, p. 193).

¹⁰⁴⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 194, p. 192; v. MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 503, p. 255; con anterioridad, para BÉNABENT: «[c]ette erreur "fait obstacle" à la formation du contrat: le contrat n'existe pas. En principe, il n'est donc même pas nécessaire de faire une action en justice pour demander la nullité» [(2010) núm. 76, p. 61].

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné».

Artículo 1131 *Code v.o.*: «Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat»¹⁰⁴⁸.

[B] Artículo 1132 *Code v.o.*: «L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant».

Artículo 1133 *Code v.o.*: «Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité».

Artículo 1134 *Code v.o.*: «L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Artículo 1135 *Code v.o.*: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité».

Artículo 1136 *Code v.o.*: «L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité».

[C] Artículo 1139 *Code v.o.*: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat».

[288] Siguiendo el orden de los artículos reproducidos:

a) El error vicio vicia el consentimiento si es de tal naturaleza que, sin él, *una de las partes* no habría contratado, o lo habría

¹⁰⁴⁸ Es también norma común a los vicios del consentimiento el artículo 1144 *Code v.o.*: «Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé» (cursiva mía). DESHAYES/GENICON/LAITHIER consideran que mejor hubiera sido fusionar los textos de los artículos 1131 y 1144 *Code v.o.* u ordenar uno inmediatamente después del otro, e indican que la reunión de esos artículos equivalen al artículo 1304 *Code v.a.* [«Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) p. 181]. V. *infra* nota 1090 para el AP *Catala* y el P. *Terré*.

hecho en condiciones sustancialmente diferentes (art. 1130.I *Code v.o.*; el requisito del carácter determinante del error)¹⁰⁴⁹. Según Deshayes/Genicon/Laithier, con la reforma, se diferencia expresamente el carácter *determinante* del error (art. 1130 *Code v.o.*) y su carácter *sustancial* (art. 1132 *Code v.o.*)¹⁰⁵⁰. El carácter *determinante* del error se aprecia teniendo en cuenta las personas y las circunstancias en las cuales el consentimiento se dio (art. 1130.II *Code v.o.*); esto es, se aprecia *in concreto*¹⁰⁵¹. Cfr. *supra* [277] y [278].

b) El error vicio es causa de *nulidad relativa* del contrato (art. 1131 *Code v.o.*)¹⁰⁵² (cfr. *supra* [277]). La reforma no ha reco-

¹⁰⁴⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan la generalización de ese requisito a los vicios del consentimiento, inspirándose en una conocida sentencia relativa al error [*Cass. civ. 28.01.1913*; «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) p. 176]. Con el artículo 1130 *Code v.o.* desaparece la distinción *dolo principal* (permitía la anulación del contrato) e *incidental* (no permitía la anulación, sí la indemnización de daños) del artículo 1116 *Code v.o.* (*infra* nota 1159) Con el artículo 1130 *Code v.o.*, *el dolo con el que no se hubiera contratado y el dolo bajo con el que se hubiera contratado en condiciones sustancialmente distintas permiten la nulidad relativa del contrato*, y surge la cuestión de cuándo se habría contratado en condiciones *no sustancialmente distintas* (que *no* permite la nulidad del contrato, *sino* la reparación de daños) [CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) núm. 296, pp. 242-243; y v. «Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*», *op. cit.*, núm. 330, p. 269]. DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan que la hipótesis del «vice incident» del artículo 1130.I *Code v.o.* no había sido estudiado por la doctrina para el error y la violencia; y se detienen, además, en la dificultad de determinar, para el concreto caso, cuándo se habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes (contrato que puede anularse) y cuándo en condiciones ligeramente diferentes (o en condiciones no sustancialmente diferentes; contrato que no puede anularse; indemnización de daños) (*op. cit.*, pp. 177-178).

¹⁰⁵⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) p. 179; señalan que el análisis debe hacerse en dos pasos: «il faut (...) se demander s'il y a eu erreur déterminante du consentement, *in concreto*, quelle qu'elle soit, pour ensuite regarder si cette erreur porte sur la substance, conventionnelle ou appréciée *in abstracto*» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 179; la misma idea en el «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) pp. 187-188). Diferente opinión, CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) núm. 295, pp. 240-241.

¹⁰⁵¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) p. 179; indican que la expresión de cuándo se dio el consentimiento del artículo 1130 *Code v.o.* es una forma implícita de recordar, conforme con la jurisprudencia anterior, que el carácter determinante del vicio se aprecia cuando se concluyó el contrato y, con esa reserva, se invita al juez a tomar en consideración «toute circonstance de nature à éclairer la psychologie propre de la victime du vice et la spécificité toute particulière de sa délibération interne [...]» (*op. cit.*, p. 180); el juez debe «plonger dans la psychologie intime et toute personnelle de la victime, ce qui révèle une nouvelle fois l'attachement traditionnel du droit français à la volonté interne. S'inscrivant parfaitement dans la lignée de la jurisprudence classique, le texte nouveau interdit que l'appréciation soit portée par référence au modèle abstrait de l'homme moyen et normalement diligent: le juge a l'imperieux devoir de recueillir dans l'espèce tous les indices nécessaires pour personnaliser l'analyse au plus juste et au plus proche de la victime considérée» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 180). V. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) núm. 297, p. 243; CABRILLAC (2016) núm 55, p. 63.

¹⁰⁵² Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, el artículo 1131 *Code v.o.* recoge una solución jurisprudencial antigua y consolidada («bien établie») [«Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) p. 181; en el mismo sentido, CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) núm. 298, pp. 243-244]. V. CABANILLAS SÁNCHEZ, para el entonces Proyecto de la Cancillería, ADC (2012) pp. 1788-1789.

gido la regla del artículo 1183.II *P. Ord. 2015*, de que el contratante «*peut aussi proposer à la victime de l'erreur d'opter pour l'exécution du contrat dans les termes qu'elle avait compris lors de sa conclusion*»¹⁰⁵³.

c) Se admite el error *de hecho* y el *de derecho*¹⁰⁵⁴, si el error recae sobre las cualidades esenciales de la prestación debida o sobre aquellas del cocontratante y no es inexcusable (art. 1132 *Code v.o.*). Deshayes/Genicon/Laithier señalan que la codificación en *modo negativo* de una de las «causes jurisprudentielles classiques d'exclusion de l'erreur» —«à moins qu'elle ne soit inexcusable» del art. 1132 *Code v.o.*— tiene su importancia¹⁰⁵⁵. Significa que el carácter excusable del error *no* es una condición para su admisión (si lo fuera, el *errans* habría de probarlo), sino que más bien el carácter inexcusable del error puede jugar *como medio de defensa a disposición del cocontratante del que erró* (este tiene la carga de su prueba)¹⁰⁵⁶. El carácter excusable del error se aprecia *in concreto* (en relación con el *errans*)¹⁰⁵⁷. Cfr. *supra* [279], [283].

d) Las *cualidades esenciales de la prestación debida* sobre las que el error puede recaer (art. 1132 *Code v.o.*) *son las expresa o tácitamente convenidas y en consideración a las cuales las partes contrataron* (art. 1133.I *Code v.o.*). Chantepeie/Latina apuntan que se ha consagrado la opinión de quienes, para que el error conlleve la nulidad, es preciso que recaiga sobre una cualidad *convenida* entre las partes, cualidad que podía convenirse tácitamente¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵³ Lo destacan DESHAYES/GENICON/LAITHIER [«Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) p. 182, v. desde p. 181], y CHANTEPIE/LATINA [«Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) núm. 300, p. 245]; sobre el artículo 1183.II *P. Ord. 2015*, WICKER/BOUCARD, *SJ, Supplément* (2015) p. 35.

¹⁰⁵⁴ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 311, pp. 253-254.

¹⁰⁵⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1132 *Code v.o.*» (2016) p. 185.

¹⁰⁵⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1132 *Code v.o.*» (2016) p. 185.

¹⁰⁵⁷ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 312, p. 254; CABRILLAC (2016) núm. 62, pp. 69-70.

¹⁰⁵⁸ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 305, p. 249; indican que la finalidad del artículo 1133 *Code v.o.* es evitar que el contratante pretenda, *a posteriori*, haber tenido en cuenta una cualidad que estimaba esencial para desvincularse del contrato con el fin de salir ileso, y «[l]'exigence d'une qualité convenue, au moins implicitement, permet d'objectiver la délimitation de l'erreur spontanée prise en compte par le droit» (*op. cit.*, p. 249). DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) p. 187; estos apuntan, además, que la determinación subjetiva de las cualidades *convenidas* deja en la sombra el anterior acercamiento objetivo a la noción de «substance» de la cosa (del art. 1110 *Code v.a.*) que permitiría incluir todas las cualidades sobre las que no había tenido lugar, propiamente hablando, el acuerdo, en tanto que eran cualidades evidentes y necesariamente esperables por cada uno de los contratantes al encontrarse asociadas, por naturaleza, a la misma identidad y utilidad de la cosa; dicho eso, consideran que esas cualidades objetivas pueden sin dificultad incluirse en las cualidades «tacitement convenues» (*op. cit.*, p. 188).

(cfr. *supra* [284]¹⁰⁵⁹). Además, el artículo 1133.I *Code v.o.* señala que las partes han de haber contratado en consideración a la cualidad convenida (expresa, tácitamente) y Chantepie/Latina plantean qué sucede si *una* sola de ellas contrató en consideración a una cualidad que él estimaba esencial, *habiéndolo sabido su cocontratante*, y al respecto responden que, con la literalidad del artículo 1133.I *Code v.o.*, esa cualidad *no ha de considerarse esencial*; entienden que el conocimiento por el otro contratante debería ser suficiente para permitir la nulidad en caso de error¹⁰⁶⁰.

El artículo 1133.II *Code v.o.* admite que el error, que puede causar la nulidad, recaiga *sobre la prestación de una o de la otra parte contratante*¹⁰⁶¹ (cfr. *supra* [278]). Y según el artículo 1133.III *Code v.o.*, la *aceptación* de una cualidad *aleatoria* de la prestación *excluye el error sobre dicha cualidad*¹⁰⁶² (cfr. *supra* [277]).

e) El error que recae sobre las cualidades esenciales del cocontratante (art. 1132.I *Code civil*) *solo* es causa de nulidad en los *contratos concluidos en consideración a la persona* (contratos *intuitu personae*; art. 1134 *Code v.o.*)¹⁰⁶³. Cfr. *supra* [280].

¹⁰⁵⁹ Y v. FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, nota 4 en p. 211.

¹⁰⁶⁰ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 306, pp. 249-250; los autores destacan que en el artículo 1133. I *Code v.o.* no se sigue al AP *Catala* (art. 1112-1) y al P. *Terré* (art. 38) –de los que doy cuenta en este mismo apartado 2.2 *infra* [A] y [B] – en los que bastaba que *una* sola de las partes hubiera contratado en consideración a la cualidad convenida, siendo ello conocido por la otra parte (*op. cit.*, pp. 249-250). V. además las consideraciones críticas de DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) pp. 188-189; y v. CABRILLAC (2016) núm. 63, pp. 70-71.

¹⁰⁶¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER indican que la norma procede del asunto *Pous-sin* (*Cass. civ. 1^{re} 22.02.1978*) [«Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) p. 187]; lo mismo CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 307, p. 250.

¹⁰⁶² V. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 308, pp. 250-251; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) p. 187; todos señalan que la regla procede del asunto *Fragonard* (*Cass. 1^{er} civ., 24.03.1987*).

¹⁰⁶³ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 309, p. 251. CHANTEPIE/LATINA destacan, que el artículo 1134 *Code v.o.* se refiere expresamente al error sobre las *cualidades* de la persona y no a su *identidad*, lo que curiosamente contrasta con lo que el artículo 1110.II *Code v.a.* disponía, que expresamente se refería al error sobre la *identidad* de la persona y no sobre sus cualidades (*supra* [276]); señalan que, desde el punto de vista teórico, puede preguntarse si el error sobre la persona no se ha devuelto al error obstativo, residiendo su interés en la sanción del error obstativo (el contrato no es nulo, sino inexistente; la acción no prescribe); tras varias consideraciones, concluyen: «Toujours est-il qu'il y aurait une certaine logique à considérer que l'erreur sur la personne est, au même titre que l'erreur sur la nature ou l'objet du contrat, une erreur fondamentale, qui procède moins d'un vice que d'un malentendu. Peut-être que la nouvelle version du Code civil, qui distingue les conditions de la conclusion du contrat de celles de sa validité, et qui fait de la nullité une sanction des seules conditions de validité, contribuera à faire émerger plus clairement l'autonomie des notions d'erreur-obstacle et d'inexistence (*op. cit.*, núm. 310, pp. 251-253; sobre el error obstativo, *infra* [290]). V. DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1134 *Code v.o.*» (2016) p. 191.

f) El error sobre un (mero) motivo extraño a las cualidades esenciales de la prestación debida, o del cocontratante, no es causa de nulidad del contrato, salvo que las partes expresamente hayan hecho de él un elemento determinante de su consentimiento (estipulación expresa; art. 1135.I *Code v.o.*)¹⁰⁶⁴ (cfr. *supra* [282]). En cambio, el error sobre el (mero) motivo para la «libéralité», en cuya ausencia no se habría dispuesto, es causa de nulidad (art. 1135.II *Code v.o.*); esto es, todo motivo del *errans* es relevante, incluso si el gratificado por el acto no lo conoció¹⁰⁶⁵.

g) El error sobre el valor por el que, sin equivocarse sobre las cualidades esenciales de la prestación, un contratante hace (solo por él) una apreciación económica inexacta, no es causa de nulidad (art. 1136 *Code v.o.*; cfr. *supra* [281]). Con ello, se recoge una solución asentada¹⁰⁶⁶. Deshayes/Genicon/Laithier indican que dicha solución no ha sido discutida políticamente, por ser consecuencia natural del rechazo de la lesión en el Derecho común de los contratos (ahora en el art. 1168 *Code v.o.*)¹⁰⁶⁷.

Y h) el error fruto de un dolo –error provocado¹⁰⁶⁸– siempre es un error excusable (art. 1139, primera frase, *Code v.o.*; cfr. *supra* [283]), y aquél permite la nulidad del contrato incluso si recae sobre el valor de la prestación o sobre un simple motivo; esto es, el

¹⁰⁶⁴ Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, el artículo 1135 *Code v.o.* codifica una «jurisprudence constante» [«Comentario del artículo 1135 *Code v.o.*» (2016) p. 192]; critican el formalismo del artículo en su exigencia de que para que el motivo (móvil) pueda ser relevante, haya de haber una estipulación expresa al respecto (*op. cit.*, p. 193, pero v. hasta p. 195). CHANTEPIE/LATINA también destacan que el artículo 1135 *Code v.o.* codifica la jurisprudencia sobre la indiferencia del error en el motivo, el cual puede hacerse relevante mediante estipulación expresa [«Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*» (2016) núm. 316, pp. 256-257; v. núm. 314, p. 256] y asimismo se muestran críticos con la exigencia legal de la estipulación expresa para la relevancia del presente error (*op. cit.*, núm. 317, pp. 257-258).

¹⁰⁶⁵ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*» (2016) núm. 318, p. 259; apuntan que el artículo 1135.II *Code v.o.* recoge una antigua y bien establecida jurisprudencia, consagrando una función que se atribuía a la causa (en cuanto a la existencia de la causa de la liberalidad); de la lectura de su comentario se desprende que no son muy partidarios de la norma tal y como se ha formulado (*op. cit.*, núm. 314, p. 256, y núm. 318, pp. 258-259). En la misma línea, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1136 *Code v.o.*» (2016) pp. 195-196.

¹⁰⁶⁶ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*» (2016) núm. 314, p. 256 y núm. 319, p. 259; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1136 *Code v.o.*» (2016) p. 198.

¹⁰⁶⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1136 *Code v.o.*» (2016) p. 198; la misma idea, CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*» (2016) núm. 319, pp. 259-260. Artículo 1168 *Code v.o.*: «Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement». Sobre el error acerca de la rentabilidad de la prestación, CHANTEPIE/LATINA, *op. cit.*, núm. 320, pp. 260-262; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁶⁸ CHANTEPIE/LATINA: «[...] si les articles 1132 à 1136 du Code civil réglementent l'«erreur spontanée», les articles 1137 à 1139 traitent de l'«erreur provoquée»» [«Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*» (2016) núm. 321, p. 263].

campo operativo del error fruto del dolo no se limita al que recaiga sobre las cualidades esenciales de la prestación o del cocontrante (cfr. arts. 1132, 1133, 1134 *Code v.o.*; art. 1139, segunda frase, *Code v.o.*; cfr. *supra* [281], [282]). Chantepie/Latina destacan que la restricción del perímetro de los errores que pueden entrañar la nulidad del contrato (art. 1132 ss. *Code v.o.*) se pierde, si el error resulta de la deslealtad del cocontratante, lo cual se debe a que el autor del dolo comete un engaño, culpa que el sistema jurídico francés considera más grave, que la de la víctima; en consecuencia, no han de tenerse en cuenta los intereses del cocontrante de la víctima del error¹⁰⁶⁹.

[289] *Expuesto todo lo anterior para el error vicio –antes y después de la reforma–* son correctas las consideraciones que en el *Rapport au Président de la République* se leen sobre que «[I]’ordonnance transcrit les règles en vigueur relatives à l’erreur»¹⁰⁷⁰ y «tranché également plusieurs questions qui avaient pu être discutées en doctrine, mettant fin à certaines incertitudes»¹⁰⁷¹. Por su parte, Chantepie/Latina señalan que el campo de los errores espontáneos relevantes se ha *reducido* y se alegran de que la reforma del error *no adopte la solución de los PECL* (art. 4:103) y *del DCFR* (art. II.-7:201)¹⁰⁷². [Para el error vicio en el *AP Catala*, el *P. Terré*, y la *P. Ord. 2015*, *infra*].

[290] Trasladándome a la hipótesis de la *ausencia de consentimiento*, Deshayes/Genicon/Laithier indican que no se ha previsto

¹⁰⁶⁹ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*» (2016) núm. 329, p. 269, v. desde p. 268; señalan que ha de cumplirse lo dispuesto en el artículo 1130 *Code v.o.* (el dolo ha de haber sido determinante del consentimiento de la víctima). Similares ideas en DESHAYES/GENICON/LAITHIER, que afirman que «[I]’article 1139 reprend trois solutions fermement établies en jurisprudence comme en doctrine [...]» [«Comentario del artículo 1139 *Code v.o.*» (2016) p. 209].

¹⁰⁷⁰ El *Rapport* señala los artículos 1132 a 1136 *Code v.o.*

¹⁰⁷¹ El *Rapport* señala el artículo 1133.I *Code v.o.* Destacan, para el error, que la reforma ha recogido el Derecho anterior y lo sentado por la jurisprudencia: SAVAUX, *ADC* (2016) pp. 726-727; CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 302, p. 247. Sintéticamente, para la labor de la jurisprudencia sobre el error, KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 15.

¹⁰⁷² En concreto: «En droit français, pour arbitrer entre l’impératif de justice contractuelle, qui commande qu’un contractant ne soit pas engagé par un contrat qu’il n’a pas réellement souhaité, et l’impératif de sécurité juridique, qui impose de maintenir une certaine stabilité contractuelle, le champ des erreurs spontanées susceptibles d’être prises en compte a été réduit. La réforme du droit des contrats a maintenu la conception française de l’erreur qui limite son admission en fonction de sa nature. Les projets d’harmonisation du droit des contrats en Europe poussaient pourtant à l’adoption d’une autre solution. Ces projets limitent en effet le champ des erreurs prises en compte, non pas en fonction de leur nature, mais en fonction de leur source. Dans ces systèmes, sauf le cas de l’erreur commune, l’erreur n’est une cause de nullité que si elle a été provoquée par le cocontractant. La distinction entre l’erreur et le dol devient alors plus floue, seule l’intention de tromper permettant de les distinguir. On peut donc se réjouir que le législateur ait décidé de ne pas s’engager dans cette voie» [CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 302, p. 246, y nota 4.

al respecto un texto en la reforma y la dificultad estriba en fijar su sanción, algo controvertido desde hace bastante tiempo: ¿inexistencia del contrato? Si no, ¿nulidad relativa, o absoluta?¹⁰⁷³. Apuntan que los autores y los jueces ofrecen respuestas en todos los sentidos, aunque parece que, *en el estado último*, la jurisprudencia adopta para el error obstáculo una posición estricta, la de la *nulidad relativa* (en *Cass. 3^e civ.*, 26.06.2013)¹⁰⁷⁴. En dicho error, *el acuerdo de las partes descansa sobre un completo mal entendido* (uno piensa que compra el primer piso de una casa, el otro que vende el segundo)¹⁰⁷⁵. Tras señalar que la *Ordonnance* n.º 2016-131 permanece en silencio para ese caso y que en ella es difícil encontrar una orientación firme, Deshayes/Genicon/Laithier entienden que aquella *podría implícitamente solucionarlo en favor de la nulidad relativa*¹⁰⁷⁶. Pero Chantepie/Latina, apuntando el silencio de la *Ordonnance*, parecen inclinarse por la inexistencia¹⁰⁷⁷. Cfr. *supra* [286].

Y en la fase previa a la presente reforma del Derecho francés (algunos antecedentes)¹⁰⁷⁸ y *para el error vicio y el error obstativo* en lo que interesa:

[A] El *AP Catala*.– [A.1] *Artículos*.– [A.1.1] Artículo 1109-1 *AP Catala*: «Il n’y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat».

¹⁰⁷³ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*» (2016) p. 174.

¹⁰⁷⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*» (2016) p. 174. V. *supra* [286].

¹⁰⁷⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*» (2016) p. 174.

¹⁰⁷⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*» (2016) p. 174; argumentan su opinión en: a) el dato de que el § «Existence du consentement», en el que se encuentra el artículo 1129 *Code v.o.*, se sitúa en la *Sección 2* «*La validité du contrat*» (Subsección 1 «*Le consentement*») y la ubicación de dicho § podría orientar a la *nulidad del contrato*, más que a su inexistencia; y b) la consagración en el artículo 1179 *Code v.o.* del criterio del interés protegido por la norma (particular/general) como criterio de distinción entre la nulidad absoluta y la relativa (*supra* nota 967) se dirige claramente en el sentido de reconducir el error obstativo al criterio de la mentada *Cass. 3^e civ.*, 26.06.2013, la *nulidad relativa* (*op. cit.*, p. 174).

DESHAYES/GENICON/LAITHIER se refieren, además, a aquellos otros casos en los que *no existe objetivamente ningún reencuentro entre las voluntades declaradas*, pues ningún diálogo se estableció entre sus protagonistas: por ejemplo, un documento no firmado o falsificado –para los que la jurisprudencia reciente parece aplicar la inexistencia y no la nulidad–, el acto que vincula a una persona que no existe, o la aceptación de una oferta caducada; en todos esos casos se percibe una *disfunción en el proceso de intercambio de los consentimientos*, y se *regulan por la Sección 1* «*La conclusion du contrat*» (arts. 1112 ss. *Code v.o.*; no por la anterior *Sección 2* «*La validité du contrat*»); DESHAYES/GENICON/LAITHIER reconocen que no siempre será fácil distribuir los casos conflictivos entre «*conclusion*» y «*validité*» del contrato, *pero la estructura de la Ordonnance* n.º 2016-131, que distingue *esas Sección 1* «*La conclusion du contrat*» y *2* «*La validité du contrat*», y la *lógica jurídica obligan a tal distinción* (*op. cit.*, pp. 174-175).

¹⁰⁷⁷ V. *supra* nota 1063 a propósito del error sobre la persona.

¹⁰⁷⁸ *Supra* nota 32.

Artículo 1109-2 *AP Catala*: «L'absence de consentement entache la convention de nullité relative».

[A.1.2] Artículo 1111 *AP Catala*: «Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence».

Artículo 1111-1 *AP Catala*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties ou son représentant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes.

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances».

Artículo 1112 *AP Catala*: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance de la chose qui en est l'objet ou sur la personne du contractant».

Artículo 1112-1 *AP Catala*: «L'erreur sur la substance de la chose s'entend de celle qui porte sur les qualités essentielles en considération desquelles les deux parties ont contracté, ou, semblablement, l'une d'elles, à la connaissance de l'autre.

Elle est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la chose exclut l'erreur relative à cette qualité».

Artículo 1112-2 *AP Catala*: «L'erreur sur la personne s'entend de celle qui porte sur des qualités essentielles du cocontractant.

Elle n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Artículo 1112-3 *AP Catala*: «L'erreur sur la substance ou sur la personne est une cause de nullité, qu'elle soit de fait ou de droit, à moins qu'elle ne soit inexcusable».

Artículo 1112-4 *AP Catala*: «Lorsque, sans se tromper sur les qualités essentielles de la chose, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, cette erreur sur la valeur n'est pas, en soi, une cause de nullité».

Artículo 1112-5 *AP Catala*: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la chose ou de la personne, n'est une cause de nullité que si les parties en ont fait expressément un élément déterminant de leur consentement».

[A.1.3] Artículo 1113-3 *AP Catala*: «L'erreur provoquée par le dol est toujours excusable. Elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la chose qui en est l'objet ou sur un simple motif du contrat».

[A.2] *Comentario*.— Según Lequette/Loiseau/Serinet, en la actualidad se percibe que los textos iniciales del *Code* no traducen el Derecho positivo más que en la superficie, pues el error, el

dolo y la violencia han conocido profundas transformaciones bajo la influencia de los debates doctrinales habidos desde finales del siglo XIX¹⁰⁷⁹. En cuanto a la jurisprudencia, abundante y sutil, en ocasiones hasta el exceso, ha considerablemente añadido lo que faltaba al régimen jurídico de cada uno de los vicios, buscado lo esencial de las reglas aplicables¹⁰⁸⁰. Y si en ciertos puntos las soluciones pretorianas siguen discutidas, en el resto, en su conjunto, la construcción jurisprudencial ha llegado a un suficiente grado de madurez y elaboración como para servir de fuente de inspiración en la redacción de los nuevos textos (del *AP Catala*)¹⁰⁸¹. Por lo anterior, en el *AP Catala* se ha redactado para el *Code civil* una nueva sección sobre el consentimiento (arts. 1109 a 1115-1), sección en la que se subsanan lagunas de los codificadores de 1804, se redactan nuevas disposiciones sobre la existencia e integridad del consentimiento, y se extraen todas las consecuencias de las principales evoluciones aportadas por la jurisprudencia en la construcción del régimen de los distintos vicios del consentimiento, modificando y completando los textos actualmente vigentes¹⁰⁸².

Para el error obstativo (ausencia del reencuentro entre los consentimientos) se prevé el artículo 1119-1 *AP Catala*¹⁰⁸³, y en el artículo 1119-2 *AP Catala* se dispone, como sanción uniforme para la ausencia del consentimiento, la *nulidad relativa*, que se deduce de la concepción moderna de las nulidades y resulta de la reforma de 03.01.1968¹⁰⁸⁴. Con la adopción de esa sanción uniforme se pone fin a las incertidumbres y discusiones sobre un eventual resurgimiento de la noción de inexistencia del contrato, presentando la ventaja de homogenizar con lo tradicionalmente retenido para los vicios del consentimiento¹⁰⁸⁵.

En cuanto a los vicios del consentimiento, Lequette/Loiseau/Serinet señalan que el *AP Catala* contiene cuatro disposiciones *generales* (comunes) para ellos¹⁰⁸⁶. Una de esas disposiciones generales es el artículo 1111 *AP Catala*, que toma la fórmula originaria del *Code* de 1804 por su particularmente fuerte valor expresivo, y que reagrupa la tríada de los vicios del consentimiento cambiando simplemente el orden de su enumeración para respetar el orden que se seguirá en su presentación en el *AP Catala*¹⁰⁸⁷. En cuanto al artículo 1111-1 *AP Catala* (otra disposición general), en él se enuncia el requisito de que el vicio ha de haber determinado el consentimiento, inspirándose en una célebre sentencia sobre el error determinante [«(Cass. civ., 28 janvier 1913, S. 1913, 1, 487)»]¹⁰⁸⁸, y no distingue entre vicio principal e incidental, sin per-

¹⁰⁷⁹ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 19.

¹⁰⁸⁰ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 19.

¹⁰⁸¹ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 19.

¹⁰⁸² LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 19.

¹⁰⁸³ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) pp. 19-20.

¹⁰⁸⁴ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

¹⁰⁸⁵ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

¹⁰⁸⁶ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

¹⁰⁸⁷ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

¹⁰⁸⁸ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

juicio de que en aquel artículo se indiquen los elementos para la apreciación *in concreto* del carácter determinante, midiéndose el vicio del consentimiento respecto del que lo alega^{1089, 1090}

En relación con error (vicio), Lequette/Loiseau/Serinet realizan una sintética exposición de su regulación en el *AP Catala*. E indican que se regula el error sobre los dos posibles objetos que el artículo 1110 *Code civil* prevé desde 1804: la sustancia de la cosa y la persona del cocontrante (art. 1112 *AP Catala*)¹⁰⁹¹. Que la cualidad esencial sobre la que el error recae es aquella «en considération de laquelle les deux parties auront contracté (qualité convenue) ou qui, envisagée par l'une, aura été portée à la connaissance de l'autre (qualité entrée dans le champ contractuel?)»¹⁰⁹² (art. Art. 1112-1.I *AP Catala*). Que conforme a una jurisprudencia bien asentada en el ámbito de la venta de obras de arte, se dispone que la aceptación de una incertidumbre sobre una cualidad de la cosa evita el error¹⁰⁹³ (art. 1112-1.III *AP Catala*). Que igualmente se adoptan otras soluciones ampliamente aprobadas, que consideran equivalentes los errores de derecho y de hecho y que rechazan, en función del análisis de los respectivos comportamientos de las partes, la consideración del error inexcusable (art. 1112-3 *AP Catala*)¹⁰⁹⁴. Y que se considera indiferente el mero error sobre el valor, o sobre los motivos, en las condiciones indicadas por la jurisprudencia en una larga evolución (arts. 1112-4, 1112-5 *AP Catala*)¹⁰⁹⁵.

Por último, *para dolo*, Lequette/Loiseau/Serinet señalan, entre otras cosas, que el artículo 1113-3 *AP Catala* prevé que el error resultado de un dolo es más fácilmente sancionable, que el error espontáneo, pues el error provocado por un dolo siempre se

¹⁰⁸⁹ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20; para el artículo 1111-1 *AP Catala*, REMY-CORLAY/FENOUILLET señalan similares ideas [(2009) p. 156].

¹⁰⁹⁰ a) *En el AP Catala*, las otras dos disposiciones generales (comunes) a los vicios del consentimiento son, una, el artículo 1115 *AP Catala*: «La convention contractée par erreur, dol ou violence donne ouverture à une action en nullité relative./ Indépendamment de l'annulation du contrat, la violence, le dol ou l'erreur qui cause à l'une des parties un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer./ Les actions fondées sur un vice du consentement procèdent d'une seule et même cause qui les rend fongibles», y la otra, el artículo 1115-1 *AP Catala*: «Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts»; por otro lado, según el artículo 1130 *AP Catala*: «L'action en nullité absolue se prescrit par dix ans et l'action en nullité relative par trois ans, à moins que la loi n'en ait disposé autrement./ L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à une convention qui n'a reçu aucune exécution».

b) *En el P. Terré*, su artículo 51: «La nullité ne peut être demandée que dans les cinq ans de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence. Dans tous les cas, elle ne peut pas être demandée lorsque dix ans se sont écoulés depuis la conclusion du contrat»; v. REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 165-166; el *P. Terré* suprime la regla de la fungibilidad de los vicios del consentimiento del artículo 1115.III *AP Catala* (REMY-CORLAY/FENOUILLET: «Mais le Groupe a considéré que la question relevait de l'autorité de la chose jugée, donc de la procédure civile, et qu'une telle disposition n'avait pas lieu d'être dans le Code civil», *op. cit.*, p. 166).

c) *Para Code v.o.*, *supra* nota 1048.

¹⁰⁹¹ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

¹⁰⁹² LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

¹⁰⁹³ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

¹⁰⁹⁴ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

¹⁰⁹⁵ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

tiene por excusable e incluso permite la nulidad si recae solo sobre el valor o los meros motivos¹⁰⁹⁶.

[B] El *P. Terré*.– [B.1] *Artículos*.– [B.1.1.] Artículo 35 *P. Terré*: «Il n’y a pas de consentement valable, si le consentement n’a été donné que par erreur, ou s’il a été surpris par dol ou extorqué par violence».

Artículo 36 *P. Terré*: «L’erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu’ils sont de telle nature que, sans eux, l’une des parties ou son représentant n’aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

Leur caractère déterminant s’apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances».

Artículo 37 *P. Terré*: «L’erreur n’est une cause de nullité du contrat que lorsqu’elle tombe sur la substance de la chose qui en est l’objet ou sur la personne du contractant».

Artículo 38 *P. Terré*: «L’erreur sur la substance de la chose s’entend de celle qui porte sur les qualités essentielles en considération desquelles les deux parties ont contracté, ou, semblablement, l’une d’elles, si l’autre en avait connaissance.

Elle est une cause de nullité, qu’elle porte sur la prestation de l’une ou de l’autre partie.

L’acceptation d’un aléa sur une qualité de la chose empêche d’invoquer l’erreur relative à cette qualité».

Artículo 39 *P. Terré*: «L’erreur sur la personne s’entend de celle qui porte sur des qualités essentielles du cocontractant.

Elle n’est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Artículo 40 *P. Terré*: «L’erreur sur la substance de la chose ou sur la personne est une cause de nullité, qu’elle soit de fait ou de droit, à moins qu’elle ne soit inexcusable».

Artículo 41 *P. Terré*: «Lorsqu’un contractant, sans se tromper sur les qualités essentielles de la chose, procède seulement à une appréciation économique inexacte, cette erreur sur la valeur n’est pas, en soi, une cause de nullité».

Artículo 42 *P. Terré*: «L’erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la chose ou de la personne, n’est une cause de nullité que si les parties en ont fait de manière certaine une condition de leur engagement».

[B.1.2] Artículo 46 *P. Terré*: «Le dol d’une partie excuse toujours l’erreur de l’autre».

¹⁰⁹⁶ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21; especifican que se trata del error provocado por un dolo, no siendo generalizable a la reticencia dolosa.

[B.2] *Comentario.*— Para el error obstativo, Remy-Corlay/Fenouillet informan, que al grupo de trabajo le pareció que la *existencia* de consentimiento demandaba una solución *distinta* de la nulidad *relativa* del contrato acogida en los artículos 1109-1, 1109-2 *AP Catala* (anterior [A]), *bien* por considerar que hay una regla de interés general —un contrato sin el reencuentro de las voluntades es algo extraño en el sistema jurídico— *bien* porque el análisis de la ausencia de consentimiento ataca a los elementos constitutivos de la noción misma de contrato, conduciendo a su inexistencia más que a su nulidad¹⁰⁹⁷. La cuestión fue, si era oportuno consagrar un texto al error obstativo indicando la sanción de su inexistencia¹⁰⁹⁸ y dos argumentos condujeron a rechazarlo¹⁰⁹⁹. Uno, la inutilidad de un texto específico, de exigir el reencuentro de los dos consentimientos como el artículo 1105 *AP Catala*¹¹⁰⁰; el otro, la dificultad de precisar un texto en que el error obstativo conducía a la inexistencia del contrato, sin definir la última¹¹⁰¹. Aunque las discusiones doctrinales sobre la noción de inexistencia y las incertidumbres positivas en la materia habrían podido justificar un texto sobre aquélla¹¹⁰², finalmente el grupo consideró inútil definirla en un texto, al resultar de la lógica: el contrato no puede existir sin consentimiento¹¹⁰³. *El silencio del P. Terré no debe valorarse como rechazo de la noción de inexistencia, ni de ser la sanción del error obstativo, sino simplemente como el rechazo de textos juzgados inútiles*¹¹⁰⁴.

En cuanto al artículo 36 *P. Terré*, norma de carácter *general* por aplicarse al error, dolo y violencia, y que exige el requisito de que aquéllos determinen el consentimiento, Remy-Corlay/Fenouillet apuntan, que *ampliar extensamente* el campo en el que la nulidad puede actuar, puede comprenderse si el cocontratante de la víctima cometió una falta, pero en otros casos eso es más discutible y puede comprenderse la decisión que adoptan los textos europeos —antes se habían referido a los PECL, al DCFR y al Código Gandolfi— a fin de favorecer la estabilidad contractual y no permitir entonces más que la reducción del contrato¹¹⁰⁵. Se trató de una cuestión detenidamente discutida y finalmente se mantuvo la concepción *subjetiva* francesa, de ahí aquel artículo 36 *P. Terré*¹¹⁰⁶.

Ya en el error, al grupo de trabajo del *P. Terré* le preocupó particularmente, *si seguía la tradición subjetiva francesa adoptada por el AP Catala*¹¹⁰⁷, o una visión más *objetiva* como la de algunos

¹⁰⁹⁷ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 149-150.

¹⁰⁹⁸ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

¹⁰⁹⁹ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

¹¹⁰⁰ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150. Artículo 1105 *AP Catala*: «La formation du contrat requiert la rencontre de plusieurs volontés fermes et précises de s'engager».

¹¹⁰¹ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

¹¹⁰² REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

¹¹⁰³ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

¹¹⁰⁴ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150; v. además p. 170.

¹¹⁰⁵ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 157.

¹¹⁰⁶ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 157.

¹¹⁰⁷ REMY-CORLAY/FENOUILLET: «Le projet Catala reprend la tradition subjective française et, pour l'essentiel, consacre le droit positif: [...] Il est assez différent des sour-

textos europeos (PECL, DCFR, Código Gandolfi)¹¹⁰⁸. Y al respecto, el grupo de trabajo planteó las siguientes posibilidades: a) mantener la especificidad subjetiva francesa como estaba¹¹⁰⁹; b) acentuar la subjetividad francesa, suprimiendo el requisito relativo al objeto del error¹¹¹⁰; c) alinearse con la concepción más objetiva de los instrumentos europeos –el contrato es un «fait social» y se impone la protección de la seguridad jurídica del cocontratante– que limitan la relevancia del error según que sea unilateral o compartido, provocado, aprovechado, o espontáneo¹¹¹¹; y d) adoptar una vía intermedia entre el subjetivismo francés y el objetivismo extranjero, manteniendo la sanción del error espontáneo, incluso unilateral, pues el error vicia el consentimiento, si bien encajándolo más con la protección de la seguridad del cocontratante¹¹¹². Se optó por la primera opción, *la de la subjetividad francesa tal y como se enmarca en el Derecho positivo, y de ahí que los artículos 37 ss. P. Terré recojan los requisitos relativos al objeto del error, su carácter excusable, etc*¹¹¹³, y *la única modificación real fue ampliar la sanción al error en los motivos, que en la actualidad se subordina a que sea objeto de una condición explícita en el contrato y que, según el artículo 36 P. Terré [sic, 42] la sanción del error puede pronunciarse desde que «“les parties en ont fait de manière certaine” une condition de leur engagement»*¹¹¹⁴.

[C] El *P. Ord. 2015*.–[C.1] *Artículos*.–[C.1.1.] Artículo 1130 *P. Ord. 2015*: «L’erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu’ils sont de telle nature que, sans eux, l’une des parties n’aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

Leur caractère déterminant s’apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances de l’espèce».

Artículo 1131 *P. Ord. 2015*: «L’erreur de droit ou de fait est une cause de nullité du contrat si elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant et si elle est excusable».

ces européennes» [PECL, DCFR, Código Gandolfi; (2009) p. 157].

¹¹⁰⁸ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 157-158; indican que la divergencia procede de una concepción diferente del contrato: «[I]à où les Français s’attachent davantage (mais pas exclusivement: v. les conditions objectives tenant à l’objet de l’erreur) au consentement donné par chacun (analyse subjective), les autres systèmes juridiques s’en tiennent, soit au vice affectant en même temps les deux consentements, soit au vice unilatéralement subi mais associé au comportement du cocontractant (il a provoqué l’erreur ou la connaissait). Cette analyse plus objective s’explique essentiellement par la volonté de protéger la sécurité juridique» (*op. cit.*, p. 158).

¹¹⁰⁹ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 158.

¹¹¹⁰ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 159; pero v. las consideraciones críticas que hacen a esa opción en p. 159.

¹¹¹¹ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 159.

¹¹¹² REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 159.

¹¹¹³ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 159.

¹¹¹⁴ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 159-160.

Artículo 1132 *P. Ord. 2015*: «Les qualités essentielles de la prestation due sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

L'erreur est une cause de nullité relative, qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation due exclut l'erreur relative à cette qualité».

Artículo 1133 *P. Ord. 2015*: «L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Artículo 1134 *P. Ord. 2015*: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité».

Artículo 1135 *P. Ord. 2015*: «La simple erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation due, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas en soi une cause de nullité».

[C.1.2] Artículo 1138 *P. Ord. 2015*: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat».

[C.2] *Comentario*.— Klein comenta cada uno de esos artículos.

a) El artículo 1130.I *P. Ord. 2015* es un precepto común al error, dolo y violencia y esos vicios determinan el consentimiento, si «l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes»¹¹¹⁵. Según Klein, esa fórmula que evita la distinción compleja y poco oportuna entre dolo principal e incidental ha de aprobarse, añadiendo que si la determinación del consentimiento es un denominador común a dichos vicios, no es necesario su recuerdo (cfr. art. 1142 *P. Ord. 2015*)¹¹¹⁶. En cuanto al artículo 1130.II *P. Ord. 2015*, este precisa que el carácter determinante se aprecia «eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce», reconociéndose la apreciación *in concreto*, lo

¹¹¹⁵ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

¹¹¹⁶ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; «À ce titre, on remarquera que l'article 1142 du projet procède à un rappel à la fois partiel et inutile de cette condition» (*op. cit.*, p. 16); artículo 1142 *P. Ord. 2015*: «Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse».

que es usual en el ámbito de los vicios del consentimiento¹¹¹⁷. La autora aprueba la fórmula del artículo 1130 *P. Ord. 2015*¹¹¹⁸.

b) El artículo 1131 *P. Ord. 2015*, destinado a sustituir al artículo 1110.I *Code (v.a.)*, propone una definición de error que toma en consideración el *acquis* jurisprudencial: precisa que el error, causa de nulidad, puede ser de derecho o de hecho y debe ser excusable; no obstante, el artículo 1131 *P. Ord. 2015* prevé que el error ha de recaer sobre las *cualidades esenciales* de la prestación o del cocontractante, acogiendo la noción que, en la jurisprudencia, ha sustituido a la «substance» del artículo 1110 *Code v.a.*¹¹¹⁹. Según Klein, el texto del artículo 1131 *P. Ord. 2015* no suscita dificultades de fondo, si bien serían útiles algunas mejoras en su redacción, e indica al respecto, *que* su locución «et si elle est excusable» es inútilmente pesada; *que* las cualidades esenciales son más exactamente aquéllas de la persona del cocontractante y la repetición «sur celles» parece inútil; *que* se da a entender que el error sobre las cualidades esenciales de la persona es siempre causa de nulidad y hay que esperar a la lectura del artículo 1133 *P. Ord. 2015* para comprender que ese error lo es a título excepcional¹¹²⁰. *En suma*, la letra del artículo 1131 *P. Ord. 2015* es fuente de confusiones y Klein propone que su formulación se aligere y precise como sigue: «L'erreur de droit ou de fait est une cause de nullité relative du contrat si elle est excusable et porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou de la personne du cocontractant, dans les conditions prévues aux articles suivants» (cursiva, negrita en el original)¹¹²¹.

c) El artículo 1132 *P. Ord. 2015* no se corresponde con ninguno del *Code v.a.* y recoge soluciones de la jurisprudencia¹¹²². En su párrafo I, se definen las cualidades esenciales como «celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté» y Klein resalta que *no* se hace referencia a las cualidades *objetivamente* esenciales, *pero ellas se encuentran necesariamente incluidas en las cualidades tácitamente convenidas*¹¹²³. En su párrafo II se precisa la condición de nulidad relativa, indicándose que el error puede recaer sobre la presta-

¹¹¹⁷ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; y para la *violence*: «La formule, mise en perspective avec la suppression de la référence à la "personne raisonnable" dans la définition de la violence [...], a au demeurant le mérite de mettre fin à la bizarrerie de l'actuel article 1112 du Code civil qui semble successivement en ses alinéas 1 et 2 préconiser une appréciation *in abstracto* puis *in concreto* de la violence» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 16). Artículo 1112 *Code v.a.*: «Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent./ On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes».

¹¹¹⁸ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; y para el artículo 1130 *P. Ord. 2015* indica: «[pas de changement]» (*op. cit.*, p. 19).

¹¹¹⁹ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

¹¹²⁰ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

¹¹²¹ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; el texto del artículo 1131 que KLEIN propone y reproduzco es el de la p. 19 (es el mismo que el de la p. 16, con la diferencia de que en el de la p. 19, KLEIN califica a la «nullité» de «relative», lo que no sucede con el propuesto en la p. 16).

¹¹²² KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

¹¹²³ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; añade: «[I] alinéa n'appelle pas de commentaire particulier» (*op. cit.*, p. 16).

ción de la una o de la otra parte y según Klein, a veces, puede lamentarse el lujo de detalles de que han hecho gala los redactores del Proyecto de *Ordonnance*, y algunas de las soluciones jurisprudenciales asentadas y que no plantean discusión, como el *reconocimiento del error sobre la propia prestación*, podrían no haberse incorporado al *Code civil*¹¹²⁴. Y antes de conservar, en el artículo 1132.II *P. Ord. 2015*, «un peu lourd», la precisión del carácter de nulidad relativa, la misma podría útilmente trasladarse a la definición del artículo 1131 *P. Ord. 2015*¹¹²⁵. Y su *párrafo III* incorpora al *Code civil* una solución asentada desde la jurisprudencia *Fragonard*, según la cual «l'aléa chasse l'erreur»¹¹²⁶.

d) El artículo 1133 *P. Ord. 2015* recoge con una formulación más clara y que lógicamente hace abstracción del concepto de causa, las condiciones en las que en el artículo 1110.II *Code v.a.* se tiene en cuenta al error sobre la persona, y aquél *solo* considera los «contrats conclus en considération de la personne»¹¹²⁷. Klein sugiere que el artículo evoque el error sobre las cualidades esenciales de la persona del cocontratante¹¹²⁸.

e) El artículo 1134.I *P. Ord. 2015* recuerda que el error sobre los motivos no es en principio causa de nulidad y acoge la solución jurisprudencial de que las partes pueden, no obstante, hacer entrar los motivos en el campo contractual¹¹²⁹. Y bajo el ángulo del error sobre los motivos, el artículo 1134.II *P. Ord. 2015* recoge una solución que la «Cour de cassation» fundaba en la teoría de la «fausse cause» para las liberalidades, opinando Klein que no es seguro que esa jurisprudencia, ampliamente marginal, merezca tal consagración legal, además de que se incorpora en las disposiciones del Derecho común de contratos una regla propia de las liberalidades y propone su supresión¹¹³⁰.

f) El artículo 1135 *P. Ord. 2015* recuerda una solución bien asentada de que el error sobre el valor no da lugar, considerado en sí mismo, a la nulidad, y para Klein su redacción no demanda más comentario¹¹³¹.

Y g) el artículo 1138 *P. Ord. 2015*, en el dolo, recuerda que la naturaleza del error provocado por dolo es indiferente y siempre es

¹¹²⁴ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) pp. 16-17.

¹¹²⁵ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; para el artículo 1132 *P. Ord. 2015*, *solo* propone la modificación de su párrafo segundo como sigue: «L'erreur peut porter sur la prestation de l'une ou de l'autre partie» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, p. 19).

¹¹²⁶ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17.

¹¹²⁷ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17.

¹¹²⁸ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; su propuesta de redacción del artículo 1133 es: «L'erreur sur les qualités essentielles de la personne du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, p. 19).

¹¹²⁹ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17.

¹¹³⁰ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; su propuesta de artículo 1134 es: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou de la personne du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement./ "alinéa 2 [supprimé]» (la primera cursiva, negrita en el original, y la segunda cursiva del original; *op. cit.*, p. 19).

¹¹³¹ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; «Art. 1138.-[pas de changement]» (*op. cit.*, p. 19).

excusable¹¹³². Klein lamenta que se recoja una jurisprudencia sobre el error provocado, no santificada por la «Cour de cassation», y considera que la formulación de la regla no reclama observación¹¹³³.

3. BREVE EXCURSO SOBRE EL DEBER GENERAL DE INFORMACIÓN DE UNA PARTE A LA OTRA, Y SU RELACIÓN CON LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

[291] De ello se ocupa el artículo 1112-1 *Code v.o.*

Artículo 1112-1 *Code v.o.*: «Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants» (cursiva mía).

[292] El artículo 1112-1 *Code v.o.* introduce en el *Code civil* un deber general de información (esto es, aplicable a todos los contratos)¹¹³⁴ que la jurisprudencia reconocía¹¹³⁵. Consiste en que

¹¹³² KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17.

¹¹³³ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; «Art. 1138.– [pas de changement]» (*op. cit.*, p. 19).

¹¹³⁴ Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, ese carácter *general* del deber ha irritado a los medios económicos, no solo porque va a contracorriente del impulso natural en una negociación, sino también porque es bien difícil, sobre la base de una directriz general, saber *ex ante* cuándo se debe hablar y cuándo se está autorizado a callar; entre el *caveat emptor* –que conduce a no decir nada, a fin de preservar los propios intereses– y el altruismo impuesto –que obliga a revelar todo en contra de uno– el punto de equilibrio no es fácil de determinar y depende, ampliamente, de la concepción del Derecho de contratos que se tenga (incluso, la cuestión es esencialmente filosófica); el artículo 1112-1.I *Code v.o.* adopta un acercamiento prudente y restrictivo, introduciendo barreras complementarias sus párrafos II y III [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 80]. CHANTEPIE/LATINA apuntan que el artículo 1112-1 *Code v.o.* no ha introducido un deber de consejo [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*», núm. 183 (2016) p. 151].

¹¹³⁵ En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance* se indica que se incorpora al *Code civil* un «devoir général d'information (article 1112-1)», que «[u]ne

la parte que conoce una información, cuya importancia es determinante para el consentimiento de la otra, ha de informarla desde que esa otra parte ignora, legítimamente, esa información, o confió en su cocontratante. La norma es una «règle d'ordre public de faveur», pues las partes *no pueden limitarla, ni excluirla* (art. 1121-1.V *Code v.o.*), sí *aumentarla*¹¹³⁶. *Sobre la carga de la prueba*, quien pretenda que la información *le era debida* por la otra parte –acreedor de la información– ha de probarlo; hecho ello, la otra parte –deudor de la información– habrá de probar *que le suministró la información debida* (art. 1121-1.IV *Code v.o.*). Lo anterior responde a los principios generales en materia de prueba (art. 1353 *Code v.o.*)¹¹³⁷.

*En cuanto a los requisitos de aplicación, uno primero es que una parte*¹¹³⁸ *conozca la información*. Ese *conozca* del artículo 1112-1.I *Code v.o.* contrasta con el (paralelo) artículo 1129 *P. Ord. 2015*, en el cual se indicaba que la parte «*connaît ou devrait connaître*» (cursiva mía; *infra* siguiente [C])¹¹³⁹. Como *segundo*

telle obligation précontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation)», *que* pareció oportuno consagrar en el «code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général», *y que* una tal obligación general de información «est d'ailleurs prévue dans plusieurs projets doctrinaux européens de réforme du droit des contrats». DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 79.

¹¹³⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER apoyándose en M. Fabre-Magnan [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 84]. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*: «le devoir d'information est une règle d'ordre public».

¹¹³⁷ Artículo 1353 *Code v.o.*: «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver./ Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation». CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 185, pp. 153-154; indican: ese «raisonnement, en deux temps, prend appui sur une règle prétorienne, consacrée par le législateur en droit de la consommation, dont il précise le fonctionnement à l'invitation des avant-projets Catala et Terré» (*op. cit.*, núm. 185, p. 153; para el *AP Catala* y el *P. Terré*, *infra* siguientes [A] y [B]). DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 83. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*: la «solution [del art. 1112-1.IV *Code v.o.*] dégagée en jurisprudence, les praticiens souhaitant consacrer explicitement dans la loi ce rappel du droit commun de la preuve».

¹¹³⁸ CHANTEPIE/LATINA precisan que el presente deber es entre las partes; el artículo 1112-1 *Code v.o.* no trata el alcance de las informaciones transmitidas por terceros que intervienen en el proceso de conclusión del contrato [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 186, p. 154].

¹¹³⁹ Suele destacarse el diferente tenor literal de los artículos 1112-1 *Code v.o.* y 1129 *P. Ord. 2015*: a) Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, el *deber de conocer* supone reprochar no haber llevado a cabo la diligencia necesaria para procurarse la información litigiosa, lo que a veces se ha designado como «l'obligation de s'informer pour informer» (en nota 8, en p. 80, citan a Ghestin/Serinet/Loiseau), desplazando el riesgo de la decepción contractual del que la sufre al que, poniendo los medios, habría podido evitarla; consideran que el compromiso existente en el artículo 1112-1 *Code v.o.* es finalmente y en general bastante justo: obtener una información puede suponer un coste que, en la fase precontractual, puede no ser evidente que haya de asumir aquel que, quizás, no llegue a ser contratante, asumiendo el riesgo de un gasto a pérdida; y para aquellas hipótesis en las que

requisito, la información ha de tener una importancia determinante para el consentimiento de la otra parte, lo que sucede si las informaciones presentan un lazo directo y necesario con el contenido del contrato o con la cualidad de las partes (art. 1112-1.III *Code v.o.*)¹¹⁴⁰. Y el *tercer requisito* es que la otra parte debe *legítimamente ignorar* esa información, o *legítimamente confiar* en su cocontratante. Para lo primero, Deshayes/Genicon/Laithier indican que la información se debe al que tiene *derecho a no saber*; *el deber de informar comienza allí donde el deber de informarse se detiene* (perspectiva clásica)¹¹⁴¹. Para lo segundo –legítima confianza en el cocontratante– señalan que la ignorancia de la información fácilmente de conocer no es algo reprochable sistemáticamente, si, quien ignoró, legítimamente se abandona al que con él negocia¹¹⁴². Chantepie/Latina indican que la confianza legítima debe preexistir a las relaciones contractuales y fundarse en relaciones privilegiadas, así dentro de la familia o en una sociedad¹¹⁴³.

Según el artículo 1112-1.II *Code v.o.*, el deber general de información *no recae sobre la estimación del valor de la prestación*. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance* se indica que el objetivo de esa norma es «ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises», siendo una norma conforme con «la jurisprudence de la Cour de

la obtención de la información no suponga coste y por ello no molesta que se exija su obtención y transmisión, los autores consideran que los jueces pueden acudir al artículo 1104 *Code v.o.*, según el cual los contratos han de concluirse *de buena fe* [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) pp. 80-81]; b) CHANTEPIE/LATINA también se refieren al cambio de redacción entre el *Code v.o.* y el *P. Ord. 2015* [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 186, p. 154, v. hasta p. 155]; y c) según SAVAUX, el apuntado cambio de redacción puede «acarrear un cierto retroceso de la obligación [de información] que pesa sobre los profesionales fuera de los textos particulares que la ponen de forma especial a su cargo» [cursiva mía; ADC (2016) p. 726], si bien advierte que «[p]or el contrario, sosteniendo que los jueces siempre podrán asimilar el profesional que debería conocer una información a aquél que la conocía efectivamente: M. FABRE-MAGNAN [...]» (mayúsculas del original; *op. cit.*, nota 33, p. 726).

¹¹⁴⁰ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*», núm. 183, pp. 151-152; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 81.

¹¹⁴¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 82; CHANTEPIE/LATINA: «En résumé, lorsque l'information était accessible, l'ignorance du contractant ne sera plus légitime» [cursiva mía; «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 187, p. 156, v. desde p. 155]. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*: «(ainsi le devoir de s'informer fixe-t-il la limite de l'obligation précontractuelle d'information)».

¹¹⁴² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 82; pero ello ha de ser algo excepcional: «[à] un instant où la prudence, voire la méfiance, doit être de mise, l'excès de confiance en autrui peut être sanctionnée au même titre que la négligence à ne pas prendre en charge ses intérêts» (*op. cit.*, p. 82).

¹¹⁴³ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 187, p. 156; DESHAYES/GENICON/LAITHIER también aluden a los lazos preexistentes entre las partes y citan la relación entre el socio y el dirigente social, y los contratos de cooperación [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 82].

cassation»¹¹⁴⁴. Llegados a este punto, conviene recordar el asunto *Baldus*, en el que la *Cour de Cassation (Civ., 1^{er}, 03.05.2000)* determinó que *el comprador no tiene obligación de informar al vendedor sobre el valor de la cosa, no pudiendo este último anular el contrato por reticencia dolosa* (confirmado por *Cass. 3^e, 17.01.2007*)¹¹⁴⁵. ¿Cómo ha incidido, en lo anterior, la *Ordonnance n.º 2016-131*? Para poder responder, he de referirme a la relación del artículo 1112-1.II *Code v.o.* con los artículos 1137.II y 1139 *Code v.o.* (referidos al dolo). Según el artículo 1137.II *Code v.o.*, también es dolo la disimulación intencional por uno de los contratantes de una información que sabía de su carácter determinante para la otra parte¹¹⁴⁶. Comentándose el artículo 1112-1 *Code v.o.* (deber de información) en el mentado *Rapport*, se resalta que dicho artículo se diferencia del artículo 1137.II *Code v.o.* (reticencia dolosa) por un «*élément essentiel*»: si la infracción de la obligación de información fue *intencional*, para engañar al otro contratante, hay dolo, el cual entraña la nulidad del contrato (art. 1137.II *Code v.o.*); y *si no hubo intención de engañar*, el defecto en la información, que puede no resultar más que de una *simple negligencia*, se sanciona mediante la indemnización de daños y perjuicios (art. 1112-1 *Code v.o.*)¹¹⁴⁷. En cuanto al artículo 1139 *Code v.o.*, recuer-

¹¹⁴⁴ En similar sentido, CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 183, p. 152; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 83.

¹¹⁴⁵ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 187, p. 155; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1139 *Code v.o.*» (2016) pp. 211-212 (apuntan que la solución jurisprudencial era cuidadosamente medida y conducía a *diferenciar* entre *dolos*: el *dolo clásico*, esto es, las «(manœuvres et mensonges)», era causa de nulidad por error *sobre el valor*, el *dolo en forma de silencio* (reticencia), no (*op. cit.*, p. 212). Sobre la reticencia dolosa y error sobre el valor, DENIZOT-LIBREROS, *Revista de Derecho Privado* (2014) pp. 172-174.

¹¹⁴⁶ Artículo 1137 *Code v.o.*: «Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges./ Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie». Para DESHAYES/GENICON/LAITHIER, la mayor modernización que supone el artículo 1137 *Code v.o.* es la «inscription dans la loi de la réticence dolosive. Ce faisant, l'ordonnance ne fait que consolider une jurisprudence bien acquise depuis 1974 [...]» [«Comentario del artículo 1137 *Code v.o.*» (2016) p. 202].

¹¹⁴⁷ El texto del *Rapport* continúa: «A l'inverse, le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper»; y más adelante, cuando se comenta el dolo vicio, en el *Rapport* se indica: «La réticence dolosive est consacrée (article 1137 alinéa 2), sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper». Por su parte, CHANTEPIE/LATINA indican que el legislador desconecta la reticencia dolosa de la obligación legal de información consagrada en el artículo 1112-1 *Code v.o.* [«Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*» (2016) núm. 327, p. 266, y v. además p. 267; también núm. 328, pp. 267-268; y «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 190, pp. 158-159]. Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, por un lado, el incumplimiento de la obligación precontractual de información prevista en el artículo 1112-1 *Code v.o.* puede conducir a la reticencia dolosa pero no la implica necesariamente, y por otro, la reticencia dolosa es posible incluso en

do que en él se ordena que el error que resulta de un *dolo* es causa de nulidad, *incluso si recae sobre el valor de la prestación* [*supra* [288] h)]. Y, por otro lado, el dolo puede producirse por maniobras, por mentiras (dolo activo, art. 1137.I *Code v.o.*) o por reticencia (dolo omisivo, art. 1137.II *Code v.o.*)¹¹⁴⁸. En opinión de Chantepeie/Latina, la combinación de los artículos 1137 y 1139 *Code v.o.*, ha terminado con la jurisprudencia *Baldus*¹¹⁴⁹. Intentando salvar algún margen de actuación para la jurisprudencia *Baldus*, se manifiestan Deshayes/Genicon/Laithier¹¹⁵⁰. Y Savaux, considerando solo el artículo 1112-1 *Code v.o.*, entiende que el mismo ha salvado la jurisprudencia *Baldus*¹¹⁵¹.

Por último, el incumplimiento del deber de información del artículo 1112-1 *Code v.o.* conlleva una sanción específica: la responsabilidad del incumplidor (art. 1112-1.VI *Code v.o.*) de naturaleza *extracontractual*¹¹⁵². También puede entrañar –sanción acumulativa¹¹⁵³– la *anulación del contrato en las condiciones previstas*

ausencia del incumplimiento del deber precontractual de información del artículo 1112-1 *Code v.o.* [«Comentario del artículo 1137 *Code v.o.*» (2016) p. 202, v. hasta p. 204.

¹¹⁴⁸ Para el artículo 1137 *Code v.o.*, *supra* nota 1146.

¹¹⁴⁹ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*» (2016) núm. 327, pp. 266-267.

¹¹⁵⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1139 *Code v.o.*» (2016) pp. 212-213, v. desde p. 211; v. también «Comentario del artículo 1137 *Code v.o.*» p. 204, y «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 83.

¹¹⁵¹ Según SAVAUX: «Al disponer [el art. 1129 *P. Ord. 2015*] que “*aquel de los contratantes que conociese o debiera conocer una información cuya importancia fuese decisiva para el consentimiento del otro deberá informarle, puesto que éste [sic] último ignora legítimamente dicha información o se fía de la otra parte*”, el proyecto de ordenanza quería expresar el estado del Derecho positivo en materia de obligaciones de información. No obstante, el texto se ha considerado como una generalización peligrosa, arriesgándose incluso a desembocar en el replanteamiento de una solución jurisprudencial, según la cual el adquirente, aunque sea un profesional, no está vinculado por una obligación de información en beneficio del vendedor acerca del valor del bien adquirido [en nota 32, p. 726, cita *Civ. 3.e, 17 janv. 2007*, y *Civ. 1.re 3 mai 2000*]. Sin duda, el temor carecía de fundamento, pues en verdad la letra del texto [del art. 1129.I *P. Ord. 2015*] permite, gracias a la condición de la ignorancia legítima, mantener dicha jurisprudencia. Sin embargo, al término de la consulta pública, el texto ha sido modificado. El artículo 1112-1, párrafo 2, especifica que “*no obstante, dicho deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación*”, lo cual preserva la jurisprudencia aludida anteriormente» [cursiva del original; *ADC* (2016) pp. 725-726].

¹¹⁵² Así CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 189, p. 157; «[i]nspirée de l’avant-projet Catala, la solution serait conforme à la jurisprudence, qui sanctionnait en droit commun le manquement à une “obligation précontractuelle d’information”, sur le fondement de l’ancien article 1382 du Code civil. Les parties n’étant pas encore engagées dans les termes du contrat, on ne saurait invoquer les règles de la responsabilité contractuelle» (*op. cit.*, núm. 189, p. 157; v. además núm. 180, p. 149, y núm. 182, pp. 150-151). DESHAYES/GENICON/LAITHIER apuntan que la indemnización es *sanción independiente* «et, finalement, la seule sanction propre de l’obligation d’information», si bien han de respetarse las condiciones de la responsabilidad civil [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 84].

¹¹⁵³ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 189, p. 157; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 84.

por los artículos 1130 ss. *Code v.o.* que regulan los vicios del consentimiento (art. 1121-1.VI *Code v.o.*). Chantepie/Latina indican que, técnicamente, el artículo 1112-1.VI *Code v.o.* debe leerse mirando particularmente los artículos 1132 (error) y 1137 (dolo) *Code v.o.*¹¹⁵⁴.

Y en la fase previa a la presente reforma del Derecho francés (algunos antecedentes)¹¹⁵⁵ y en lo que interesa:

[A] El *AP Catala*.– [A.1] *Artículos*.– Artículo 1110 *AP Catala*: «Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner.

Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation.

Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat».

Artículo 1110-1 *AP Catala*: «Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu».

[A.2] *Comentario*.– Lequette/Loiseau/Serinet señalan, que los artículos 1110 y 1110-1 *AP Catala* se incardinan en el «paragraphe qui traite de l'intégrité du consentement», parágrafo que incluye disposiciones *nuevas* sobre la obligación precontractual de información por una de las partes, medida positiva de protección del consentimiento¹¹⁵⁶. Apuntan, que la obligación precontractual de información por una de las partes es instrumento «que le droit de la consommation utilise de manière courante» y ha parecido necesario darla un marco *general* que permita superar la diversidad de sus fuentes (jurisprudencial, legal) y separarla de sus regímenes, además de que fijar su sentido y principales características en el Dere-

¹¹⁵⁴ CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 190, p. 158. DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan, que para anular el contrato han de cumplirse los requisitos de los artículos 1130 ss. *Code v.o.* [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 84]. Y según el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*, el incumplimiento del deber de información «peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement –erreur ou dol–».

¹¹⁵⁵ *Supra* nota 32.

¹¹⁵⁶ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20; en el § al que se refieren se regula, además de la obligación precontractual de información, «les délais de réflexion et de repentir d'autre part (article 1110-2)» *AP Catala*; la función preventiva de todas las figuras del § justifican su leyenda «De l'intégrité du consentement» (*op. cit.*, p. 20).

cho común de las obligaciones del *Code civil* devuelve a este último su plena coherencia y dimensión, creando un punto de anclaje a los Derechos especiales, más técnicos, en particular el Derecho de los consumidores¹¹⁵⁷. Consideran, que volver hacer del *Code civil* un «Code pilote» sería una manera de responder a la crítica, de que la reglamentación general de los contratos ha perdido su vigor y su capacidad creadora en provecho del Derecho de los consumidores, «qui, plus nouvellement codifié, incarnerait le droit vivant...»¹¹⁵⁸.

Para el *dolo*, Lequette/Loiseau/Serinet apuntan la *ampliación* de la definición clásica de dolo del artículo 1116 *Code v.a.*, pues el artículo 1113-1 *AP Catala* incluye a la reticencia dolosa¹¹⁵⁹, la cual presenta un interés práctico superior y permite conectar con la obligación de información del artículo 1110 *AP Catala*¹¹⁶⁰. Los autores indican, que las relaciones entre esas dos nociones se clarifican, pues si *falta* la intención de engañar, el incumplimiento de la obligación de informar no conlleva más que la responsabilidad del obligado¹¹⁶¹. En cuanto al artículo 1113-3 *AP Catala*, que ordena que el error *provocado* por dolo permite la nulidad del contrato incluso si solo recae sobre el valor de la cosa (*supra* [290] [A.1.3]), al limitarlo dicho artículo *solo* al error «provoquée» por dolo, Lequette/Loiseau/Serinet señalan que, *stricto sensu*, *no es generalizable a la reticencia dolosa*, aunque «[t]acitement, la disposition [del art. 1113-3 *AP Catala*] conduit à entériner la jurisprudence *Baldus* (Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, [...]), si, du moins, on veut bien en faire une lecture littérale»¹¹⁶².

[B] El *P. Terré*. – [B.1] *Artículos*. – Artículo 33 *P. Terré*: «La partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime.

L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contract ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie».

¹¹⁵⁷ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

¹¹⁵⁸ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

¹¹⁵⁹ Artículo 1113 *AP Catala*: «Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges»; artículo 1113-1 *AP Catala*: «Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'un fait qui, s'il avait été connu de son cocontractant, l'aurait dissuadé de contracter, au moins aux conditions convenues»; artículo 1116 *Code v.a.*: «Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté./ Il ne se présume pas, et doit être prouvé».

¹¹⁶⁰ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

¹¹⁶¹ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

¹¹⁶² LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

Artículo 34 *P. Terré*: «Le manquement à une obligation d'information engage la responsabilité de celui qui en était tenu et, le cas échéant, conduit à la nullité du contrat dans les conditions des articles 35 et suivants» (estos últimos artículos regulan los vicios del consentimiento; para el error, *supra* [290] [B.1.1]).

[B.2] *Comentario*.— Remy-Corlay/Fenouillet consideran satisfactorio que el *AP Catala* dedique un texto autónomo a la existencia de una obligación de información (art. 1110, *supra* anterior [A.1]) pues asegura la protección del acreedor y la seguridad del deudor; *sin embargo*, el *AP Catala* *rehusa* imponer una obligación *general* de información y la dispone *solo para dos concretos casos* —«[...] a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même», y «qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties», art. 1110.II *AP Catala*— postulando implícitamente, el *AP Catala*, que cada contratante tiene el deber de informarse¹¹⁶³. Según Remy-Corlay/Fenouillet, para esos dos casos, el Derecho considera que la eventual ignorancia del contratante fue «legítima» (no puede ser reprochado) y por ello, en el *P. Terré* se afirma con carácter *general* la obligación de información para el caso de la «*ignorance légitime*» del contratante (art. 33.I *in fine P. Terré*), precisándose «notamment» le cas dans l'hypothèse d'une relation de confiance légitime, ou encore en présence d'une impossibilité de se renseigner [art. 33.II *P. Terré*]. Mais une telle ignorance pourrait sans doute survenir dans d'autres cas»¹¹⁶⁴. Además, Remy-Corlay/Fenouillet entienden que el *AP Catala* crea cierta ambigüedad, por cuanto su artículo 1110.I *evoca* «l'importance déterminante» de la información para la otra parte, *antes* de definir lo que llama «les informations pertinentes» en su artículo 1110.IV y el grupo de trabajo del *P. Terré* consideró más claro referirse, en su artículo 33.I, a la información que tenga «une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie»¹¹⁶⁵. Sobre las reglas de prueba, extraídas de la jurisprudencia y consagradas en el artículo 1110.III *AP Catala*, el grupo de trabajo del *P. Terré* consideró oportuno recogerlas en el artículo 33.III *P. Terré*¹¹⁶⁶.

En relación con el artículo 34 P. Terré, después de recordar que el artículo 1110-1 *AP Catala* precisaba que el incumplimiento de una obligación de información, sin intención de engañar, conllevaba la responsabilidad del obligado (*supra* anterior [A.1]) y ello dejaba la cuestión de si podría obtenerse la nulidad del contrato, Remy-Corlay/Fenouillet informan, que al grupo de trabajo le pareció que era preferible precisar que la nulidad del contrato puede producirse no solo por dolo, sino también por error y de ahí que el artículo 34 *in fine P. Terré* precise «dans le conditions des articles 35 et suivants» (que regulan los vicios del consentimiento)¹¹⁶⁷.

¹¹⁶³ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 153; v. hasta p. 154.

¹¹⁶⁴ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 154.

¹¹⁶⁵ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 154.

¹¹⁶⁶ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 154.

¹¹⁶⁷ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 154-155.

Por último, en el *dolo*, Remy-Corlay/Fenouillet señalan que pareció preferible conectar «la réticence dolosive» con la obligación de información¹¹⁶⁸: en efecto, es lógico sancionar la reticencia cuando el Derecho impone a un contratante una obligación de información, lo cual no significa que la obligación de información sea absorbida por la reticencia dolosa, pues la violación de aquella obligación no justificará pronunciar la nulidad del contrato por dolo más que cuando esa violación haya determinado el consentimiento del contratante; en los otros casos, el no haber respetado la obligación de información conduce solo a la indemnización de daños y perjuicios¹¹⁶⁹.

[C] El *P. Ord. 2015*.– [C.1] *Artículo*.– Artículo 1129 *P. Ord. 2015*: «Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé».

[C.2] *Comentario*.– El artículo 1129 *P. Ord. 2015* consagra un deber general de información precontractual para el que Klein considera que, además de sus discutibles contornos, *su ubicación es sin duda criticable* –se le sitúa en la «Section 2 La validité», «*Subsection 1 Le consentement*», «§ 2 – *Le devoir d'information*»–¹¹⁷⁰. El deber de información no se ubica en la problemática de la validez del contrato, sino dentro de las obligaciones del periodo precontractual de la negociación y por ello su lugar *no* es en las disposiciones relativas al consentimiento; y esa confusión se manifiesta cuando el artículo 1129 *P. Ord. 2015* emplea el término totalmente inapropiado de «contractant», pues la información ha de suministrarse *en un momento en el el contrato todavía no se ha celebrado y no se sabe si se celebrará*¹¹⁷¹. Lo anterior –continúa Klein– igualmente resulta de la posibilidad prevista en el artículo 1129.II *P. Ord. 2015* de sancionar el incumplimiento del deber de información con la *responsabilidad extracontractual*, lo que da a entender que ese deber sobrepasa al del vicio del consentimiento¹¹⁷². Según Klein, el artículo 1129 *P. Ord. 2015* debe extraerse de la Sección «*La validité*» y trasladarse a la Subsección de la «*négociation du contrat*», su ubicación natural¹¹⁷³ (y añadido, así ha resultado con el vigente art. 1112-1 *Code v.o.*).

¹¹⁶⁸ Artículo 43 *P. Terré*: «Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges»; artículo 44 *P. Terré*: «Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'une information qu'il devait délivrer conformément à l'article 33».

¹¹⁶⁹ REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 161.

¹¹⁷⁰ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

¹¹⁷¹ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

¹¹⁷² KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

¹¹⁷³ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

Para el *dolo omisivo* y la expresión «qu'il devait lui fournir conformément à la loi» del artículo 1136 *P. Ord. 2015*¹¹⁷⁴, Klein considera a esta última inútilmente alambicada, y se explica por el reenvío al artículo 1129 *P. Ord. 2015* que prevé un deber general de información sin embargo, eso permanece perfectamente indeterminado por el reenvío a la ley general¹¹⁷⁵.

PARTE CUARTA: CONSIDERACIONES GENERALES

I. PARA EL ERROR (EL LLAMADO ERROR VICIO)

[293] Tras exponer y analizar los distintos textos jurídicos que para aquél seleccioné, puede constatarse en ellos una *tendencia mayoritaria favorable al denominado modelo moderno de regulación del error*¹¹⁷⁶. Acogiendo alguno de sus *submodelos*, pues hay diferencias en sus respectivas regulaciones, adoptan ese modelo: el BW¹¹⁷⁷, los PECL¹¹⁷⁸, el DCFR¹¹⁷⁹, los *Principios UNIDROIT 2010*¹¹⁸⁰, los *Principios OHADAC*¹¹⁸¹, los PLDC¹¹⁸², la PMCC¹¹⁸³, la PCCAPDC¹¹⁸⁴ y la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*¹¹⁸⁵. Puede constatare la sucesiva y progresiva influencia de los textos anteriores, en los posteriores.

[294] En las exposiciones del error suele reiterarse que subyacen distintos y no coincidentes objetivos en su regulación. En este sentido, está la protección de la autonomía de la voluntad, la protección de la confianza, y la protección de la seguridad jurídica en las transacciones¹¹⁸⁶. Lograr que una regulación del error (vicio) llegue al

¹¹⁷⁴ Artículo 1136 *P. Ord. 2015*: «Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information [...]» (a esos puntos suspensivos corresponden lo transcrito en el cuerpo del texto).

¹¹⁷⁵ KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; «[a]u fond, la formule n'apporte rien voire risque même de réduire le champ de la réticence dolosive» (*op. cit.*, p. 17); propone como redacción del artículo 1136: «Le dol est le fait pour *une partie* d'obtenir *intentionnellement* le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la *réretention* d'une information qu'il était [*légalement*] tenu de lui fournir» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, p. 19; cfr. art. 1136 *P. Ord. 2015* en nota 1174).

¹¹⁷⁶ Resumen del trabajo y *supra* [8]. En su día, en Alemania también se propuso la revisión del error, según información de MORALES MORENO, *supra* [190].

¹¹⁷⁷ *Supra* [53]-[55].

¹¹⁷⁸ *Supra* [17]-[25].

¹¹⁷⁹ *Supra* [34]-[37].

¹¹⁸⁰ *Supra* [42]-[48].

¹¹⁸¹ *Supra* [75]-[86].

¹¹⁸² *Supra* [185]-[188], [191]-[199].

¹¹⁸³ *Supra* [231]-[242].

¹¹⁸⁴ *Supra* [257]-[258], [260]-[262].

¹¹⁸⁵ *Supra* [267]-[269].

¹¹⁸⁶ *Supra* [3], [18]. Además, las consideraciones de MORALES MORENO, *supra* [189].

justo o suficiente equilibrio entre todo lo anterior es algo complicado y al respecto, se ha considerado bueno al modelo moderno de regulación del error. Hondius/Keirse, tras apuntar la influencia del error (vicio) del vigente Derecho holandés en los PECL, señalan que los redactores de los PECL no buscaron un compromiso entre la mayoría de los sistemas jurídicos europeos o un compromiso a nivel global, sino que persiguieron el *mejor derecho*; por otro lado, la regulación del error del Derecho holandés (BW) se basó en una investigación de Derecho comparado, influyendo en él la *misrepresentation* del Derecho inglés¹¹⁸⁷ y la base del negocio subjetiva del Derecho alemán¹¹⁸⁸. Para la regulación del error (vicio) del DCFR, en su *Comentario oficial* se señala, que se persiguió establecer unos principios que contuvieran *un justo equilibrio* entre la naturaleza voluntaria del contrato y la protección de la razonable confianza de la otra parte, no pretendiéndose principios comunes fundados en los diferentes Derechos nacionales, aunque aquéllos reflejen lo que, en muchos de esos Derechos, es su fundamento¹¹⁸⁹. Por último, para el error de la PMCC, López Frías considera que se está ante *un buen texto* que recoge el Derecho europeo y codifica lo que la doctrina y la jurisprudencia españolas consideran esenciales para el error¹¹⁹⁰. Morales Moreno apunta que la regulación del error de la PMCC sigue las orientaciones del moderno Derecho de contratos, y que su regulación está *más desarrollada y es más precisa* que la del artículo 1266 CC, lo cual contribuiría *a aumentar la certidumbre y la previsibilidad para con el error*¹¹⁹¹. He de recordar también, que no todos prefieren este modelo moderno de error (Clavería González¹¹⁹²).

[295] Por mi parte, me parece equilibrado y adecuado ese modelo moderno de error, que conecta estrechamente con el Derecho privado europeo y no supone una abrupta ruptura con el error tal y como lo están aplicando nuestros Tribunales¹¹⁹³ y entienden algunos (Morales Moreno¹¹⁹⁴), al tiempo que considero oportuno que en el artículo 1298 PMCC se realizaren ciertas mejoras, como la incorporación del supuesto en el que el otro contratante incumpliera una obligación legal de información e incumplimiento que

¹¹⁸⁷ *Supra* [101]-[102] para la *misrepresentation*. Por otro lado, v. las consideraciones de SMITS sobre el distinto punto de partida en su acercamiento al error del *Civil Law* y del *Common Law*, *supra* [4].

¹¹⁸⁸ *Supra* [55].

¹¹⁸⁹ *Supra* [36].

¹¹⁹⁰ *Supra* [232].

¹¹⁹¹ *Supra* [233].

¹¹⁹² *Supra* [247] y [241].

¹¹⁹³ *Supra* [208]-[209] y [215]-[216].

¹¹⁹⁴ *Supra* [212]-[213]; [55] en relación con los PECL.

provocó, al que se equivocó, su error¹¹⁹⁵. Entiendo que el artículo 1298 PMCC ofrece a los Jueces un conjunto de elementos que, *coordinados adecuadamente entre sí*, les permite un más fácil y un mejor enjuiciamiento, en su valoración sobre si tuvo lugar el error relevante. En la determinación del error, los Jueces desempeñan un fundamental y discrecional (que no arbitrario) papel.

Conviene recordar, que el Derecho holandés giró del modelo tradicional de error de su Código civil de 1838 (art. 1358¹¹⁹⁶) al moderno del BW (art. 6:228 BW¹¹⁹⁷)¹¹⁹⁸.

[296] El representante del que he denominado modelo *tradicional* de error es el originario artículo 1110 *Code civil* francés¹¹⁹⁹. En dicho modelo, la protección de la voluntad del que erró desempeña un muy relevante papel (sistema subjetivo que prioriza el aspecto psicológico del error). *Ahora bien*, aquella norma del *Code civil* fue *notablemente completada por la jurisprudencia y la doctrina de los autores*¹²⁰⁰ y en 2016 se actualizó, formalmente, el error del *Code civil*¹²⁰¹ con los nuevos artículos 1130 a 1136, y el artículo 1139 para el dolo y la excusabilidad del error y ciertos tipos de error (sobre el valor de la prestación, sobre el mero motivo)¹²⁰². Al resultado de esa actualización me he referido como el modelo *tradicional actualizado* del error (*supra* [11]). En el *Rapport au Président de la République* sobre la reforma francesa se señala, para el error, que se han transcrito al *Code* reglas vigentes y solucionado diversas cuestiones discutidas en la doctrina, poniendo fin a ciertas incertidumbres¹²⁰³. Chantepeie/Latina indican que el campo de los errores relevantes espontáneos se ha reducido y se alegran de la no adopción del modelo de error de los PECL y del DCFR¹²⁰⁴.

El lenguaje utilizado en la reforma francesa del error (vicio) y su diseño no resulta extraño al jurista español, que cuenta con el

¹¹⁹⁵ *Supra* [238] y cfr. con los artículos 3.4.3, 1, a) *Principios OHADAC*, *supra* [75] y [82], y 51.1.4.º a). *P Bosch/Del Pozo/Vaquero*, *infra* [267]; por otro lado *supra* [240].

¹¹⁹⁶ Artículo 1358 CCH 1838: «El error lleva consigo la nulidad del contrato cuando se refiere á la sustancia misma de la cosa que sirve de objeto á la estipulación./ No será causa de nulidad cuando se refiera á la persona con quien haya habido propósito de contratar, á menos que la consideración de esta persona motive principalmente el contrato»; y el artículo 1357 CCH 1838: «No será válido el consentimiento, si ha sido prestado por error, ó arrancado por violencia, ú obtenido por dolo» [ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890) p. 365].

¹¹⁹⁷ Para el artículo 6:228 BW, *supra* [53]-[54]. Y en otro plano, el de los PLDC, v. las consideraciones de DE LA MAZA GAZMURI, *supra* [187], y MORALES MORENO, *supra* [188].

¹¹⁹⁸ Y en cuanto a la dogmática del error en Alemania y su revisión, *supra* [190].

¹¹⁹⁹ *Supra* [276].

¹²⁰⁰ *Supra* [277]-[285].

¹²⁰¹ *Supra* [11] [A] y [B] para la reforma general, de 2016, del Derecho de obligaciones y contratos francés.

¹²⁰² *Supra* [287]-[288].

¹²⁰³ *Supra* [289]; v. también SAVAUX y CHANTEPIE/LATINA, *supra* nota 1071.

¹²⁰⁴ *Supra* [289] y nota 1072.

artículo 1266 CC¹²⁰⁵ y que, al igual que el originario artículo 1110 *Code civil*, ha sido completado por la jurisprudencia. Es posible que algunos puedan preferir una reforma del error del Código civil español similar a la francesa. Yo, ya indiqué mi opinión *supra* [295].

II. PARA EL ERROR EN LA DECLARACIÓN O EN SU TRANSMISIÓN

[297] *Supra* [5] 68, Kramer informaba que algunos sistemas jurídicos tratan el error en la declaración y el error (vicio) *del mismo modo* (así, el Derecho italiano¹²⁰⁶). De los textos que he seleccionado para este trabajo, la *tendencia mayoritaria es favorable a aplicar al error en la declaración el mismo régimen que el del error (vicio)*. Proceden como he descrito: los PECL¹²⁰⁷, el DCFR¹²⁰⁸, los *Principios UNIDROIT 2010*¹²⁰⁹, los *Principios OHADAC*¹²¹⁰, los PLDC¹²¹¹, la PMCC¹²¹², la PCCAPDC¹²¹³ y la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*¹²¹⁴. En algunos de esos textos (o en su comentario oficial) se especifica que la aplicación del error (vicio) se produce tras aplicar las normas de la interpretación contractual. Estas últimas pueden solucionar el habido error en la declaración y para el caso de que no suceda, el error en la declaración será relevante si reúne los requisitos del error (vicio), aplicándosele el régimen de la nulidad relativa (de la anulabilidad). Lo anterior también procede para el error en la transmisión de la declaración.

[298] En contraste con lo anterior, otros sistemas jurídicos aplican al error en la declaración el régimen de la nulidad absoluta/inexistencia, pues no hubo una coincidente voluntad contractual. *Supra* [5] 67, Kramer señalaba que algunos sistemas jurídicos daban al error en la declaración una posición privilegiada, mencionando *en 2008* al Derecho francés y al español¹²¹⁵. *Para el error en*

¹²⁰⁵ *Supra* [204].

¹²⁰⁶ Artículo 1433 CC ital. 1942, *supra* nota 71; para los artículos del error del CC ital. 1942, además de esa nota 71, también *supra* nota 709.

¹²⁰⁷ *Supra* [17] y [26]-[30].

¹²⁰⁸ *Supra* [34] y [38].

¹²⁰⁹ *Supra* [42] y [49]-[51].

¹²¹⁰ *Supra* [75] y [87]-[89].

¹²¹¹ *Supra* [185] y [200].

¹²¹² *Supra* [231] y [243]-[245].

¹²¹³ *Supra* [257] y [259].

¹²¹⁴ *Supra* [267] y [270]-[271].

¹²¹⁵ Kramer también mencionaba al Derecho alemán, cuyos §§ 119.I y 122 BGB se transcribieron *supra* en nota 9. Por otro lado, Kramer también se refiere a *otros modelos de regulación* en el error en la declaración, como el Derecho holandés (art. 3:35 BW) del que di cuenta *supra* [53] y [56].

la declaración en el Derecho francés, Flour/Aubert/Savaux indicaban en 2014, que la doctrina clásica había señalado la nulidad absoluta del contrato, incluso su inexistencia; que la jurisprudencia se inclinaba más bien a favor de la nulidad absoluta, tratándose del supuesto de la ausencia del consentimiento; y que la lógica demandaba más bien la nulidad relativa, con la particularidad de que cada una de las partes contratantes podría ejercitar la nulidad¹²¹⁶. En 2016, tras la reforma del *Code civil*¹²¹⁷, Deshayes/Genicon/Laithier apuntan la no previsión específica de un texto en el *Code civil* para el error en la declaración sobre la controvertida cuestión de si el contrato fue inexistente o procedía la nulidad absoluta o la relativa, y destacan que había respuestas en todos los sentidos y que la jurisprudencia adoptaba, en su último estado, la solución de la nulidad relativa (*Cass. 3^e civ., 26.06.2013*)¹²¹⁸. Deshayes/Genicon/Laithier entienden que, a pesar del silencio de la *Ordonnance* n.º 2016-131, esta parece, implícitamente, solucionar el error en la declaración en favor de la nulidad relativa. Pero Chantepie/Latina parecen inclinarse en favor de la inexistencia¹²¹⁹. Para el error en la declaración en el Derecho español, la doctrina de los autores se encuentra dividida: unos consideran que procede aplicar la disciplina del error (vicio) del artículo 1266 CC que conlleva el régimen de la nulidad relativa o anulabilidad, y otros consideran que procede el régimen de la nulidad absoluta del contrato (o su inexistencia) pues no hubo un común consentimiento contractual (art. 1261.1.º CC), inclinándose la jurisprudencia por esto último¹²²⁰.

De lo expuesto se va desprendiendo, que en el Derecho francés se va abriendo paso la idea de la nulidad relativa para el error en la declaración, y que, en el Derecho español, también se encuentran defensores de ello. En el Comentario oficial de los *Principios OHADAC*, tras recordar que en los sistemas romano-germánicos se distingue el error vicio (contrato anulable) y el error en la declaración (contrato nulo; inexistente), se indica que la evolución de esos sistemas ha puesto en evidencia ciertas insatisfacciones y resultados manifiestamente injustos, y eso permite constatar la necesidad de subsumir el error en la declaración en modelos *más flexibles* que permitan tener en cuenta consideraciones conectadas con *la teoría del riesgo*, además de que los *Principios UNIDROIT*, los PECL, el DCFR y el CESL acogen la tendencia del igual trato entre el error

¹²¹⁶ *Supra* [286].

¹²¹⁷ *Supra* [11] [A] y [B] para la reforma general, de 2016, del Derecho de obligaciones y contratos francés.

¹²¹⁸ *Supra* [290].

¹²¹⁹ *Supra* [290].

¹²²⁰ *Supra* [223]; en nota 781 expongo la opinión de diversos autores.

(vicio) y el error en la declaración¹²²¹. Creo preferible el modelo del trato uniforme, tras el resultado infructuoso de la aplicación de las normas de interpretación del contrato (cfr. *supra*, para la PMCC, [243]-[245]). Para la ausencia total de consentimiento, Clavería Gosálvez es partidario de la nulidad¹²²².

III. PARA LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

[299] También se hallan distintas soluciones en los sistemas jurídicos. *Supra* [6] 134 y 135, Kramer indicaba que en la mayoría de los Códigos civiles de los sistemas de *Civil Law*, la doctrina de la imposibilidad inicial, cuya consecuencia es *la nulidad del contrato*, se encuentra *separada del error* y que, en el *Common Law*, la *promesa de cumplir vincula, incluso en el supuesto de la imposibilidad inicial*, y en tal caso, a la falta de cumplimiento se la trata como *incumplimiento contractual* y esto último ha influido más allá del *Common Law* (así, CISG, BW, *Principios UNIDROIT*). Por otro lado, en el *Common Law*, la imposibilidad inicial también se la ha solucionado desde el *common mistake*¹²²³.

[300] En el tratamiento jurídico de la imposibilidad inicial (absoluta, total y definitiva) se percibe, en los textos jurídicos que he seleccionado, una *evolución* consistente en *evitar la nulidad absoluta (inexistencia) del contrato (modelo moderno, frente al tradicional de la nulidad absoluta)* y decisión de la que deriva la cuestión del régimen jurídico aplicable (los *submodelos*)¹²²⁴. Y así, en los PECL, la mera imposibilidad inicial no supone la invalidez del contrato y puede solucionarse a través del error y en ciertos casos mediante el incumplimiento¹²²⁵. Lo mismo para el DCFR¹²²⁶. El Derecho holandés aplica las disposiciones del incumplimiento a la imposibilidad inicial¹²²⁷. Los *Principios UNIDROIT* también ordenan la regla de que la imposibilidad inicial no afecta a la validez del contrato, siguiendo, según se

¹²²¹ *Supra* [88].

¹²²² *Supra* [247].

¹²²³ Además de Kramer, *supra* [16] y nota 42, y [73], y para el Derecho inglés, además, *supra* [98]-[99].

¹²²⁴ Por su carácter de consideraciones generales *solo* voy a considerar en el cuerpo del texto el supuesto de la imposibilidad total absoluta y definitiva. En el trabajo también he tratado del supuesto en que el bien que se enajena no es de propiedad del disponente, o no puede disponer de él (en relación, en concreto, con el art. 1303 PMCC y la regulación del Código civil, *supra* [225]; para el Código civil, STS, 1.º, 07.07.2008, Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, Cendoj, Roj STS 4618/2008, FENYO PICÓN, ADC (2013) [9] A) pp. 729-730)

¹²²⁵ *Supra* [14]-[15].

¹²²⁶ *Supra* [32]-[33].

¹²²⁷ *Supra* [52].

indica en su Comentario oficial, las tendencias más modernas, y aplican el régimen del incumplimiento¹²²⁸. En los *Principios OHADAC* se dispone que la imposibilidad inicial no afecta a la validez del contrato, aplicándose las normas del incumplimiento, y en su Comentario oficial se indica que se adopta un concepto amplio de fuerza mayor que incluye las circunstancias imprevistas *sobrevenidas*, y las imprevistas *cuando la celebración del contrato y no conocidas y que no podían conocerse en dicho momento*, de modo que «los Principios OHADAC introducen un deslinde entre imposibilidad inicial y error que en los textos internacionales adoptados hasta la fecha se muestra más difusa» (cursiva mía)¹²²⁹. La PMCC recoge la regla de que no afecta a la validez del contrato la imposibilidad inicial, y puede interpretarse que el contrato podrá anularse por error o por dolo y aplicarse el régimen de incumplimiento (sobre el art. 1303 PMCC, Valpuesta Fernández indicaba que era más clarificador del panorama normativo)¹²³⁰. Por último, la PCCAPDC no contiene una específica respuesta para la imposibilidad inicial, pero puede interpretarse que el contrato podrá anularse, si, por ejemplo, se reúnen los requisitos del error, o del dolo, y, si en el contenido del contrato se encuentra que el deudor asumió la imposibilidad inicial, este responderá por incumplimiento¹²³¹.

[301] En cuanto al modelo *tradicional* de la nulidad absoluta del contrato, este lo dispone el Derecho español (arts. 1271, 1272 CC con carácter general; art. 1460 CC para la compraventa)¹²³² y el Derecho francés antes de su reforma de 2016¹²³³. *Y es modelo que ha sido acogido en textos jurídicos recientes*. Así sucede (está implícito, en mi opinión) en la versión de los PLDC con la que he trabajado¹²³⁴, y lo mismo para el Derecho francés tras su reforma de 2016 (según explicación de Deshayes/Genicon/Laithier)¹²³⁵. La *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*, aun empleando una terminología y organización en la que se

¹²²⁸ *Supra* [39]-[41].

¹²²⁹ *Supra* [72] y [74].

¹²³⁰ *Supra* [224]-[227]. Por otro lado, para el artículo 1450/1460 PMCC, *supra* [228]-[230].

¹²³¹ *Supra* [256], pero v. también [255].

¹²³² *Supra* [202]-[203]. *Supra* [227], RIBOT IGUALADA señalaba que «en España no se ha producido un cuestionamiento generalizado de las normas sobre el objeto contractual o, más concretamente, de la regla *impossibilium nulla obligatio est* (tendencia a la reproducción acrítica de los principios derivados de los arts. 1272 y 1460 CC) y destacaba la importante influencia de L. Díez-Picazo, Pantaleón y Morales Moreno en la redacción del artículo 1300 PMCC. A propósito del artículo 1450/1460 PMCC, *supra* [229], CLAVERÍA GOSÁLBEZ afirmaba que incurren «en el error, probablemente inspirado en la reforma alemana de 2001, de tratar un claro supuesto de nulidad por falta de objeto con otro de incumplimiento».

¹²³³ *Supra* [272]-[273].

¹²³⁴ *Supra* [141]-[143]. Para Derecho nacionales de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Uruguay, Paraguay y Venezuela, *supra* [119] ss. Para la versión manejada de los PLDC, *supra* [105] c).

¹²³⁵ *Supra* [274]-[275].

percibe la influencia del moderno Derecho de contratos, dispone para la imposibilidad inicial la nulidad absoluta del contrato, indicándose en su comentario oficial que dicha *Propuesta* se aparta de la regla del artículo II.-7:102 DCFR según la cual la imposibilidad no es supuesto de nulidad del contrato, sino de incumplimiento¹²³⁶.

[302] Pese a lo que acabo de recordar en el anterior [301], considero adecuada la tendencia normativa de que la imposibilidad inicial no conlleve la nulidad absoluta/inexistencia del contrato, y que la misma pueda solucionarse, *dependiendo de las características del caso*, a través del error, o del dolo, o del incumplimiento, cumpliéndose sus respectivos requisitos de aplicación y de conformidad con la adecuada interpretación de sus respectivas normas. De nuevo el Derecho holandés se erige en el ejemplo de un ordenamiento, que ha *girado* de una solución (modelo) tradicional de su Código civil de 1838 (contrato inválido por falta de causa) al modelo moderno del BW (validez del contrato y aplicación de las disposiciones del incumplimiento)¹²³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN ROJAS, Fernando/CORTÉS MONCAYO, Édgar/KOTEICH KHATIB, Milagros/M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia/LÓPEZ CASTRO, Yira/MANTILLA ESPINOSA, Fabricio/MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty/MONTOYA MATEUS, Fernando/NAVIA ARROYO, Felipe/NAVIA REVOLLO, Juan Felipe/NEME VILLAREAL, Martha Lucía/TERNERA BARRIOS, Francisco: «Informe Colombia», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental/Fundación Fernando Fueyo*, Universidad Diego Portales (2012) pp. 207-295.
- ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, José/MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Informe Venezuela», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental/Fundación Fernando Fueyo*, Universidad Diego Portales (2012) pp. 561-639.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Traducción de los §§ 119 y 122 BGB», en *Código Civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, Marcial Pons (2008) p. 55.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil, Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch (2016). Cit. APDC (2016).
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia/DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo/PIZARRO WILSON, Carlos/VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Informe Chile», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental/Fundación Fernando Fueyo*, Universidad Diego Portales (2012) pp. 297-378.
- BÉNABENT, Alain: *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, Lextenso éditions (2010).

¹²³⁶ *Supra* [264]-[265]; pero v. además [266]..

¹²³⁷ *Supra* [52].

- BÉNABENT, Alain/AYNÈS, Laurent: «Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général», *Recueil Dalloz*, 25 février 2016, n.º 8.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Prólogo» a la obra *Estudios sobre el Contrato de Compraventa, Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, dirs. Antonio Orti Vallejo/Margarita Jiménez Horwitz, coords. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia/Abigail Quesada Páez, Thomson Reuters Aranzadi (2016) pp. 19-25.
- BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo/PARRA LUCÁN, María de los Ángeles/TUR FAÚNDEZ, María Nélica/GARCÍA VICENTE, José Ramón/ÁLVAREZ OLLA, María del Pilar (Junta Directiva APDC): «Presentación de los Libros Quinto y Sexto de la Propuesta de Código Civil (PCC)», en *Propuesta de Código civil, Libros Quinto y Sexto de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Tirant lo Blanch (2016) pp. 9-11.
- «Una propuesta de Código Civil», *ADC* (2016) pp. 1427-1437.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Los vicios del consentimiento», en *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, eds. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/M.ª Paz Sánchez González, Atelier (2015) pp. 195-221.
- «Capítulo 7, Causas de invalidez del contrato», en *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, coords. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, Atelier (2012) pp. 459-546.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve/DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni: *Teoría general del contrato, Propuesta de regulación*, Marcial Pons (2016).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *ADC* (2012) pp. 1783-1794.
- «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», *ADC* (2007) pp. 621-848.
- CABRILLAC, Rémy: *Droit des obligations*, 12^e éd., Dalloz (2016).
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 2.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi (2017).
- CARRIÓN (OLMOS), Salvador: «El error de Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, marzo (1990) pp. 187-211.
- «Algunas consideraciones en sede doctrinal sobre el error de derecho», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo I, Asociación de Profesores de Derecho civil, Centro de Estudios Ramón Areces (1990) pp. 405-431.
- CARTWRIGHT, John: *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3rd ed., Hart Publishing (2016).
- CASASAYAS RAMIS, Marta: «El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del Código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2016», *RDC*, vol. IV, núm. 1, enero-marzo (2017) pp. 125-161.
- CATALA, Pierre: «Présentation générale de l'avant-projet», *Avant-projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code Civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 Septembre 2005, pp. 2-7, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Apuntes para una gran reforma. Problemas y propuestas», en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al*

- profesor Ignacio Serrano García, dir. Esther Muñiz Espada, Wolters Kluwer (2016) pp. 23-42.
- «Breves notas sobre la Propuesta de la Comisión General de Codificación para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», en *Homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, coords. José María de la Cuesta Sáenz/Elena Vicente Domingo/María Teresa Carrancho Herrero/José María Caballero Lozano/Raquel de Román Pérez, Thomson Reuters Aranzadi (2013) pp. 351-363.
- CHANTEPIE, Gaël/LATINA, Mathias: de *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz (2016):
- «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*», pp. 148-159.
- «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*», pp. 232-235.
- «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*», pp. 240-243.
- «Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*», pp. 243-246.
- «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*», pp. 246-255.
- «Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*», pp. 255-262.
- «Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*», pp. 262-269.
- «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*», pp. 333-338.
- «Comentario del artículo 1178 *Code v.o.*», pp. 387-392.
- «Comentario del artículo 1179 *Code v.o.*», pp. 393-395.
- CHEN-WISHART, Mindy: *Contract Law*, 5th ed., Oxford University Press (2015).
- COBACHO GÓMEZ, José A.: «Sobre los plazos de la prescripción extintiva», en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dir. Esther Muñiz Espada, Wolters Kluwer (2016) pp. 517-536.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (Sección de Derecho civil): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Gobierno de España/Ministerio de Justicia (2009).
- «Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos», *BIMJ*, Suplemento, enero (2009) año LXIII.
- «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», *BIMJ*, núm. 1988, mayo (2005) pp. 108-124.
- DE ALMEIDA PRADO, Mauricio/BIRMAN, Pedro/ESPÍRITU SANTO, Gustavo/GABBAY, Daniela/KONDER, Carlos/PÓVOA, Marcos Fabricio: «Informe Brasil», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental/Fundación Fernando Fueyo*, Universidad Diego Portales (2012) pp. 117-206.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico: «De nuevo sobre el error en el consentimiento», *ADC* (1988) pp. 403-439.
- *El negocio jurídico*, ed. fac. (1971), Civitas (1985).
- *Derecho civil de España, Parte General*, tomo I, *Libro preliminar, Introducción al Derecho Civil*, 2.^a edición, ed. fac. (1949), Civitas (1984).
- DE IZAGUIRRE, José María: «Civil law: la vigencia de una categoría convencional», *ADC* (2012) pp. 533-546.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo: «El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», en *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, eds. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, Atelier (2015) pp. 789-799.
- *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas/Thomson Reuters (2010).

- DE LORENZO, Miguel Federico/KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída/MOLINA DE JUAN, Mariel F./PICASSO, Sebastián/SANTARELLI, Fulvio Germán/SÁENZ, Luis R. J.: «Informe Argentina», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental*/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales (2012) pp. 19-116.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Capítulo 10, Requisitos del contrato», en *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, 2.ª ed., coord. Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, por Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz/Pedro de Pablo Contreras/Miguel Ángel Pérez Álvarez/María Ángeles Parra Lucán, Colex (2008) pp. 355-390.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch (1999).
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: *Las nulidades de los contratos, En la teoría y en la práctica*, Dykinson, S. L. (2005).
- DENIZOT-LIBREROS, Aude: «Tendencias francesas en materia de dolo», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio (2014) pp. 159-184.
- DESHAYES, Olivier/GENICON, Thomas/LAITHIER, Yves-Marie: de *Réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis (2016):
- «Introduction», pp. 1-15.
 - «Comentario del artículo 9 *Code v.o.*», pp. 17-25.
 - «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*», pp. 79-84.
 - «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*», pp. 168-172.
 - «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*», pp. 173-175.
 - «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*», pp. 176-180.
 - «Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*», pp. 181-182.
 - «Comentario del artículo 1132 *Code v.o.*», pp. 183-186.
 - «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*», pp. 187-190.
 - «Comentario del artículo 1134 *Code v.o.*», p. 191.
 - «Comentario del artículo 1135 *Code v.o.*», pp. 192-197.
 - «Comentario del artículo 1136 *Code v.o.*», pp. 198-199.
 - «Comentario del artículo 1137 *Code v.o.*», pp. 200-204.
 - «Comentario del artículo 1139 *Code v.o.*», pp. 209-213.
 - «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*», pp. 264-268.
 - «Comentario del artículo 1178 *Code v.o.*», pp. 319-326.
 - «Comentario de los artículos 1179, 1180, 1181 *Code v.o.*», pp. 327-331.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La armonización del Derecho de contratos en la Unión Europea y en el continente sudamericano», *RDP*, julio-agosto (2012) pp. 115-116.
- DÍAZ, Hugo S./MARIÑO LÓPEZ, Andrés/MIRANDE, Santiago/NICOLA, José Luis: «Informe Uruguay», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental*/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales (2012) pp. 485-559.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción, Teoría del contrato*, 6.ª ed., Thomson Civitas (2007).
- «Sobre la imposibilidad de la prestación», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, coords. Joan Manel Abril Campoy/María Eulalia Amat Llari, Tirant lo Blanch (2006) pp. 1087-1096.
- DOS SANTOS MELGAREJO, José/ÁNGULO SARUBBI, Jorge Emilio/BREUER PLANAS, José María/GODOY DURIA, Luis Armando/MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Aldo Javier: «Informe Paraguay», en

- El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental/Fundación Fernando Fueyo*, Universidad Diego Portales (2012) pp. 379-483.
- EIDENMÜLLER, Horst/FAUST, Florian/GRIGOLEIT, Hans Christoph/JANSEN, Nils/WAGNER, Gerhard/ZIMMERMANN, Reinhard: «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», *ADC* (2009) pp. 1461-1522.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «El error como vicio del consentimiento contractual», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, 3.ª ed., Universidad de Granada/Civitas/Thomson Reuters/Gobierno de España/Ministerio de Economía y Competitividad (2016) pp. 1117-1160.
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal/RODRÍGUEZ DIEZ, Javier: «Expansión y límites de la buena fe objetiva – A propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”», *RChDP*, núm. 21, julio (2013) pp. 137-215.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley de Libro Sexto del Código civil de Cataluña», *ADC* (2015) pp. 801-1082.
- «The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation», en *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, ed. Reiner Schulze/Fryderyk Zoll (2013) pp. 397-430.
- «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC* (2013) pp. 717-836.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* (2010) pp. 47-136.
- «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *ADC* (2009) pp. 157-280.
- FERRANTE, Alfredo: «¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 30, enero-junio de 2016, pp. 107-127.
- «¿Es correcta la elección del método de cálculo de la reducción del precio en los Principios Latinoamericanos de Contratos?», *RChDP*, núm. 22, julio (2014) pp. 9-49.
- FLOUR, Jacques/AUBERT, Jean-Luc/SAVAUX, Éric: *Droit Civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16.º ed., Dalloz (2014).
- FLUME, Werner: *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil*, tomo segundo, 4.ª ed. no modificada (1992 de la obra original), traducción de José María Miquel González/Esther Gómez Calle (1998 de la traducción), Fundación Cultural del Notariado.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Algunas notas sobre la compraventa en el Proyecto de Pavía», en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dir. Esther Muñoz Espada (2016) pp. 465-487.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: de *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota

- preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente (1974):
- «Comentario del artículo 2 PCC 1851», p. 3.
 - «Comentario del artículo 989 PCC 1851», pp. 524-526.
 - «Comentario del artículo 995 PCC 1851», pp. 530-531.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario del artículo 1266 CC», en *Comentarios al Código civil*, tomo VII (Arts. 1265 a 1484), dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch (2013) pp. 9102-9110.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «“The future of Contract Law in Latin America”, 25 de junio de 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)», *ADC* (2015) pp. 1083-1090.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción», Editorial, *InDret*, núm. 4 (2015) pp. 1-5.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Vida y obra de Andrés Bello especialmente considerado como jurista*, Thomson/Aranzadi/Maestas Fundación (2008).
- *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra/Thomson/Aranzadi (2006).
- HAANAPPEL, P. P. C./MACKAAY, Ejan: traducción del *Nieuw Nederlands Burgerlijk wetboek, het vermogensrecht/New Netherlands Civil Code, Patrimonial Law/Nouveau Code Civil Néerlandais, Le Droit Patrimonial*, Kluwer Law and Taxation Publishers (1990).
- HARTKAMP, Arthur: *Contract Law in the Netherlands*, 2^{cond} ed., en colaboración con Annemarie E. B. ter Heide, Wolters Kluwer (2015).
- HONDIUS, Ewoud: «Latin America Goes PECL», *ERPL*, vol. 21, núm. 2 (2013) pp. 419-421.
- HONDIUS, Ewoud/KEIRSE, Anne: «Does Europe Go Dutch? The Impact of Dutch Civil Law on Recodification in Europe», en *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, ed. Reiner Schulze/Fryderyk Zoll, Sellier European Law Publishers (2013) pp. 303-317.
- HOUTCIEFF, Dimitri: «Le contenu du contrat», en *Pour une réforme du Droit des Contrats, sous la direction de François Terré*, Dalloz (2009) pp. 183-218.
- HUET, Jérôme/CABRILLAC, Rémy: «Validité – Objet (art. 1121 à 1123)», *Avant-projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 Septembre 2005, pp. 23-25, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
- JEREZ DELGADO, Carmen: coordinadora de la obra *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE (2015).
- *La anulación del contrato*, Civitas/Thomson Reuters (2011).
- JORDANO FRAGA, Francisco: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España (1988).
- KLEIN, Julie: «Le consentement», *SJ, Supplément au N.º 21*, 25 mai 2015, pp. 14-19.
- KRAMER, Ernst A.: «I. Introduction, II. Mistake», en «Chapter 11 Defects in the contracting process», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume VII, *Contracts in general*, Chief Editor Arthur T. Von Mehren, Part 2, Mohr Siebeck (2008) pp. 3-65.
- LEQUETTE, Yves/LOISEAU, Grégoire/SERINET, Yves-Marie: «Validité du contrat – Consentement (art. 1108 à 1115-1)», *Avant-projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clé-

- ment, 22 Septiembre 2005, pp. 18-22, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «El error en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.^a Luisa Palazón Garrido/M.^a del Mar Méndez Serrano, Atelier (2011) pp. 167-193.
- LUNA SERRANO, Agustín: «Capítulo II. El consentimiento contractual y su declaración», en *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, volumen Segundo, *Teoría general del contrato*, por José Luis Lacruz Berdejo/Agustín Luna Serrano/Jesús Delgado Echeverría/Francisco Rivero Hernández, 2.^a ed., Librería Bosch (1987) pp. 49-133.
- «Los vicios del consentimiento contractual», en *Estudios de Derecho mercantil, en homenaje al profesor Antonio Polo*, Editoriales de Derecho reunidas (1981) pp. 449-474.
- MALAUURIE, Philippe/AYNÈS, Laurent/STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Droit civil, Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ (2015).
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «Los vicios de la voluntad en los principios de Derecho Contractual Europeo», *RCDI*, núm. 689, mayo-junio (2005) pp. 887-926.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «§ 4 Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en *Tratado de contratos*, tomo I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coords. Nieves Moralejo Imbernón/Susana Quicios Molina, 2.^a ed., tirant lo blanch (2013), pp. 597-746.
- MARKESINIS, Basil/UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract, A comparative Treatise*, 2nd ed., Hart Publishing (2006).
- McKENDRICK, Ewan: *Contract Law*, 11th ed., Palgrave (2015).
- MESA MARRERO, Carolina: «El error en el moderno Derecho contractual europeo», *RDC*, vol. II, núm. 4, octubre-diciembre (2015) pp. 29-63.
- MOLFESSIS, Nicolas: «Amendements doctrinaux», *La Semaine Juridique, Supplément au N.º 21*, 25 mai 2015, p. 4.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: «Criterios sobre la esencialidad del error vicio en el objeto contractual», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, comité organizador Antonio Cabanillas Sánchez/Jorge Caffarena Laporta/José María Miquel González/Vicente L. Montés Penadés/Antonio Manuel Morales Moreno/Fernando Pantaleón Prieto, tomo II, Thomson Civitas (2003) pp. 2565-2590.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo: «La reforma al Derecho de Obligaciones y Contratos en Francia. Un análisis preliminar», *RChDP*, núm. 24, julio (2015) pp. 121-142.
- «Harmonization of contract law in Latin America: past and present initiatives», *Unif. L. Rev.*, vol. 19, núm. 3 (2014) pp. 411-428.
- MORALES, María Elisa: «Informe sobre Conferencia Internacional, “The future of Contract Law in Latin America”», *RDC*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre (2015) pp. 221-225.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Claves de la Modernización del Derecho de contratos*, Grupo editorial Ibáñez (2016); publicado en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. III-1 *Derecho patrimonial I*, Consejo General del Notariado (2012) pp. 315-428.

- «Glosas sobre la doctrina del error de Federico de Castro», en *Glosas sobre Federico de Castro*, dir. Luis Díez-Picazo, Civitas/Thomson Reuters (2015) pp. 307-331.
- «De nuevo sobre el error», *AAMN*, tomo LV (2015) pp. 715-744.
- «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC* (2014) pp. 227-254.
- «Permuta financiera de intereses (*swap*), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2012», *RDM*, núm. 289, julio-septiembre (2013) pp. 407-442.
- «Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Estudios* (2011) pp. 455-475.
- «Los vicios de la voluntad en los Principios del Derecho Europeo de Contratos», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson/Civitas (2006) pp. 289-321; también publicado en *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases of european Contract Law*, eds. Santiago Espiau Espiau/ Antoni Vaquer Aloy, tirant lo blanch (2003) pp. 147-169.
- «La incidencia del error de derecho en el contrato», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de profesores de Derecho civil, Centro de Estudios Ramón Areces (1990) pp. 1455-1489.
- «De la excusabilidad a la imputabilidad en el error», *AAMN*, tomo XXIX (1990) pp. 51-73.
- *El error en los contratos*, Ceura (1988).
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: *El error iuris en el Derecho civil*, Consejo General del Notariado (2010).
- OHADAC (Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe): *Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales* (2015); www.ohadac.com. Cit. *Principios OHADAC* (2015).
- PALAZÓN GARRIDO, M.^a Luisa: «El retraso en la entrega y el remedio resolutorio en los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales», en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, dis. Antonio Orti Vallejo/Margarita Jiménez Horwitz, coords. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia/Abigail Quesada Páez, Thomson Reuters/Aranzadi (2016) pp. 339-349.
- *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Thomson Reuters/Aranzadi (2014).
- PAU PEDRÓN, Antonio: «El nuevo régimen jurídico de la Comisión General de Codificación», *ADC* (2016) pp. 977-990.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas/ALGUER, José: «Comentarios de Derecho español» a la obra *Tratado de Derecho civil, Derecho civil (Parte general)* por Ludwig Enneccerus, 13.^a revisión por Hans Carl Nipperdey, traducción de la 39.^a edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, vol. II, Bosch (1935).
- PIZARRO WILSON, Carlos: «Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France: regard d'un juriste chilien», *Revue de Droit des Contrats*, 3, septembre (2015) pp. 706-710.
- «Presentación», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental/Fundación Fernando Fueyo*, Universidad Diego Portales (2012) pp. 15-17.

- POILLOT, Elise: «Breve presentación del anteproyecto de reforma francés del derecho de obligaciones», *ADC* (2006) pp. 1309-1320.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «§ 9 La ineficacia contractual», en *Tratado de contratos*, tomo I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coords. Nieves Moralejo Imberón/Susana Quicios Molina, 2.ª ed., tirant lo blanch (2013) pp. 1361-1591.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «El Derecho contractual francés», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, 3.ª ed., Universidad de Granada/Civitas/Thomson Reuters/Gobierno de España/Ministerio de Economía y Competitividad (2016) pp. 243-284.
- RAMS ALBESA, Joaquín: de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, tomo XVII, vol. 1.º-B, Artículos 1261 a 1280 del Código civil, Edersa (1993):
 — «Comentario del artículo 1261 CC», pp. 1-47.
 — «Comentario de los artículos 1271 y 1272 CC», pp. 441-469.
- REMY-CORLAY, Pauline/FENOUILLET, Dominique: «Le consentement», en *Pour une réforme du Droit des contrats*, sous la direction de François Terré, Dalloz (2009) pp. 147-173.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *RDC*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre (2015) pp. 1-66.
- ROJO AJURIA, Luis: «Comentario del artículo 4 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas (1998) pp. 72-87.
- ROMERO Y GIRÓN, Vicente/GARCÍA MORENO, Alejo: *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas*, tomo sexto, Instituciones y Códigos de Holanda (1890).
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Comentario de la Ley 19 FN», en *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. Enrique Rubio Torrano, coord. M.ª Luisa Arcos Vieira, Gobierno de Navarra/Aranzadi a Thomson Company (2002) pp. 55-58.
- SAN JULIÁN PUIG, Verónica: *El Objeto del Contrato*, Aranzadi Editorial (1996).
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC* (2016) pp. 991-1038.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Nulidad y anulación de los contratos», en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dir. Esther Muñiz Espada (2016) pp. 413-442.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, tirant lo blanch (2013).
- SAVAUX, Éric: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *ADC* (2016) pp. 715-741.
 — «Le contenu du contrat», *SJ, Supplément au N.º 21*, 25 mai 2015, pp. 20- 26.
- SMITS, Jan M.: *Contract Law, A comparative introduction*, Edward Elgar Publishing (2014).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, ed. by Christian Von Bar/Eric Clive, vol. I, Sellier (2009). Cit. VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009).

- THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, ed. Ole Lando/Hugh Beale, Kluwer Law International (2000). Cit. LANDO/BEALE (ed.) (2000).
- TREITEL, G. H./PEEL, Edwind: *The Law of Contract*, 14th ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2015).
- UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, UNIDROIT/Cuatrecasas, Gonçalves Pereira/La Ley grupo Wolters Kluwer (2012). Cit. *Principios UNIDROIT 2010* (2012).
- *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016* (2016).
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: de *Código civil comentado*, 2.^a ed., dirs. Ana Cañizares Laso/Pedro de Pablo Contreras/Javier Orduña Moreno/Rosario Valpuesta Fernández, vol. III, Libro IV, *De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)*, coords. Javier Orduña Moreno/Javier Plaza Penadés/José Miguel Rodríguez Tapia/Eduardo Vázquez de Castro/Luz M. Martínez Velencoso, Civitas/Thomson Reuters (2016):
- «Comentario del artículo 1261 CC», pp. 601-607.
 - «Comentario del artículo 1266 CC», pp. 625-630.
 - «Comentario del artículo 1271 CC», pp. 641-645.
 - «Comentario del artículo 1272 CC», pp. 645-647.
- VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo: *Derecho patrimonial neerlandés*, traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil editorial (1996).
- VAQUER ALOY, Antoni: «Del Marco Común de Referencia al Instrumento Opcional», en *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, eds. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, Atelier, Barcelona (2015) pp. 23-49.
- «Spain: Modernising Performance and Non-performance», *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, ed. Reiner Schulze/Fryderyk Zoll, Sellier European Law Publishers (2013) pp. 431-458.
 - «Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)», *ERPL*, vol. 17, núm. 4 (2009) pp. 487-512.
- VAQUERO LÓPEZ, Carmen: «La armonización del Derecho de los contratos por la OHADA», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, 3.^a ed., ed. Sixto Sánchez Lorenzo, Universidad de Granada/Civitas/Thomson Reuters/Gobierno de España/Ministerio de Economía y Competitividad (2016) pp. 479-523.
- VARA PARRA, José Joaquín: «La imposibilidad inicial», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, 3.^a ed., ed. Sixto Sánchez Lorenzo, Universidad de Granada/Civitas/Thomson Reuters/Gobierno de España/Ministerio de Economía y Competitividad, (2016) pp. 1161-1220.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos (PLDC)», en *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, eds. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, Atelier (2015) pp. 745-767.
- VOGENAUER, Stefan: «The Avant-Projet de réforme: An Overview», en *Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* ('the Avant-

- projet Catala'*), ed. John Cartwright/Stefan Vogenauer/Simon Whittaker (2009) pp. 3-28.
- VV.AA. *La recodification du Droit des obligations en France et en Espagne*, sous la direction de Javier Lete/Éric Savaux/Rose-Noëlle Schütz/Hélène Boucard (2016).
- WICKER, Guillaume/BOUCARD, Hélène: «Les sanctions relatives à la formation du contrat», *SJ, Supplément au N.º 21*, 25 mai 2015, pp. 32-39.
- WORTHINGTON, Sarah: *Equity*, 2nd ed., Oxford University Press (2006) reprinted (2010).



CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: *I. Legislación.*—A) Normativa Vigente. Banca y Mercados. Derecho de la Competencia. Derecho de Sociedades. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.—B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Banca y Mercados. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Derecho de la Competencia. Derecho de la Persona. Derecho de Sociedades. General. Propiedad Intelectual. Protección de datos.—*II. Procedimientos Jurisdiccionales.*—Derecho de Consumo. Derecho de la Competencia. Derecho de Familia. Derecho de Sociedades. Espacio Judicial Europeo. Insolvencia. Marcas, dibujos y modelos. Propiedad Intelectual. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

BANCA Y MERCADOS

- 1. Reglamento Delegado (UE) 2016/1712 de la Comisión, de 7 de junio de 2016, que completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican el conjunto mínimo de información sobre contratos financieros que debe figurar en los registros detallados y las circunstancias en las que debe imponerse la obligación, DOUE, L, núm. 258, de 24 de septiembre de 2016.**
- 2. Decisión (UE) 2016/1717 del Banco Central Europeo, de 21 de septiembre de 2016, por la que se modifica la Decisión BCE/2004/2 por la que se adopta el Reglamento interno del Banco Central Europeo (BCE/2016/27), DOUE, L, núm. 258, de 24 de septiembre de 2016.**
- 3. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1799 de la Comisión, de 7 de octubre de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas a la correspondencia de las evaluaciones crediticias de las agencias externas de calificación crediticia para el riesgo de crédito de conformidad con el artículo 136, apartados 1 y 3, del Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 275, de 12 de octubre de 2016.**

4. **Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1800 de la Comisión, de 11 de octubre de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la asignación de las evaluaciones de crédito de las agencias de calificación externas a una escala objetiva de grados de calidad crediticia, de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 275, de 12 de octubre de 2016.**
5. **Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1801 de la Comisión, de 11 de octubre de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas a la correspondencia de las evaluaciones crediticias de las agencias externas de calificación crediticia para la titulación de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 275, de 12 de octubre de 2016.**
6. **Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1823 de la Comisión, de 10 de octubre de 2016, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) núm. 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, DOUE, L, núm. 283, de 19 de octubre de 2016.**
7. **Reglamento Delegado (UE) 2016/2251 de la Comisión, de 4 de octubre de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en lo que atañe a las normas técnicas de regulación sobre las técnicas de reducción del riesgo aplicables a los contratos de derivados extrabursátiles no compensados por una entidad de contrapartida central, DOUE, L, núm. 340, de 15 de diciembre de 2016.**
8. **Corrección de errores del Reglamento (UE) núm. 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores y por el que se modifican las Directivas 98/26/CE y 2014/65/UE y el Reglamento (UE) núm. 236/2012 (DO L 257 de 28.8.2014), DOUE, L, núm. 349, de 21 de diciembre de 2016.**
9. **Reglamento (UE) 2016/2340 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1286/2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, en lo que respecta a su fecha de aplicación, DOUE, L, núm. 354, de 23 de diciembre de 2016.**
10. **Corrección de errores del Reglamento de Ejecución (UE) 2017/105 de la Comisión, de 19 de octubre de 2016, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1247/2012 por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas al formato y la frecuencia de las notificaciones de operaciones a los registros de ope-**

raciones, de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (DO L 17 de 21.1.2017), *DOUE*, L, núm. 19, de 25 de enero de 2017.

11. Corrección de errores de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DO L 176 de 27.6.2013), *DOUE*, L, núm. 20, de 25 de enero de 2017.
12. Corrección de errores del Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 (DO L 176 de 27.6.2013) (Versión corregida en el DO L 321 de 30.11.2013). *DOUE*, L, núm. 20, de 25 de enero de 2017.
13. Reglamento Delegado (UE) 2017/390 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a determinados requisitos prudenciales aplicables a los depositarios centrales de valores y a las entidades de crédito designadas que ofrecen servicios auxiliares de tipo bancario. *DOUE*, L, núm. 65, de 10 de marzo de 2017.
14. Reglamento de Ejecución (UE) 2017/394 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los modelos de formularios, plantillas y procedimientos para la autorización, revisión y evaluación de los depositarios centrales de valores, la cooperación entre las autoridades del Estado miembro de origen y del Estado miembro de acogida, la consulta de las autoridades que intervienen en la autorización para prestar servicios auxiliares de tipo bancario y el acceso de los depositarios centrales de valores, así como con respecto al formato de los registros que deben conservar los depositarios centrales de valores de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo. *DOUE*, L, núm. 65, de 10 de marzo de 2017.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

15. Corrección de errores del Reglamento (UE) núm. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión (DO L 173 de 12.6.2014), *DOUE*, L, núm. 287, de 21 de octubre de 2016.

DERECHO DE SOCIEDADES

16. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1792 del Consejo, de 29 de septiembre de 2016, por el que se sustituyen los anexos A, B y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, *DOUE*, L, núm. 274, de 11 de octubre de 2016.
17. Reglamento Delegado (UE) 2016/2283 de la Comisión, de 22 de agosto de 2016, que corrige la versión alemana del Reglamento Delegado (UE) 2015/35 por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvenca II), *DOUE*, L, núm. 346, de 20 de diciembre de 2016.
18. Corrección de errores del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 141 de 5.6.2015), *DOUE*, L, núm. 349, de 21 de diciembre de 2016.
19. Corrección de errores de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DO L 110 de 29.4.2011), *DOUE*, L, núm. 14, de 18 de enero de 2017.
20. Reglamento (UE) 2017/353 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se sustituyen los anexos A y B del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia. *DOUE*, L, núm. 57, de 3 de marzo de 2017.

PROTECCIÓN DE DATOS

21. Decisión de Ejecución (UE) 2016/2295 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2016, por la que se modifican las Decisiones 2000/518/CE, 2002/2/CE, 2003/490/CE, 2003/821/CE, 2004/411/CE, 2008/393/CE, 2010/146/UE, 2010/625/UE, 2011/61/UE, y las Decisiones de Ejecución 2012/484/UE y 2013/65/UE, relativas a la protección adecuada de los datos personales por determinados países, en aplicación del artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [notificada con el número C(2016) 8353], *DOUE*, L, núm. 344, de 17 de diciembre de 2016.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

22. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1976 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2016, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2016 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, *DOUE*, L, núm. 309, de 16 de noviembre de 2016.

23. **Reglamento de Ejecución (UE) 2017/309 de la Comisión, de 23 de febrero de 2017, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 31 de diciembre de 2016 y el 30 de marzo de 2017 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, DOUE, L, núm. 53, de 28 de febrero de 2016.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

BANCA Y MERCADOS

24. **Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 20 de noviembre de 2013, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión (COM(2012)0352 – C7-0179/2012 – 2012/0169(COD)), DOUE, C, núm. 436, de 24 de noviembre de 2016.**

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

25. **P7_TA(2013)0488. Equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas ***I. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2013, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines (COM(2012)0614 – C7-0382/2012 – 2012/0299(COD)).**

P7_TC1-COD(2012)0299. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 20 de noviembre de 2013 con vistas a la adopción de la Directiva 2013/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines. (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, C, núm. 436, de 24 de noviembre de 2016.

26. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas – Una nueva estrategia para las personas con discapacidad en la Unión Europea» (Dictamen de iniciativa), DOUE, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2017.**
27. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el**

que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE»[COM(2016) 289 final – 2016/0152 (COD)], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2017.

DERECHO DE CONSUMO

28. Notificación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva, *DOUE*, C, núm. 361, de 30 de septiembre de 2016.
29. Notificación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva (DO C 361 de 30.9.2016), *DOUE*, C, núm. 367, de 6 de octubre de 2016.
30. P7_TA(2013)0541. Contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial ***I. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de diciembre de 2013, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (COM(2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD)).

P7_TC1-COD(2011)0062. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 10 de diciembre de 2013 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010, *DOUE*, C, núm. 468, de 15 de diciembre de 2016.
31. P7_TA(2014)0005. Programa de Consumidores 2014-2020 ***I. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Programa de Consumidores 2014-2020 (COM(2011)0707 – C7-0397/2011 – 2011/0340(COD)).

P7_TC1-COD(2011)0340. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 14 de enero de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión no 1926/2006/CE, *DOUE*, C, núm. 482, de 23 de diciembre de 2016.

32. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores»[COM(2016) 283 final – 2016/0148 (COD)], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2017.
33. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento de un programa de la Unión para apoyar actividades específicas de fomento de la participación de los consumidores y otros usuarios finales de servicios financieros en la formulación de políticas de la Unión en el ámbito de los servicios financieros durante el período 2017-2020 [COM(2016) 388 final – 2016/0182 (COD)], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2017.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

34. Dictamen del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes emitido en su reunión de 7 de julio de 2016 en relación con un proyecto de decisión relativa al asunto AT.40023 – Acceso transfronterizo a la televisión de pago – Ponente: Malta, *DOUE*, C, núm. 437, de 25 de noviembre de 2016.
35. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2013, sobre el informe anual sobre la política de competencia de la UE (2013/2075(INI)), *DOUE*, C, núm. 468, de 15 de diciembre de 2016.
36. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Informe sobre la política de competencia 2015 [COM(2016) 393 final – SWD(2016) 198 final], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2017.
37. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas»[COM(2016) 32 final], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2017.

DERECHO DE LA PERSONA

38. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2015, sobre la lista de cuestiones adoptada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas en relación con el informe inicial de la Unión Europea (2015/2684(RSP)), *DOUE*, C, núm. 353, de 27 de septiembre de 2016.
39. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres des-

pués de 2015 (2014/2152(INI)), *DOUE*, C, núm. 407, de 4 de noviembre de 2016.

DERECHO DE SOCIEDADES

40. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2015, respecto de la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia (Texto refundido) (16636/5/2014 – C8-0090/2015 – 2012/0360(COD)), *DOUE*, C, núm. 353, de 27 de septiembre de 2016.
41. P7_TA(2013)0510. Seguro y de reaseguro (Solvencia II) ***I. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 21 de noviembre de 2013, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/138/CE, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de determinadas Directivas (COM(2013)0680 – C7-0315/2013 – 2013/0327(COD)).

P7_TC1-COD(2013)0327. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 21 de noviembre de 2013 con vistas a la adopción de la Directiva 2013/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2009/138/CE(Solvencia II) por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de determinadas directivas (Solvencia I), *DOUE*, C, núm. 436, de 24 de noviembre de 2016.

GENERAL

42. Corrección de errores de las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 202 de 7.6.2016), *DOUE*, C, núm. 400, de 28 de octubre de 2016.
43. Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, *DOUE*, C, núm. 439, de 25 de noviembre de 2016.
44. Corrección de errores de las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 202 de 7.6.2016), *DOUE*, C, núm. 59, de 23 de febrero de 2017.

PROPIEDAD INTELECTUAL

45. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre una «Estrategia para mejorar la protección y la garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países» (2014/2206(INI)), *DOUE*, C, núm. 407, de 4 de noviembre de 2016.

46. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre «Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE» (2014/2151(INI)), *DOUE*, C, núm. 407, de 4 de noviembre de 2016.

PROTECCIÓN DE DATOS

47. Resumen ejecutivo del dictamen preliminar del Supervisor Europeo de Protección de Datos relativo a la revisión de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (2002/58/CE), *DOUE*, C, núm. 378, de 14 de octubre de 2016.

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

DERECHO DE CONSUMO

48. Asunto C-7/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo – Pontevedra) – Banco Popular Español, S.A., PL Salvador S.A.R.L./María Rita Giráldez Villar, Modesto Martínez Baz (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas – Cesión de crédito – Derecho de extinción de su deuda por el obligado – Condiciones para el ejercicio de ese derecho), *DOUE*, C, núm. 343, de 19 de septiembre de 2016.
49. Asunto C-168/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Prešov – Eslovaquia) – Milena Tomášová/Slovenská republika – Ministerstvo spravodlivosti SR, Pohotovosť s. r. o. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo que contiene una cláusula abusiva – Ejecución forzosa de un laudo arbitral dictado en aplicación de esa cláusula – Responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares como consecuencia de violaciones del Derecho de la Unión imputables a un órgano jurisdiccional nacional – Requisitos de generación de la responsabilidad – Existencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión), *DOUE*, C, núm. 350, de 26 de septiembre de 2016.
50. Asunto C-191/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Verein für Konsumentinformation/Amazon EU Sàrl [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamentos (CE) núm. 864/2007 y (CE) núm. 593/2008 – Protección de los consumi-

- dores – Directiva 93/13/CEE – Protección de datos – Directiva 95/46/CE – Contratos de venta en línea celebrados con consumidores residentes en otros Estados miembros – Cláusulas abusivas – Condiciones generales que incluyen una cláusula de elección del Derecho aplicable en favor del Derecho del Estado miembro en el que la empresa tiene su domicilio social – Determinación de la ley aplicable para apreciar el carácter abusivo de esas condiciones generales en el marco de una acción de cesación – Determinación de la ley aplicable al tratamiento de los datos personales de los consumidores], *DOUE*, C, núm. 350, de 26 de septiembre de 2016.
51. Asunto C-486/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Alicante (España) el 12 de septiembre de 2016 – Bankia S.A./Alfredo Sánchez Martínez y Sandra Sánchez Triviño, *DOUE*, C, núm. 441, de 28 de noviembre de 2016.
52. Asunto C-534/15: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Satu Mare – Rumanía) – Pavel Dumitraş, Mioara Dumitraş/BRD Groupe Sociéte Générale – Sucursala Judeţeană Satu Mare [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas – Artículo 1, apartado 1 – Artículo 2, letra b) – Condición de consumidor – Transmisión de un crédito mediante novación de contratos de crédito – Contrato de garantía inmobiliaria suscrita por particulares que carecían de cualquier relación profesional con la sociedad mercantil nueva deudora], *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
53. Asuntos acumulados C-91/16 y C-120/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de septiembre de 2016 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 60 de Madrid) – Caixabank, S.A./Héctor Benlliure Santiago (C-91/16), Abanca Corporación Bancaria, S.A./Juan José González Rey, María Consuelo González Rey, Francisco Rodríguez Alonso (C-120/16) (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas – Tipo de los intereses moratorios – Aplicación del tipo de los intereses remuneratorios – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Inadmisibilidad), *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
54. Asunto C-42/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de noviembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Dunajská Streda – Eslovaquia) – Home Credit Slovakia a.s./Klára Bíróová [Procedimiento prejudicial – Directiva 2008/48/CE – Protección de los consumidores – Crédito al consumo – Artículos 1, 3, letra m), 10, apartados 1 y 2, 22, apartado 1, y 23 – Interpretación de las expresiones «en papel» y «otro soporte duradero» – Contrato que hace referencia a otro documento – Requisito de la «forma escrita» en el sentido del Derecho nacional – Indicación de la información exigida mediante referencia a parámetros objetivos – Datos que deben indicarse en un contrato de crédito de duración fija – Consecuencias de la falta de informa-

- ción obligatoria – Proporcionalidad], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
55. Asunto C-149/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la cour d'appel de Liège – Bélgica) – Sabrina Wathelet/Garage Bietheres & Fils SPRL (Procedimiento prejudicial – Directiva 1999/44/CE – Venta y garantías de los bienes de consumo – Ámbito de aplicación – Concepto de «vendedor» – Intermediario – Circunstancias excepcionales), *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
56. Asunto C-177/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Nelsons GmbH/Ayonax Nutripharm GmbH, Bachblütentreff Ltd (Procedimiento prejudicial – Información y protección de los consumidores – Reglamento (CE) núm. 1924/2006 – Declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos – Medidas transitorias – Artículo 28, apartado 2 – Productos que llevan marcas registradas o nombres comerciales existentes antes del 1 de enero de 2005 – Preparados a base de «flores de Bach» – Marca de la Unión Europea RESCUE – Productos comercializados como medicamentos antes del 1 de enero de 2005 y como alimentos con posterioridad a dicha fecha), *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.
57. Asunto C-127/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 8 de diciembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Verein für Konsumenteninformation/INKO, Inkasso GmbH [Procedimiento prejudicial – Directiva 2008/48/CE – Protección de los consumidores – Crédito al consumo – Artículo 2, apartado 2, letra j) – Acuerdos de pago a plazos – Pago aplazado sin gastos – Artículo 3, letra f) – Intermediarios de crédito – Empresas de gestión de cobro que actúan en nombre de los prestamistas], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.
58. Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante) – Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U. (C-154/15), Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) (C-307/15), Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu (C-308/15) (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con los consumidores – Préstamos hipotecarios – Cláusulas abusivas – Artículo 4, apartado 2 – Artículo 6, apartado 1 – Declaración de nulidad – Limitación por el juez nacional de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva), *DOUE*, C, núm. 53, de 20 de febrero de 2017.

59. **Asuntos acumulados C-568/14 a C-570/14: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2016 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona) – Ismael Fernández Oliva/Caixabank, S.A. (C-568/14), Jordi Carné Hidalgo, Anna Aracil Gracia/Catalunya Banc, S.A. (C-569/14), Nuria Robirosa Carrera, César Romera Navales/Banco Popular Español, S.A. (C-570/14) (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Contratos celebrados entre profesionales y consumidores – Contratos hipotecarios – Cláusula suelo – Procedimiento colectivo – Procedimiento individual con el mismo objeto – Medidas provisionales), *DOUE*, C, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.**
60. **Asunto C-637/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 25 de octubre de 2016 – VSM Geneesmiddelen BV/Comisión Europea (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Salud pública – Protección de los consumidores – Reglamento (CE) núm. 1924/2006 – Declaraciones de propiedades saludables en los alimentos – Artículo 13, apartado 3 – Lista comunitaria de declaraciones de propiedades saludables permitidas con respecto a los alimentos – Sustancias botánicas – Declaraciones en suspenso – Recurso por omisión y de anulación – Toma de posición por la Comisión – Acto impugnado), *DOUE*, C, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.**
61. **Asunto C-375/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de enero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG/Verein für Konsumenteninformation (Procedimiento prejudicial – Directiva 2007/64/CE – Servicios de pago en el mercado interior – Contratos marco – Información general previa – Obligación de facilitar esta información en papel o en otro soporte duradero – Información transmitida mediante un buzón de correo electrónico integrado en un sitio de Internet de banca electrónica), *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

62. **Asunto C-542/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa – Letonia) – SIA «VM Remonts» (anteriormente SIA «DIV un KO»), SIA «Ausma grupa»/Konkurences padome y Konkurences padome/SIA «Pārtikas kompānija» (Procedimiento prejudicial – Competencia – Artículo 101 TFUE, apartado 1 – Situación meramente interna – Aplicación de una norma nacional análoga – Competencia del Tribunal de Justicia – Práctica concertada – Responsabilidad de una empresa por las acciones de un proveedor de servicios – Requisitos), *DOUE*, C, núm. 343, de 19 de septiembre de 2016.**

63. Asunto C-514/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de julio de 2016 – HIT Groep BV/Comisión Europea [Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Cálculo del importe de la multa – Límite máximo de la multa – Volumen de negocios total realizado durante «el ejercicio social anterior» – Referencia a un ejercicio económico distinto del anterior a la adopción de la Decisión impugnada – Principio de proporcionalidad], *DOUE*, C, núm. 364, de 3 de octubre de 2016.
64. Asunto T-460/13: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2016 – Sun Pharmaceutical Industries y Ranbaxy (UK)/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los medicamentos antidepresivos que contienen el ingrediente farmacéutico activo citalopram – Concepto de restricción de la competencia por el objeto – Competencia potencial – Medicamentos genéricos – Barreras a la entrada en el mercado derivadas de la existencia de patentes – Acuerdo concluido entre un titular de patentes y una empresa de medicamentos genéricos – Multas – Seguridad jurídica – Principio de legalidad de las penas – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Duración de la investigación de la Comisión»), *DOUE*, C, núm. 383, de 17 de octubre de 2016.
65. Asunto T-467/13: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2016 – Arrow Group y Arrow Generics/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los medicamentos antidepresivos que contienen el ingrediente farmacéutico activo citalopram – Concepto de restricción de la competencia “por el objeto” – Competencia potencial – Medicamentos genéricos – Barreras a la entrada en el mercado derivadas de la existencia de patentes – Acuerdos concluidos entre el titular de patentes y empresas de medicamentos genéricos – Multas – Seguridad jurídica – Principio de legalidad de las penas – Duración de la investigación de la Comisión – Derecho de defensa – Infracción única y continuada»), *DOUE*, C, núm. 383, de 17 de octubre de 2016.
66. Asunto T-469/13: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2016 – Generics (UK)/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los medicamentos antidepresivos que contienen el ingrediente farmacéutico activo citalopram – Concepto de restricción de la competencia por el objeto – Competencia potencial – Medicamentos genéricos – Barreras a la entrada en el mercado derivadas de la existencia de patentes – Acuerdos concluidos entre el titular de patentes y una empresa de medicamentos genéricos – Error de Derecho – Error de apreciación – Derecho de defensa – Multas»), *DOUE*; C, núm. 383, de 17 de octubre de 2016.
67. Asunto T-470/13: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2016 – Merck/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los medicamentos antidepresivos que contienen

el ingrediente farmacéutico activo citalopram – Concepto de restricción de la competencia por el objeto – Competencia potencial – Medicamentos genéricos – Barreras a la entrada en el mercado derivadas de la existencia de patentes – Acuerdo concluido entre el titular de patentes y una empresa de medicamentos genéricos – Error de Derecho – Error de apreciación – Imputabilidad de las infracciones – Responsabilidad de la sociedad matriz por las infracciones de las reglas de la competencia cometidas por una de sus filiales – Seguridad jurídica – Plazo razonable – Multas», *DOUE*, C, núm. 383, de 17 de octubre de 2016.

68. Asunto T-471/13: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2016 – Xellia Pharmaceuticals y Alpharma/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de medicamentos antidepresivos que contienen el ingrediente farmacéutico activo citalopram – Concepto de restricción de la competencia por objeto – Competencia potencial – Medicamentos genéricos – Barreras a la entrada en el mercado resultante de la existencia de patentes – Acuerdo celebrado entre un titular de patentes y una empresa de genéricos – Duración de la investigación de la Comisión – Derecho de defensa – Multas – Seguridad jurídica – Principio de legalidad de las penas»), *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
69. Asunto T-54/14: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2016 – Goldfish y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés y neerlandés de camarones del mar del Norte – Decisión que declara una infracción del artículo 101 TFUE – Fijación de precios y reparto de volúmenes de ventas – Admisibilidad de pruebas – Uso como prueba de grabaciones secretas de conversaciones telefónicas – Apreciación de la capacidad contributiva – Competencia jurisdiccional plena»), *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
70. Asunto T-76/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – Morningstar/Comisión [«Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado mundial de flujos de datos consolidados en tiempo real – Decisión que convierte en obligatorios los compromisos propuestos por la empresa en posición dominante – Artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 1/2003»], *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
71. Asunto T-121/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – PT Pelita Agung Agrindustri/Consejo [«Dumping – Importaciones de biodiésel originario de Indonesia – Derecho antidumping definitivo – Artículo 2 apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Valor normal – Costes de producción»], *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
72. Asunto C-101/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de septiembre de 2016 – Pilkington Group Ltd, Pilkington Automotive Ltd, Pilkington Automotive Deutschland GmbH, Pilkington Holding GmbH, Pilkington Italia SpA/Comisión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE –

Artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 – Mercado europeo del vidrio para automóviles – Acuerdos de reparto de mercados e intercambios de información comercialmente sensible – Multas – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Punto 13 – Valor de las ventas – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 23, apartado 2, segundo párrafo – Límite máximo legal de la multa – Tipo de cambio aplicable para el cálculo de la multa – Importe de la multa – Facultad jurisdiccional plena – Empresas monoproducción – Proporcionalidad – Igualdad de trato], *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.

73. Asunto C-310/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de septiembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Vincent Deroo-Blanquart/Sony Europe Limited, sociedad subrogada en los derechos y obligaciones de Sony France SA (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Prácticas comerciales desleales – Directiva 2005/29/CE – Artículos 5 y 7 – Oferta conjunta – Venta de un ordenador equipado con programas preinstalados – Información sustancial relativa al precio – Omisión engañosa – Imposibilidad de que el consumidor se procure el mismo modelo de ordenador pero desprovisto de programas), *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
74. Asunto T-472/13: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2016 – Lundbeck/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los medicamentos antidepresivos que contienen el ingrediente farmacéutico activo citalopram – Concepto de restricción de la competencia “por el objeto” – Competencia potencial – Medicamentos genéricos – Barreras a la entrada en el mercado derivadas de la existencia de patentes – Acuerdos concluidos entre el titular de patentes y empresas de medicamentos genéricos – Artículo 101 TFUE, apartados 1 y 3 – Errores de Derecho y de apreciación – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Seguridad jurídica – Multas»), *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
75. Asunto T-80/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – PT Musim Mas/Consejo [«Dumping – Importaciones de biodiésel originario de Indonesia – Recaudación definitiva de los derechos antidumping provisionales – Derechos antidumping definitivos – Derecho de defensa – Artículo 2, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Costes de producción»], *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
76. Asunto T-111/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – Unitec Bio/Consejo [«Dumping – Importaciones de biodiésel originario de Argentina – Derecho antidumping definitivo – Recurso de anulación – Afectación directa – Afectación individual – Admisibilidad – Artículo 2, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Valor normal – Costes de producción»], *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.

77. Asuntos T-112/14 a T-116/14 y T-119/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – Molinos Río de la Plata y otros/Consejo [«Dumping – Importaciones de biodiésel originario de Argentina – Derecho antidumping definitivo – Recurso de anulación – Asociación profesional – Afectación directa – Afectación individual – Admisibilidad – Artículo 2, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Valor normal – Costes de producción»], *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
78. Asunto T-117/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – Cargill/Consejo [«Dumping – Importaciones de biodiésel originario de Argentina – Derecho antidumping definitivo – Recurso de anulación – Afectación directa – Afectación individual – Admisibilidad – Artículo 2, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Valor normal – Costes de producción»], *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
79. Asunto T-118/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – LDC Argentina/Consejo [«Dumping – Importaciones de biodiésel originario de Argentina – Derecho antidumping definitivo – Artículo 2, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Valor normal – Costes de producción»], *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
80. Asunto T-120/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – PT Ciliandra Perkasa/Consejo [«Dumping – Importaciones de biodiésel originario de Indonesia – Derecho antidumping definitivo – Artículo 2, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Valor normal – Costes de producción»], *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
81. Asunto T-139/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – PT Wilmar Bioenergi Indonesia y PT Wilmar Nabati Indonesia/Consejo [«Dumping – Importaciones de biodiésel originario de Indonesia – Derechos antidumping definitivos – Artículo 2, apartados 3 y 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Valor normal – Costes de producción»], *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
82. Asuntos acumulados C-490/15 P y C-505/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de septiembre de 2016 – Ori Martín SA (C-490/15 P), Siderúrgica Latina Martin SpA (SLM) (C-505/15 P)/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Multas – Cálculo del importe de las multas – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Presunción del ejercicio efectivo de una influencia decisiva de la sociedad matriz sobre la filial – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Principio de irretroactividad – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 47 – Derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable – Carta de los Derechos Fundamentales – Artículo 41 – Derecho a la tramitación de los

asuntos en un plazo razonable], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.

83. Asunto C-519/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de septiembre de 2016 – Trafilerie Meridionali SpA/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Multas – Cálculo del importe de las multas – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Punto 35 – Competencia jurisdiccional plena – Obligación de motivación – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 47 – Derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable), *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
84. Asunto T-70/15: Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2016 – Trajektna luka Split/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE – Fijación por la Autoridad Portuaria de Split de las tarifas de los servicios portuarios correspondientes al tráfico interior en niveles máximos – Desestimación de una denuncia – Tramitación del asunto por una autoridad de competencia de un Estado miembro – Inexistencia de interés de la Unión»), *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
85. Asunto T-351/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2016 – Crown Equipment (Suzhou) y Crown Gabelstapler/Consejo [«Dumping – Importación de transpaletas manuales y de sus partes esenciales originarias de China – Derecho antidumping definitivo – Recurso de anulación – Afectación directa – Afectación individual – Admisibilidad – Determinación del valor normal – Artículo 2, apartado 7, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Regla del derecho inferior – Artículo 9, apartado 4, del Reglamento núm. 1225/2009 – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
86. Asunto C-611/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Retten i Glostrup – Dinamarca) – Proceso penal contra Canal Digital Danmark A/S (Procedimiento prejudicial – Prácticas comerciales desleales – Directiva 2005/29/CE – Artículos 6 y 7 – Publicidad relativa a un abono de televisión por satélite – Precio del abono que incluye, además de la cuota mensual, una cuota semestral por la tarjeta necesaria para descodificar las emisiones – Importe de la cuota semestral que se omite o se presenta de forma menos notoria que el de la cuota mensual – Acción engañosa – Omisión engañosa – Transposición de una disposición de una directiva únicamente en los antecedentes legislativos de la ley nacional de transposición y no en el propio texto de esa ley), *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
87. Asunto C-468/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 26 de octubre de 2016 – PT Perindustrian dan Perdagangan

- Musim Semi Mas (PT Musim Mas)/Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, Sasol Olefins & Surfactants GmbH, Sasol Germany GmbH [Recurso de casación – Dumping – Reglamentos de Ejecución (UE) núm. 1138/2011 y núm. 1241/2012 – Importaciones de determinados alcoholes grasos y de sus mezclas originarios de la India, Indonesia y Malasia – Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Artículo 2, apartado 10, letra i) – Ajuste – Funciones similares a las de un agente que trabaja sobre la base de una comisión – Artículo 2, apartado 10, párrafo primero – Simetría entre el valor normal y el precio de exportación – Principio de buena administración], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
88. Asunto T-95/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2016 – Printeos y otros/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los sobres estándar o de catálogo y especiales impresos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Coordinación de los precios de venta y reparto de clientes – Procedimiento de transacción – Multas – Importe de base – Adaptación excepcional – Importe máximo del 10% del volumen de negocios total – Artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Obligación de motivación – Igualdad de trato»], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.
89. Asunto T-199/04 RENV: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 – Gul Ahmed Textile Mills/Consejo («Dumping – Importaciones de ropa de cama de algodón originaria de Pakistán – Interés en ejercitar la acción – Apertura de la investigación – Valor normal calculado – Error manifiesto de apreciación – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Derecho a ser oído en una audiencia – Comparación entre el valor normal y el precio de exportación – Devolución de los derechos de importación – Ajuste – Perjuicio – Relación de causalidad – Derecho de la OMC»), *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.
90. Asunto T-169/08 RENV: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 – DEI/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercados griegos del suministro de lignito y de la electricidad al por mayor – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE – Concesión o mantenimiento de derechos de explotación de yacimientos públicos de lignito a favor de una empresa pública – Delimitación de los mercados en cuestión – Existencia de una desigualdad de oportunidades – Obligación de motivación – Confianza legítima – Desviación de poder – Proporcionalidad»), *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.
91. Asunto T-421/09 RENV: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 – DEI/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercados griegos del suministro de lignito y de la electricidad al por mayor – Decisión por la que se establecen medidas específicas para corregir los efectos anticompetitivos del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE – Artículo 86, apartado 3, CE – Obligación de motivación – Proporcio-

- alidad – Libertad contractual»), *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.
92. Asunto T-758/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 – Infineon Technologies/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Chips para tarjetas – Decisión por la que se constata una infracción del artículo 101 TFUE – Intercambios de información comercial sensible – Derecho de defensa – Infracción por objeto – Prueba – Prescripción – Infracción única y continua – Líneas directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Valor de las ventas»), *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
93. Asunto T-762/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 – Philips y Philips France/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Circuitos integrados para tarjetas inteligentes – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 101 TFUE – Intercambios de información comercial confidencial – Infracción por el objeto – Infracción única y continuada – Principio de buena administración – Deber de diligencia – Prueba – Comunicación sobre cooperación de 2006 – Comunicación sobre transacción – Prescripción – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Valor de las ventas»), *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
94. Asunto C-667/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 15 de diciembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Antwerpen – Bélgica) – Loterie Nationale – Nationale Loterij NV van publiek recht/Paul Adriaensen, Werner De Kesel, The Right Frequency VZW (Procedimiento prejudicial – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores – Práctica comercial engañosa – Plan de venta piramidal – Contraprestaciones realizadas por los nuevos participantes y compensaciones percibidas por los participantes anteriores – Vinculación económica indirecta), *DOUE*, C, núm. 46, de 13 de febrero de 2017.
95. Asunto T-699/14: Sentencia del Tribunal General de 11 de enero de 2017 – Topps Europe/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Abuso de posición dominante – Concesión de licencias sobre los derechos de propiedad intelectual relativos a coleccionables de fútbol – Decisión desestimatoria de la denuncia – Acceso al expediente – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 773/2004 – Error manifiesto de apreciación – Contrato pertinente – Licencia exclusiva – Monomarquismo – Precios excesivos»], *DOUE*, C, núm. 53, de 20 de febrero de 2017.
96. Asunto C-222/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 15 de noviembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Administrativen sad – Varna – Bulgaria) – «MIP-TS» OOD/Nachalnik na Mitnitsa Varna [Procedimiento prejudicial – Política comercial – Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Artículo 13 – Elusión – Reglamento de Ejecución (UE) núm. 791/2011 – Tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio originarios de la Repú-

- blica Popular China – Derechos antidumping – Reglamentos de Ejecución (UE) núm. 437/2012 y (UE) núm. 21/2013 – Procedencia de Tailandia – Ampliación del derecho antidumping – Ámbito de aplicación temporal – Código aduanero comunitario – Recaudación a posteriori de derechos de importación], *DOUE*, C, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.
97. Asunto C-351/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de enero de 2017 – Comisión Europea/Total SA, Elf Aquitaine SA (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado de los metacrilatos – Multas – Responsabilidad solidaria de las sociedades matrices y de su filial por el comportamiento ilegal de esta última – Pago de la multa por la filial – Reducción del importe de la multa de la filial a raíz de una sentencia del Tribunal General de la Unión Europea – Escritos del contable de la Comisión Europea exigiendo a las sociedades matrices el pago del importe devuelto por la Comisión a la filial, más los intereses de demora – Recurso de anulación – Actos impugnables – Tutela judicial efectiva), *DOUE*, C, núm. 70, de 6 de marzo de 2017.
98. Asunto C-623/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 18 de enero de 2017 – Toshiba Corp./Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado mundial de tubos catódicos para televisores y pantallas de ordenador – Acuerdos y prácticas concertadas en materia de precios, de reparto de mercados y de clientes y de limitación de producción – Concepto de «unidad económica» entre dos sociedades – Concepto de «influencia determinante» – Control conjunto por dos sociedades matrices – Desnaturalización de las pruebas), *DOUE*, C, núm. 70, de 6 de marzo de 2017.
99. Asunto T-512/09 RENV: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2017 – Rusal Armenal/Consejo [«Dumping – Importaciones de determinadas hojas de aluminio originarias de Armenia, Brasil y China – Derecho antidumping definitivo – Trato de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Artículo 2, apartado 7, letras b) y c), segundo guión, del Reglamento (CE) núm. 384/96 – Evaluación acumulativa de las importaciones objeto de investigaciones antidumping – Artículo 3, apartado 4, letras a) y b), del Reglamento núm. 384/96 – Oferta de compromiso – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento núm. 384/96»], *DOUE*, C, núm. 70, de 6 de marzo de 2017.
100. Asunto T-217/16: Auto del Tribunal General de 25 de enero de 2017 – Internacional de Productos Metálicos/Comisión (Recurso de anulación – Dumping – Importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de China o procedentes de Malasia – Reglamento por el que se derogan derechos antidumping definitivos – Inexistencia de afectación individual – Acto normativo que incluye medidas de ejecución – Inadmisibilidad manifiesta), *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.

DERECHO DE FAMILIA

101. Asunto C-428/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court – Irlanda) – Child and Family Agency/J. D. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículo 15 – Remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro – Ámbito de aplicación – Requisitos para su aplicación – Órgano jurisdiccional mejor situado – Interés superior del menor], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.

DERECHO DE SOCIEDADES

102. Asunto C-41/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de noviembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la High Court – Irlanda) – Gerard Dowling y otros/Minister for Finance (Reglamento núm. 407/2010/UE – Mecanismo europeo de estabilización financiera – Decisión de Ejecución 2011/77/UE – Ayuda financiera de la Unión Europea a Irlanda – Recapitalización de los bancos nacionales – Derecho de sociedades – Segunda Directiva 77/91/CEE – Artículos 8, 25 y 29 – Recapitalización de un banco mediante un requerimiento judicial – Aumento del capital social sin decisión de la junta general y sin ofrecimiento a los accionistas existentes del derecho de suscripción preferente de las acciones emitidas – Emisión de nuevas acciones por un importe inferior a su valor nominal), *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
103. Asunto C-156/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 10 de noviembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākās tiesas – Letonia) – «Private Equity Insurance Group» SIA/«Swedbank» AS (Procedimiento prejudicial – Directiva 2002/47/CE – Ámbito de aplicación – Conceptos de «garantía financiera», «obligaciones financieras principales» y «prestación» de una garantía financiera – Posibilidad de ejecutar una garantía financiera con independencia de que se haya o no incoado un procedimiento de insolvencia – Contrato de cuenta corriente con cláusula de garantía financiera pignoratícia), *DOUE*, C, núm. 14, de 16 de enero de 2017.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

104. Asunto C-102/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Ítéltábla – Hungría) – Gazdasági Versenyhivatal/Siemens Aktiengesellschaft Österreich [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento

- (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Ámbito de aplicación *ratione materiae* – Acción de restitución del pago indebido – Enriquecimiento sin causa – Crédito que tiene su origen en la devolución injustificada de una multa por infracción de la normativa en materia de Derecho de la competencia], *DOUE*, C, núm. 350, de 26 de septiembre de 2016.
105. Asunto C-185/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vrhovno sodišče Republike Slovenije – Eslovenia) – Marjan Kostanjevec/F&S Leasing GmbH [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 6, punto 3 – Concepto de «reconvencción» – Pretensión basada en un enriquecimiento sin causa – Pago de un importe debido en virtud de una resolución judicial anulada – Ámbito de aplicación temporal], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
106. Asunto C-294/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Apelacyjny w Warszawie – Polonia) – Edyta Mikołajczyk/Marie Louise Czarnecka, Stefan Czarnecki [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículo 1, apartado 1, letra a) – Ámbito de aplicación material – Procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero después del fallecimiento de uno de los cónyuges – Artículo 3, apartado 1 – Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia del «demandante» – Alcance], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
107. Asunto C-618/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de diciembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Concurrence SARL/Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial – Materia delictual o cuasidelictual – Red de distribución selectiva – Reventa fuera de una red en Internet – Acción de cesación de la perturbación ilícita – Elemento de conexión], *DOUE*, C, núm. 53, de 20 de febrero de 2017.

INSOLVENCIA

108. Asunto C-195/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – SCI Senior Home, en concurso de acreedores/Gemeinde Wedemark, Hannoversche Volksbank eG [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Pro-

cedimientos de insolvencia – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Artículo 5 – Concepto de «derechos reales de terceros» – Gravamen público sobre la propiedad inmobiliaria que garantiza la recaudación del impuesto sobre bienes inmuebles], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.

109. Asunto C-212/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Mureş – Rumanía) – ENEFI Energiahatékonyasági Nyrt/Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Braşov (DGRFP) [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Procedimientos de insolvencia – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Artículo 4 – Efectos previstos por la normativa de un Estado miembro sobre los créditos no incluidos en el procedimiento de insolvencia – Caducidad – Naturaleza fiscal del crédito – Irrelevancia – Artículo 15 – Concepto de «procesos en curso» – Procedimientos de ejecución forzosa – Exclusión], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

110. Asunto C-226/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de julio de 2016 – Apple and Pear Australia Ltd, Star Fruits Diffusion/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, Carolus C. BVBA (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión English pink – Oposición del titular de la marca denominativa PINK LADY y de las marcas figurativas que incluyen los elementos denominativos «Pink Lady» – Desestimación de la oposición – Resolución de un tribunal de marcas de la Unión Europea – Modificación – Fuerza de cosa juzgada), *DOUE*, C, núm. 343, de 19 de septiembre de 2016.
111. Asunto C-295/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 22 de junio de 2016 – Matratzen Concord GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), KBT & Co. Ernst Kruchen agenzia commerciale società in accomandita [Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca de la Unión Europea – Marca denominativa de la Unión ARKTIS – Solicitud de caducidad – Uso efectivo de la marca – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 51, apartado 1, letra a) – Forma del uso de la marca – Prueba del uso de la marca – Consentimiento del titular – Desestimación parcial de la solicitud de caducidad], *DOUE*, C, núm. 343, de 19 de septiembre de 2016.
112. Asunto C-399/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 12 de julio de 2016 – Vichy Catalán, S.A./Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, Hijos de Rivera, S.A. (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Plazo para recurrir – Caso fortuito – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Inadmisibilidad manifiesta), *DOUE*, C, núm. 343, de 19 de septiembre de 2016.

113. Asunto C-510/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de julio de 2016 – Fapricela – Industria de Trefilaria, S.A./Comisión Europea (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Carga de la prueba – Presunción de inocencia – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Competencia de plena jurisdicción – Determinación de la gravedad de la infracción y del importe adicional de carácter disuasorio – Motivación – Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato), *DOUE*, C, núm. 343, de 19 de septiembre de 2016.
114. Asunto C-523/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de julio de 2016 – Westfälische Drahtindustrie GmbH, Westfälische Drahtindustrie Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG, Pampus Industriebeteiligungen GmbH & Co. KG/Comisión Europea (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Multas – Apreciación de la capacidad contributiva – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Competencia jurisdiccional plena – Toma en consideración de hechos posteriores a la decisión controvertida – Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato – Derecho a la tutela judicial efectiva), *DOUE*, C, núm. 343, de 19 de septiembre de 2016.
115. Asunto C-608/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de julio de 2016 – Panasonic Corp./MT Picture Display Co. Ltd, Comisión Europea (Recurso de casación – Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Artículo 181 – Prácticas colusorias – Mercado mundial de tubos catódicos para televisores y pantallas de ordenador – Acuerdos y prácticas concertadas en materia de precios, de reparto de mercados y de clientes y de limitación de producción – Derecho de defensa – Pliego de cargos – Contenido), *DOUE*, C, núm. 343, de 19 de septiembre de 2016.
116. Asunto T-204/14: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2016 – Victor International/EUIPO – Ovejero Jiménez y Becerra Guibert (VICTOR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VICTOR – Marca nacional figurativa anterior victoriana – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Naturaleza del uso – Forma que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo – Artículo 15, apartado 1, y artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 383, de 17 de octubre de 2016.
117. Asunto T-4/15: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2016 – Beiersdorf/EUIPO (Q10) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Q10 – Denegación de registro de una declaración sobre el alcance de la protección – Artículo 37, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 –

Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 383, de 17 de octubre de 2016.

118. **Asunto T-360/15: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2016 – Dr Vita/EUIPO (69) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión 69 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 383, de 17 de octubre de 2016.**
119. **Asunto T-146/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2016 – hyphen/EUIPO – Skylotec (Representación de un polígono) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión que representa un polígono – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Forma que difiere por elementos que no alteran el carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.**
120. **Asunto T-159/15: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2016 – Puma/EUIPO – Gemma Group (Representación de un felino saltando) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un felino saltando – Marcas internacionales figurativas anteriores que representan un felino saltando – Motivo de denegación relativo – Buena administración – Prueba de la notoriedad de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.**
121. **Asunto T-358/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – Arrrom Conseil/EUIPO – Puig France (Roméo has a Gun by Romano Ricci) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de Oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Roméo has a Gun by Romano Ricci – Marcas denominativas anteriores de la Unión NINA RICCI y RICCI – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.**
122. **Asunto T-371/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2016 – Preferisco Foods/EUIPO – Piccardo & Savore' (PREFERISCO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión PREFERISCO – Marca denominativa anterior de la Unión I PREFERITI – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.**

123. Asunto T-390/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2016 – Perfetti Van Melle Benelux/EUIPO – PepsiCo (3D) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión 3D – Marcas denominativa y figurativas anteriores de la Unión 3D’S y 3D’s – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
124. Asunto T-408/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2016 – Globo Comunicação e Participações/EUIPO (marca sonora) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca sonora – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
125. Asunto T-453/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – Trinity Haircare/EUIPO – Advance Magazine Publishers (VOGUE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión VOGUE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 52, apartado 1, letra a), puesto en relación con el artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
126. Asunto T-479/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2016 – Lotte/EUIPO – Kuchenmeister (KOALA LAND) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión KOALA LAND – Marca nacional denominativa anterior KOALA – Desestimación parcial de la solicitud de registro – Riesgo de confusión – Uso efectivo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
127. Asunto T-563/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2016 – Paglieri Sell System/EUIPO (APOTEKE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa APOTEKE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
128. Asunto T-359/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – Arrom Conseil/EUIPO – Nina Ricci (Roméo has a Gun by Romano Ricci) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de Oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Roméo has a Gun by Romano Ricci – Marcas denominati-

- vas anteriores de la Unión NINA RICCI y RICCI – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
129. Asunto T-565/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2016 – Excalibur City/EUIPO – Ferrero (MERLIN’S KINDERWELT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MERLIN’S KINDERWELT – Marca nacional denominativa anterior KINDER – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
130. Asunto T-566/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2016 – Excalibur City/EUIPO – Ferrero (MERLIN’S KINDERWELT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MERLIN’S KINDERWELT – Marca nacional denominativa anterior KINDER – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
131. Asunto T-633/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 – JT International/EUIPO – Habanos (PUSH) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión PUSH – Marcas Benelux y nacionales denominativas y figurativas anteriores PUNCH – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Identidad de los productos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
132. Asunto T-511/15: Auto del Tribunal General de 30 de agosto de 2016 – Fontem Holdings 4/EUIPO (BLU ECIGS) («Marque de la Unión Europea – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento», *DOUE*, C, núm. 392, de 24 de octubre de 2016.
133. Asunto T-228/15: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2016 – Grupo de originación y análisis/EUIPO – Bankinter (BK PARTNERS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BK PARTNERS – Marca nacional denominativa y figurativa anterior bk. – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.
134. Asunto T-237/15: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2016 – Łabowicz/EUIPO – Pure Fishing (NANO)

- [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión NANO – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 52, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.
135. Asunto T-362/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2016 – Lacamanda Group/EUIPO – Woolley (HENLEY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión HENLEY – Marcas del Reino Unido y de la Unión denominativas anteriores HENLEYS – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior»], *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.
136. Asunto T-400/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2016 – Pinto Eliseu Baptista Lopes Canhoto/EUIPO – University College London (CITRUS SATURDAY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CITRUS SATURDAY – Marca nacional denominativa anterior CITRUS – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación conferida por el artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Reglas 19 y 20, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.
137. Asunto T-449/15: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2016 – Satkirit Holdings/EUIPO – Advanced Mailing Solutions (luvo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión luvo – Marca denominativa anterior de la Unión luvo – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.
138. Asunto T-450/15: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2016 – Satkirit Holdings/EUIPO – Advanced Mailing Solutions (luvoworld) [«Marca de la Unión – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión luvoworld – Marca de denominativa anterior de la Unión luvo – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.
139. Asunto T-476/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2016 – European Food/EUIPO – Société des produits Nestlé (FITNESS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión FITNESS – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carác-

ter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), artículo 52, apartado 1, letra a), y artículo 76 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Regla 37, letra b), inciso iv), y regla 50, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso», *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.

140. Asunto T-512/15: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2016 – Sun Cali/EUIPO – Abercrombie & Fitch Europe (SUN CALI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión SUN CALI – Marca nacional figurativa anterior CaLi co – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Representación ante la Sala de Recurso – Establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en la Unión – Personas jurídicas económicamente vinculadas – Artículo 92, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.
141. Asunto T-539/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2016 – LLR-G5/EUIPO – Glycan Finance (SILICIUM ORGANIQUE G5 LLR-G5) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SILICIUM ORGANIQUE G5 LLR-G5 – Marcas internacionales denominativas anteriores Silicium Organique G5- Glycan 5-Si-Glycan-5-Si-G5 y Silicium Organique G5 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.
142. Asunto C-223/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de septiembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – combit Software GmbH/Commit Business Solutions Ltd [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Marca de la Unión Europea – Carácter unitario – Apreciación de un riesgo de confusión únicamente en una parte de la Unión – Alcance territorial de la prohibición prevista en el artículo 102 de ese Reglamento], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
143. Asunto C-442/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 22 de septiembre de 2016 – Pensa Pharma, SA/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, Ferring BV, Farmaceutisk Laboratorium Ferring A/S (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Marca denominativa PENSA PHARMA – Marca figurativa pensa – Solicitudes de nulidad de los titulares de las marcas denominativas pentasa – Declaración de nulidad – Procedimiento ante la EUIPO – Modificación del objeto del litigio – Motivo nuevo ante el Tribunal General), *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.

144. Asunto T-549/15: Sentencia del Tribunal General de 4 de octubre de 2016 – Lidl Stiftung/EUIPO – Horno del Espinar (Castello) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Castello – Marcas nacionales y de la Unión figurativas anteriores Castelló – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
145. Asuntos acumulados T-129/15 y T-130/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2016 – Intesa Sanpaolo/EUIPO (WAVE 2 PAY y WAVE TO PAY) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marcas denominativas de la Unión WAVE 2 PAY y WAVE TO PAY – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
146. Asunto T-335/15: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2016 – Universal Protein Supplements/EUIPO (Representación de un culturista) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa a un culturista – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
147. Asunto T-337/15: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2016 – Bach Flower Remedies/EUIPO – Durapharma (RESCUE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión RESCUE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra c), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 52, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
148. Asunto T-355/15: Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2016 – Alpex Pharma/EUIPO – Astex Pharmaceuticals (ASTEX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Europea ASTEX – Marca denominativa anterior de la Unión ALPEX – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
149. Asunto T-430/15: Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2016 – Flowil International Lighting/EUIPO – Lormod Prod Com (Silvania Food) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la

Unión Silvania Food – Marcas denominativas anteriores de la Unión SYLVANIA – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.

150. **Asunto T-456/15: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2016 – Foodcare/EUIPO – Michalczewski (T.G.R. ENERGY DRINK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión T.G.R. ENERGY DRINK – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.**
151. **Asunto T-574/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2016 – Kozmetika Afrodita/EUIPO – Núñez Martín y Machado Montesinos (KOZMeTIKA AFRODITA) «Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión KOZMeTIKA AFRODITA – Marcas nacionales denominativa anterior EXOTIC AFRODITA MYSTIC MUSK OIL y figurativa anterior AFRODITA MYSTIC MUSK OIL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», DOUE, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.**
152. **Asunto T-575/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2016 – Kozmetika Afrodita/EUIPO – Núñez Martín y Machado Montesinos (AFRODITA COSMETICS) «Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión AFRODITA COSMETICS – Marcas nacionales denominativa anterior EXOTIC AFRODITA MYSTIC MUSK OIL y figurativa anterior AFRODITA MYSTIC MUSK OIL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», DOUE, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.**
153. **Asunto T-593/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2016 – The Art Company B & S/EUIPO – G-Star Raw (THE ART OF RAW) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión THE ART OF RAW – Marcas nacional y de la Unión figurativas anteriores art y marca figurativa anterior de la Unión The Art Company – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.**
154. **Asunto T-73/15: Auto del Tribunal General de 16 de septiembre de 2016 – Aston Martin Lagonda/EUIPO (Representación de una calandria en la parte delantera de un coche) («Marca de la Unión Europea – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.**

155. Asunto T-87/15: Auto del Tribunal General de 16 de septiembre de 2016 – Aston Martin Lagonda/EUIPO (Representación de una rejilla colocada delante de un vehículo a motor) («Marca de la Unión Europea – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
156. Asunto T-350/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2016 – Perry Ellis International Group/EUIPO – CG (p) «Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que puede interpretarse como la letra “p” – Marcas de la Unión y nacionales figurativas anteriores P PROTECTIVE y P – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
157. Asunto T-461/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2016 – Guccio Gucci/EUIPO – Guess? IP Holder (Representación de cuatro G entrelazadas) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa cuatro G entrelazadas – Marcas de la Unión, nacional e internacional figurativas anteriores G – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
158. Asunto T-753/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2016 – Guccio Gucci/EUIPO – Guess? IP Holder (Representación de cuatro letras G entrelazadas) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa cuatro letras G entrelazadas – Marcas de la Unión e internacional figurativas anteriores G – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
159. Asunto T-367/14: Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2016 – August Storck/EUIPO – Chiquita Brands (Fruitfuls) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Fruitfuls – Uso efectivo – Artículo 51, apartado 1, letra a), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
160. Asunto T-824/14: Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2016 – Eveready Battery Company/EUIPO – Hussain y otros (POWER EDGE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión POWER EDGE – Marca denominativa anterior de la Unión EDGE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso

efectivo de la marca anterior – Artículo 15, apartado 1, y artículo 42, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.

161. Asunto T-56/15: Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2016 – Raimund Schmitt Verpachtungsgesellschaft/EUIPO(BRAUWELT) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión BRAUWELT – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 – Derecho a ser oído – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
162. Asunto T-776/15: Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2016 – Meissen Keramik/EUIPO (MEISSEN KERAMIK) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión MEISSEN KERAMIK – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
163. Asunto C-572/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Riigikohus – Estonia) – F. Hoffmann-La Roche AG/ Accord Healthcare OÜ [Procedimiento prejudicial – Propiedad industrial y comercial – Patente – Certificado complementario de protección – Reglamento (CE) núm. 469/2009 – Artículo 21, apartado 2 – Disposiciones transitorias – Certificado concedido de conformidad con la legislación nacional de un Estado miembro antes de su adhesión a la Unión Europea – Interpretación del artículo 21, apartado 2 – Duración del certificado – Validez del artículo 21, apartado 2 – Adaptación del Derecho derivado que resulta directamente del Acta de adhesión – Incompetencia del Tribunal de Justicia], *DOUE*, C, núm. 441, de 28 de noviembre de 2016.
164. Asunto C-586/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 7 de septiembre de 2016 – Lotte Co. Ltd/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea [Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca de la Unión Europea – Marca figurativa que incluye un elemento denominativo en japonés y la imagen de un koala en un árbol con un pequeño koala a la espalda – Oposición del titular de las marcas nacionales anteriores KOALA-BÅREN, tridimensional, y KOALA, figurativa – Prueba del uso efectivo de la marca – Empleo de la marca en una forma que difiere en elementos que no alteran su carácter distintivo – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso de casación manifiestamente inad-

- misible y manifiestamente infundado], *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
165. Asunto C-471/16 P: Recurso de casación interpuesto el 24 de agosto de 2016 por Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 14 de junio de 2016 en el asunto T-789/14, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
166. Asunto T-14/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2016 – Lufthansa AirPlus Servicekarten/EUIPO – Mareea Comtur (airpass.ro) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión airpass.ro – Marca denominativa anterior de la Unión AirPlus International – Desestimación de la oposición – Regla 21 del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Sobreseimiento – Artículo 81, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
167. Asunto T-407/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2016 – Monster Energy/EUIPO – Hot-Can Intellectual Property (HotoGo self-heating can technology) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión HotoGo self-heating can technology – Marcas figurativas anteriores de la Unión que representan zarpas – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de similitud entre los signos – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de vínculo entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
168. Asunto T-693/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2016 – Clover Canyon/EUIPO – Kaipa Sportswear (CLOVER CANYON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa CLOVER CANYON – Marca nacional denominativa anterior CANYON – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Riesgo de confusión»], *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
169. Asunto T-620/15: Auto del Tribunal General de 17 de octubre de 2016 – Orthema Service/EUIPO (Gehen wie auf Wolken) «Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Gehen wie auf Wolken – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno», *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.

170. Asunto T-515/12 RENV: Sentencia del Tribunal General de 27 de octubre de 2016 – El Corte Inglés/EUIPO – English Cut (The English Cut) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión The English Cut – Marcas figurativas de la Unión y marca denominativa nacional anteriores El Corte Inglés – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Renombre»], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
171. Asunto T-123/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de octubre de 2016 – Unicorn/EUIPO – Mercilink Equipment Leasing (UNICORN-čerpací stanice) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión UNICORN-čerpací stanice – Marcas nacionales denominativas y figurativa anteriores UNICORN – Motivo de denegación relativo – Notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
172. Asunto T-124/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de octubre de 2016 – Unicorn/EUIPO – Mercilink Equipment Leasing (UNICORN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión UNICORN – Marcas nacionales denominativas y figurativas anteriores UNICORN y marca nacional figurativa anterior que representa una cabeza de unicornio – Motivo de denegación relativo – Notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
173. Asunto T-125/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de octubre de 2016 – Unicorn/EUIPO – Mercilink Equipment Leasing (UNICORN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión UNICORN – Marcas nacionales denominativas y figurativas anteriores UNICORN y marca nacional figurativa anterior que representa una cabeza de unicornio – Motivo de denegación relativo – Notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
174. Asunto T-201/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de octubre de 2016 – Unicorn/EUIPO – Mercilink Equipment Leasing (UNICORN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión UNICORN – Marcas nacionales denominativas y figurativa anteriores UNICORN – Artículo 53, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Notoriedad»], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
175. Asunto T-625/15: Sentencia del Tribunal General de 27 de octubre de 2016 – Spa Monopole/EUIPO – YTL Hotels & Properties (SPA VILLAGE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SPA

- VILLAGE – Marca Benelux denominativa anterior SPA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
176. Asunto T-7/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de octubre de 2016 – LA TARTE TROPÉZIENNE/EUIPO (LA TARTE TROPÉZIENNE 1955. SAINT-TROPEZ) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa LA TARTE TROPÉZIENNE 1955. SAINT-TROPEZ – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
177. Asunto T-29/16: Sentencia del Tribunal General de 27 de octubre de 2016 – Caffè Nero Group/EUIPO (CAFFÈ NERO) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión CAFFÈ NERO – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Marca que puede inducir al público a error – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
178. Asunto T-37/16: Sentencia del Tribunal General de 27 de octubre de 2016 – Caffè Nero Group/EUIPO (CAFFÈ NERO) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión CAFFÈ NERO – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Marca que puede inducir al público a error – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
179. Asunto C-537/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 27 de octubre de 2016 – Debonair Trading Internacional Lda/Groupe Léa Nature SA, Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5 – Marca figurativa que contiene los elementos denominativos «SO’BiO étic» – Oposición del titular de las marcas denominativas y figurativas de la Unión y nacionales que contienen el elemento denominativo «SO...?» – Denegación de registro], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
180. Asunto C-43/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de noviembre de 2016 – BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH/Oficina de Propiedad intelectual de la Unión Europea (EUIPO), LG Electronics Inc. [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de registro de la marca figurativa que incluye los elementos denominativos «compressor technology» – Oposición del titular de las marcas denominativas KOMPRESSOR PLUS y KOMPRESSOR – Denegación parcial de registro – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 60 – Reglamento (CE) núm. 216/96 – Artículo 8, apartado 3 – Recurso «accesorio» –

Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Carácter escasamente distintivo de las marcas nacionales anteriores – Riesgo de confusión], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.

181. Asunto C-482/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 26 de octubre de 2016 – Westermann Lernspielverlage GmbH, anteriormente Westermann Lernspielverlag GmbH/Oficina de Casación – Solicitud de marca de la Unión Europea – Marca figurativa que contiene los elementos denominativos «bambino» y «lük» – Procedimiento de oposición – Marca figurativa anterior de la Unión que contiene el elemento denominativo «bambino» – Denegación parcial del registro – Caducidad de la marca anterior en que se basa la oposición – Escrito de la demandante en que se informa al Tribunal General de dicha caducidad – Negativa del Tribunal General a unir el escrito a los autos – Falta de motivación], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
182. Asunto C-488/16 P: Recurso de casación interpuesto el 13 de septiembre de 2016 por Bundesverband Souvenir – Geschenke – Ehrenpreise e.V. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 5 de julio de 2016 en el asunto T-167/15, Bundesverband Souvenir – Geschenke – Ehrenpreise e.V./Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
183. Asunto T-579/14: Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2016 – Birkenstock Sales/EUIPO (Representación de un motivo de líneas onduladas entrecruzadas) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa un motivo de líneas onduladas entrecruzadas – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivo de superficie – Aplicación de un motivo de superficie en el envase de un producto»], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
184. Asunto T-67/15: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2016 – Polo Club/EUIPO – Lifestyle Equities (POLO CLUB SAINT-TROPEZ HARAS DE GASSIN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión POLO CLUB SAINT-TROPEZ HARAS DE GASSIN – Marcas figurativas anteriores de la Unión BEVERLY HILLS POLO CLUB – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Presentación de pruebas adicionales – Facultad de apreciación conferida por el artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 – Devolución parcial del asunto a la División de Oposición – Artículo 64, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.

185. Asunto T-290/15: Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2016 – Smarter Travel Media/EUIPO (SMARTER TRAVEL) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión SMARTER TRAVEL – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Igualdad de trato»], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
186. Asunto T-315/15: Sentencia del Tribunal General de 17 de noviembre de 2016 – Vince/EUIPO (ELECTRIC HIGHWAY) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión ELECTRIC HIGHWAY – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b), y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
187. Asunto T-579/15: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2016 – For Tune/EUIPO – Gastwerk Hotel Hamburg (fortune) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión fortune – Marca alemana denominativa anterior FORTUNE-HOTELS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
188. Asunto C-30/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de noviembre de 2016 – Simba Toys GmbH & Co. KG/ Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Seven Towns Ltd (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Marca tridimensional en forma de cubo con caras que poseen una estructura cuadrículada – Solicitud de nulidad – Desestimación de la solicitud de nulidad), *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
189. Asunto T-349/15: Sentencia del Tribunal General de 24 de noviembre de 2016 – CG/EUIPO – Perry Ellis International Group (P PRO PLAYER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión P PRO PLAYER – Marcas de la Unión y nacionales figurativas anteriores P y P PROTECTIVE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
190. Asunto T-769/15: Sentencia del Tribunal General de 24 de noviembre de 2016 – SeNaPro/EUIPO – Paltentaler Splitt & Marmorwerke (Dolokorn) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Dolokorn – Marca denominativa anterior de la Unión DOLOPUR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.

191. **Asuntos acumulados T-268/15 y T-272/15: Auto del Tribunal General de 8 de noviembre de 2016 – Apcoa Parking Holdings/EUIPO (PARKWAY)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitudes de marcas figurativa y denominativa de la Unión PARKWAY – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
192. **Asunto T-455/15: Auto del Tribunal General de 26 de octubre de 2016 – Vitra Collections/EUIPO – Consorzio Origini (Forma de una silla)** («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Retirada del recurso de nulidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 6, de 9 de enero de 2017.
193. **Asunto T-217/15: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2016 – Fiesta Hotels & Resorts/EUIPO – Residencial Palladium (PALLADIUM PALACE IBIZA RESORT & SPA)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión PALLADIUM PALACE IBIZA RESORT & SPA – Nombre comercial nacional anterior GRAND HOTEL PALLADIUM – Motivo de denegación relativo – Utilización en el tráfico económico de un signo cuya alcance no es únicamente local – Artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
194. **Asunto T-458/15: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2016 – Automobile Club di Brescia/EUIPO – Rebel Media (e-miglia)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión e-miglia – Marcas denominativas anteriores de la Unión MILLE MIGLIA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
195. **Asunto T-545/15: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2016 – Pi-Design/EUIPO – Société des produits Nestlé (PRESSO)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional – Solicitud de extensión territorial de la protección – Marca denominativa PRESSO – Marca nacional denominativa anterior PRESSO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
196. **Asunto T-561/15: Sentencia del Tribunal General de 1 de diciembre de 2016 – Universidad Internacional de la Rioja/EUIPO – Universidad de la Rioja (UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LA RIOJA uniR)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de la marca figurativa de la Unión UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LA RIOJA uniR – Marca denominativa anterior de la Unión UNIRIOJA – Motivo

- de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
197. Asunto T-578/15: Sentencia del Tribunal General de 24 de noviembre de 2016 – Azur Space Solar Power/EUIPO (Representación de líneas y bloques blancos sobre fondo negro) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa líneas y bloques blancos sobre fondo negro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
198. Asunto T-614/15: Sentencia del Tribunal General de 24 de noviembre de 2016 – Azur Space Solar Power/EUIPO (Representación de líneas y bloques negros) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa líneas y bloques negros – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
199. Asunto T-617/15: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2016 – Chic Investments/EUIPO (eSMOKING WORLD) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión eSMOKING WORLD – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
200. Asunto T-635/15: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2016 – Tuum/EUIPO – Thun (TUUM) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión TUUM – Marca nacional figurativa anterior THUN – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
201. Asunto T-703/15: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2016 – Groupe Go Sport/EUIPO – Design Go (GO SPORT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GO SPORT – Marcas nacionales denominativas anteriores GO – Denegación parcial de registro por la División de Oposición – Presentación extemporánea del escrito en el que se exponen los motivos del recurso – Inadmisibilidad del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso – Artículo 60 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Regla 49, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.

202. Asunto T-735/15: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2016 – The Art Company B & S/EUIPO – Manufacture Daddato y Laurora (SHOP ART) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SHOP ART – Marca figurativa anterior de la Unión art – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
203. Asunto T-775/15: Sentencia del Tribunal General de 1 de diciembre de 2016 – EK/servicegroup/EUIPO (FERLI) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión FERLI – Exigencia de claridad – Artículo 28 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho de defensa – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
204. Asunto T-2/16: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2016 – K&K Group/EUIPO – Pret A Manger (Europe) (Pret A Diner) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa Pret A Diner – Marca figurativa anterior de la Unión PRET A MANGER – Marca nacional denominativa anterior PRET – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
205. Asunto T-128/16: Auto del Tribunal General de 28 de noviembre de 2016 – SureID/EUIPO (SUREID) [«Marca de la Unión – Solicitud de marca denominativa de la Unión SUREID – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
206. Asunto T-225/16: Auto del Tribunal General de 28 de noviembre de 2016 – Matratzen Concord/EUIPO (Ganz schön ausgeschlafen) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Ganz schön ausgeschlafen – Marca consistente en un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 22, de 23 de enero de 2017.
207. Asunto C-642/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016 – Toni Klement/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Bullerjan GmbH [Recurso de casación – Reglamento (CE) núm. 207/2009 –

- Marca de la Unión Europea – Marca tridimensional que representa la forma de un horno – Artículo 51, apartado 1, letra a) – Solicitud de caducidad de una marca de la Unión Europea – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a) – Uso efectivo de la marca – Desestimación de la solicitud de nulidad], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.**
208. **Asunto T-397/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2016 – PAL-Bullermann/EUIPO – Symaga (PAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión PAL – Declaración parcial de caducidad – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, letra a), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Forma que difiere de la marca registrada – Regla 22, apartados 3 y 4, del Reglamento (CE) núm. 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.**
209. **Asunto T-548/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2016 – Guiral Broto/EUIPO – Gastro & Soul (Café del Sol) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Café del Sol – Marca nacional figurativa anterior Café del Sol – No presentación de pruebas en la lengua de procedimiento de la oposición – Artículos 75 y 76 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Reglas 19 y 20 del Reglamento (CE) no 2868/95 – Derecho de defensa»], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.**
210. **Asunto T-549/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2016 – Guiral Broto/EUIPO – Gastro & Soul (CAFE DEL SOL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CAFE DEL SOL – Marca nacional figurativa anterior Café del Sol – No presentación de pruebas en la lengua de procedimiento de la oposición – Artículos 75 y 76 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Reglas 19 y 20 del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Derecho de defensa»], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.**
211. **Asunto T-744/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2016 – Puro Italian Style/EUIPO (smartline) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión smartline – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017**
212. **Asunto T-745/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2016 – Scorpio Poland/EUIPO – Eckes-Granini Group (YO!) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión YO! – Marca nacional denominativa anterior YO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.**

213. Asunto T-24/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2016 – Sovena Portugal – Consumer Goods/EUIPO – Mue-loliva (FONTOLIVA) [«Marca de la Unión Europea – Procedi-miento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa FONTOLIVA – Marca nacional denominativa anterior FUENOLIVA – Motivo de denegación relativo – Validez del registro de la marca anterior – Pre-sentación de hechos y pruebas nuevos ante el Tribunal General – Uso efectivo de la marca anterior – Facultad de modificación – Artículo 8, apartado 1, letra b), artículo 42, apartados 2 y 3, y artículos 65 y 76 del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.
214. Asunto T-58/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciem-bre de 2016 – Apax Partners/EUIPO – Apax Partners Midmarket (APAX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposi-ción – Solicitud de marca denominativa de la Unión APAX – Marca internacional denominativa anterior APAX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.
215. Asunto T-154/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciem-bre de 2016 – Grid applications/EUIPO (APlan) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión APlan – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 30, de 30 de enero de 2017.
216. Asunto T-112/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciem-bre de 2016 – Mondelez UK Holdings & Services/EUIPO – Socié-té des produits Nestlé (Forma de una tableta de chocolate) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridi-mensional – Forma de una tableta de chocolate – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 52, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
217. Asunto T-212/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciem-bre de 2016 – Aldi/EUIPO – Miquel Alimentació Grup (Gourmet) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Gourmet – Marcas nacionales denominativas y figurativas anteriores GOURMET y Gourmet – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
218. Asunto T-227/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciem-bre de 2016 – Redpur/EUIPO – Redwell Manufaktur (Redpur)

- [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Redpur – Marca figurativa anterior de la Unión redwell INFRAROT HEIZUNGEN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
219. Asunto T-330/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 – Keil/EUIPO – NaturaFit Diätetische Lebensmittelproduktion (BasenCitrato) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión BasenCitrato – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
220. Asunto T-391/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 – Aldi/EUIPO – Cantina Tollo (ALDIANO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ALDIANO – Marca denominativa anterior de la Unión ALDI – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Regla 22, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
221. Asunto T-529/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 – Intesa Sanpaolo/EUIPO (START UP INITIATIVE) «Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión START UP INITIATIVE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
222. Asuntos acumulados T-678/15 y T-679/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 – Novartis/EUIPO (Representación de una curva gris y representación de una curva verde) [«Marca de la Unión Europea – Solicitudes de marcas figurativas de la Unión Europea que representan, respectivamente, una curva gris y una curva verde – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Simplicidad del signo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
223. Asunto T-716/15: Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2016 – Gallardo Blanco/EUIPO – Expasa Agricultura y Ganadería (Representación de un bocado de caballo en forma de «h») [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión constituida por la representación de un bocado de caballo en forma de “h” – Marcas de la Unión y española figurativas anteriores – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Riesgo de con-

- fusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 38, de 6 de febrero de 2017.
224. Asunto C-654/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de diciembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen – Suecia) – Länsförsäkringar AB/Matek A/S [Procedimiento prejudicial – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 9, apartado 1, letra b) – Artículo 15, apartado 1 – Artículo 51, apartado 1, letra a) – Alcance del derecho exclusivo conferido al titular – Período quinquenal consecutivo al registro], *DOUE*, C, núm. 53, de 20 de febrero de 2017.
225. Asunto T-774/14: Auto del Tribunal General de 16 de diciembre de 2016 – Ica Foods/EUIPO – San Lucio (GROK) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 53, de 20 de febrero de 2017.
226. Asunto C-575/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de octubre de 2016 – Industria de Diseño Textil, S.A. (Inditex)/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Marca denominativa ZARA – Servicios de transporte – Uso efectivo – Procedimiento de caducidad – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 51, apartado 1, letra a) – Desnaturalización de pruebas – Derecho de defensa], *DOUE*, C, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.
227. Asunto T-225/15: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2017 – QuaMa Quality Management/EUIPO – Microchip Technology (medialbo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión medialbo – Marca denominativa anterior de la Unión MediaLB – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 41, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 – Registro de la cesión de la marca – Artículo 17, apartado 7, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.
228. Asunto T-250/15: Sentencia del Tribunal General de 24 de noviembre de 2016 – Speciality Drinks/EUIPO – William Grant (CLAN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CLAN – Marca denominativa anterior de la Unión CLAN MACGREGOR – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Riesgo de confusión – Similitud de los productos designados por los signos en conflicto – Público pertinente – Interdependencia de los criterios – Facultad de modificación – Artículo 65, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.

229. Asunto T-399/15: Sentencia del Tribunal General de 19 de enero de 2017 – Morgan & Morgan/EUIPO – Grupo Morgan & Morgan (Morgan & Morgan) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Morgan & Morgan – Marca figurativa anterior de la Unión MMG TRUST MIEMBRO DEL GRUPO MORGAN & MORGAN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.
230. Asunto T-701/15: Sentencia del Tribunal General de 19 de enero de 2017 – Stock Polska/EUIPO – Lass & Steffen (LUBELSKA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión LUBELSKA – Marca nacional denominativa anterior Lubeca – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Nivel de atención del público pertinente – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.
231. Asunto T-54/16: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2017 – Netguru/EUIPO (NETGURU) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión NETGURU – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.
232. Asunto T-64/16: Sentencia del Tribunal General de 18 de enero de 2017 – Wieromiejczyk/EUIPO (Tasty Puff) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Tasty Puff – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 63, de 27 de febrero de 2017.
233. Asunto T-258/08: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2017 – Rath/EUIPO – Portela & Ca. (Diacor) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Diacor – Marca nacional figurativa anterior Diacol PORTUGAL – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Pruebas redactadas en una lengua que no es la lengua de procedimiento – Regla 22, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 (actualmente regla 22, apartado 6, del Reglamento núm. 2868/95, en su versión modificada) – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 8,

- apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 70, de 6 de marzo de 2017.
234. Asunto T-325/15: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2017 – Sun System Kereskedelmi és Szolgáltató/EUIPO – Hollandimpex Kereskedelmi és Szolgáltató (Choco Love) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Choco Love – Marcas de la Unión y nacional denominativas y figurativa anteriores CHOCOLATE, CSOKICSŐ y Chocolate Brown – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 70, de 6 de marzo de 2017.
235. Asunto T-96/16: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2017 – Solenis Technologies/EUIPO (STRONG BONDS. TRUSTED SOLUTIONS.) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión STRONG BONDS. TRUSTED SOLUTIONS. – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 70, de 6 de marzo de 2017.
236. Asunto T-187/16: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2017 – Anton Riemerschmid Weinbrennerei und Likörfabrik/EUIPO – Viña y Bodega Botalcura (LITU) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión LITU – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 70, de 6 de marzo de 2017.
237. Asunto T-19/15: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2017 – Gómez Echevarría/EUIPO – M and M Direct (wax by Yuli’s) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión wax by Yuli’s – Marca de la Unión denominativa anterior MADWAX y marca figurativa nacional anterior wax – Artículo 53, apartado 1, letra a), del reglamento (CE) núm. 207/2009 – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 – Alcance del examen efectuado por la Sala de Recurso – Artículo 64, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 – Derecho de defensa – Artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta de Derechos Fundamentales – Abuso de derecho – Gastos de representación ante la EUIPO – Artículo 85, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.
238. Asunto T-510/15: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2017 – Mengozzi/EUIPO – Consorzio per la tutela dell’olio extravergine di oliva toscano (TOSCORO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión TOSCORO – Indicación geográfica protegida anterior “Toscana” – Motivo de denegación absoluto – Artículo 142 del

- Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículos 13 y 14 del Reglamento (CEE) núm. 2081/92 – Declaración de nulidad parcial»], *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**
239. **Asunto T-686/15: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2017 – Marcas Costa Brava/EUIPO – Excellent Brands JMI (Cremcaffé by Julius Meinl) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Cremcaffé by Julius Meinl – Marca figurativa anterior de la Unión café crem – Motivo de denegación relativo – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**
240. **Asunto T-687/15: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2017 – Marcas Costa Brava/EUIPO – Excellent Brands JMI (Cremcaffé by Julius Meinl) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Cremcaffé by Julius Meinl – Marca figurativa anterior de la Unión café crem – Motivo de denegación relativo – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**
241. **Asunto T-689/15: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2017 – Marcas Costa Brava/EUIPO – Excellent Brands JMI (Cremcaffé by Julius Meinl) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Cremcaffé by Julius Meinl – Marca figurativa anterior de la Unión café crem – Motivo de denegación relativo – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**
242. **Asunto T-690/15: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2017 – Marcas Costa Brava/EUIPO – Excellent Brands JMI (Cremcaffé) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Cremcaffé – Marca figurativa anterior de la Unión café crem – Motivo de denegación relativo – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**
243. **Asunto T-691/15: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2017 – Marcas Costa Brava/EUIPO – Excellent Brands JMI (Cremcaffé by Julius Meinl) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Cremcaffé by Julius Meinl – Marca figurativa anterior de la Unión café crem – Motivo de denegación relativo – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**

244. **Asunto T-88/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de enero de 2017 – Opko Ireland Global Holdings/EUIPO – Teva Pharmaceutical Industries (ALPHAREN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ALPHAREN – Marcas nacionales denominativas anteriores ALPHA D3 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Toma en consideración por la Sala de Recurso de nuevas pruebas a raíz de una sentencia anulatoria – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**
245. **Asunto T-130/16: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2017 – Coesia/EUIPO (Representación de dos curvas oblicuas de color rojo) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa dos curvas oblicuas de color rojo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de apreciar el carácter distintivo de una marca en relación con la percepción que tiene de ella el público pertinente»], DOUE, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**
246. **Asunto T-119/16: Auto del Tribunal General de 26 de enero de 2017 – Topera/EUIPO (RHYTHMVIEW) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión RHYTHMVIEW – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**
247. **Asunto T-353/16: Auto del Tribunal General de 26 de enero de 2017 – European Social Enterprise Law Association/EUIPO (EUROPEAN SOCIAL ENTERPRISE LAW ASSOCIATION) («Marca de la Unión Europea – Representación de la parte recurrente mediante un abogado que no tiene la condición de tercero – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

248. **Asunto C-160/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – GS Media BV/Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Sociedad de la información – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Concepto – Internet – Hipervínculos que dan acceso a obras protegidas, las cuales se hacen accesibles en otro sitio de Internet sin la autorización del titular – Obras no**

- publicadas aún por el titular – Colocación de tales vínculos con ánimo de lucro), *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
249. Asunto C-376/16 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de julio de 2016 por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 27 de abril de 2016 en el asunto T-556/11, *European Dynamics Luxembourg SA, European Dynamics Belgium SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea*, *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
250. Asunto T-584/15: Auto del Tribunal General de 14 de septiembre de 2016 – POA/Comisión [«Recurso de anulación – Solicitud de registro de una denominación de origen protegida (“Halloumi” o “Hellim”) – Decisión de publicación en el Diario Oficial, serie C, de una solicitud de registro de una denominación de origen protegida en aplicación del artículo 50, apartado 2, letra a), del Reglamento (UE) núm. 1151/2012 – Acto de trámite – Acto no recurrible – Inadmisibilidad»], *DOUE*, C, núm. 402, de 31 de octubre de 2016.
251. Asunto C-110/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de septiembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA y otros/Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC) y otros (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Derecho exclusivo de reproducción – Excepciones y limitaciones – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Excepción de copia privada – Compensación equitativa – Conclusión de acuerdos de Derecho privado para determinar los criterios de exención del pago de la compensación equitativa – Devolución de la compensación que solo puede solicitar el usuario final), *DOUE*, C, núm. 419, de 14 de noviembre de 2016.
252. Asunto C-224/14 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de septiembre de 2016 – Lidl Stiftung & Co. KG/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Recurso de casación manifiestamente inadmisibles o manifiestamente infundados), *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
253. Asunto C-309/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de septiembre de 2016 – Real Express Srl/Oficina de la Propiedad Intelectual de la Unión Europea, MIP Metro Group Intellectual Property GmbH & Co. KG [Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE)

- núm. 207/2009 – Marca figurativa de colores azul y rojo que incluye el elemento denominativo «real» – Oposición del titular de las marcas figurativas nacionales de colores blanco y negro que incluyen los elementos denominativos «Real» y «Real mark» – Desestimación de la oposición], *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
254. Asuntos acumulados C-363/15 P y C-364/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de julio de 2016 – Louis Vuitton Malletier SA/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, Nanu-Nana Handelsgesellschaft mbH für Geschenkartikel & Co. KG (Recurso de casación – Marca comunitaria – Sobreseimiento), *DOUE*, C, núm. 454, de 5 de diciembre de 2016.
255. Asunto C-166/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Rīgas apgabaltiesas Kriminālietu tiesu kolēģija – Letonia) – Proceso penal contra Aleksandrs Ranks, Jurijs Vasiļevičs [«Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 91/250/CEE – Artículo 4, letras a) y c) – Artículo 5, apartados 1 y 2 – Directiva 2009/24/CE – Artículo 4, apartados 1 y 2 – Artículo 5, apartados 1 y 2 – Protección jurídica de programas de ordenador – Reventa de copias “usadas” de programas de ordenador objeto de licencia en soportes físicos que no son los originales – Agotamiento del derecho de distribución – Derecho exclusivo de reproducción»], *DOUE*, C, núm. 462, de 12 de diciembre de 2016.
256. Asunto C-169/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Benelux Gerechtshof – BENELUX) – Montis Design BV/Goossens Meubelen BV (Procedimiento prejudicial – Propiedad industrial y comercial – Derecho de autor y derechos afines – Directiva 93/98/CEE – Artículo 10, apartado 2 – Plazo de protección – No restablecimiento de la protección en virtud del Convenio de Berna), *DOUE*, C, núm. 475, de 19 de diciembre de 2016.
257. Asunto C-174/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de noviembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Den Haag – Países Bajos) – Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Derecho de alquiler y préstamo de obras protegidas – Directiva 2006/115/CE – Artículo 1, apartado 1 – Préstamo de obras – Artículo 2, apartado 1 – Préstamo de objetos – Préstamo de una copia de un libro en forma digital – Bibliotecas públicas), *DOUE*, C, núm. 14, de 16 de enero de 2017.
258. Asunto C-301/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de noviembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d’État – Francia) – Marc Soulier, Sara

- Doke/Premier ministre, Ministre de la Culture et de la Communication (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Directiva 2001/29/CE – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Artículos 2 y 3 – Derechos de reproducción y de comunicación al público – Alcance – Libros «no disponibles» no publicados o que ya no se publican – Normativa nacional que atribuye a una sociedad de gestión colectiva el ejercicio de los derechos de explotación digital, con fines comerciales, de libros no disponibles – Presunción legal de consentimiento de los autores – Inexistencia de mecanismos que garanticen una información efectiva e individualizada a los autores), *DOUE*, C, núm. 14, de 16 de enero de 2017.**
- 259. Asunto C-427/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 18 de enero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky – República Checa) – NEW WAVE CZ, a.s./ALLTOYS, spol. s r. o. (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Directiva 2004/48/CE – Procedimiento relativo a una infracción de un derecho de propiedad intelectual – Derecho de información – Solicitud de información en un procedimiento – Procedimiento vinculado a aquel en el que se ha declarado la infracción de un derecho de propiedad intelectual), *DOUE*, C, núm. 70, de 6 de marzo de 2017.**
- 260. Asunto C-367/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 25 de enero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy – Polonia) – Stowarzyszenie «Oławska Telewizja Kablowa»/Stowarzyszenie Filmowców Polskich (Procedimiento prejudicial – Directiva 2004/48/CE – Artículo 13 – Propiedad intelectual e industrial – Vulneración – Cálculo de la indemnización por daños y perjuicios – Normativa de un Estado miembro – Doble del importe de los cánones adeudados normalmente), *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.**

PROTECCIÓN DE DATOS

- 261. Asunto C-582/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland [Procedimiento prejudicial – Tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Artículo 2, letra a) – Artículo 7, letra f) – Concepto de «datos personales» – Dirección de protocolo de Internet – Conservación por un proveedor de servicios de medios en línea – Normativa nacional que no permite la toma en consideración del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento], *DOUE*, C, núm. 475, de 19 de diciembre de 2016.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

262. Asunto C-604/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de julio de 2016 – Ana Pérez Gutiérrez/Comisión Europea (Recurso de casación – Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Artículo 181 – Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea – Salud pública – Fotografías propuestas por la Comisión Europea como advertencias sanitarias en los envases de tabaco – Utilización no autorizada de la imagen de una persona fallecida), *DOUE*, C, núm. 343, de 19 de septiembre de 2016.
263. Asunto T-309/10 RENV: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2016 – Klein/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Directiva 93/42/CEE – Régimen armonizado que garantiza la seguridad y la protección de la salud de los pacientes, usuarios y terceros en relación con la utilización de los productos sanitarios – Artículo 8 – Notificación de una decisión de prohibición de comercialización – Falta de toma de postura de la Comisión – Artículo 18 – Marchamo CE indebido – Perjuicio – Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares – Relación de causalidad»), *DOUE*, C, núm. 410, de 7 de noviembre de 2016.
264. Asunto C-558/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 15 de diciembre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto – Portugal) – Alberto José Vieira de Azevedo y otros/CED Portugal Unipessoal, Lda, e Instituto de Seguros de Portugal – Fondo de Garantía Automóvil (Procedimiento prejudicial – Seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles y control de la obligación de asegurar esta responsabilidad – Directiva 2000/26/CE – Artículo 4, apartado 5 – Entidad aseguradora – Representante para la tramitación y liquidación de siniestros – Facultades suficientes de representación procesal – Legitimación pasiva ante los órganos jurisdiccionales), *DOUE*, C, núm. 46, de 13 de febrero de 2017.
265. Asunto T-577/14: Sentencia del Tribunal General de 10 de enero de 2017 – Gascogne Sack Deutschland GmbH y Gascogne/Unión Europea («Responsabilidad extracontractual – Precisión de la demanda – Prescripción – Admisibilidad – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales – Plazo de enjuiciamiento razonable – Perjuicio material – Pérdidas sufridas – Intereses sobre el importe de la multa no abonada – Gastos de garantía bancaria – Pérdida de una oportunidad – Perjuicio moral – Relación de causalidad»), *DOUE*, C, núm. 53, de 20 de febrero de 2017.
266. Asunto T-479/14: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2017 – Kendrion/Unión Europea («Responsabilidad extracontractual – Precisión de la demanda – Admisibilidad – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales – Plazo razonable de enjuiciamiento – Perjuicio material – Intereses correspondientes al importe de la multa no pagada – Gastos de garantía banca-

ria – Perjuicio moral – Relación de causalidad»), *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.

267. **Asunto T-725/14: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2017 – Aalberts Industries/Unión Europea («Responsabilidad extracontractual – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales – Plazo razonable de enjuiciamiento – Circunstancias propias del asunto – Trascendencia del litigio – Complejidad del litigio – Comportamiento de las partes y surgimiento de incidentes procesales – Inexistencia de un período de inactividad injustificada»)**, *DOUE*, C, núm. 78, de 13 de marzo de 2017.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Prof. Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

Libros *

DE ROMÁN PÉREZ, Raquel (coord.): *Propiedad Intelectual en las Universidades públicas*, Comares, Granada, 2016, 408 pp.

En la obra «Propiedad Intelectual en las Universidades públicas», coordinada por Raquel de Román Pérez, se tratan las cuestiones fundamentales que plantea la utilización de obras protegidas por derecho de autor en el seno de las Universidades. El libro es fruto de un Proyecto de Investigación cuyo título, prácticamente, viene a coincidir con el de la obra: DER2013-43967-R «Propiedad Intelectual en las Universidades Públicas: Titularidad, gestión y transferencia», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y del que ella, junto con Carlos Vattier Fuenzalida, es investigadora principal. Por esta razón, y porque el grupo de colaboradores que participa en el mismo son, en su mayoría, profesores universitarios –la mayoría de la Universidad de Burgos–, quien lo lee, lo consulta, lo hojea, advierte fácilmente que las cuestiones en él tratadas lo han sido con un interés y dedicación principales. No olvidemos que las Universidades son agentes fundamentales tanto en la generación, cuanto en la transmisión y utilización de obras protegidas por derechos de autor.

Lógica consecuencia de ello es que, en la primera parte de la obra, se aborde la cuestión previa de la titularidad de estos derechos, labor nada sencilla gracias a las referencias cruzadas y poco precisas de las reformas que, a nivel nacional, introdujeron dos leyes: la Ley 14/2011, de 1 junio, de la Ciencia y la Tecnología y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. El núcleo principal de este capítulo lo constituye la aportación realizada por la propia coordinadora del libro, que es profesora contratada doctora de Derecho civil, quien llega a la conclusión de que las citadas reformas no introducen ninguna variación respecto de la situación anterior, debiéndose aplicar las normas contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, concretamente, el artículo 51, a los efectos de determinar la titularidad de los derechos de autor. En este orden de cosas, la autora considera que al no formar parte de la actividad habitual de la Universidad la explotación de las obras creadas por su personal docente e investigador, los derechos siguen perteneciendo a sus autores salvo pacto en contrario en cada uno de los contratos. Sin embargo, si en algún momento esta circunstancia cambiara, habría que aplicar la presunción de cesión del artículo 51 a favor de la Universidad. A continuación Bello Paredes, profesor titular de Derecho administrativo, siguiendo la tesis sustentada por de Román Pérez, excluye las obras que no son titularidad de la Universidad del elenco de obras que configurarían el patrimonio de las Universidades públicas. Finalmente, concluye

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

esta parte de la obra con la aportación de Nathalie Picod, que es profesora de Derecho privado de la Universidad de Toulouse, quien ofrece una perspectiva de tal situación en Derecho Francés.

La segunda y la tercera parte del libro abordan la delimitación de las obras que pueden ser utilizadas sin requerir autorización del titular de los derechos, la segunda parte, en concreto, por tratarse de obras que bien por ley, bien por voluntad del autor, son libremente utilizables; la tercera, por estar cubierto el uso concreto que de la obra se lleve a cabo por un límite. Ciñéndonos a la segunda parte, el profesor Vattier Fuenzalida, catedrático emérito de Derecho Civil, tras una introducción general al derecho de autor, da paso a la primera de las cuestiones: Carrancho Herrero, profesora titular de Derecho civil, da cumplida noticia de la libre utilización de las «disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores» como permitía el artículo 2.4 del Convenio de Berna. La segunda, de la mano de del Arco Blanco, se ocupa de las creaciones que han revertido al dominio público por transcurso de los plazos de protección así como de todas aquellas otras que se publican en abierto bajo licencias del tipo *creative commons*, llamando la atención a la necesidad de respetar en todo caso los derechos de paternidad y de integridad en unas y otras.

La tercera parte, como se ha anticipado, se detiene en el análisis de algunos de los límites legales más habituales del ámbito universitario, los límites de cita e ilustración de la enseñanza y reproducción, préstamo y consulta en museos, archivos, bibliotecas y otras instituciones. Los primeros, el derecho de cita y el límite de ilustración con fines educativos y de investigación científica es desarrollado por Vicente Domingo, catedrática de Derecho civil. En este capítulo expone la autora los distintos requisitos que deberán observar dichos usos para estar cubiertos por los pertinentes límites, así como la responsabilidad en que incurriría la Universidad por el uso ilícito que de las obras protegidas realizara su personal. El límite de reproducción, distribución y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos es tratado nuevamente por Carrancho Herrero, deteniéndose, tras un minucioso análisis del artículo 37, en *el comentario de la STJUE* 2014/30, el caso *Technische Universität Darmstadt* contra Eugen Ulmer KG. Finalmente, esta tercera parte de la obra se cierra con el estudio de del Arco Blanco, del artículo 37 bis que recoge, junto con el RD 224/2016, de 27 de mayo, el régimen jurídico de las obras huérfanas, reconociendo a la Universidad como entidad beneficiaria del límite, lo que le permitirá organizar el catálogo de su biblioteca así como digitalizar sus fondos y crear bases de datos específicas para obras huérfanas.

La cuarta parte acoge, de un lado, la utilización de obras o partes de ellas permitidas por los titulares de derechos a través de licencias otorgadas por las entidades de gestión. De otro, el plagio. El primer capítulo ha sido redactado por Díaz de Olarte, jefe del departamento jurídico de CEDRO. En él explica desde el nacimiento de la primera licencia general que se concedió a las empresas reprográficas por la copia de libros y otras obras de texto, pasando por la adaptación de CEDRO para la gestión colectiva de derechos derivada de los usos digitales, hasta la creación de la plataforma de pago por uso que permite a quienes no necesiten una licencia general para usar todo el repertorio de la entidad de gestión, la utilización lícita de obras concretas de un modo rápido y sencillo. El segundo capítulo, elaborado por Iglesias Río, pro-

fesor de Derecho penal, aborda la cuestión de la protección penal de la propiedad intelectual, deteniéndose en la exposición de los criterios orientativos que jurisprudencia y doctrina han esbozado con el fin de ayudar a detectar los delitos de plagio. También recuerda que la extralimitación del derecho de cita así como la transformación no autorizada no siempre supondrán infracciones penales sino que, según las circunstancias, representarán infracciones civiles.

La quinta parte del libro, que se compone de cuatro capítulos, es la dedicada a la transferencia de los resultados de la actividad investigadora y de los sujetos intervinientes de uno u otro modo en dicha transferencia, habitualmente, el personal investigador, las Oficinas de Transferencia de los resultados de la Investigación (OTRI) y las Empresas de base tecnológica (EBT). De la exposición del procedimiento para la cesión de derechos se encarga de la Cuesta Sáenz, catedrático de Derecho civil. Tras la declaración por parte del correspondiente Ministerio de que el derecho no es necesario para la defensa o mejor protección del interés privado, expone los supuestos en los que es posible la adjudicación privada de los mismos, destacando en su apartado siguiente la correlativa reducción e, incluso, excepcionalidad, de los supuestos en los que será necesario acudir al procedimiento competitivo para transmitir los derechos. Los capítulos segundo y tercero han sido elaborados por Caballero Lozano, profesor de Derecho civil, en los que aborda los contratos de colaboración del personal investigador universitario del artículo 83 LOU y las diferentes vías que emplean las universidades para transferir dichos resultados, respectivamente. El autor ofrece un análisis riguroso de los contratos que pueden celebrarse dentro del ámbito de aplicación del artículo 83: analiza los diferentes sujetos que pueden encontrarse en la parte que se compromete a realizar la actividad constitutiva de la transferencia y los beneficiarios, el objeto del contrato, su carácter privado o público, el contenido del mismo, así como su régimen de incumplimiento y responsabilidad. En el tercer capítulo, tras fundamentar la función de transferir los resultados de la investigación como propia de la Universidad, realiza un breve exposición de las distintas vías a través de las cuales se produce normalmente dicha transferencia –desde la función docente, pasando por los servicios universitarios de publicaciones y los repertorios universitarios, así como las OTRI– y dedica un atención especial a las estructuras dinamizadoras de la investigación aplicada, centros tecnológicos, parques científicos y tecnológicos, plataformas tecnológicas, agrupaciones de empresas innovadoras, EBTS y otras estructuras mencionadas legalmente con funciones asignadas en relación con la transferencia de la investigación. En el cuarto capítulo, Bello Paredes nuevamente, nos ilustra sobre el régimen jurídico, finalidad y funcionamiento de las EBTs.

La última parte de la obra, la sexta, se destina a la difusión en acceso abierto de la actividad investigadora. En ella, la coordinadora del libro realiza, en un primer capítulo, un análisis concienzudo de la normativa española en esta materia para desbrozar qué personal universitario está obligado a publicar en acceso abierto y qué requisitos deben cumplir los trabajos a depositar. En el segundo capítulo, que cierra el libro, Caso y Moscón, profesor e investigadora de la Universidad de Trento respectivamente, nos ofrecen el panorama que en este punto ha dejado la Ley n.º 112 de 7 de octubre de 2013 en el ordenamiento italiano.

Concepción SAIZ GARCÍA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valencia

MUÑIZ ESPADA, Esther: *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportación desde el Derecho europeo*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2016, 208 pp.

Nos encontramos ante una obra en la que, con ocasión del estudio y su transposición al Derecho español de la Directiva 2014/17/UE sobre el crédito hipotecario, se abordan todos los aspectos implicados en una de las figuras jurídicas más vivas y polémicas del actual panorama jurídico: la hipoteca inmobiliaria.

Esther Muñiz Espada, catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valladolid, ya desde el principio de la monografía nos descubre y describe el estado actual de la cuestión. Pone de manifiesto la desmesurada profusión normativa con la que recientemente el legislador español ha pretendido solucionar los distintos problemas derivados de la hipoteca, los cuales no ha logrado solventarlos de manera satisfactoria, pues ha vacilado entre dos extremos (una excesiva protección del deudor o del acreedor hipotecario) y, además, ha tenido «una falta de preocupación por hacer sucesivamente de la hipoteca un producto útil y eficiente». En esta situación del mercado hipotecario nacional, se dicta la Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014. Los Estados miembros de la UE deben transponer y publicar la norma interna antes del 21 de marzo de 2016; sin embargo, en España sólo se ha publicado, por parte del Ministerio de Economía y Competitividad, un Anteproyecto de Ley reguladora del crédito inmobiliario.

La autora estudia minuciosamente la Directiva, compuesta de 50 artículos y dos Anexos. De entre los aspectos ampliamente desarrollados en la investigación comentada podemos resaltar los siguientes. El ámbito de aplicación de la Directiva (limitada a los bienes inmuebles de uso residencial cuando el sujeto es un consumidor), el elemento subjetivo (en el que se incluye no sólo al consumidor, sino a todas las personas vinculadas en la operación hipotecaria), la información precontractual y su régimen jurídico, los límites en la concesión del crédito (que dependerá de la solvencia del deudor hipotecario), la relevancia que tendrá la figura de la mediación para resolver los conflictos entre los distintos sujetos que intervienen el crédito hipotecario. De particular importancia son las páginas dedicadas a la intención de la Directiva de evitar la ejecución hipotecaria, a cuyo fin se favorece toda clase de acuerdos que desemboquen en el pago; materia ésta criticada por la autora, quien advierte que se omiten «otros detalles que deberían estar presentes en relación al incentivo de la renegociación de los préstamos hipotecarios».

Redactado el libro con gran claridad y brillantez, la profesora Muñiz Espada nos ofrece una faceta poco común: la de convertirse en creadora de un futuro Derecho positivo que sustituya, por más técnico y justo, al vigente. En efecto, superando la labor del jurista tradicional, circunscrito a interpretar normas y a calificar y sistematizar figuras jurídicas, la autora nos ofrece también esa otra faceta; y a tal fin, además de la situación legislativa actual, tiene en cuenta la realidad social: depreciación de los inmuebles en los últimos años, aumento del paro, fomento excesivo del endeudamiento, etc. Y nos propone, realizando «un replanteamiento por encima de la Directiva», soluciones nuevas, sobre todo, «para una revisión de nuestra normativa, [...] también para una simplificación legislativa y una ordenación más coherente», debiendo construirse «un sistema verdaderamente garantista, recuperando la seguridad jurídica perdida, como exigencia de calidad del sistema jurídico».

Ciertamente, en este cometido la Profesora Muñiz Espada parte con ventaja, pues, además del dominio de nuestro Derecho, es incuestionable su profundo conocimiento –y excelente manejo en esta obra– del Derecho privado comparado, especialmente del europeo, ya se trate de legislación, doctrina o jurisprudencia.

Asistimos así a un estudio de imprescindible consulta, en el que para solucionar problemas endémicos (falta de solvencia, equilibrio inestable de las partes, necesidad de simplificación del sistema, escasa previsibilidad del legislador, etc.) se nos ofrecen propuestas nuevas. Y aquí radica el mejor de todos los valores de este libro, pues en esas propuestas se halla un remedio revitalizante para una figura jurídica en crisis, en franco receso como el medio más idóneo para la adquisición de la vivienda habitual: la garantía hipotecaria.

Fernando MORENO MOZO
Profesor Contratado-Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla

WUDARSKI, Arkadiusz (ed.): *Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts*, Duncker&Humblot, Berlin, 2016, 783 pp.

Quizá no resulta demasiado atrevido decir que el primer impulso en el movimiento hacía la unificación del Derecho civil europeo, centrado en el Derecho contractual, ha pasado, roto en el rompeolas construido por los ordenamientos jurídicos nacionales; y que ahora, en un momento de cierta inestabilidad, el movimiento unificador se halla a la búsqueda de nuevas áreas, tanteando en cierto modo la posibilidad de aventurarse en otros proyectos.

Una de esas nuevas áreas puede ser, sin duda, la de los derechos reales. Como Kieninger ha dicho, si hasta hace bien poco tiempo éstos han sido tratados como el hermanastro en el proceso de armonización jurídica europea, en los próximos años parecen más bien llamados a ocupar el centro de la escena (Kieninger, «Perspektiven für ein Europäisches Mobiliarsicherungsrecht», ZEuP, 2016-1, p. 201). Y el Registro de la propiedad puede ser, entonces, uno de los actores principales.

El libro del que estamos tratando, titulado «El Registro en la Europa del siglo XXI», es un buen ejemplo de este nuevo interés por los derechos reales y, en concreto, por el Registro de la propiedad. Es resultado de un Proyecto de investigación internacional, que con el título «Functions of Land Registers in European Comparative Perspective», ha dirigido Arkadiusz Wudarsky, director del departamento de Derecho privado europeo y comparado en la Universidad de Frankfurt am Oder, y en el que se han integrado otros varios grupos de investigación. El volumen consta de veintisiete capítulos y en él participan veintiocho autores –algunos como coautores, otros colaborando en más de un capítulo–. En conjunto hay trabajos sobre diversos aspectos de los Registros de la propiedad de Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Chequia, Chipre, Escocia, España, Inglaterra, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Polonia, Rumanía y Suiza. Están por tanto representados ordenamientos de las diferentes áreas jurídicas europeas, con cierta excepción de

los países bálticos y escandinavos. La mayoría de los trabajos, dieciocho, están escritos en alemán, mientras que los nueve restantes están en inglés.

El libro hace un análisis de Derecho comparado de los variados sistemas registrales existentes en Europa, centrándose en sus funciones protectoras. Pero, al hilo de esa cuestión, los autores tratan también de muchos otros asuntos, tales como la protección de datos personales, la inscripción de titularidades obligacionales, el papel de la posesión o la mecánica registral. A veces el lector tiene la impresión de que la perspectiva de algunos de los autores no encaja perfectamente con la adoptada por otros, pues algunas cuestiones son tratadas en algunos países y no en otros. Pero cualquier lector bien informado conoce la dificultad de conseguir una cierta coherencia entre los diversos autores que intervienen en una obra colectiva.

El volumen se estructura en cinco secciones: la primera, el Registro de la propiedad como elemento integrante del sistema jurídico, se divide a su vez en cinco trabajos. En el primero, el editor del libro, Arkadiusz Wudarsky se ocupa del concepto de Registro de la propiedad y su incardinación dentro de los diferentes tipos de Registros (privados y públicos, administrativos y jurídicos, con efectos positivos o negativos). En el segundo Peter Mankowski hace una cuidada exposición de los problemas de Derecho internacional privado relativos a la inscripción y eficacia de los derechos reales inscritos. Los tres últimos trabajos de esta sección, en cambio, se centran ya en problemas registrales de carácter general, pero afrontados desde el punto de vista propio de un Derecho nacional: la relación entre el sistema alemán de derechos reales y su sistema registral, con especial atención al papel de los notarios en la creación y transmisión de los derechos (Stefan Hügel); el Registro inglés y su eficacia convalidante de titularidades defectivas, incluyendo una cuidada exposición histórica de ese sistema registral (Simon A. Cooper); y la combinación de libertad contractual y requisitos para la inscripción en el sistema adquisitivo austriaco (Peter Bydlinski).

La segunda sección, centrada en el contenido del Registro, se divide también en cinco capítulos. En el primero Artur Barańsky and Arkadiusz Wudarski abordan la cuestión de la función del Registro como instrumento para conceder eficacia contra tercero a los derechos obligacionales. El segundo trata de la posibilidad de inscripción de los derechos en formación en el Derecho alemán y en el polaco (Aleksandra Buslowicz y Philipp Buslowicz). El tercero se centra, por su parte, en las diferencias entre el sistema registral inglés, con eficacia de inoponibilidad relativa, y el modelo alemán de fe pública (Mark Jordan). El capítulo cuarto hace una descripción general del sistema croata, de eficacia constitutiva y fe pública, muy cercano al sistema austriaco (Tatjana Josipović). Y el quinto y último capítulo se ocupa de un aspecto más parcial, como es la posibilidad de inscripción de los derechos en formación y los contratos preparatorios en el sistema registral italiano (Riccardo Omodei Salè).

La tercera sección se centra en el principio de fe pública registral, y seis autores tratan de él en sus respectivos derechos nacionales. Romana Cierpiat-Magnor y Arkadiusz Wudarsky explican el Sistema registral austriaco y las condiciones que ha de cumplir en él la adquisición de la propiedad para ser defendida por la inscripción –básicamente, la onerosidad–. Eva Dubrovolná y Artur Barańsky describen el sistema checo, muy cercano al austriaco, que le sirvió en su momento de modelo, y al que ha vuelto a acercarse tras la caída del comunismo. Javier Gómez-Gállego hace una síntesis de nuestro propio sistema registral, encuadrándolo dentro de la diversidad de sistemas

registrales existentes, y subrayando los principios por los que se rige nuestro Registro. Emma Lee, por su parte, expone los principios que informan la *Land Registration Act*, vigente en Inglaterra y Gales desde 2002, centrándose en su función protectora y los instrumentos de corrección de las inexactitudes que el Registro pueda contener. Kenneth G. C. Reid presenta la nueva *Land Registration Act* de Escocia, vigente allí desde 2012, que constituye un matizado intento de encontrar un equilibrio entre un Registro de documentos y la protección de los terceros adquirentes. Y Vincent Sargent describe el sistema registral belga, caracterizado por su eficacia meramente negativa, ni siquiera corregida por alguno de los mecanismos introducidos en otros países que siguen los mismos principios para paliar sus efectos.

La cuarta sección adopta una perspectiva histórica, y pretende abordar los desarrollos de los diversos sistemas registrales a lo largo del tiempo. Comienza con un capítulo más bien general, acerca de la evolución de los registros en Europa, desde sus comienzos hasta el tiempo presente, escrito por Werner Ogris, Arkadiusz Wudarsky and Artur Barański, y que, aunque muy centrado en Europa central, es una pequeña obra maestra. Los otros cinco capítulos tratan con aspectos particulares de la evolución de los Registros en Rumanía (Eugen Chelaru), Austria (Gerald Kohl), Bosnia y Herzegovina (Meliha Powlakić), Chipre (Tatiana-Eleni Synodinou) y Polonia (de nuevo Arkadiusz Wudarski).

La quinta y última sección, titulada «el Registro ante los actuales desafíos», contiene cinco capítulos. El primero, escrito por Julien Dubarry, expone algunas relaciones internas entre los principios que rigen el Sistema francés de Derechos reales y sus principios registrales –así, por ejemplo, la relación entre el sistema transmisivo consensual y la inscripción no constitutiva–; como resultado de su trabajo, concluye que es difícil crear un sistema registral unitario en Europa, precisamente porque dicho sistema depende en cada ordenamiento de sus propios principios en materia de derechos reales. El capítulo segundo, realizado por Ioannis Papadimopoulos, aborda una descripción general del sistema registral griego. En el tercero, Luz M. Martínez Velencoso analiza algunos de los aspectos más problemáticos del sistema registral español, tales como la función que aquí cumple la posesión, la protección de datos o la función de los Registradores. Harald Wilsch aborda, por su parte, en el cuarto capítulo, los problemas a que está dando lugar en Alemania la informatización del sistema registral, así como el *e-commerce*. Y cierra la sección y el libro un capítulo de Stephan Wolf y Jonas Mangisch sobre el sistema registral suizo, perfectamente explicado conforme a los principios que lo rigen.

El libro contiene muchísima información y es muy instructivo para cualquier especialista en Derecho registral. Obviamente, como sucede en cualquier obra colectiva, algunos capítulos son más interesantes que otros –también por los propios intereses del lector–; pero el nivel general de la obra es de gran calidad. De hecho, más allá de la falta de tratamiento del sistema registral de algunos países europeos, para los cuales, probablemente, no se ha localizado al posible autor (casos de Holanda, Portugal, o los ya mencionados países bálticos o escandinavos), la única crítica que puede realizarse al libro es en su estructura, ya que el lector tiene con frecuencia la impresión de que la colocación de los trabajos en diferentes secciones es un tanto artificial o forzada: algunos capítulos podrían estar en una sección o en otra casi con la misma motivación. En tal sentido, para mi criterio personal, tal vez hubiese resultado más claro haber estructurado el libro en cuestiones comunes a

todos los sistemas registrales, exposiciones generales de los diversos sistemas registrales nacionales y trabajos sobre materias específicas. Pero en cualquier caso se trata de una cuestión opinable que no disminuye en absoluto el valor de la obra.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Universidad Carlos III de Madrid), María del Rosario DÍAZ ROMERO (Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE (Universidad Alberto Hurtado [Chile]), Martín GARCÍA-RIPOLL (Universidad de Murcia), Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN (Universidad Autónoma de Madrid)

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALPA, G.: «Il futuro di *Law & Economics*: Le proposte di Guido Calabresi», *CI*, 2016, núm. 3, pp. 597-607.

A propósito de la última obra escrita por Calabresi (*The Future of Law and Economics Essays in Reform and Recollection*, 2016), se apuntan en este artículo las diferencias entre *Law & Economics* y el análisis económico del derecho en cuanto dos métodos jurídicos diferentes, uno más centrado en el derecho y otro más en la economía, con el fin de individualizar las reglas de conducta más apropiadas y eficientes y de sugerir a legisladores y aplicadores del derecho las elecciones idóneas para la consecución de los objetivos perseguidos por aquellos métodos jurídicos. (*Alma R. G.*)

BOUTONNET, M. H.: «La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil...: À propos de la loi núm. 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages», *SJ*, 2016, núm. 37, pp. 1624-1628.

Hasta el momento la importancia del medio ambiente era notada por la sociedad, pero no se había regulado ni mencionado en el Código civil. Con la reforma de 2016, comienza a darse importancia al medio ambiente y se recoge por primera vez en el Código civil. (*R. A. R.*)

CHIASSONI, P.: «La terra promessa del profesor Calabresi», *CI*, 2016, núm. 3, pp. 608-615.

Artículo sobre la última obra escrita por Calabresi (*The Future of Law and Economics Essays in Reform and Recollection*, 2016), obra que descri-

be y defiende un determinado método de aproximación al estudio del derecho consistente en el método económico, que denomina *Law & Economics*, contraponiéndolo al método del análisis económico del derecho, que sería propio de los analistas económicos del derecho. El autor del presente artículo realiza una serie de consideraciones sobre la dimensión metodológica de la obra de Calabresi, articulando su análisis en cuatro puntos: El método de *Corbin*, el método del analista económico del derecho, el método del jurista económico y el jurista frente a la *Methodenstreit gius-economica*. (*Alma R. G.*)

GAMBARO, A.: «Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali», *RDC*, 2016, núm, 5, pp. 1225-1245.

Necesidad de armonizar el lenguaje jurídico del legislador, jueces y juristas en general para adaptarlo a los términos empleados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (*M. R. D. R.*)

IUDICA, G.: «Il mezzo secolo lungo», *NGCC*, 2016, núm. 10, pp. 1355-1359.

Artículo que profundiza en cuestiones como el método propio del derecho civil, la pérdida de la centralidad del Código Civil o la influencia de la Constitución en esta rama del ordenamiento jurídico. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE LA PERSONA

COCUCCIO, M. F.: «Il diritto all'identità personale e l'identità "digitale"», *DFP*, 2016, núm. 3, pp. 949-968.

Artículo dedicado a la identidad personal: su reconocimiento como tal derecho, su evolución en el ordenamiento jurídico italiano, la identidad personal en la web y su admisión a la luz de la Declaración de los Derechos en Internet. (*Alma R. G.*)

GIACOBBE, E.: «I vecchi e i giovani», *DFP*, 2016, núm. 3, pp. 905-922.

Artículo que profundiza en la protección que ofrece el ordenamiento jurídico conforme a la edad de la persona, en especial, se centra en la tutela de los ancianos y del adulto incapaz. (*Alma R. G.*)

GIARDINA, F.: «Morte della potestà e capacità del figlio», *RDC*, 2016, núm, 6, pp. 1609-1619.

Reflexión sobre las distintas posibilidades de capacidad jurídica del hijo tras la extinción de la patria potestad o tutela familiar. (*M. R. D. R.*)

HILGER, G.: «L'interdiction prochaine des violences éducatives ordinaires: une évolution symbolique pour les droits des mineurs», *GP*, 2016, vol. 136-5, pp. 2539-2541.

El autor analiza el problema de la violencia en el ámbito educativo y como la prohibición ha permitido avanzar en el ámbito de los derechos de los menores escolares. (*R. A. R.*)

JAULT-SESEKE, F./ZOLYNSKY, C.: «Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles. Aspects de droit international privé», *RD*, 2016, núm. 32, pp. 1874-1880.

Análisis del Reglamento de 27 de abril de 2016 sobre la protección de los datos personales de las personas físicas que deroga la directiva 95/46/CE y las normas de resolución de conflictos entre sujetos de distintos estados fuera de Europa. Normas de derecho internacional privado. (*R. A. R.*)

LENOIR, N.: «Droit et valeurs fondamentales: à propos de l'ordonnance du Conseil d'État du 26 août 2016 sur le burkini», *SJ*, 2016, núm. 36, pp. 1560-1562.

La autora analiza la resolución del Consejo de Estado dejando sin valor la decisión municipal de prohibición del burkini en las playas francesas. ¿Hubiera actuado igual el Consejo si afectara al orden público francés? (*R. A. R.*)

LEROY, M.: «Allocation de solidarité aux personnes âgées: assurance-vie et recours contre la succession», *GP*, 2016, vol. 136-5, pp. 2535-2538.

Estudio sobre la posibilidad de reintegrarse por entidades financieras de forma directa e indirecta el seguro de vida de una persona mayor. Causas y cantidad posible. (*R. A. R.*)

MAGNI, A.: «I c.d. “diritti della personalità”, il diritto alla salute e le c.d. “malattie rare” nell'ordinamento italo-europeo», *DFP*, 2016, núm. 4, pp. 1152-1164.

Artículo dedicado al derecho a la salud en cuanto derecho al tratamiento sanitario: la tutela de la salud en las hipótesis de enfermedades raras, el elevado precio de los fármacos y el criterio del «*value based pricing*», la función de los Estados Miembros de la Unión Europea en la protección de la salud. (*Alma R. G.*)

MASONI, R.: «La protezione giuridica dell'infermo di mente», *DFP*, 2016, núm. 1, pp. 399-410.

Artículo que da cuenta de la evolución sufrida por el ordenamiento jurídico italiano en la protección jurídica dada al enfermo psíquico a raíz de una renovada sensibilidad por parte de dicho ordenamiento hacia la dignidad de este tipo de enfermos. (*Alma R. G.*)

MASONI, R.: «La cura personae nell'amministrazione di sostegno secondo la Cassazione penale», *DFP*, 2016, núm. 3, pp. 778-795.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 26 de febrero de 2016 n. 7974 a propósito del sistema de protección de las personas enfermas o particularmente vulnerables en el ordenamiento italiano, en particular, de las formas de tutela de sus intereses patrimoniales. (*Alma R. G.*)

MILANO, L.: «Protection des droits fondamentaux et mécanismes de reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne», *SJ*, 2016, núm. 30-35, pp. 1522-1527.

La incorporación en la Unión Europea ha provocado no solo el reconocimiento de los derechos fundamentales de los miembros de esos Estados sino también un régimen jurídico de protección que debe ser resguardado y reconocido mutuamente por todos los Estados miembros. Así se manifiesta la Corte europea. (R. A. R.)

NOGUÉRO, D.: «Les conditions de mise en oeuvre de l'habilitation familiale», *RD*, 2016, núm. 26, pp. 1510-1518.

Análisis y estudio de los requisitos necesarios para solicitar judicialmente la representación de un pariente próximo que no puede actuar por sí mismo, en determinados supuestos. (R. A. R.)

PAAL, B. P.: «Online-Suchmaschinen –Persönlichkeitsrechts– und Datenschutz. Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und sachrechtliche Frage», *ZEuP*, núm. 3, 2016, pp. 591-628.

El trabajo trata el problema de los buscadores de internet y la protección de datos y de los derechos de la personalidad; problema caracterizado por complejas decisiones ponderativas en relaciones jurídicas multipolares. Normalmente, entran en conflicto derechos fundamentales de personas afectados por informaciones, operadores de máquinas de búsqueda, receptores y distribuidores. La contribución se ocupa de las cuestiones planteadas desde el punto de vista del Derecho internacional privado y el Derecho sustantivo alemán, incluyendo las recientes resoluciones de los más altos tribunales de carácter nacional y comunitario. (M. G.-R.)

PARISI, M.: «La vicenda *Hobby Lobby*: un caso di difficile equilibrio tra libertà religiosa e diritto alla salute», *DFP*, 2016, núm. 1, pp. 378-398.

Artículo que profundiza, desde el análisis del derecho norteamericano, en los recursos interpuestos por parte de empresarios que han alegado su derecho a la objeción de conciencia a causa de sus convicciones religiosas, frente a la normativa del Gobierno central que obliga a garantizar, en la cobertura sanitaria del seguro del trabajador, tanto la interrupción del embarazo como la contracepción. (Alma R. G.)

PERRAY, R.: «L'adresse IP: (enfin!) une donnée personnelle pour la Cour de cassation», *SJ*, 2016, núm. 49-50, pp. 2267-2269.

Estudio a propósito de la Sentencia de la corte de casación civil, de 3 de noviembre de 2016, donde el tribunal reconoce la dirección IP como dato personal que debe controlarse previamente por la CNIL. (R. A. R.)

REIGNÉ, PH: «Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle: À propos de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016», *SJ*, 2016, núm. 51, pp. 2365-2367.

Los cambios provocados en la solicitud del cambio de estado civil por razón de sexo en el derecho francés a consecuencia de la ley de 2016. Simplificación del proceso. (R. A. R.)

SAULIER, M.: «Possession et possession d'état. Réflexion sur la possession comme technique juridique Générale», *RTDC*, 2016, núm. 3, pp. 555-570.

El concepto de posesión y la posesión de estado a raíz de la nueva regulación establecida en la ley de 2016. Amplitud de tales conceptos y simplificación para su admisión. (*R. A. R.*)

SENIGAGLIA, R.: «Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un ragionevole bilanciamento tra interessi contrapposti», *RDC*, 2016, núm. 6, pp. 1554-1592.

Replanteamiento del estatuto jurídico del embrión: personalidad y capacidad jurídica, intereses del *nasciturus* y de la pareja de la madre gestante. (*M. R. D. R.*)

STANZIONE, M. G.: «Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti», *NGCC*, 2016, núm. 11, pp. 1484-1493.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de julio de 2016 n. 15024, que afirma el derecho del hijo de aquella mujer que ha elegido mantener en el anonimato el nombre del padre biológico, a conocer sus propios orígenes tras el fallecimiento de su madre biológica. La sentencia, para fundamentar dicha afirmación, recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional italiano, que han reconocido en sus decisiones el carácter fundamental del derecho a conocer el propio origen, en cuanto forma parte del derecho a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad. (*Alma R. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AL MUREDEN, E.: «La responsabilità per esercizio di attività pericolose a quarant'anni dal caso *Seveso*», *CI*, 2016, núm. 3, pp. 647-662.

Artículo que se enmarca dentro de una perspectiva de análisis económico del derecho, en concreto, estudia el coste de los accidentes y la responsabilidad civil. Su objetivo es la reconstrucción de las líneas actuales de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, teniendo en cuenta la incidencia indirecta que ha tenido sobre esta materia la introducción de la normativa de seguridad para algunos tipos de actividad industrial recogida en las Directivas *Seveso* [Dir 2012/18/CE (*Seveso III*), *Seveso I* Dir 82/501/CEE y *Seveso II* 96/82/CE]. (*Alma R. G.*)

ANTIPPAS, J.: «Au commencement était le verbe... À propos de la réglementation de l'offre», *RD*, 2016, núm. 30, pp. 1760-1761.

La nueva regulación de la oferta en el ámbito de la formación del contrato en el Derecho francés. (*R. A. R.*)

AZAR-BAUD, MJ: «(In)action de groupe», *GP*, 2016, vol. 136-6, pp. 3278-3282.

Estudio a propósito de los problemas que se plantean en el Derecho francés a la hora de ejercer acciones colectivas en determinados procesos. (*R. A. R.*)

BACACHE, M.: «Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers», *RD*, 2016, núm. 25, pp. 1454-1459.

Daño contractual y responsabilidad de las partes. Extensión de esa responsabilidad hacia los terceros ajenos al contrato. Relatividad de los términos. (R. A. R.)

BALAT, N.: «Fortclusion et prescription», *RTDC*, 2016, núm. 4, pp. 751-772.

Estudio sobre el juicio hipotecario y la aplicación de las normas de prescripción del Código civil sobre las acciones civiles. Plazo de suspensión y su aplicación o no. Problemas de aplicación de la regulación de la prescripción. (R. A. R.)

BALLERINI, L.: «La donazione (dispositiva) di bene altrui è nulla: così le Sezioni Unite», *NGCC*, 2016, núm. 7-8, pp. 1020-1032.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 15 de marzo de 2016 n. 5068, en el que el autor profundiza en dos cuestiones, una sobre la validez de la donación de cosa ajena y otra sobre si cada coheredero está legitimado para disponer de los bienes hereditarios en proporción a su cuota hereditaria. (*Alma R. G.*)

BARBIER, JD: «Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux: l'obligation essentielle», *GP*, 2016, vol. 136-4, pp. 2106-2107.

La reforma de los arrendamientos comerciales en el Derecho francés. Aplicación del art. 1170 y la nulidad de las cláusulas que dispensan al arrendador de sus obligaciones esenciales. Protección del arrendatario. Extensión de la sanción de las cláusulas nulas. (R. A. R.)

— «Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux: le contrat d'adhésion», *GP*, 2016, vol. 136-4, pp. 2108-2110.

Arrendamiento de locales comerciales en un centro comercial. Conversión en un contrato de adhesión y consecuencias de tal calificación. Contenido del contrato: las condiciones generales. Interpretación y consecuencias por infracción. (R. A. R.)

— «Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux: droit transitoire», *GP*, 2016, vol. 136-4, pp. 2111-2112.

Aplicación de la nueva normativa contractual de 2016 a todos los contratos de arrendamiento de local de negocio que han concluido o deben celebrarse a partir del 1 de octubre de 2016. Fijación judicial de la renta en caso de renovación posterior a la ley. (R. A. R.)

BAUDE, W./SACHS, S.: «The Law of Interpretation», *Harv. L. Rev.*, 2017, vol. 130, febrero, núm. 4, pp. 1079-1147.

Los autores consideran que el método interpretativo ha estado demasiado «obsesionado» en valorar los posibles significados lingüísticos de las palabras y en lo que deben hacer los jueces. Efectivamente, se evidencia que a una interpretación que se centra en el lenguaje y que utiliza varias convenciones lingüísticas para descubrir el significado de un documento o la intención de un redactor, se contraponen otras más escépticas, instando a los jueces a que

hagan elecciones interpretativas por motivos de política. Sin embargo, se considera que ambos métodos no tienen en cuenta el otro recurso significativo, que son las normas jurídicas aplicables; por ello, la interpretación jurídica no puede reconducirse a un simple sub-campo de la lingüística ni a un ejercicio de formulación de políticas. Respuesta crítica —en la misma revista (sección forum, *Harv. L. Rev.*, 2017, vol. 130, febrero, núm. 4, pp. 105-126)— del Prof. Mark Greenberg. (A. F.)

BORGHETTI, J. S.: «Commentaire des principales dispositions de l'avant-projet de réforme», *RD*, 2016, núm. 25, pp. 1442-1453.

Estudio sobre las ventajas e inconvenientes del anteproyecto francés sobre responsabilidad civil. Novedades como la regulación conjunta de la responsabilidad contractual y extracontractual. (R. A. R.)

— «Vue d'ensemble de l'avant-projet de réforme», *RD*, 2016, núm. 24, pp. 1386-1395.

Estudio del anteproyecto de reforma de responsabilidad civil en Francia. Estudio de sus fuentes, novedades y errores. (R. A. R.)

BREDA, R.: «Di doman non c'è certezza: il futuro del danno non patrimoniale», *NGCC*, 2016, núm. 10, pp. 1274-1284.

A propósito del comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 20 de abril de 2016 n. 7766, se analizan algunas cuestiones de responsabilidad civil extracontractual, como la naturaleza jurídica del daño no patrimonial y su correcta valoración, así como la conveniencia de la aplicación de ciertos baremos milaneses para fijar la cuantía de la indemnización. (Alma R. G.)

BRIANDA, G.: «Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, *lex mercatoria* e tradizione», *CI*, 2016, núm. 3, pp. 797-835.

Artículo que profundiza en la prohibición del pacto comisorio: aspectos históricos de la materia, ubicación de la prohibición del citado pacto entre el incumplimiento contractual y la autotutela ejecutiva, el estudio de las experiencias de Derecho Comparado más significativas respecto a la regulación del pacto comisorio y el análisis de la Directiva 2002/47/CE y del decreto legislativo n. 170 de 2004. (Alma R. G.)

CASAS, M. G.: «Die causa-Lehre in der französischen und argentinischen Privatrechtsreform», *ZEuP*, núm. 1, 2017, pp. 68-101.

La Ordonnance francesa n.º 2016-131 ha derogado la «vaca sagrada» (*heilige Kuh*) de la tradición francesa del Derecho privado: la causa. Por el contrario, el nuevo Código Civil y Comercial argentino, de 2015, la establece, no solo para el contrato, sino también para toda clase de negocios jurídicos. Es decir, mientras que Francia, respecto de esta institución, abandona su pertenencia al ámbito jurídico románico, confirma Argentina tal pertenencia.

El trabajo es un estudio comparativo de la nueva legislación de los dos países. El Código argentino distingue con claridad, a diferencia de su predecesor de 1869, entre causa *efficiens* y causa *finalis*. En el primer sentido aparece en el art. 726, al principio de la teoría general de las obligaciones: «Causa. No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho

idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico». En el segundo sentido, es un requisito del contrato, que aparece regulado en Libro III, Título II, capítulo 6, artículos 1012-1014.

Por su parte, desaparecida la causa del *Code*, las funciones de presupuesto de surgimiento del contrato y de control de admisibilidad del contrato se mantienen en el ordenamiento francés, a juicio del autor del estudio que se comenta. En el caso de los contratos onerosos, se sigue exigiendo un intercambio real, tanto en el surgimiento como en el cumplimiento de los mismos (arts. 1169, 1170, 1171, 1219, 1223, 1195). Por otra parte, el artículo 1162, en la subsección «Contenido del contrato» dispone que «El contrato no puede contradecir el orden público ni por sus estipulaciones, ni por su objetivo o intención (*but*), haya sido este último conocido o no por todas las partes». (*M. G.-R.*)

CASTON, A: «Nouveau droit de la responsabilité et action du tiers victime d'un manquement au contrat d'entreprise de construction: danger?», *GP*, 2016, vol. 136-6, pp. 3256-3266.

La responsabilidad del constructor. Su nueva situación tras la reforma prevista. Vuelta a la posición de la Corte de casación francesa y sus inconvenientes. Soluciones previsibles: ¿acción directa o acción colectiva? (*R. A. R.*)

CHÉNEDÉ, F.: «Le contrat d'adhesion de l'article 1110 du Code civil», *SJ*, 2016, núm. 27, pp. 1334-1338.

La nueva definición del contrato de adhesión en el art. 1110 del Código civil francés. Inexistencia de condiciones generales si no han sido manifestadas por la parte contratante. Control de tales condiciones. (*R. A. R.*)

D'AMICO, G.: «Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)», *GC*, 2016, núm. 3, pp. 443-509.

Análisis de la incidencia del principio constitucional sobre interpretación y aplicación de las reglas de derecho privado y las condiciones y límites en las relaciones contractuales entre particulares. El *Drittwirkung* en el derecho alemán. (*M. R. D. R.*)

DALLA MASSARA, T.: «La “maggior tutela” del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE», *CI*, 2016, núm. 3, pp. 743-778.

Aunque en los últimos años el debate se ha centrado en desentrañar e interpretar la expresión ambigua «la mayor tutela» del consumidor, el autor del presente artículo considera que hoy la cuestión debe centrarse en la problemática coordinación normativa entre el Código Civil y el Código de Consumo después de la entrada en vigor de la Directiva 83/UE, en particular en materia de derechos del consumidor. (*Alma R. G.*)

DELLI PRISCOLI, L.: «La non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, anche se derivante da reato», *NGCC*, 2016, núm. 7-8, pp. 1012-1022.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 25 de febrero de 2016 n. 3727, en el que el autor cuestiona si puede el principio de solidaridad servir como fundamento para el resarcimiento del daño no patrimonial derivado de delito, aunque aquel sea de poca entidad. (*Alma R. G.*)

DONDERO, B.: «La réforme du droit des contrats et la représentation des sociétés: premières vues», *GP*, 2016, vol. 136-5, pp. 2527-2530.

Inclusión en las normas generales del Derecho de contratos, la normativa sobre la representación de la persona jurídica, en concreto, de las sociedades. Primeras impresiones de tal regulación. (*R. A. R.*)

FACCI, G.: «Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola *claims made*», *NGCC*, 2016, núm. 11, pp. 1523-1532.

Artículo que aborda la naturaleza jurídica de las cláusulas *claims made* y las posibles consecuencias de la declaración de nulidad de las mismas. (*Alma R. G.*)

FERMEGLIA, M.: «La Cassazione delinea lo statuto del “nuovo” danno ambientale», *NGCC*, 2016, núm. 7-8, pp. 1109-1117.

Artículo que profundiza en la evolución del ordenamiento jurídico italiano hacia la protección del daño ecológico, y en la función compensadora y sancionadora del resarcimiento del daño al medio ambiente. (*Alma R. G.*)

FONTAINE, M.: «Le rayonnement international du droit français des contrats. Le cas particulier de l'OHADA», *RD*, 2016, núm. 34, pp. 2008-2017.

El autor se plantea la necesidad que tenía la ordenanza de 2016, reformando el derecho de contratos, de dar al Código civil la fuerza que tenía en 1804 cuando apareció. No obstante, no parece haberlo conseguido en el ámbito contractual, dada la escasa influencia que ha tenido el derecho francés respecto a los países africanos de la OHADA. (*R. A. R.*)

FORNASARI, R.: «L'intervento giudiziale sul contratto: pronunce arbitrali e politica del diritto», *CI*, 2016, núm. 3, pp. 836-868.

Análisis de la admisión de la intervención judicial en el contrato y del concepto *hardship* como excepción al principio *pacta sunt servanda*. El artículo analiza laudos arbitrales y sentencias judiciales nacionales que han decidido casos con fundamento en la normativa prevista para dicha materia en los Principios *Unidroit* de Contratos Comerciales Internacionales (PICC). Por último, examina la interpretación extensiva que se ha llevado a cabo del artículo 79 de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), que amplía en gran medida el ámbito originario de dicha disposición y que confiere al juez el poder de controlar el equilibrio del contrato. (*Alma R. G.*)

Fox, D.: «Reproductive Negligence», *Colum. L. Rev.*, 2017, vol. 117, n. 1 (enero), pp. 149-241.

Interesante artículo que, desde el punto de vista norteamericano, se centra en la casuística y en las diferentes tipologías de negligencia relativa a los

aspectos reproductivos. Se evidencia que la falta de una regulación significativa *ad hoc*, mengua la tutela efectiva para realizar una correcta planificación del núcleo familiar. El trabajo examina un abanico de errores y conductas negligentes relacionados con la reproducción y destaca la necesidad de adaptar el derecho común a los avances de la cultura y de la tecnología. Asimismo, aboga por calcular los daños basados en la gravedad de esas lesiones y en la probabilidad de que sean provocados por una mala gestión profesional, contraponiéndolos con otros factores. En definitiva, el autor quiere instaurar un nuevo enfoque para abordar correctamente los errores reproductivos referidos a la mala praxis, debiendo considerar también todo tipo de cuestiones relacionadas, como el aborto y el control de la natalidad. (A. F.)

FRISON-ROCHÉ, MA.: «Le droit de la compliance», *RD*, 2016, núm. 32, pp. 1871-1873.

El derecho de conformidad, no de complacencia como ahora se designa, en el ámbito contractual de las empresas. (R. A. R.)

GAGGERO, P.: «Dalla nullità relativa alla forma dimidiata?», *NGCC*, 2016, núm. 9, pp. 1220-1227.

Artículo dedicado a la exigencia de forma en el derecho de contratos. (Alma R. G.)

GALLIARDI, M.: «Uno spiraglio per i danni punitivi: ammissibile una sfumatura sanzionatoria nel sistema di responsabilità civile», *NGCC*, 2016, núm. 10, pp. 1285-1294.

El Tribunal Supremo italiano, en su pronunciamiento de 16 de mayo de 2016, trae a colación múltiples indicios normativos y jurisprudenciales que acreditan una evolución del sistema italiano de responsabilidad civil y reabre, a la vez, la discusión sobre la posibilidad de admitir la función punitiva de esta figura. En particular, se apunta que el argumento consistente en la contrariedad al orden público, alegado durante mucho tiempo en contra de dicha función, parece no ser en la actualidad ya coherente con el ordenamiento italiano. (Alma R. G.)

GALLOUX, JC/LAPOUSTERLE, J.: «Droit de dessins et modèles interne et communautaire», *RD*, 2016, núm. 28, pp. 1673-1680.

El estudio de los modelos y diseños en el artículo 511,1 del Código de propiedad intelectual. Su regulación legal tras la inclusión en la Unión Europea. (R. A. R.)

GAUTIER, P. Y.: «La réduction proportionnelle du prix: Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence», *SJ*, 2016, núm. 37, pp. 1621-1623.

El precio de determinados productos y obras de arte y la influencia del cambio de lenguaje en este ámbito. (R. A. R.)

GENTILI, A.: «Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti», *RDC*, 2016, núm. 6, pp. 1479-1511.

De nuevo sobre la diferencia entre contrato en general y contrato con consumidores: sistema de fuentes, aplicación de principios generales, pautas de política social, etc. (*M. R. D. R.*)

GRANIER, J. L./BERLY, J. M.: «La “défaillance financière” du vendeur à l'état futur de l'achèvement», *RDI*, 2016, núm. 9, pp. 454-462.

La imposición legal de garantizar la terminación de la obra en los casos de quiebra financiera del constructor vendedor. (*R. A. R.*)

GUADAGNIN, A.: «Un caso di frode alla legge: la rinnovazione della trascrizione del contratto preliminare», *NGCC*, 2016, núm. 7-8, pp. 1000-1006.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Padua de 25 de febrero de 2016 sobre la renovación de la inscripción del contrato preliminar. El tribunal entiende que no es renovable la inscripción de un mismo contrato preliminar, siendo imposible extender a la inscripción del contrato preliminar, por vía analógica, la normativa reguladora de la renovación de la inscripción de la hipoteca, dada la distinta finalidad de tales figuras. (*Alma R. G.*)

GUILLOUARD, M./LE ROUVILLOIS, C.: «Réforme du crédit immobilier aux particuliers par l'ordonnance du 25 mars 2016», *GP*, 2016, vol. 136-3, pp. 1500-1506.

La reforma del crédito inmobiliario viene provocada por la Unión europea y ha dado como resultado la ordenanza de 25 de marzo de 2016. Debe adaptarse a la ficha de información estándar que ha impuesto la Unión Europea a todos los estados miembros con un contenido mínimo. (*R. A. R.*)

HEUGAS-DARRASPEN, H./SALVANDY, J.: «L'ordonnance du 25 mars 2016 relative au crédit immobilier ultime volet de l'incidence européenne sur le crédit au consommateurs», *RDI*, 2016, núm. 10, pp. 508-523.

La protección al prestatario de crédito inmobiliario para la adquisición de bienes inmuebles para vivienda. (*R. A. R.*)

HONTEBEYRIE, A.: «1171 contre L 442-6, I, 2.º: la prescription dans la balance», *RD*, 2016, núm. 37, pp. 2180-2182.

La información precontractual y las cláusulas abusivas en el contrato. (*R. A. R.*)

HOUTCIEFF, D.: «Le cautionnement à l'épreuve de la réforme du droit des contrats», *RD*, 2016, núm. 37, pp. 2183-2186.

La fianza en la nueva reforma del derecho de contratos en Francia. Análisis de la figura. (*R. A. R.*)

IULIANI, A.: «La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale», *NGCC*, 2016, núm. 11, pp. 1451-1463.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 12 de julio de 2016 n. 15024, que rechaza la doctrina consolidada sobre la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual y afirma su carácter

contractual en virtud de la confianza que se suscita en una de las partes por el comportamiento de la otra parte. (*Alma R. G.*)

JACQUIN, A.: «Indemnit  d' viction: "gain Pinel", mythe ou réalité?», *GP*, 2016, vol.136-6, pp. 3243-3245.

La reforma de la Ley ACPE de 2014 modificó el Código de comercio en el ámbito de los arrendamientos. El autor analiza el caso de exclusión «gain Pinel» y sus métodos de cálculo. (*R. A. R.*)

JOURDAIN, P.: «Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens?», *SJ*, 2016, núm. 36, pp. 1557-1559.

La nueva reforma del derecho de contratos francesa ha dejado sin incluir la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado. El autor analiza la situación a partir de ese momento. (*R. A. R.*)

KLESTA, L.: «La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un *atelier* per il diritto codificato?», *NGCC*, 2016, núm. 11, pp. 1543-1551.

Artículo que aborda el estudio de determinados aspectos de la reciente reforma francesa del Derecho de Obligaciones, entre otros, el cambio de circunstancias sobrevenidas imprevisibles y la normativa del incumplimiento del contrato. (*Alma R. G.*)

LAGARDE, X.: «Questions autour de l'art cle 1171 du Code civil», *RD*, 2016, núm. 37, pp. 2174-2179.

La obligación de información en los contratos y el problema de las cláusulas abusivas. Análisis de dicha obligación. (*R. A. R.*)

LARDEUX, G.: «Le contrat du prestation de services dans les nouvelles dispositions du Code civil», *RD*, 2016, núm. 28, pp. 1659-1664.

Estudio detallado del contrato de prestación de servicios tras la reforma francesa del derecho de contratos de 2016, en vigor desde octubre. La nueva regulación del Código civil. (*R. A. R.*)

LARROUMET, Ch.: «La responsabilit  du débiteur contractuel envers les tiers», *SJ*, 2016, núm. 47, pp. 2020-2023.

Responsabilidad contractual del deudor frente a los terceros en el artículo 1234 del Anteproyecto de reforma de la responsabilidad civil. Novedad legal y explicación. (*R. A. R.*)

— «L'intensit  de l'obligation dans la responsabilit  contractuelle: Avant-projet de réforme de la responsabilit  civile», *SJ*, 2016, núm. 40, pp. 1795-1797.

Análisis de las nuevas normas previstas en materia de responsabilidad civil. El anteproyecto no solo a na responsabilidad contractual y extracontractual, sino que matiza la intensidad de la obligación en el ámbito de la responsabilidad contractual, en caso de incumplimiento. (*R. A. R.*)

LASSERRE, V.: «La cession de dette consacrée par le Code civil á la lumière du droit allemand», *RD*, 2016, núm. 27, pp. 1578-1587.

La reforma del Código civil en materia de contratos ha introducido, por primera vez en el código francés, la figura de la cesión de deuda. El autor analiza su regulación y la compara con la figura en el Código civil alemán. (R. A. R.)

LASERRE CAPDEVILLE, J.: «Contrat de prêt et taux d'intérêt négatifs: première application sur le fond!», *GP*, 2016, vol. 136-4, pp. 2170-2172.

El problema del cálculo del tipo de interés cuando este es negativo. Se pone un tipo mínimo o realmente debe imponerse un tipo negativo? (R. A. R.)

LATINA, M.: «La condition dans l'ordonnance du 10 février 2016», *SJ*, 2016, núm. 30-35, pp. 1503-1506.

Estudio de la ordenanza de 2016, en vigor desde octubre, sobre la figura de la condición como elemento que incide en el nacimiento o extinción de la obligación. (R. A. R.)

MAINGUY, D.: «Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles», *RD*, 2016, núm. 30, pp. 1762-1770.

Problemas que se plantean respecto de los contratos en vigor o contratos en litigios judiciales ante la aparición de una nueva regulación legal tras la ordenanza de febrero de 2016 sobre el derecho de contratos francés. (R. A. R.)

MAULTZSCH, F./ CZARNECKI, M. A.: «Bausteinverträge in der Dogmatik der Schuldverhältnisse», *ZEuP*, núm. 4, 2016, pp. 832-858.

La Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los Viajes Combinados y a los Servicios de Viaje Vinculados deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo, referida a los viajes combinados, debido a los cambios que se han producido en los últimos años en el sector turístico.

De la nueva Directiva destaca especialmente su artículo 3.5, que establece lo que se ha de entender por «servicios de viaje vinculados»: «al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje contratados para el mismo viaje o vacación, para los que se celebren contratos distintos con cada uno de los prestadores de servicios de viaje, si un empresario facilita: a) con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta, la selección y pago por separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros, o b) de manera específica, la contratación con otro empresario de como mínimo un servicio de viaje adicional siempre que se celebre un contrato con ese otro empresario a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje...».

A propósito de esa regulación, el trabajo comentado se centra en los contratos llamados «módulo» (*Bausteinverträge, module contracts*), en los cuales un cliente adquiere un amplio paquete de servicios, no de un único oferente, sino concluyendo contratos separados con diferentes cocontratantes mediante su obtención unificada a través de una plataforma o central. Tales contratos suponen un desafío al Derecho contractual. Los autores defienden

que las posibilidades de solución de estos desafíos pueden ser encontradas en las instituciones contractuales tradicionales, a pesar de la novedad del fenómeno. (M. G.-R.)

MAYER, L.: «Défense des “actions interrogatoires” introduites par la réforme du droit des contrats», *GP*, 2016, vol. 136-6, pp. 3273-3277.

Las nuevas acciones introducidas en la reforma de 2016 y reguladas en los arts. 1123, 1158 y 1183 del Código civil. Estudio de su regulación y críticas de la doctrina. (R. A. R.)

MAZEAUD, D.: «L'exécution forcé en nature dans la réforme du droit des contrats», *RD*, 2016, núm. 42, pp. 2477-2483.

Estudio comparado de la ejecución del contrato in natura tras producirse el incumplimiento voluntario por parte del deudor. Situación antes y después de la reforma. (R. A. R.)

MEKKI, M.: «Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile: maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile», *GP*, 2016, vol. 136-3, pp. 1512-1514.

Las grandes ventajas y novedades del Anteproyecto de reforma de responsabilidad civil de 2016. Unidad de responsabilidad y nueva función de sus elementos. (R. A. R.)

— «Fiche pratique: la promesse unilatérale du contrat ou l'éloge de l'ombre», *GP*, 2016, vol. 136-5, pp. 2542-2545.

Promesa unilateral en el contrato. Nueva regulación conforme a la ordenanza de 2016. ¿Nueva función? (R. A. R.)

— «Fiche pratique sur les clauses abusives: quel modus operandi pour les professionnels du droit?», *GP*, 2016, vol. 136-3, pp. 1440-1445.

Los problemas jurídicos a lo largo de los últimos años se han planteado con las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. ¿Cómo han de actuar los juristas ante ellas? (R. A. R.)

MELE, S.: «Il comportamento delle parti ai fini dell'interpretazione del contratto: un confronto con l'istituto della *Erwirkung*», *NGCC*, 2016, núm. 10, pp. 1399-1408.

Artículo que profundiza en cuestiones como la interpretación del contrato en el ordenamiento jurídico italiano, la interpretación y la función de la buena fe en el ordenamiento jurídico alemán, la *Erwirkung* como origen de un nuevo derecho subjetivo (analogías y diferencias con la extinción del derecho por *Verwirkung*), la *Erwirkung* y la modificación del contenido de las obligaciones debido a la conducta de las partes posterior a la celebración del contrato. (Alma R. G.)

MONÉGER, J.: «La clause de loyer binaire qui prévoit la fixation par le juge est valable et emporte l'application des normes statutaires», *SJ*, 2016, núm. 52, pp. 2424-2427.

Análisis de la posibilidad, establecida por los tribunales franceses, de fijar una parte de la renta de arrendamiento cuando las partes no acuerdan. Validez y justificación. (R. A. R.)

MONTOURCY, V.: «L'éthique de l'avocat en droit des majeurs protégés», *GP*, 2016, vol. 136-5, pp. 2550-2551.

El problema de los mayores con determinadas incapacidades y cómo ha de actuar el abogado en contacto con ellos para evitar abusos y fraudes. (R. A. R.)

MOURY, J./FRANÇOIS, B.: «De quelques incidences majeures de la réforme de droit des contrats sur la cession de droit sociaux», *RD*, 2016, núm. 38, pp. 2225-2236.

Novedades de la reforma del código civil francés en materia de contratos, concretamente en la cesión de acciones y participaciones sociales. (R. A. R.)

NOBLOT, C.: «Les risques du sol del article 1792 du Code civil», *RDI*, 2016, núm. 9, pp. 444-453.

La responsabilidad del constructor en una obra, tras la reforma de 2016. Responsabilidad plena frente a otros intervinientes en determinadas situaciones. (R. A. R.)

PEARCE, D.: «Of Ceilings and Flaws: An Analytical Approach to the Minimum Performance Rule in Contract Damages», *Oxford J. Legal Stud.*, 2016, vol. 36, núm. 4, pp. 781-798.

Se examina críticamente, desde la perspectiva del derecho inglés, la «*minimum performance rule*» por la cual los daños se evalúan sobre la base de que el demandado habría optado por actuar de la manera menos onerosa. Es decir, en los casos en que el demandado, en virtud del contrato, hubiera tenido la posibilidad de escoger la forma de cumplir, los tribunales consideran erróneamente que el demandante no tiene un mayor derecho que vaya más allá del mínimo previsto en esta observancia.

Se afirma que esta regla no puede conciliarse con aquella según la cual, ninguna persona puede ser considerada responsable en el contrato por no hacer algo a lo que no está obligado (se considera que es una extensión errónea de tal principio). Así, se aboga por su eliminación bajo dos órdenes de argumentaciones. Por un lado, se trataría de una comprensión defectuosa de lo que significa tener la opción acerca de cómo cumplir y, por otro, la norma se aplicaría equívocamente en determinados casos (*consequential loss*). (A. F.)

PELLECCHIA, E.: «Chi è il consumatore sovraindebitato? Aperture e chiusure giurisprudenziali», *NGCC*, 2016, núm. 9, pp. 1228-1232.

A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 1 de febrero de 2016 n. 1869 profundiza el autor del artículo en el concepto de consumidor a los efectos de la Ley n. 3/2012 y además en si sería útil un régimen legal específico de protección para el consumidor sobreendeudado. (Alma R. G.)

PIEDELÈVRE, S.: «Le devoir de mise en garde légal», *GP*, 2016, vol. 136-5, pp. 2523-2526.

El deber de información al consumidor en el contrato de préstamo sobre los riesgos que asume, conforme a los artículos 311-2 y 311-3 del Código de consumo. (R. A. R.)

PONZANELLI, G.: «Il controllo della Cassazione sulla quantificazione del danno alla persona», *NGCC*, 2016, núm. 7-8, pp. 1006-1014.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de febrero de 2016 n. 2167, que se inserta en una dirección jurisprudencial existente desde el año 2011, señalando que el daño moral es todavía resarcible y que las decisiones judiciales que excluyen su reparación no son correctas. (*Alma R. G.*)

POUMARÈDE, M.: «Les contrats de la construction et le droit de la consommation», *RDI*, 2017, núm. 1, pp. 8-22.

Los problemas de los consumidores en los contratos de obra han llevado al autor a analizar los contratos de obra que se realizan y el derecho de consumo, para proteger al consumidor. (R. A. R.)

RÉBOUL-MAUPIN, N./GRIMONPREZ, B.: «Les obligations réelles environnementales: chronique d'une naissance annoncée», *RD*, 2016, núm. 35, pp. 2074-2081.

La protección jurídica del medioambiente tras la directiva comunitaria en Francia. Su incorporación en el Código civil por primera vez. (R. A. R.)

REYET, T.: «Les critères du contrat d'adhésion», *RD*, 2016, núm. 30, pp. 1771-1778.

La nueva regulación del contrato de adhesión en el Código civil francés. Criterios que deben regir la formación del contrato y su contenido. (R. A. R.)

RUMINE, N.: «La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno», *NGCC*, 2016, núm. 9, pp. 1228-1232.

Una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2016 causa C-49/14 aporta significativas novedades respecto al debate jurisprudencial sobre la sustitución de oficio del carácter abusivo de una cláusula en los contratos de consumidores. A propósito de tal sentencia el autor del presente artículo examina el debate existente y el grado de penetración de la tesis mantenida por la sentencia en el ordenamiento jurídico italiano. (*Alma R. G.*)

SARGOS, P.: «Les limites du recours à la modulation de la charge de la preuve en matière d'identification de l'auteur d'une faute médicale», *SJ*, 2016, núm. 46, pp. 2076-2079.

En los supuestos de responsabilidad médica siempre hay problemas para determinar la prueba del daño y su relación con la actuación del profesional. El autor analiza los límites para delimitar la carga de la prueba a la hora de determinar el sujeto responsable. (R. A. R.)

SCAGLIONE, F.: «Responsabilità precontrattuale e flessibilità del sistema rimediabile», *NGCC*, 2016, núm. 7-8, pp. 1063-1075.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 23 de marzo de 2016 n. 5762, que rechaza la tesis según la cual la responsabilidad precontractual por lesión del artículo 1337 del Código Civil es aplicable también al caso en el que se ha concluido un contrato válido pero perjudicial para la parte víctima del comportamiento desleal. La solución jurisprudencial, que ya sigue una dirección consolidada, invita a reflexionar, por una parte, sobre la vieja cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual y, por otra parte, sobre el valor actual del principio de no interferencia en las relaciones jurídicas entre las reglas de validez y las reglas de comportamiento contractual desde la perspectiva de un sistema de remedios flexible, adecuado al caso concreto. (*Alma R. G.*)

SCOGNAMIGLIO, C.: «Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale», *NGCC*, 2016, núm. 11, pp. 1515-1521.

Artículo que profundiza sobre la relación existente entre el principio de buena fe y la relación precontractual y sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. (*Alma R. G.*)

SERINET, Y. M.: «La constatation de la nullité par les parties: une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité», *SJ*, 2016, núm. 29, pp. 1446-1449.

El problema de la nulidad del contrato entre las partes. Cuando ellas conocen dicha nulidad, ¿Es necesario declarar judicialmente la nulidad? (*R. A. R.*)

SIMLER, Ph.: «L'absence de la notification de la cession Dailly au débiteur ne donne pas prise au bénéficiaire de cession d'actions de la caution», *SJ*, 2016, núm. 51, pp. 2381-2384.

La cesión de créditos profesionales de la ley Dailly no exige notificación al deudor de la cesión. La falta de notificación al deudor no implica beneficiar al cedente en la cesión de la acción del fiador. (*R. A. R.*)

SONNENBERGER, H. J.: «Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016. Erster Teil, Quellen der Schuldverhältnisse», *ZEuP*, núm. 1, 2017, pp. 6-67 y 195-214.

Un auténtico especialista alemán en Derecho francés realiza un repaso a la nueva legislación francesa sobre obligaciones y contratos, aprobada el 10 de febrero de 2016, que ratificó el Parlamento el 6 julio, y que está en vigor desde el 1 de octubre del mismo año.

Después de explicar el proceso de redacción de la nueva norma, se centra esta primera entrega en la teoría general del contrato del *Code* tras esta fundamental reforma. El Código francés sigue dividido en tres libros, y las obligaciones y contratos continúan en el tercer libro, llamado, hoy como entonces, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*. Su libro III ha cambiado su antiguo nombre de *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* por el de *Des sources des obligations*. A continuación se

regulan los contratos, los actos jurídicos unilaterales y los hechos jurídicos, a los que la ley anuda consecuencias jurídicas obligatorias (nuevo art. 1100).

El autor, en las pp. 195 y ss. del mismo número de la Revista, lleva a cabo una traducción de la reforma francesa en cuanto a la materia objeto de este trabajo. Con anterioridad, señala con claridad los objetivos más importantes de la reforma francesa, como afirmar los principios generales del Derecho contractual, como la buena fe y la libertad contractual; aclarar los preceptos sobre la validez del contrato; confirmar el principio del consensualismo y establecer con claridad sus excepciones; aclarar los preceptos sobre nulidad y eliminación del contrato; etc.; etc. (*M. G.-R.*)

STAUDENMAYER, D.: «Digitale Verträge – Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission», *ZEuP*, núm. 4, 2016, pp. 801-831.

El interés del presente trabajo viene dado, no solo por su contenido, sino también por su autor, que, sobre ser catedrático de Derecho civil, es el director ponente de las propuestas sobre Derecho de contratos de la Dirección General de Justicia y Protección del Consumidor de la Comisión Europea.

Una de las diez prioridades de la Comisión Juncker es la creación de un mercado interno digital dentro de la Unión Europea. El 9 de diciembre de 2015 se aprobaron tres documentos referidos a esta cuestión: una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre «Contratos digitales para Europa - Liberar el potencial del comercio electrónico», COM(2015) 633 final; una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a Determinados Aspectos de los Contratos de Suministro de Contenidos Digitales, COM(2015) 634 final; y una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a Determinados Aspectos de los Contratos de Compraventa en línea y Otras Ventas a Distancia de Bienes, COM (2015) 635 final.

El artículo se centra en la Propuesta de Directiva de los Contratos de Contenidos Digitales. En ella se trata de dar un régimen jurídico distinto a los contratos electrónicos cuando el contenido es puramente digital. El propósito de la Propuesta es lograr una total armonización de estos contratos en toda la Unión Europea (art. 4), aunque se opte por la vía de la Directriz en vez de la del Reglamento, ya que se invade en menor medida el Derecho de cada uno de los Estados miembros.

La definición de «contenido digital» es muy amplia (art. 2.1), lo que incluye: a) datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software, b) cualquier servicio que permita la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor, y c) cualquier servicio que permita compartir (u otro tipo de interacción con) datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio. Por tanto, como escribe el autor del trabajo que aquí se comenta, se comprenden en la Propuesta de Directriz toda clase de contenidos digitales, como, p. ej., una película en DVD, el *software* de un programa en un CD-ROM y la música en un CD, así como el programa descargado o el libro electrónico que se almacena en la propia computadora.

También se considera contenido digital un programa de computadora que el usuario no descarga, sino al que tiene únicamente acceso. Cada vez más programas no son descargados, sino simplemente disponibles para su uso en

la nube. En fin, un nuevo mundo desde el punto de vista de la técnica, pero quizá no tanto desde el punto de vista jurídico. (M. G.-R.)

STEMPEL, CH.: «Der lange Weg zur Teilvereinheitlichung der AGB-Kontrolle in Europa — Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 93/13», *ZEuP*, núm. 1, 2017, pp. 102-125.

El control de las cláusulas abusivas está en el corazón de la protección europea del consumidor y del concepto de mercado común. Las empresas serán capaces de ofrecer los mismos bienes bajo las mismas condiciones en todos los lugares de Europa, y los consumidores podrán comprarlos confiando en un nivel de protección mínimo y uniforme frente a las cláusulas abusivas.

El TJUE ha tardado algún tiempo en darse cuenta de esta idea, aplicando ahora con rigor la Directiva 93/13. Solo condiciones generales dirigidas a la modificación de precios, costes o intereses por los empresarios, especialmente desde el punto de vista del deber de transparencia, han movido al Tribunal Europeo a tomar las riendas del comercio y a fijar *standards* unitarios, en lugar de remitirse a preceptos nacionales de posible distinto contenido. (M. G.-R)

TEBOULT, G.: «La réforme du droit des contrats: quoi de neuf pour le droit des entreprises en difficulté?», *GP*, 2016, vol. 136-3, pp. 1446-1448.

La nueva regulación del derecho de sociedades tras la reforma de los contratos en el Código civil y sus ventajas para las empresas en crisis. (R. A. R.)

TRUBIANI, F.: «Gli angusti orizzonti della nozione di consumatore nella disciplina della crisi da sovraindebitamento», *NGCC*, 2016, núm. 7-8, pp. 989-1000.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 1 de febrero de 2016 n. 1869 sobre la difícil interpretación del concepto de consumidor inserto en el Código de Consumo y la peculiar situación del consumidor en la actual crisis por sobreendeudamiento. (Alma R. G.)

VAUTHIER, J. P./VIALLA, F.: «Régime d'indemnisation des infections nosocomiales: la solidarité n'empêche pas la responsabilité (pour faute)», *SJ*, 2016, núm. 45, pp. 2017-2020.

Responsabilidad solidaria por infección. La solidaridad de los sujetos implicados no impide una responsabilidad personal extracontractual. (R. A. R.)

VINEY, F.: «L'expansion du "raisonnable": un usage déraisonnable», *RD*, 2016, núm. 33, pp. 1940-1941.

La nueva reforma de la responsabilidad civil, en curso con el Anteproyecto de 2016 modifica los requisitos de la responsabilidad, ahora única. Uno de ellos es la necesidad de que haya razonabilidad. ¿Hasta dónde debe extenderse tal término? (R. A. R.)

— «L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile», *RD*, 2016, núm. 24, pp. 1378-1385.

La doctrina lleva mucho tiempo pidiendo una nueva regulación de la responsabilidad civil, evitando la dualidad de tipos de responsabilidad y aten-

diendo a la nueva producción de daños. La autora ve en el Anteproyecto de 2016 una oportunidad de conseguirlo. (R. A. R.)

VV.AA.: «Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modifications», *SJ*, 2016, núm. 30-35 especial.

Número extraordinario relativo al estudio del anteproyecto de responsabilidad civil en Francia. En él los autores participantes estudian los siguientes temas: El debate del anteproyecto como algo procedente (Philippe Stoffel-Munck); La ilicitud deja de tener una función propia en la responsabilidad civil (Cyril Bloch); Trato preferente para el daño corporal (Jonas Knetsch); La relación entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual (Jean-Sébastien Borghetti); Los principios clásicos de la responsabilidad civil y su recodificación (Mireille Bacache); La particularidad de la responsabilidad contractual (Philippe Stoffel-Munck); las reglas generales que se utilizan en la reparación del año (Fabrice Leduc); la demanda civil (Suzanne Carval); los acuerdos de reparación entre las partes (Olivier Gout); Normas particulares en reparación de daños por daño corporal (Stéphanie Porchy-Simon); Daño con vehículo de motor (Sophie Hocquet-Berg) y la responsabilidad por productos defectuosos (David Bakouche). (R. A. R.)

VV.AA.: «Dossier Loi biodiversité et droit de la construction», *RDI*, 2016, núm. 11.

Número especial sobre la influencia de la ley de protección del medio ambiente y su influencia en el ámbito de la construcción. En este número se pueden ver artículos de MEKKI: «Propos introductifs»; FARINETTI, A.: «L'Agence française pour la biodiversité fer de lance d'une nouvelle gouvernance de la biodiversité»; VAN LANG, A.: «La compensation des atteintes à la biodiversité: de la utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable»; CHARBONEAU, C.: «La réparation du préjudice écologique est-elle soluble dans le droit de la construction?». (R. A. R.)

WESTER-OUISSE, V.: «Le dommage anormal», *RTDC*, 2016, núm. 3, pp. 531-554.

El concepto de daño en el Anteproyecto de 2016 sobre responsabilidad civil. ¿Cuándo se puede considerar que un daño es anormal? (R. A. R.)

— «Le sort de la victime en cas de relaxe: quelle faute civile?», *RD*, 2016, núm. 34, pp. 2018-2024.

El daño a la víctima en materia de responsabilidad civil conforme al anteproyecto de responsabilidad de 2016. Los problemas de cooperación de la víctima por falta de cuidado. (R. A. R.)

WICKER, G.: «Le nouveau droit commun de la représentation», *RD*, 2016, núm. 33, pp. 1942-1950.

La nueva regulación de la representación tras la reforma de febrero de 2016. Ventajas con la regulación anterior. (R. A. R.)

ZAPF, B.: «Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU – Am Ziel einer langen Reise?», *ZEuP*, núm. 3, 2016, pp. 656-686.

El Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

El artículo se centra, como no podía ser de otro modo, en el examen de la Directriz europea y su próxima implantación en el Derecho alemán. La norma es considerada desde el punto de vista de si es apropiada para proporcionar su principal objetivo de hecho, es decir, una adecuada protección del consumidor en la conclusión de contratos de crédito para bienes de uso residencial. Se dedica especial atención a los amplios deberes de información, que ahora representan, también en el ámbito de los créditos inmobiliarios residenciales, el principal instrumento de protección del consumidor.

El autor opina que existe un exceso o sobrecarga de información precontractual, que debería ser evitada cuando se transponga la Directriz al Derecho alemán. (*M. G.-R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BASEDOW, J., «Die Entwicklung des Eigentumsrechts in der Europäischen Union», *ZEuP*, núm. 3, 2016, pp. 573-590.

El artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». Sin embargo, el autor del trabajo aquí reseñado se detiene en la evolución del derecho de propiedad en la Unión Europea.

Señala que el derecho de propiedad tiene un aspecto técnico, puramente civilístico; por otra parte, es un dato para la atribución de recursos escasos en la sociedad; y, en tercer lugar, los derechos de propiedad son objetos de intercambio y parte esencial de la ordenación de una economía de mercado. En este último aspecto es en el que se detiene sobre todo el autor. El carácter comunitario europeo de los mercados nacionales se basa de modo implícito en el reconocimiento de la propiedad privada y la libertad contractual en los Estados miembro; las divergencias entre los derechos de propiedad nacionales representan potenciales impedimentos en el mercado.

El autor hace un repaso de los derechos de propiedad en la legislación comunitaria europea, señalando que, mientras que los derechos reales de garantía son claramente considerados como relevantes para el mercado, parece que este no es el caso de los mercados de bienes. En cualquier caso, no es ya sostenible hoy día una interpretación extensiva del art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como regla de bloqueo. Tal regla es contradicha por argumentos objetivos y la realidad político jurídica. «La Unión tiene competencia reguladora relacionada con el mercado incluso en cuestiones de propiedad y derechos reales». (*M. G.-R.*)

BELLOMIA, V.: «Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale eccessiva e responsabilità aggravata del creditore», *NGCC*, 2016, núm. 9, pp. 1172-1183.

Comentario a decisión judicial del Tribunal Supremo italiano, que afirma que la conducta del acreedor consistente en la inscripción de la hipoteca judicial sobre bienes cuyo valor supere ampliamente la fianza, constituye un abuso del propio derecho (sustancial) a la garantía patrimonial y un abuso del propio derecho (procesal) a la inscripción hipotecaria. Ello legitima al deu-

dor para solicitar la reparación del daño sufrido en concepto de responsabilidad procesal agravada en virtud del párrafo segundo del artículo 96 del Código Procesal Civil. (*Alma R. G.*)

CATALDI, A.: «L'inquadramento giuridico e la tutela dei videogiochi», *Dir. Aut.*, 2016, núm. 2, pp. 322-341.

Una reciente sentencia del Tribunal de Milán representa la ocasión para el estudio de la cuestión de la protección del videojuego como obra del ingenio y para el análisis de la evolución normativa y jurisprudencial en materia de videojuegos. (*Alma R. G.*)

D'ALESSANDRO, E.: «Giudizi di usucapione e problema di identificazione del convenuto», *RDC*, 2016, núm. 5, pp. 1361-1387.

Análisis de Derecho comparado sobre la institución de la usucapión y sus efectos. (*M. R. D. R.*)

D'OTTAVI, M. F.: «Nota a sentenza», *Dir. Aut.*, 2016, núm. 3, pp. 434-436.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 31 de mayo de 2016, que resuelve el caso *Reha Training* C-117/15. La decisión versa sobre la controversia existente entre *Reha Training*, sociedad que gestiona un centro de rehabilitación en Alemania, y GEMA, sociedad de gestión colectiva en dicho país, ante la falta de pago por la primera de las compensaciones debidas por razón de la difusión de los programas de TV a través de los aparatos de televisión ubicados en los locales del citado centro de rehabilitación. La autora del artículo establece las premisas básicas en materia de derecho de comunicación al público en plena sintonía con la jurisprudencia comunitaria. (*Alma R. G.*)

DEMARSIN, B./ KEIRSBILCK, B.: «Brave little Belgium? The new Code of Economic Law and its relationship with civil and commercial law», *ZEUP*, núm. 4, 2016, pp. 859-887.

En 2013-2014 el cuerpo legislativo belga adoptó el Código de Derecho Económico (*Code de droit économique, Wetboek van economisch recht*), que contiene un total de 18 libros. El objetivo del Código es codificar el marco legal general de los llamados «asuntos económicos», reemplazando, por tanto, numerosas leyes en el campo del llamado «Derecho económico». El nuevo Código belga cubre distintas áreas del Derecho económico, tanto público como privado, como el Derecho de la competencia, el Derecho del consumo, Derecho financiero privado, Derecho de la calidad y seguridad de los productos, parte de las normas referidas a los intermediarios comerciales, la mayor parte del Derecho internacional privado, etc. En general, el Código se aplica a cualquier empresa (*undertaking*), definida como «cualquier persona natural o jurídica que persiga un objetivo económico sobre una base permanente» (art. I.1.1).

De todas formas, el nuevo Código no es un éxito total, principalmente debido a sus en cierto modo difíciles relaciones con el *Code Civil* o *Burgerlijke Wetboek*, de 1804, y el *Code de Commerce* o *Wetboek van Koophandel*, de 1807. (*M. G.-R.*)

DOUGLAS, S./GOOLD, I.: «Property in Human Biomaterials. A New Methodology», *CLJ*, 2016, vol. 75, núm. 3 Noviembre, pp. 478-504.

Los autores evidencian cómo, al postulado tradicional que no reconoce derechos de propiedad sobre los biomateriales humanos, se apareja una posición contraria que tiende a admitirlos. Se constata la utilización de una heterogénea terminología legal, ya que los tribunales muchas veces recurren no solo a la «propiedad», sino a los «regalos», a las «donaciones» o a los «fideicomisos» para resolver disputas sobre el uso de tejidos y por ello, se intentan aclarar errores o malentendidos que esta interpretación ha conllevado. El objetivo de los autores es proporcionar una nueva metodología que permita afrontar y debatir, por parte de la comunidad científica, esta cuestión jurídica, proporcionando una descripción exacta de cómo el derecho de propiedad podría operar cuando se aplica en el contexto del uso de tejidos humanos. (A. F.)

IULIANI, A.: «Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo sistema delle garanzie reali», *NLCC*, 2016, núm. 4, pp. 665-693.

Análisis del decreto del Ministro de Desarrollo Económico del 22 de diciembre de 2015 n. 226, en desarrollo del artículo 1 de la l. 2 aprile 2015 n. 44, que completa la regulación del contrato de préstamo hipotecario vitalicio (hipoteca inversa): estructura o elementos subjetivos y objetivos, y finalidad del contrato y la garantía. (M. R. D. R.)

JULIENNE, M.: «Les gages spéciaux: modèles pour le droit commun?», *RD*, 2016, núm. 22, pp. 1266-1272.

Garantías especiales en los últimos tiempos que no se adaptan a las reguladas en el ámbito del derecho ordinario. Posibilidad de utilizarlas como modelo en el ámbito ordinario. (R. A. R.)

LONGHINI, S./BATTOCCHIO, F.: «E se per allargare la tutela del *format* occorre restringerla», *Dir. Aut.*, 2016, núm. 1, pp. 114-131.

Artículo dedicado al derecho de autor y al *format* televisivo (entendiendo por tal, desde un concepto clásico, la secuencia de acciones, acontecimientos y eventos organizados alrededor de determinados contenidos, con el objetivo de dar lugar a una representación de carácter unitario que puede poseer su propio contenido lúdico, didáctico o de otro tipo). Los autores del presente artículo proponen que el legislador incluya al *format* entre las obras protegidas por el derecho de autor y que proporcione una definición *ad hoc* de esta figura. (Alma R. G.)

MAXIA, M. G.: «Il caso *Mogol-Battisti*: una scheda illustrativa», *Dir. Aut.*, 2016, núm. 3, pp. 515-519.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 5 de mayo de 2016, que estima la demanda interpuesta por *Mogol* por los daños causados por la editora del repertorio musical *Mogol-Battisti* ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por aquella, en cuanto le habían sido cedidos todos los derechos de utilización económica de la obra musical. Condena a dicha editora musical al resarcimiento de los daños por la omisión de toda forma de promoción de la obra musical y por el sistemático rechazo de importantes

ofertas de utilización de la obra invocando, como justificación, el derecho moral de autor del compositor *Lucio Battisti*. (*Alma R. G.*)

PADOVINI, F.: «Locazioni abitative, patti contrari alla legge e registrazione: dal rapporto di fatto all'efficacia ultrattiva?», *NLCC*, 2016, núm. 5, pp. 1105-1137.

Análisis del artículo 1.59 de la l. 28 dicembre de 2015, n. 208 sobre el contrato de arrendamiento de vivienda y la obligación de inscripción en el Registro para que desarrolle todos los efectos para las partes. (*M. R. D. R.*)

PRADUROUX, S.: «La tutela del diritto di proprietà nello spazio europeo. Riflessioni in torno al dialogo tra la corte di Strasburgo e le corti italiane in materia di tutela dei beni», *RDC*, 2016, núm. 5, pp. 1388-1404.

Necesidad de armonizar la interpretación de la normativa europea y nacional de tutela del derecho de propiedad y del derecho de cosas en general. (*M. R. D. R.*)

SIGNORI, E.: «La Cassazione sull'atto di rinuncia alla servitù e sulla sua opponibilità», *NGCC*, 2016, núm. 11, pp. 1508-1514.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 30 de mayo de 2016 n. 11158, que afirma la oponibilidad, frente al sucesivo adquirente de una finca, de la renuncia a la usucapión de la servidumbre de paso realizada por el propietario del fundo dominante, incluso en ausencia de toda notificación y de inscripción de la renuncia. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «Dossier sur la Loi CAP», *RDI*, 2017, núm. 2.

Estudios varios sobre la nueva Ley francesa que modifica la intervención de la construcción y la propiedad en caso de aparición de restos arqueológicos importantes. Entre esos estudios se pueden ver:

HUET, M.: «Création, architecture et patrimoine saisis par la loi»; PLANCHET, P.: «La rénovation du cadre de la protection patrimoniale: una réforme sur le signe du compromis»; TOZEAUD-MOUFLARD, L.: «Les travaux sur immeubles protégés après la loi du 7 juillet 2016»; WANEGER, N.: «La réforme du droit de la archéologie». (*R. A. R.*)

DERECHO DE FAMILIA

AZZARRI, F.: «Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche», *NLCC*, 2016, núm. 5, pp. 1105-1137.

Análisis de derecho comparado, con la legislación alemana, sobre la regulación de las uniones de hecho: supuestos de hecho y relación con la normativa sobre adopción. (*M. R. D. R.*)

BRÉMOND, V.: «Droit patrimonial de la famille», *RD*, 2016, núm. 35, pp. 2986-2095.

La importancia de lo patrimonial frente a lo personal en el ámbito del derecho de la familia. Su regulación actual y situación real. (*R. A. R.*)

BUSNELLI, F.: «Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti», *RDC*, 2016, núm. 6, pp. 1447-1478.

Revisión de la institución de la familia, y su diferente composición, frente al concepto de familia de la Constitución europea y dificultades en torno a la normativa sobre determinación de la filiación. (*M. R. D. R.*)

CANONICO, M.: «Gli aspetti patrimoniali delle unioni civili e delle convivenze di fatto», *DFP*, 2016, núm. 4, pp. 1108-1116.

Artículo que estudia la regulación de los aspectos patrimoniales tanto de las uniones civiles como de los convivientes de hecho a la luz de la aplicación de la Ley de 20 de mayo de 2016 n. 76 sobre «Reglamentación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo», que introduce dicha disciplina por primera vez en el ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

CICERO, C.: «Non amor sed *consensus matrimonium facit*? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare», *DFP*, 2016, núm. 4, pp. 1095-1107.

Artículo sobre la relevancia jurídica de la convivencia de hecho en el ordenamiento italiano: en particular, estudio de la posible extensión de los deberes jurídico-matrimoniales (sobre todo del deber de fidelidad) a las uniones civiles. (*Alma R. G.*)

CICERO, C./ARRU, L.: «Il ruolo del giudice nella società che cambia: transessualismo e vincolo matrimoniale», *DFP*, 2016, núm. 1, pp. 86-106.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de abril de 2015 n. 8097, como muestra de la transformación continua que está sufriendo el concepto de familia, en el que el autor se plantea, ante el cambio de sexo de un cónyuge durante su matrimonio, si debe mantenerse el vínculo matrimonial o si debe declararse disuelto de forma automática el matrimonio. (*Alma R. G.*)

CICERO, C./RINALDO, M.: «Formazione di una nuova famiglia non fondata sul matrimonio e perdita del diritto all'assegno divorzile», *DFP*, 2016, núm. 1, pp. 314-324.

La relevancia jurídica de la familia de hecho y la extinción de la prestación compensatoria por desequilibrio por causa de la nueva convivencia afectiva del ex cónyuge que está recibiendo aquella. (*Alma R. G.*)

DEVILLE, S.: «Majeurs vulnérables: brèves réflexions sur le domaine de l'habilitation familiale quant à la personne protégée», *GP*, 2016, vol. 136-6, pp. 3616-3619.

La autorización judicial para representar al mayor incapaz por un familiar es analizado por su autor, señalando las ventajas e inconvenientes de la figura actualmente. (*R. A. R.*)

DI ROSA, G.: «I contratti di convivenza», *NLCC*, 2016, núm. 4, pp. 694-716.

Reflexión sobre la tipicidad del contrato de uniones de hecho y la convivencia de hecho: forma y efectos del acuerdo, oponibilidad a terceros. (*M. R. D. R.*)

DOUCHY-OUDOT, M.: «La loi nouvelle est arrivée!: De quelques aspects sur les liens de famille dans la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle», *SJ*, 2016, núm. 48, pp. 2186-2189.

La incidencia de la ley de modernización de la justicia de noviembre de 2016 respecto al derecho de familia en su ámbito personal. (*R. A. R.*)

FADDA, R.: «Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto», *NGCC*, 2016, núm. 10, pp. 1386-1398.

Artículo que aborda la reciente y novedosa regulación legal existente en Italia (Ley de 20 de mayo de 2016) en materia de uniones civiles entre personas del mismo sexo. (*Alma R. G.*)

FALCONI, F.: «Assegno a carico dell'ex coniuge a seguito di sentenza di divorzio pronunciata all'estero: profili internazionale privatistici», *NGCC*, 2016, núm. 10, pp. 1317-1328.

Artículo que aborda la autonomía existente entre la demanda interna solicitando la prestación compensatoria por desequilibrio y el previo pronunciamiento judicial de ruptura del matrimonio obtenido en el extranjero. (*Alma R. G.*)

FARINA, M.: «Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore», *NGCC*, 2016, núm. 7-8, pp. 969-982.

Artículo que aborda el caso particular de la adopción por parte del conviviente del mismo sexo del hijo biológico de su pareja. (*Alma R. G.*)

FERRANDO, G.: «Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016», *NGCC*, 2016, núm. 9, pp. 1213-1219.

Comentario a decisión judicial del Tribunal Supremo italiano que confirma la sentencia de la Corte de apelación de Roma, que había considerado admisible la adopción, en determinados casos particulares, de un menor por parte de la compañera sentimental de la madre biológica de aquel, cuando el nacimiento es fruto de un común proyecto parental. (*Alma R. G.*)

FULCHIRON, H./ HAFTEL, B.: «Notes sous CE 31 mai 2016», *RD*, 2016, núm. 25, pp. 1472-1480.

Notas individuales de cada uno de los autores citados, Fulchiron (1472-1476) y Haftel (p. 1477-1480), sobre la sentencia del Tribunal Europeo relativa a la inseminación post mortem y la autorización de exportación de gametos. (*R. A. R.*)

— «Divorcer sans juge: À propos de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle», *SJ*, 2016, núm. 48, pp. 2162-2185.

El divorcio no contencioso ante un funcionario público como en España, frente a la regulación anterior, consecuencia de la ley de modernización de la justicia. (*R. A. R.*)

GIACOBBE, E.: «Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita», *DFP*, 2016, núm. 2, pp. 590-606.

Artículo que describe el cambio de perspectiva desde un análisis lógico a un análisis jurídico en relación a la posición de la persona frente al desarrollo de la vida, en concreto, profundiza en cuestiones como el hijo en consideración de objeto, en la figura de la maternidad subrogada y en la concepción nueva de la paternidad y de la maternidad a raíz de las técnicas de reproducción humana asistida. (*Alma R. G.*)

GIAIMO, G.: «Status coniugale e volontà delle parti nella crisi della famiglia. Brevi note comparatistiche in tema di negoziazione assistita», *DFP*, 2016, núm. 3, pp. 834-854.

Comentario al decreto del Tribunal de Palermo de 25 de marzo de 2016 sobre nuevas formas de desarrollo de la autonomía de los cónyuges para regular los efectos de la crisis matrimonial (así, negociación asistida) y la posibilidad de la autodefensa por parte del cónyuge que se dedica a la abogacía en los procesos de separación y divorcio. Análisis particular del ordenamiento jurídico francés en la materia. (*Alma R. G.*)

— «Negoziazione assistita nelle controversie familiari e difesa personale della parte. Appunti comparatistici», *DFP*, 2016, núm. 4, pp. 1051-1061.

Comentario al decreto del Tribunal de Palermo de 25 de marzo de 2016 sobre el nuevo procedimiento de negociación asistida como fórmula de autorregulación de los efectos de la ruptura conyugal y la insuficiencia de la presencia de un solo abogado compartido por ambos cónyuges. (*Alma R. G.*)

— «Norme imperative e negoziazione assistita nelle controversie familiari. Il ruolo degli Avvocati e del Pubblico Ministero», *DFP*, 2016, núm. 4, pp. 1061-1075.

Comentario al decreto del Tribunal de Palermo de 25 de marzo de 2016 sobre crisis conyugal, negociación asistida y acuerdos de los cónyuges: la función del abogado y del Ministerio Fiscal en la negociación asistida. Especial atención al carácter imperativo de las normas de tutela de los intereses de los hijos en la separación y el divorcio. (*Alma R. G.*)

GIAVARRINI, S.: «La dichiarazione resa dal coniuge non acquirente è revocabile soltanto per errore di fatto o per violenza?», *DFP*, 2016, núm. 2, pp. 518-538.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Taranto de 16 de mayo de 2015, en el ámbito de una controversia conyugal sobre el carácter ganancial de un bien, en el que se mantiene que la declaración previa expresa de uno de los cónyuges sobre la naturaleza personal de la adquisición de un bien no puede ser revocada excepto si hubo error de hecho o violencia en el momento de la realización de la declaración. (*Alma R. G.*)

HAMILTON, V.: «Adulthood in Law and Culture», *Tul. L. Rev.*, 2016, vol. 91, núm. 1, pp. 55-97.

Original estudio sobre la relación entre el alcance de la edad adulta y la juventud. La particularidad del trabajo radica en tomar conciencia del entorno cultural y económico que rodea a los actuales adolescentes. Se constata que la mayoría de edad de los Estados Unidos se redujo de veintiún a dieciocho años, sin que sus razones tengan relación con la capacidad. Se advierte que la mayoría de edad a los dieciocho años no coincide con la trayectoria del desarrollo individual, el tiempo necesario para adquirir las habilidades y capacidades exigidas a las personas en el mercado de trabajo moderno y el contexto socioeconómico contemporáneo. La autora concluye que la construcción legal de la edad adulta está en desacuerdo con el significado social y las experiencias que en ella se despliegan efectivamente. En definitiva, la concepción adolescente del paso a la adultez, tiene poca semejanza con la construcción legal de esta edad como *status* jurídico. (A. F.)

GODECHOT-PATRIS, S.: «Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux: le changement dans la continuité», *RD*, 2016, núm. 39, pp. 2292-2298.

La reforma de 2016 en materia de régimen económico matrimonial no parece ser tan novedosa como parecía en principio frente a la regulación anterior. El autor compara ambas situaciones. (R. A. R.)

HAMOU, S.: «Contrat de mariage dans un contexte international: possibilités et limites», *GP*, 2016, vol. 136-5, pp. 2560-2564.

El matrimonio en el derecho francés es un contrato civil. El autor analiza como debe considerarse tal contrato a nivel internacional, tras la reforma producida. (R. A. R.)

HENDRICKS, J.: «Fathers and Feminist. The Case Against Genetic Entitlement», *Tul. L. Rev.*, 2017, vol. 91, núm. 3, pp. 474-535.

El objetivo de la autora consiste en argumentar en contra de las nuevas tendencias que pretenden reformar la ley de paternidad y que se centran en conceder derechos a los padres, especialmente cuando no están casados con la madre del niño. Por lo anterior, el esfuerzo legislativo enfocado en la localización de los padres biológicos, en la obligación de las mujeres embarazadas de notificar a los hombres de su paternidad inminente o en la exigencia a las nuevas madres de facilitar el contacto con sus hijos, crearía un problema social que afecta principalmente a las mujeres, al dar más derechos y poder a sus parejas masculinas. En opinión de la autora, se estaría utilizando una definición centrada en el hombre de la paternidad, que ignora las relaciones de la vida real en favor de los derechos genéticos abstractos. El principio de derecho genético que subyace a estas propuestas, se concluye, está centrado en los varones y por lo tanto, es una base indeseable para la ley de reproducción y paternidad. (A. F.)

IRTI, C.: «Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita», *DFP*, 2016, núm. 2, pp. 665-680.

El artículo da cuenta de la tendencia reciente de legisladores y aplicadores del derecho de familia a favorecer la intervención de la autonomía privada de los cónyuges en la gestión de la crisis familiar a través de instrumentos como la mediación familiar, la práctica colaborativa y la negociación asistida. (*Alma R. G.*)

LOMBARDI, R.: «Si abbrevia la distanza tra separazione e divorzio: la l. 6 maggio 2015 n. 55», *DFP*, 2016, núm. 1, pp. 325-340.

Artículo sobre la Ley n. 55 de 2015, que constituye la última reforma operada en materia de divorcio, cuyo objetivo es la introducción de medidas que permitan acelerar los trámites para la ruptura del vínculo matrimonial, con el fin de que no se extienda más en Italia el fenómeno denominado «turismo divorcista». (*Alma R. G.*)

LUISO, F. P.: «La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016», *DFP*, 2016, núm. 4, pp. 1085-1094.

Artículo a propósito de la introducción, por primera vez en el ordenamiento italiano, de una normativa, paralela a la del matrimonio, para las parejas del mismo sexo (Ley de 20 de mayo de 2016 n. 76 sobre «Reglamentación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y disciplina de la convivencia»). (*Alma R. G.*)

MARZIALETTI, L.: «Le sentenze straniere di *stepchild adoption* omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione», *NGCC*, 2016, núm. 9, pp. 1172-1183.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 7 de abril de 2016 n. 76, que ha declarado inadmisibile la cuestión de legitimidad interpuesta por el Tribunal de Menores de Bolonia respecto a los artículos 35 y 36 de la Ley n. 184/1983, los cuales no permiten al juez valorar en el caso concreto si el reconocimiento del vínculo de filiación ya constituido con carácter previo en un país extranjero se adecua o no al interés superior del menor. (*Alma R. G.*)

MAUGER-VIELPEAU, L.: «Loi de modernisation de la justice du XXI siècle: aspects de droit des personnes et de la famille», *GP*, 2016, vol.136-6, pp. 3287-3290.

La modificación jurídica del derecho de la persona y derecho de la familia francés tras la modificación provocada por la Ley de modernización de la justicia. (*R. A. R.*)

MENICHETTI, S.: «Una sentenza che allinea l'Italia a Strasburgo», *DFP*, 2016, núm. 3, pp. 805-817.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Menores de Roma de 30 de diciembre de 2015, que reconoce la adopción de un menor por parte del compañero del mismo sexo de su padre biológico, atendiendo a la prioridad absoluta del interés del adoptado. (*Alma R. G.*)

MONTECCHIARI, T.: «Scioglimento del matrimonio per rettifica di sesso. Diritto all'identità di genere e automatismo delle norme», *DFP*, 2016, núm. 2, pp. 681-700.

El artículo se centra en el debate existente en la doctrina y jurisprudencia italiana sobre la solución más conveniente ante el cambio de sexo del cónyuge durante su matrimonio: ¿conservación de la relación matrimonial o divorcio de carácter automático en el momento del cambio de sexo? (*Alma R. G.*)

MORACCE PINELLI, A.: «Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173», *DFP*, 2016, núm. 1, pp. 303-313.

Artículo a propósito de la publicación de la Ley de 19 de octubre de 2015 sobre el derecho a la continuidad afectiva de los niños y de las niñas en acogimiento familiar, que modifica la ley de 4 de mayo de 1983 n. 184, y que redefine la relación existente entre el procedimiento de adopción y la figura del acogimiento familiar, introduciendo el principio según el cual, cuando el menor ya acogido sea declarado adoptable, aquellos que le tienen en acogida deben ser considerados de modo preferente para la adopción. (*Alma R. G.*)

MORACCHINI-ZEIDENBERG, S.: «La contractualisation du droit de la famille», *RTDC*, 2016, núm. 4, pp. 773-796.

Las nuevas situaciones han llevado a que el Derecho de familia, pensado en los lazos familiares y el cariño entre sus miembros se haya patrimonializado y primen las relaciones contractuales. (*R. A. R.*)

NASCOSI, A.: «La nomina del curatore speciale nel giudizio d'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità», *NGCC*, 2016, núm. 7-8, pp. 1032-1040.

El nombramiento de un curador especial constituye una cuestión central cuando surge un conflicto de intereses entre el hijo y los progenitores. La jurisprudencia ha valorado la función del curador incluso cuando hay un conflicto de intereses potencial en las acciones de estado. La sentencia objeto del presente comentario se inserta dentro de esta línea, ofreciendo una solución ante la laguna legal existente en la impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad en el artículo 263 del código civil italiano, que no prevé el nombramiento de un curador especial en favor del menor legitimado pasivo. (*Alma R. G.*)

NOVA MICUCCI, D./FONIZZO, F.: «La tutela del diritto dei minori affidati alla continuità affettiva approvata la legge n. 173/2015», *DFP*, 2016, núm. 2, pp. 701-712.

El artículo trata, a raíz de la aprobación de la Ley de 19 de octubre de 2015 n. 173 sobre el derecho a la continuidad afectiva de los niños y de las niñas en acogimiento familiar, que modifica la ley de 4 de mayo de 1983 n. 184, la adopción preferente del menor en acogimiento por los sujetos que le tienen en acogida. (*Alma R. G.*)

PETRALIA, V.: «La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici», *DFP*, 2016, núm. 2, pp. 607-664.

Artículo dedicado al estudio de las diferentes hipótesis de poligamia, en especial, a la poligamia de carácter islámico y a la mormona. También se ocupa de la dimensión cultural de los derechos humanos y de la libre determinación de la persona en las relaciones sexuales, analizando si la poligamia implica el ejercicio de un derecho cultural o la violación de un valor universal. Por último, describe la posición de la Unión Europea en relación con la poligamia. (*Alma R. G.*)

ROMEO, F.: «Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76.», *NLCC*, 2016, núm. 4, pp. 717-745.

Reflexión sobre la ley de 20 de mayo de 2016, sobre uniones de hecho: obligaciones morales, personales y patrimoniales de la pareja. (*M. R. D. R.*)

ROSSI CARLEO, L.: «Status e contratto nel mosaico della famiglia», *DFP*, 2016, núm. 1, pp. 221-236.

Estudio de las figuras de la adopción y del acogimiento a la luz del interés del menor: la adopción en casos particulares (como el caso del menor bajo acogimiento por parte de las personas que le tienen en acogida), el derecho a crecer en una familia y la superación del estado de abandono. (*Alma R. G.*)

SALANITRO, U.: «I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete», *NGCC*, 2016, núm. 10, pp. 1360-1367.

Artículo que profundiza en los límites subjetivos del derecho de la mujer al uso de las técnicas de reproducción asistida: relevancia jurídica del derecho de autodeterminación y su conciliación con la tutela del derecho a la salud. (*Alma R. G.*)

SAVI, G.: «Sulla tutela del terzo acquirente la casa d'abitazione assegnata in uso», *DFP*, 2016, núm. 2, pp. 444-469.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de julio de 2015 n. 15367 sobre la atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial, en concreto, sobre la posible tutela jurídica del tercer adquirente de la vivienda cuyo uso ya se ha otorgado con carácter previo al cónyuge que tiene la custodia de los hijos menores de edad, o mayores de edad pero no autosuficientes desde el punto de vista económico. (*Alma R. G.*)

SICLARI, R.: «Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità», *NGCC*, 2016, núm. 11, pp. 1473-1484.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 31 de mayo de 2016, sobre el problema que surge, en relación a la declaración de paternidad, en el supuesto de que la mujer conozca la existencia de su embarazo pocas semanas después de la muerte de su compañero de hecho. La decisión lleva a cabo una tutela cautelar del interés del concebido y no nacido. (*Alma R. G.*)

SPATUZZI, A.: «L'usufrutto legale dei genitori, tra tradizione funzionale e nuove frontiere legislative», *DFP*, 2016, núm. 3, pp. 932-948.

Artículo dedicado al derecho de usufructo legal de los progenitores sobre los bienes de los hijos: naturaleza jurídica de la figura y relaciones del usufructo legal con el deber de contribuir los hijos al levantamiento de las cargas familiares y con la responsabilidad de los progenitores. (*Alma R. G.*)

VILLA, G.: «Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili», *RDC*, 2016, núm. 5, pp. 1319-1352.

Revisión del contrato de convivencia en las uniones more uxorio: causa y forma del negocio y obligaciones naturales y civiles, personales y patrimoniales.

Papel de la autonomía privada: límites y facultades. Oponibilidad o efectos frente a terceros. (*M. R. D. R.*)

VV.AA.: «La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea», *DFP*, 2016, núm. 4, pp. 1107-1151.

Artículo dedicado a la maternidad subrogada: clases de subrogación (total o parcial, dependiendo de que el óvulo proceda o no de una mujer distinta a la gestante), relaciones entre bioética y derecho, análisis de la primera jurisprudencia italiana y de la jurisprudencia europea sobre la materia (particular estudio del caso *Campanelli contro Italia*). (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «7e Convention des juristes de la Méditerranée. Actes du colloque de Beyrouth 22-23 octobre 2015. Les relations familiales dans l'espace méditerranéen», *SJ*, 2016, núm. 40 extraordinario.

Estudios de distintos autores sobre diversos aspectos de la familia y su influencia en el derecho. Así, Gannané se plantea la relación entre la religión y el Derecho de la familia; Slim estudia la ejecución de las sentencias judiciales sobre los menores; Lécuyer analiza las relaciones patrimoniales y las formas de gestión y administración; y, Najjar las relaciones familiares en general. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SUCESIONES

LIBCHABER, R.: «Des successions en quête d'avenir», *RTDC*, 2016, núm. 4, pp. 729-750.

La necesidad de modificar el derecho de sucesiones conforme a los nuevos problemas planteados y la últimas reformas producidas en el Código civil. (*R. A. R.*)

PERREAU-SAUSSINE, L.: «Successions internationales et statut réel immobilier: la Cour de cassation trace une ligne de partage», *SJ*, 2016, núm. 29, pp. 1460-1463.

Problemas de partición sucesoria en caso de inmuebles en zonas no europeas. Normas de derecho internacional aplicables. (*R. A. R.*)

VARIA

ARCHAMBAULT, L./MÀZOUZ, A.: «Quel horizon juridique pour les drones civils?», *GP*, 2016, vol. 136-3, pp. 1541-1544.

Los drones han provocado en el ámbito jurídico una serie de cuestiones que están aún sin resolver. ¿Qué son? ¿Cómo actuar en caso de lesión?, etc. Los autores analizan su situación y exponen sus posibles soluciones. (R. A. R.)

BOITTELLE-COUSSAU, M.: «Le rôle du magistrat dans la proposition de médiation», *GP*, 2016, vol. 136-6, pp. 3269-3272.

La mediación como forma alternativa de solucionar conflictos, se ha incluido en las normas judiciales. En ellas, el juez puede proponer o suspender el proceso para iniciar la mediación con un tercero mediador. ¿Cuál es exactamente esa función? (R. A. R.)

CLAY, T.: «Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges», *RD*, 2016, núm. 44, pp. 2589-2600.

Estudio comparativo del arbitraje, la mediación y la transacción como modos distintos al procedimiento judicial a la hora de solucionar conflictos. (R. A. R.)

— «L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^e siècle": Loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016», *SJ*, 2016, núm. 48, pp. 2219-2236.

La huida de los procesos judiciales y la utilización de modos alternativos de resolución de conflictos, como el arbitraje, la mediación o la transacción. (R. A. R.)

DUPIC, E.: «La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dernière réforme judiciaire du quinquennat», *GP*, 2016, vol.136-6, pp. 3246-3249.

Tras las distintas reformas producidas a lo largo de los primeros años del siglo XXI, el autor analiza esta reforma y ve los avances producidos en el ámbito jurídico y judicial. (R. A. R.)

FERRAND, F.: «La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle: À propos de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016», *SJ*, 2016, núm. 52, pp. 2415-2418.

El papel de la Corte de Casación en el ámbito judicial tras la reforma de 2016. (R. A. R.)

G'SELL, F.: «L'accès au droit et la poursuite de la modernisation des professions réglementées dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle: À propos de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016», *SJ*, 2016, núm. 52, pp. 2411-2414.

La ley de modernización de la Justicia en Francia ha provocado una serie de reformas importantes, a nivel judicial y a nivel de ejercicio de determinadas profesiones. En este caso, el autor analiza la influencia en las profesiones reglamentadas y el acceso al mundo jurídico tras la ley de noviembre de 2016. (R. A. R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

DI TUCCI, L.: «L'impresa familiare ed il tipo societario», *DFP*, 2016, núm. 1, pp. 47-52.

Artículo que, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 6 de noviembre de 2014 n. 23676, aborda uno de los debates más importantes concernientes a la empresa familiar: resuelve el problema de la compatibilidad entre la empresa familiar y la normativa reguladora de las sociedades de cualquier clase, en particular de las sociedades personalistas. (*Alma R. G.*)

GIONARDO, A.: «Sulla tutela del lavoro “nella famiglia”: spunti per una lettura unitaria dell'impresa familiare tra diritto sostanziale e processo», *DFP*, 2016, núm. 1, pp. 314-359.

Artículo sobre la tutela del trabajo en la familia: la empresa familiar a través de las perspectivas procesal y sustantiva. En particular, profundiza en los conceptos de «actividad laboral», «familia» y «empresa». (*Alma R. G.*)

MARTINEAU-BOURGNINAUD, V.: «Les remédes à la souffrance du chef d'entreprise en difficulté», *RD*, 2016, núm. 43, pp. 2529-2534.

Ante la empresa en crisis, tanto el empresario como sus empleados sufren una serie de consecuencias. Desde el punto de vista del empleador, el autor analiza determinadas medidas en defensa de su padecer. (*R. A. R.*)

MEKKI, M.: «Le principe du louyaté probatoire á-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence?», *RD*, 2016, núm. 40, pp. 2355-2364.

Los problemas de prueba en materia de competencia. ¿Requiere lealtad en materia de prueba? (*R. A. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

CAPRARA, A.: «Recesso *ad nutum* e società a tempo solo formalmente determinato nella giurisprudenza della Cassazione», *CI*, 2016, núm. 3, pp. 743-778.

Artículo sobre la figura del desistimiento *ad nutum* del socio de una sociedad de responsabilidad limitada con duración hasta el año 2100, en particular, debate si la duración excesivamente dilatada de la sociedad justifica el derecho de desistimiento del socio en las citadas condiciones. (*Alma R. G.*)

SARTORI, M.: «Principio dell'unanimità e competenza del Tribunale delle Imprese nella trasformazione di società di persone costituite prima della riforma», *NGCC*, 2016, núm. 9, pp. 1205-1211.

Comentario a decisión judicial del Tribunal de *Spoletto* que afirma que, en materia de conflictos relativos a la transformación de sociedades personalistas en sociedades de capital, es competente el tribunal ordinario y no el tribu-

nal de las Empresas siempre que la transformación no se haya realizado todavía. (*Alma R. G.*)

ZATTARA-GROS, A. S.: «Le droit des sociétés à l'aune de l'ordonnance n.º 2015-1288 du 15 octobre 2015 réformant l'administration légale», *GP*, 2016, vol. 136-3, pp. 1470-1475.

La administración de la empresa tras la reforma de 2015. (*R. A. R.*)

DERECHO CONCURSAL

DI SANO, F.: «Atipicità del contratto di *leasing* ad efficacia extra-concorsuale dell'art. 72 *quater* l. fall.», *NGCC*, 2016, n.º 7-8, pp. 1109-1117.

Artículo que profundiza en la figura del leasing financiero en una situación de quiebra a la luz del nuevo artículo 72 de la Ley reguladora de la quiebra. (*Alma R. G.*)

ABREVIATURAS

C.L.J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht



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), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (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

DERECHO DE LA PERSONA

1. Derechos fundamentales y libertades públicas. Derecho a la propia imagen y derecho a la libertad de expresión. Publicación de un fotomontaje en revista satírica con la finalidad esencial de exponer en forma humorística y burlesca, propia del género de la revista, una opinión o idea crítica sobre una cuestión de interés general. Prevalencia del derecho a la libertad de expresión.–Debe primar el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la propia imagen, cuya vulneración no se apre-

cia porque el uso de su imagen manipulada, que prácticamente impedía su identificación, fue accesorio de la opinión crítica, irónica y mordaz que se quería expresar sobre un asunto de interés general, tratándose de una utilización proporcionada y adecuada a los usos sociales que en ningún caso tuvo por finalidad la ridiculización del personaje ni su profesión. (STS de 15 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El día 11 de octubre de 2008, durante un acto público, un líder político nacional se refirió a su proyectada asistencia a la parada militar del 12 de octubre, con motivo de la Fiesta Nacional, con el siguiente comentario: «Este domingo tengo el coñazo del desfile...; en fin, un plan apasionante». Dicha declaración fue conocida por los medios de comunicación que se hicieron eco del mismo, publicándolo en sus respectivas ediciones. Posteriormente, una revista satírica publicó en su portada bajo el título «Coñazo» la imagen de dos legionarios desfilando por las calles de una ciudad, el soldado de segundo plano sin distorsión alguna y el que ocupaba el centro de la imagen, en primer plano, con la zona de los ojos y la boca maquillada de blanco y perfil negro y los labios perfilados en rojo, al modo de los payasos del circo. A esta imagen en primer plano acompañaba un «bocadillo» con la leyenda «Todo sea por no aburrir a Rajoy». El legionario cuya imagen aparecía manipulada demandó a la editora de la revista en ejercicio de acción de protección civil de su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, solicitando una indemnización por daño moral. En apoyo de sus pretensiones adujo, en resumen, que la revista había publicado sin su consentimiento una fotografía suya que lo ridiculizaba. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

2. Reglas sobre la carga de la prueba en litigios sobre vulneración del derecho al honor y protección de datos personales en el ámbito laboral.—Señala el Tribunal Supremo que, en los casos de infracciones al derecho al honor y a la protección de datos personales en el ámbito laboral, es la empresa o la Administración pública demandada la que tiene un mayor acceso a la fuente de la prueba, porque se trata del empleador al que se acusa de haber realizado un despido discriminado, de negar el acceso al empleo por razones que suponen una vulneración de un derecho fundamental, o de haber comunicado a otra empresa datos personales del trabajador. La acusada proximidad y dominio del demandado sobre las fuentes probatorias desnivela profundamente las facilidades de una y de otra parte respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, del empleado público o de quien simplemente busca acceder a un empleo. El legislador ha establecido las reglas sobre la carga de la prueba en estos supuestos para lograr un equilibrio de las posiciones de las partes frente al dominio de la prueba de una de ellas. En definitiva, se trata de aplicar los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.7 LEC, que deben preponderar sobre el criterio tradicional de atribuir al demandante la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión.

Ahora bien, para que se produzca ese desplazamiento de la carga de la prueba no basta simplemente con que el demandante tache la medida de lesiva a sus derechos fundamentales, sino que, además, ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato. Solo cuando esto último sucede, la parte demandada asume la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para considerar que su actuación no ha sido lesiva de los derechos fundamentales del demandante, y destruir así la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios.

La ilegalidad de las listas negras en el entorno laboral.—En relación a las llamadas «listas negras», existen informes de organismos públicos, entre los que destaca el Informe Jurídico núm. 2010/0201 de la Agencia Española de Protección de Datos y el documento de trabajo sobre las listas negras elaborado por el Grupo de Trabajo del artículo 29, órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, que se refieren a esta problemática. Se trata de ficheros de datos personales formados mediante la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma. Dichos efectos pueden consistir en discriminar a un grupo de personas, al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio, o dañar su reputación, entre las que destacan las que incluyen datos sobre la causa de suspensión o extinción de la relación laboral, existencia de reclamaciones judiciales contra la empresa efectuadas por el trabajador, así como si es susceptible de nueva contratación en función de respuestas a preguntas que no se concretan. Todo esto puede afectar a la futura empleabilidad del trabajador. Al tratarse de ficheros de datos personales formados sin el consentimiento de los afectados, en tanto no les fuera aplicable ninguna de las excepciones del artículo 11.2 LOPD, la cesión de datos que se hiciera para la formación de tales ficheros sería ilícita, vulneraría el derecho fundamental a la protección de los datos personales y, si los datos objeto del tratamiento ilícito pudieran dañar el honor o la intimidad de los afectados, también constituiría una vulneración de estos derechos fundamentales de la personalidad.

La protección de los datos personales y del honor.—El artículo 18.4 de la Constitución garantiza los derechos al honor y la intimidad, y también el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos. Las infracciones de la normativa sobre protección de datos pueden producir, a su vez, vulneraciones del derecho al honor, si la revelación de los datos no cumple el requisito de la veracidad y terminan afectando negativamente a la reputación del afectado. (**STS de 12 de noviembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En noviembre de 2009, H fue despedido por CCS, empresa subcontratista de T, acusado de haber cobrado cien euros a un cliente por una actuación que debía ser gratuita. Formuló demanda contra dicho despido, que fue declarado improcedente por no estar probados los hechos imputados al trabajador, y la empresa optó por indemnizarle y extinguir el vínculo laboral. Tras realizar varias entrevistas de trabajo en el sector de las telecomunicaciones, sin lograr ser contratado, fue entrevistado en la empresa ITT y pasó incluso el reconocimiento médico, pero dicha empresa le manifestó

que no podía contratarlo porque estaba vetado por T, al haber sido incorporado a un fichero personal donde se le calificaba como trabajador conflictivo, por los hechos motivadores del despido, que la sentencia del Juzgado de lo Social consideró que no estaban probados. Seguía manifestando el demandante que, a través del comité de empresa de T, supo que estaba vetado a petición de CCS, lo que imposibilitaba su contratación por cualquier empresa que trabajara para T. CCS se opuso a la demanda. Alegó que, una vez finalizada su relación laboral con el demandante, lo comunicó a T para que candelaran la tarjeta expedida por ésta a favor del demandante, pero negó que hubiera comunicado otros datos personales a T, en concreto los relacionados con las causas del despido.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Pese a que un miembro del comité de empresa de T mostró su convencimiento, derivado de su experiencia, de que existía ese fichero de trabajadores vetados, la sentencia consideraba que no había prueba de la existencia de ese fichero o de que el demandante estuviera incorporado al mismo. Además, el director de recursos humanos de ITT manifestó no tener conocimiento de que T hubiera vetado al demandante, ni tenía constancia de que T tuviera un fichero de personas conflictivas, si bien no pudo concretar por qué no se contrató al demandante.

El demandante apeló la sentencia. La Audiencia Provincial centró la cuestión en determinar si la comunicación realizada por CCS se limitó a facilitar a T los datos personales del demandante necesarios para cancelar la tarjeta expedida por T a favor del actor para que pudiera desarrollar su trabajo, lo cual estaría amparado por el artículo 11.c LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), o si esa comunicación contenía otra información, sobre el carácter conflictivo del trabajador, lo que habría posibilitado su inclusión en un fichero de trabajadores conflictivos. La Audiencia consideró que no existía prueba adecuada de los hechos alegados por el demandante, en base a los mismos argumentos que el Juez de Primera Instancia.

El demandante interpuso recurso de casación contra dicha sentencia y recurso extraordinario por infracción procesal. Este último basado en la infracción de los apartados 6 y 7 del artículo 217 LEC, por aplicación errónea de las reglas de la carga de la prueba. En relación a este último, entiende el Tribunal Supremo que el demandante había aportado al proceso indicios de que podía haberse producido una conducta lesiva para sus derechos fundamentales. Tales indicios son: a) la declaración del miembro del comité de empresa de T que afirmó su convicción sobre la existencia de un fichero de trabajadores conflictivos formado no solo con los datos de T, sino también con las comunicaciones de empresas subcontratistas; b) el hecho de que el actor, tras ser despedido de CCS, llevara varios meses sin encontrar empleo; c) el hecho de que tras pasar la entrevista de trabajo y ser sometido incluso a reconocimiento médico, no fuera finalmente contratado por ITT, sin que el director de recursos humanos de esa empresa supiera precisar por qué no se le había contratado. Se trata de indicios serios de que pudo haber una cesión de datos personales susceptibles de obstaculizar su acceso al empleo.

Corresponde, por tanto, a la demandada rebatir de modo claro esos indicios. Al no haber aportado la prueba del contenido de la comunicación que reconoce realizó a T cuando terminó la relación laboral con el demandante, sino a la demanda, que tenía la disponibilidad y facilidad de la prueba, conforme al artículo 217.7 LEC.

Una vez constatada la infracción procesal por una incorrecta aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba, el Tribunal Supremo pasa a resolver el recurso de casación. Comienza declarando que la cesión de datos de CCS a T fue ilícita, pues: 1) no contó con el consentimiento del afectado; 2) no resultaba amparada en ninguno de los supuestos en los que el artículo 11.2 LOPD exime de la exigencia de consentimiento del afectado para que la cesión sea lícita; 3) no respetaba el principio de calidad de datos, ya que los datos cedidos no eran veraces y no se concedía al demandante la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (arts. 15 a 17 LOPD). Esta infracción de la normativa sobre protección de datos produjo, a su vez, una vulneración del derecho al honor del demandante, pues los datos comunicados no cumplían con el requisito de la veracidad y afectaban negativamente a su reputación. Además, el demandante tiene derecho a que se cancelen sus datos personales que obran en los archivos de la demandada. En cuanto a la indemnización, el Tribunal Supremo reduce la cuantía solicitada por el actor, al considerarla desproporcionada y que no se corresponde con los datos acreditados. Este parte de la idea de que la cesión ilícita de los datos hecha por CCS supone su muerte laboral, que se vería impedido de encontrar cualquier trabajo. Sin embargo, a juicio del Alto Tribunal, se trata de una conclusión excesiva, a la vista de la edad del trabajador, de su cualificación y del hecho notorio de que existen otros sectores laborales en los que puede encontrar empleo y que, incluso en el sector en el que desempeñaba sus labores, existen otras empresas de telecomunicaciones distintas de T y sus subcontratas.

NOTA.—La doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en esta sentencia sobre la carga de la prueba en litigios que tienen que ver con derechos fundamentales, procede de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Vid.*, en este sentido, SSTC 26/1981, de 17 de julio; 38/1981, de 23 de noviembre; 21/1992, de 14 de febrero; 266/1993, de 20 de septiembre; 136/1996, de 23 de julio; 74/1998, de 31 de marzo; 87/1998, de 21 de abril; 29/2000, de 31 de enero; 214/2000, de 29 de octubre; 48/2002, de 25 de junio; 114/2002, de 20 de mayo; 98/2003, de 2 de junio, entre otras. Sobre la relación del derecho al honor y la protección de datos personales, *vid.* SSTS de 22 de enero y de 21 de mayo de 2014. (*S. L. M.*)

3. Curatela encomendada a entidad pública: Recurso extraordinario por infracción procesal: Motivación de las sentencias.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torrent (Valencia) dictó sentencia el 17 de julio de 2013 por la que, estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, declaraba la incapacidad total de doña Águeda en el sentido de quedar privada de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su perso-

na y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses patrimoniales que tengan relevancia jurídica y sea socialmente trascendente, y para otorgar testamento, y con sometimiento de la misma a tutela designando tutor a la Comisión Valenciana de Tutelas de la Generalitat Valenciana. Contra la anterior sentencia interpuso sentencia de apelación la representación procesal de doña Ágreda, correspondiendo su conocimiento a la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia que dictó sentencia de 15 mayo 2014, desestimando el recurso. Contra la citada sentencia doña Águeda interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de recurso de casación, que fue admitido, dándose traslado al Ministerio Fiscal que apoyó el submotivo segundo del recurso de infracción procesal y el de casación en el sentido de que la incapacitación no sea total y se someta la incapacitada a curatela.

Conviene precisar, como recordaba la STS de 29 de abril de 2015 que, con frecuencia se confunde la carga de la prueba con la vulneración de las normas sobre la valoración de la prueba, sin tenerse en cuenta que el artículo 217 LEC es una norma procesal que viene a decir al Tribunal qué debe hacer cuando entiende que un hecho relevante para la decisión no ha quedado probado; por lo que no cabe discutir al amparo de dicha norma la valoración probatoria llevada cabo por el Tribunal aunque se discrepe de ella (SSTS de 18 de julio y 19 de octubre de 2011). También es cierto que la Sala (SSTS de 25 de noviembre de 2014 y 22 de enero de 2015) en relación con la valoración de la prueba ha sentado que, merced a nuestro modelo procesal, el examen pleno del material fáctico objeto del proceso y de la actividad probatoria que ha servido para considerar probados dichos hechos, corresponde a los tribunales de instancia, primera y apelación; por lo que el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Solo cabrá su revisión casacional cuando conculque el artículo 24 CE por incurrir en error patente, irracionalidad o arbitrariedad. Sin embargo, en procedimientos como el presente no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia. En este contexto se ha de examinar el motivo del recurso, bien entendido que la valoración de la sentencia de la primera instancia no ha sido desautorizada por la de la apelación, sino que viene a completarla con la practicada por el Tribunal conecedor del recurso. De ahí que ambas sentencias merezcan un examen conjunto de la valoración de la prueba.

Con tales antecedentes el submotivo no puede prosperar, con independencia de las consecuencias jurídicas que el Tribunal pueda extraer de los hechos probados, cuestión propia del recurso de casación. El recurso no puede prosperar porque se le pretende incardinar en el error en la valoración de la prueba, cuando el Tribunal de Instancia alcanza unas conclusiones fácticas de las periciales médicas, de la documental, de la audiencia de parientes y de la persona demandada, sin incurrir en error patente o en inferencias irracionales o arbitrarias.

Tampoco puede prosperar el submotivo relativo a la motivación de la sentencia, respecto de la cual hay abundante doctrina jurisprudencial que recuerda la STS de 25 de junio de 2015. No se prescinde de que la demandada sea consumidora de drogas a efectos de su incapacitación e influencia de tal dependencia en su comportamiento, recogiendo el informe pericial que concluye afirmando que la alteración de su comportamiento «es consecuen-

cia de su enfermedad y no está basado en el consumo de drogas», es decir que este es consecuencia del trastorno de la personalidad que padece. Es cierto que la sentencia recurrida puede parecer parca a la hora de pormenorizar la valoración de todas las pruebas practicadas, y al motivarse lo que le conduce a optar por el grado de incapacitación y sobre si, en su caso, la adecuada protección de la incapaz, siempre teniendo en cuenta el interés de ella, debe ser su sometimiento a tutela o curatela. Sin embargo, que el razonamiento sea parco no significa que sea inexistente o insuficiente. Razona que en su actual estado, según se desprende de los informes periciales, sería contraproducente para su adecuado tratamiento, mantener la incapacitación parcial a los solos efectos del control en la ingesta de medicación, por lo que opta por la incapacitación total y por la tutela como institución de guarda más adecuada, a fin del mantenimiento de su tratamiento en la residencia en que se encuentra. Por todo ello no procede la estimación del recurso extraordinario de casación por infracción procesal.

Causas de incapacitación en el Código Civil: Reinterpretación a la luz del Convenio de Nueva York de 2006.—Según SSTS de 29 de abril de 2009, de 11 de octubre de 2012 y de 24 de junio de 2013, las causas de incapacitación del Código Civil están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia de lo que ocurría en la antigua redacción del Código Civil en 1889, no existe una lista, sino que el artículo 200 CC establece que *son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma*. Es evidente que el artículo 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que solo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 19 de mayo de 1998, de 26 de julio de 1999, de 20 de noviembre de 2002 y de 14 de julio de 2004, entre otras). Para que se incapacite a una persona no es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, sino que lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del requisito de que el trastorno, ya sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma. En el presente caso, aun partiendo de que la incapacitación debe hacerse con criterios restrictivos, no sería discutible su declaración que ya se llevó a cabo con carácter parcial en resolución judicial precedente, pues ha quedado acreditado: (i) Que doña Águeda padece una enfermedad psíquica consistente en un trastorno límite de la personalidad, siendo grave, de carácter permanente e irreversible; (ii) Tal enfermedad le provoca un deterioro de su capacidad de obrar y el agravamiento, en el curso evolutivo de su trastorno, le impide el correcto gobierno de su persona y bienes.

Lo que se cuestiona es su graduación, pues la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en su graduación. Como afirma la STS de 1 de julio de 2014, citada por la de 13 de mayo de 2015, *«la incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son, en la realidad, las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la*

vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento exacto de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el Tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda».

La justificación de la citada doctrina la ofrece la STS de 29 de septiembre de 2009, de Pleno, que se reitera en STS de 11 de octubre de 2012, según la cual, en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, señala lo siguiente: «*la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre el que el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona*». El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se proponer: «1.º que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Siendo reiterada la doctrina de la Sala en el sentido expuesto, la cuestión que plantea la recurrente, con apoyo del Ministerio Fiscal, es si debe acudir como institución protectora de la incapacitada a la curatela en vez de a la tutela. La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS de 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (así SSTS de 11 de octubre de 2011, y 13 de mayo, 30 de junio y 20 de octubre de 2014), en el entendimiento de que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad. Si se atiende a los hechos que han quedado probados se observa que, partiendo de una enfermedad grave, persistente e irreversible, se pone el acento más en las necesidades terapéuticas y de supervisión de su enfermedad que en la graduación de su discernimiento si sigue las pautas adecuadas

y necesarias para tratar su enfermedad. El médico forense cuyo informe ha visto y oído la Sala, es claro cuando afirma: (i) la suerte que ha acompañado a la demandada de poder ingresar en el centro en que se encuentra por su idoneidad para el tratamiento de tal enfermedad; (ii) la mejoría que presenta merced al internamiento y tratamiento; (iii) la no finalización del mismo, siendo preciso que se concluya por no estar aun en condiciones de gobernarse por sí misma; y (iv) que recuperada conservaría habilidades anudadas a su capacidad. El informe del psiquiatra que la viene tratando es contundente en el inadecuado comportamiento de la demandada a consecuencia de su enfermedad, pero de él también se infiere que tan graves acciones en detrimento de la convivencia vecinal, familiar e incluso propio, por sus intentos de suicidio, traen causa naturalmente de su enfermedad pero también de la falta de tratamiento de ésta, como reconoce cuando afirma que acude a su consulta con bastante irregularidad. El inadecuado tratamiento de la deficiencia psíquica de la demandada, por su rebeldía a ser controlada, lo reconoce su familia, quien añade su falta de capacidad para administrar el dinero, con gasto superfluo e incontrolado. Asimismo se constata que la protección que requiere no se la puede prestar su familia por la conflictividad existente con ésta y por el empeoramiento que experimenta cuando convive con ella.

Como ya decidió la Sala en supuesto extrapolable al presente, en STS de 25 de junio de 2013, los hechos que en síntesis se han expuesto, fruto de la valoración de la prueba practicada, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención de Nueva York de 2006, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de capacidad (SSTS de 29 de abril y 11 de octubre de 2009). En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará el curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), adecuada en función de sus adiciones. No quedará afectado el derecho de sufragio, como recoge la sentencia recurrida. Se mantiene a la Comisión valenciana de Tutelas de la Generalitat valenciana como curador, quien deberá ejercer su cargo con sujeción a las disposiciones legales y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, debiendo informar anualmente sobre la situación personal de la incapacidad y el estado de la administración de su patrimonio. No se hace especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias, y tampoco de las causadas por los recursos. (STS de 20 de octubre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Es merecedora de alabanza la «interpretación adaptadora» realizada por la Sala 1.ª Tribunal Supremo, de nuestro siste-

ma de protección tutelar vigente al tiempo de ratificar nuestro país el Convenio de Nueva York de 2006, en espera de una reforma legislativa a fondo, que la técnica más bien «parheadora» empleada por el «tsunami» transversal del 2015, no ha tenido ocasión de completar. Se ha ido abriendo paso una exégesis que pone el énfasis en el resto de la capacidad de obrar que permanece en el discapacitado, lo que, en el caso, implica preferencia por la curatela cuya organización requiere una minuciosa exploración de los sectores jurídicos en los que el ordenamiento da validez a su actuación personal (hasta el punto de sostenerse, incluso, por algunos autores la posible existencia de un «derecho a equivocarse» del discapacitado en su vida social). La presente sentencia ratifica la doctrina básica anteriormente ya extractada aquí; así STS de 24 de junio de 2013 (anotada por G. M. A. en ADC, 2015, pp. 627-629), y STS de 13 de mayo de 2015 (anotada por G. G. C. en ADC, 2016, pp. 1601-1603). Sin olvidar que la STS en pleno de 29 de septiembre de 2009, ha sido reiterada por STS de 11 de octubre de 2012). No cabe excluir que cierto número de Audiencias Provinciales mantengan, con todo, la interpretación tradicional. En la doctrina, con variedad de ópticas, cabe señalar: I. SERRANO GARCÍA, *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 noviembre*, RJNot. 2004; MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual* (Madrid 2005); ÁLVAREZ LATA y SEOANE RODRÍGUEZ, *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad* (en «Derecho Privado y Constitución» 2010). Asimismo, la nueva perspectiva sobre *El sistema público de protección de menores e incapaces*, que propone PÉREZ ÁLVAREZ, en VV.AA., «Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia», 4.ª ed. 2013, p. 405-423. (G. G. C.)

DERECHOS DE OBLIGACIONES. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

4. Contratos. Adquisición de productos financieros complejos (participaciones preferentes). Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato. Doctrina de la *actio nata*.—En el ámbito de los contratos financieros de adquisición o inversión en productos complejos, la acción de anulación, sometida al plazo de caducidad de cuatro años *ex* artículo 1.301 CC, debe ejercerse a partir no de la celebración sino de «la consumación del contrato». Para una cabal delimitación del significado del precepto es necesario que sea interpretado conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, lo que pone en evidencia las notables y profundas diferencias de complejidad entre las relaciones contractuales habituales al tiempo de la publicación del Código civil y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales. Esto provoca que, para establecer el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción, deba acudirse a la doctrina de la «*actio nata*», según la cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción —salvo expresa disposición legal en contra— no se inicia hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Por ello, en relaciones contractuales complejas,

como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del cómputo será, pues, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error (STS de 12 de enero de 2015).

El error vicio del consentimiento en los contratos de inversión. Requisitos.—Existe jurisprudencia sentada respecto del hecho de que, para que el error invalide este tipo de contratos de indudable especialidad y complejidad, es necesario que sea esencial, en el sentido de proyectarse sobre las presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Y además, también ha de ser excusable, esto es, de un lado que no sea imputable a quien lo sufre, y de otro que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Esto se traduce, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, en que cuando la empresa de inversión incumple su deber de información, debe presumirse en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados, lo que vicia su conocimiento. Por eso, la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (SSTS de 20 de enero de 2014 y de 12 de enero de 2015). No es obstáculo a ello el hecho de que la cliente hubiera mantenido con anterioridad otras relaciones de igual o similar naturaleza con la demandada, pues este hecho por sí solo no configura un perfil inversor de cliente experimentado y consciente de los riesgos que asumía. En el caso se trataba de una señora jubilada que al momento de la inversión contaba con 76 años. En este sentido, el hecho de tener un patrimonio considerable, o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones, no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías.

Contratos financieros complejos. El deber de información previo es una obligación esencial del contrato. Naturaleza de esta obligación. Consecuencias de su incumplimiento.—La normativa del mercado de valores, incluso la vigente con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable al caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre estos extremos han de dar a sus clientes. Este deber no se constituye como una cuestión accesorio, sino que tiene el carácter de esencial pues se proyecta sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato. No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de un mayor o menor beneficio), que aparecen como irrelevantes. Además, se trata

de una obligación activa y no de mera disponibilidad; de forma que la entidad estaba obligada a facilitar toda la información que le impone la normativa legal, tanto reguladora de este sector de operaciones económicas como las generales derivadas del deber de buena fe contractual, sin que pueda escudarse en que la cliente podía haberla solicitado de las autoridades administrativas, o en que el riesgo de insolvencia del banco islandés era también desconocido para la mediadora demandada, pues lo que califica en este caso la excusabilidad del error padecido por la actora es que, a consecuencia de la falta de información, no pudo conocer cuáles eran los concretos riesgos que llevaba aparejada la inversión y, por ende, no pudo representarse de manera cabal el alcance y las consecuencias de su contratación. El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. **(STS de 16 de septiembre de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Doña C. interpuso demanda contra la entidad financiera B., S. A. articulando como pretensión principal la anulación de la orden de compra de valores (participaciones preferentes) de un banco islandés, por error vicio del consentimiento al estimar que no había sido debidamente informada de la complejidad del producto y de las concretas consecuencias de la suscripción sobre la que fue asesorada por el banco que, a la vez, actuó como mediador en tal operación, y solicitó la devolución del importe invertido. Subsidiariamente, de no proceder la petición principal, pidió que se declarara que la demandada había actuado negligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones como comisionista prestador del servicio de inversión, y que se le condenara a la indemnización de daños y perjuicios en el montante invertido. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda pero la Audiencia Provincial de Madrid acogió el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia con absolución de la demandada al considerar, en lo esencial, que respecto de la acción de anulación o anulabilidad había transcurrido el plazo de cuatro años de caducidad establecido en el Código; y respecto de la acción indemnizatoria, no se podía apreciar una conducta negligente en la entidad financiera ya que no podía conocer el riesgo de insolvencia de los bancos islandeses, unido ello a que la realización por la demandante de otras inversiones de la misma naturaleza y con la misma entidad evidenciaba la condición de cliente experimentada. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación planteada y revocó la sentencia recurrida por considerar que, efectivamente, tal como alegaba la actora, se había producido un error vicio en el consentimiento de la misma que le impidió conocer con exactitud y precisión los términos y consecuencias de la operación emprendida, debido al incumplimiento por el banco de su deber de suministrar la información necesaria, suficiente y adecuada con la antelación precisa para

que la cliente se hiciera un cabal juicio sobre el alcance de su declaración de voluntad contractual; rechazando que el perfil inversor de la demandante (una señora jubilada que en el momento de llevar a cabo la inversión contaba con 76 años) se correspondiera con el de un cliente experimentado pese a haber realizado operaciones similares.

NOTA.—En la sentencia del Alto Tribunal se aborda una serie de problemas que vienen presentándose con frecuencia en los últimos años en relación con un sector de la contratación altamente especializado, como es el de los productos financieros complejos (swapps, preferentes, multidivisas, etc...). Se trata en general de instrumentos utilizados no solo por inversores especulativos que persiguen una alta rentabilidad a corto plazo, concededores tanto del riesgo de fluctuaciones en los valores como también de la aleatoriedad que muchas veces acompaña a algunas de estas operaciones; pero al mismo tiempo son usados a menudo por simples ahorradores que, por encima de una cierta ganancia, pretenden sobre todo la conservación del capital invertido. Por ello, en estos casos, cobra una especial importancia la necesidad de trasladarles una información suficiente y adecuada a través de la cual puedan representarse de manera fidedigna la posibilidad, y aun probabilidad, de pérdida de toda su inversión (v. ZUNZUNEGUI, A. *Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista*. RDBB, 130 (2013), pp. 239-ss.; SABATER BAYLE, E. *Interpretación de los contratos de inversión en productos financieros estructurados*. RACM, 1 (2015), pp. 103-ss.). De ahí que el legislador, dada la asimetría de la información que poseen operador financiero y cliente, imponga a los primeros un deber especial de información que, de un lado, permite al cliente tomar una decisión consciente y adecuada en función de sus intereses económicos y, de otro, excluye que pueda incidir en error (DE LA MAZA GAZMURI, I. *El mal que no quiero: la información como técnica de protección de los consumidores*. RJUAM, 31 (2015-I), pp. 349-ss.), en concreto cuando se trata de contratos que una vez celebrados pueden llegar a ser particularmente desventajosos para una de las partes (GARCÍA RUBIO, M. P. *La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables medios*, en «La Codificación del Derecho Contractual de Consumo en el Derecho Civil Catalán», coord. M. R. Llácer Matacás. Dykinson. Madrid, 2015, p. 150). Esta sentencia, además de confirmar la doctrina jurisprudencial que ya se había establecido en anteriores decisiones (principalmente, SSTs de 20 de enero y de 10 de septiembre de 2014), ratifica el criterio de que el cómputo del plazo de cuatro años de caducidad de la acción de anulabilidad no puede comenzar antes de que el afectado tenga un real conocimiento de la equivocación o error en el que se encontraba cuando contrató. La aplicación de la teoría de la «actio nata» a estos casos parece más conforme con las reglas sobre el *dies a quo* en los instrumentos de unificación del Derecho de los contratos (PECL, 14:301; DCFR, III-7:303; UNIDROIT, 10.2(1); CELS, 180.1; v. MARÍN LÓPEZ, M. J. *El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el dies a quo del plazo de prescripción*, en «La prescripción extintiva». XVII Jornadas de la APDC. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 58-59; y PEÑA LÓPEZ, F. *El dies a quo y el plazo de pres-*

cripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación. InDret, 4 (2011), pp. 9-10). Por lo demás, reproduce el criterio sentado en la STS de 12 de enero de 2015 que sostuvo también que el cómputo del plazo cuatrienal de la acción de anulación no podía comenzar sino a partir del momento en que el interesado tuviese cabal conocimiento de la causa motivadora de la acción, lo que se traduce en estos casos en el descubrimiento por el cliente del error en el que incurrió [cfr. VÁZQUEZ GARCÍA, D. *Contratación de productos bancarios complejos: examen de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.* La Ley, 8536 (2015)]. En otro orden, podría afirmarse que pese a la contundencia de la postura de nuestro Alto Tribunal, no es posible una generalización de la solución adoptada, sino que por el contrario será necesario analizar, en cada caso concreto, el tipo de operación y el perfil del inversor para determinar si, efectivamente, la ausencia o inadecuación de la información suministrada es lo suficientemente relevante como para justificar la esencialidad y excusabilidad del error padecido (así, CASTILLA CUBILLAS, M. *Riesgo, información y error en la distribución de participaciones preferentes emitidas por entidades de crédito.* DN, 265-266 (2012), pp. 49-ss.). Conviene plantearse también si en realidad la solución adoptada respecto del incumplimiento de los deberes de información, a través de la anulación del contrato por error, es la idónea o si, por el contrario, sería preferible reconducir tales incumplimientos hacia el sistema de la indemnización por daños (en este sentido, MORALES MORENO, A. M. *Permuta financiera de interés (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre 2012,* RDM, 289 (2013), p. 436). Solución esta última que parece coonestarse con los criterios comúnmente establecidos en los instrumentos de unificación del Derecho contractual y que responde a una inveterada tradición del Derecho europeo continental (así, PECL, 4:117; DCFR, II-7:214; UNIDROIT, 3.2 (16); CELS, 55), de la que también se hace eco la Propuesta de Modernización del Código civil español (MORALES MORENO, A. M. *De nuevo sobre el error.* AAMN, 55 (2015), pp. 713-ss., para quien la imputabilidad del error puede permitir aplicar la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, prevista en el artículo 1245 de la Propuesta y ofrecer al *errans* el remedio de la indemnización). Un amplio y profundo análisis de los problemas derivados de la información y del error en los contratos, puede verse en MORALES MORENO, A. M. *El error en los contratos.* CEURA. Madrid, 1988; GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información.* La Ley. Madrid, 1994; DE LA MAZA GAZMURI, I. *Los límites del deber precontractual de información.* Civitas. Navarra, 2010. (L. A. G. D.)

5. Deberes de información de la entidad financiera en un contrato de swap.—En un contrato de *swap* el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de

la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose la entidad de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

Habida cuenta del elevado componente de aleatoriedad del contrato, la entidad financiera debe informar al cliente de que los beneficios de una parte en el contrato de *swap* constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de *swap* de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

Asimismo, debe informar al cliente de cuál es el valor de mercado inicial del *swap*, porque –si bien la entidad financiera no está obligado a compartir con el cliente su previsión sobre la evolución de los tipos de interés– sí está compelida a ponerle al corriente del reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratar el *swap*. Esta previsión es determinante del riesgo que asume el cliente.

Otros deberes de información que pesan sobre la entidad financiera se corresponden con la forma de cálculo del coste de cancelación anticipada de los productos, y de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

En definitiva, el banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no solo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del notional del *swap*.

Características subjetivas del cliente e incidencia en la apreciación del error vicio.—El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter de experto en el mercado de productos financieros, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap* no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

En este sentido, cuando el contratante del *swap* es una sociedad, no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad; son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.

Incumplimiento de los deberes de información y error vicio del consentimiento en un contrato de *swap*.—Cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato –como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso–, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable. La razón descansa en que es la contraparte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por el banco de la obligación de informar

de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Naturaleza de la obligación de información impuesta por la normativa del mercado de valores.—La obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. La empresa de servicios de inversión debe facilitar la información impuesta por la normativa legal. De este modo, no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia. (STS de 13 de noviembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Fincas Blanco Esplugues, S. L. y Banco Santander celebraron un contrato de *swap* bonificado reversible que suscribieron el 29 de diciembre de 2006 con un notional de seis millones de euros. Cuando Fincas Blanco, una vez que los tipos de interés comenzaron a descender, tuvo conocimiento de la naturaleza de producto de alto riesgo que tenía el *swap* y del elevado coste que ello le iba a suponer, Banco Santander le solicitó 330.000 euros para cancelarlo, sin que se le hubiera advertido tampoco de la existencia de un coste de cancelación que podía tener esa envergadura.

La sociedad interpuso demanda frente al banco solicitando que se declarara la nulidad del contrato que habría venido causado por la información insuficiente suministrada por Banco Santander.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que no había acreditado que la demandada supiera o pudiera prever la caída de los tipos de interés que iba a producirse unos años después, ni la falta de información adecuada previa a la conclusión del contrato. Entendió asimismo que el error no era excusable pues la demandante es una empresa inmobiliaria, por lo que no puede aceptarse que su administrador afirme no haber entendido el producto, pues se le presume un trato habitual con productos bancarios.

Fincas Blanco recurrió la sentencia en apelación desestimando la Audiencia Provincial el recurso la naturaleza, porque el objeto y condiciones del *swap* parecían claramente expresados en el contrato; la demandante era una empresa inmobiliaria; su administrador había contado con el asesoramiento del contable de la empresa; los primeros años tuvieron liquidaciones a su favor, y solo cuando los tipos de interés bajan y el saldo comienza a ser negativo para la demandante, esta interesó la nulidad del contrato.

Frente a esta sentencia, Fincas Blanco interpone sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

NOTA.—En contratos de permuta financiera de tipo de interés resulta determinante situar el *dies a quo* a efectos de apreciar la caducidad de la acción de anulación por el transcurso del plazo de cuatro años (art. 1.303 CC). En concreto, la Sala 1.ª del Tribunal

Supremo entiende que dicho plazo comienza a computarse a partir de la primera liquidación negativa de intereses, ya que es en ese momento cuando el cliente conoce la operativa comercial del producto y sus efectos nocivos (STS 3 de marzo de 2017).

A propósito del deber de información del banco y su posible incursión en conflicto de intereses con el cliente dentro de un contrato de *swap*, convendría que la jurisprudencia –si no el legislador– trazase una línea divisoria entre el interés del cliente y el interés propio de la entidad financiera. La defensa del interés del cliente se encomienda hoy por el artículo 208 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores a las entidades financieras, las cuales deben cuidar de los intereses de los clientes como si fueran propios. El Prof. Morales Moreno ha sostenido que, más allá del deber del banco de informar al cliente de todo lo que le impone la LMV para superar el conflicto de interés, comienza su propio ámbito de libertad empresarial. Destaca el esfuerzo de este autor en tratar de esbozar una frontera entre el espacio de ambos intereses. A su juicio, *«en el ámbito en el que opera la aleatoriedad del swap es posible conciliar la obligada defensa del interés del cliente (circunscrita, en ese ámbito, a la información del riesgo que implica para el cliente el contrato) con el mantenimiento del interés del banco. Porque es la suerte la que reparte los beneficios o pérdidas del contrato. Pero fuera de ese ámbito, en la medida en que sea posible establecer predicciones de futuro (más o menos próximo) sobre el curso de los intereses y la suerte, aun sin dejar de existir, deje de operar de modo exclusivo, se acentúa el conflicto de intereses entre el banco y el cliente; prevalece la protección del interés del cliente sobre el del banco, canalizado a través del deber de información»*. Sin embargo, Morales Moreno añade un matiz importante, pues considera que las estrategias de inversión de la entidad financiera, sus apuestas por una evolución u otra del mercado, así como sus operaciones de ordenación y cobertura de riesgos pertenecen al legítimo desarrollo de la actividad empresarial. Las tres anteriores particularidades exceden del deber de información de la entidad y se insertan dentro de su propio interés, toda vez que esta información va más allá de la que un asesor independiente, experto en la materia, sería capaz de proporcionar al cliente. El asesor independiente, experto en la materia, propuesto por Morales Moreno, puede constituir un parámetro de comparación adecuado para hacer más clara la separación entre los intereses del cliente y los de la entidad financiera en el marco del deber de información impuesto por la normativa sectorial (*vide*. MORALES MORENO, A. M., «Permuta financiera de intereses (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21-11-2012», *Revista de Derecho Mercantil*, 289, Julio-Septiembre 2013, pp. 407-442). (A. I. R. A.)

6. Deber de información y error vicio en la contratación de productos financieros complejos.—El consentimiento es viciado por la falta de conocimiento del producto financiero contratado y los concretos riesgos aso-

ciados al mismo, lo cual determina en el cliente inversor no profesional contratante una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato. El incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información que sobre ella recaen no determina *per se* el vicio en el consentimiento, pues puede darse el supuesto de que el cliente concreto ya conociera el contenido de dicha información.

En esos casos, se considera que la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente del producto financiero contratado y sus riesgos. Así, el incumplimiento de los deberes de información por la entidad financiera conlleva una presunción *iusuris tantum* de la existencia de error vicio (*vide*. STS de 20 de enero de 2014). (STS de 20 de octubre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—D. Sergio y Dña. Ana celebran con Bankinter un contrato de gestión de riesgos financieros derivado de la suscripción de otro contrato de crédito hipotecario a interés variable. El contrato de gestión de riesgos consistía en una permuta financiera de tipo de interés (*swap*) de dos años y medio de duración y con liquidaciones trimestrales. El *swap* servía a la cobertura del riesgo de fluctuación del interés variable del préstamo hipotecario concertado.

No existió, al momento de contratar, información previa a la contratación del *swap* adecuada sobre las características del producto y los concretos riesgos asumidos por los clientes.

D. Sergio y Dña. Ana interpusieron demanda interesando la nulidad del contrato de *swap* por error vicio en el consentimiento derivado del incumplimiento por parte del banco de los deberes de información y de que el clausulado del contrato no contenía información clara, concreta y sencilla sobre el producto y los riesgos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sobre la base de las simulaciones con liquidaciones positivas y negativas que se habrían efectuado a los clientes; y de la experiencia en contratación bancaria que estos atesoraban.

Frente a esta resolución, los clientes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso por entender que la suficiencia de la información precontractual no se acreditó. Asimismo, la Audiencia consideró que el banco era conocedor de la evolución previsible de los tipos de interés sin que informaran a los clientes sobre este particular.

La sentencia de apelación fue recurrida en casación por Bankinter.

NOTA.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha declarado en sus sentencias núm. 385/2014, de 7 de julio, 110/2015, de 26 de febrero, y 535/2015, de 15 de octubre, entre otras, que no es relevante que la información que la empresa de servicios de inversión facilita al cliente no incluya la previsión de evolución de los tipos de interés. Así, en la sentencias núm. 491/2015, de 15 de septiembre, y 535/2015, de 15 de octubre, la Sala 1.^a ha sostenido que no cabe apreciar error vicio en la contratación del *swap* basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumpli-

miento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado. (A. I. R. A.)

7. Pagaré en blanco en garantía de un crédito y abusividad.—Una condición general que prevé la firma de un pagaré en garantía del crédito por parte del prestatario consumidor, donde el importe por el que se presentará la demanda por juicio cambiario es completado unilateralmente por el prestamista, es abusiva y, por tanto, nula. La razón que fundamenta la abusividad de la cláusula descansa en que el contrato se celebra en documento privado sin intervención de fedatario público —no constitutivo de título ejecutivo según el artículo 517 LEC— pero que faculta al banco prestamista el acceso a un proceso privilegiado para el cobro de su crédito, sin que el consumidor reciba contraprestación a cambio. Asimismo, la abusividad se desprende de que (i) la cláusula priva al consumidor de la información, el asesoramiento previo, el control de legalidad, la fehaciencia y la seguridad jurídica que proporciona el notario; (ii) se impide al tribunal el control de oficio de cláusulas abusivas, al basarse la acción en el pagaré emitido en garantía del cumplimiento; (iii) aunque el pagaré es librado con la mención de un importe, en la práctica opera como un pagaré en garantía librado en blanco que permite al tenedor completarlo con el importe resultante de la liquidación de la operación; (iv) la cláusula invierte la carga de la prueba desplazando sobre el prestatario la obligación de oponer excepción de complementación abusiva del pagaré; y (v) la utilización de esta condición permite al prestamista acudir a un proceso privilegiado que comienza con un embargo cautelar inaudita parte y sin necesidad de prestar caución ni justificar el peligro en la tardanza. (**STS de 11 de noviembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Caixabanc celebra con D. Jon, consumidor, contrato de préstamo al consumo formalizado con pagaré. En el contrato de préstamo se convino la formalización de un pagaré a favor de Caixabanc por el mismo importe del préstamo y que operaría como garantía hasta su devolución. El pagaré fue completado por el banco haciendo constar las cantidades pendientes de pago correspondientes al principal, a intereses remuneratorios y a intereses moratorios al tipo del 20,50%.

El pagaré resultó impagado por D. Jon, dando Caixabanc por vencido anticipadamente el préstamo y formulando demanda de juicio cambiario en reclamación del principal pendiente de pago, los intereses remuneratorios y el interés de demora. D. Jon presentó oposición alegando el carácter abusivo del pagaré librado en garantía del préstamo como del propio contrato.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de oposición cambiaria al considerar que el pagaré en blanco en garantía de préstamo al consumo constituye una práctica habitual y jurídicamente aceptada. D. Jon recurrió en apelación y la sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la validez del fallo de la instancia.

D. Jon formuló recurso de casación frente a la sentencia de segunda instancia.

NOTA.—La presente Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo objeto de extracto viene a confirmar el sentido de la STS de Pleno (Sala 1.^a) de 12 de noviembre de 2014. (A. I. R. A.)

8. Relatividad de los contratos.—El conocimiento, por parte de la entidad financiera prestamista con garantía real a su favor, del contenido del contrato celebrado entre su deudor y otra parte, interviniendo además de manera relevante en la ejecución del contrato y participando en su gestión registral provoca que la entidad financiera se vea vinculada por los pactos del contrato celebrado por su prestataria, aunque no sea parte del mismo. Esta vinculación comporta que el tercero venga obligado a respetar la situación jurídica creada con el contrato celebrado por su prestataria y a indemnizar los daños y perjuicios que se puedan irrogar a la parte contratante cuyo derecho de crédito se ha visto lesionado por el tercero. La relatividad de los efectos de los contratos (art. 1.257 CC), en cuanto que *res inter alios acta*, debe interpretarse, por tanto, no de un modo general y abstracto, sino de manera concreta y muy determinada.

Protección del tercero hipotecario.—La publicidad dimanante de la hoja registral, si bien supone un ámbito de publicidad que no puede ser ignorado por nadie (arts. 34 y 38 LH), no agota el elenco de circunstancias, gravámenes, cargas y derechos que pueden afectar a quien contrate con el titular registral, si se prueba que el contratante las conoce y consiente. (STS de 6 de octubre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La sociedad A celebra con la sociedad promotora B un contrato de permuta de un piso —propiedad de A— a cambio de obra futura. B se comprometía a la entrega de un piso y plaza de garaje en la nueva construcción libre de cargas o gravámenes. En la misma fecha, la promotora B constituye un derecho real de hipoteca sobre el solar resultante de haber demolido ya la edificación en que radicaba el piso de la permuta, como garantía del préstamo que el concedía la entidad financiera C. Tras la división horizontal del nuevo edificio en construcción, B y C presentan de mutuo acuerdo solicitud en el Registro de la Propiedad interesando la liberación de la carga hipotecaria constituida respecto de varios inmuebles resultantes de la división horizontal. Sin embargo, mantuvieron la carga hipotecaria respecto de los inmuebles que A, como cedente de la permuta, debía de recibir de la cesionaria B en contraprestación.

A interpone demanda contra B y C solicitando la declaración de nulidad del contrato de permuta, así como la cancelación de las inscripciones registrales. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por entender que concurrió causa ilícita contraria a la moral, ya que B y C no cumplieron el compromiso de entregar los inmuebles libres de cargas, pese a conocer que así debían actuar.

C recurrió la sentencia en apelación. La Audiencia Provincial confirmó la ilicitud de la causa por considerar la actuación de las codemandadas como contraria a la moral jurídica o buena fe exigible en el tráfico. Contra la sentencia, C interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

9. Contrato de gestión de cartera y falta de información.—La gestión de la cartera de un cliente sobre la base de especificaciones y limitaciones que no quedan establecidas en el propio contrato de gestión de cartera suscrito por las partes —respecto de las que no hubo aceptación expresa por parte del titular de la cartera— y sin adaptar el contrato a la Circular 1/2000 de la CNMV constituye una actuación incorrecta del banco. Si la actuación incorrecta del banco, que afecta a la relación contractual de gestión de cartera, provoca un perjuicio al cliente, el banco queda obligado a indemnizar las pérdidas irrogadas a aquel. (**STS de 6 de octubre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Dña. Guadalupe y D. Raúl concertaron, el 7 de abril de 2000, con BBV un contrato de gestión de carteras en la modalidad «cartera dinámica» con una aportación inicial de 90.151,1 euros. Desde el principio, la cartera sufrió pérdidas respecto de la cantidad inicialmente aportada. Las pérdidas se sucedieron en los meses posteriores. Por este motivo, Dña. Guadalupe acudió para quejarse, en varias ocasiones, a la oficina del banco de la que eran clientes y donde habían suscrito el contrato. El contrato inicial debía adaptarse a las exigencias de la Circular 2/2000 de la CNMV. En julio de 2003, BBVA remite una carta a los clientes en la que les indica que la gestión de cartera se viene realizando de acuerdo a un perfil agresivo, que iban a seguir manteniendo salvo indicación en contrario de aquellos. BBVA no consultó a los clientes sobre el riesgo que deseaban asumir. En 2007, la cartera había quedado reducida a 24.000 euros.

Dña. Guadalupe formuló reclamación ante el Defensor del Cliente de BBVA, quien concluyó que el banco había actuado incorrectamente al no obtener el perfil inversor de los clientes mediante la firma del contrato de adaptación. Dña. Guadalupe formuló también reclamación ante la CNMV que constató que la actuación del banco había sido incorrecta por haber gestionado el patrimonio sobre la base de especificaciones y limitaciones no establecidas en el contrato firmado por las partes; y por no acreditar que los clientes firmasen un nuevo contrato de gestión adaptado a los requisitos de la normativa.

Los clientes terminaron por interponer demanda frente a BBVA interesando la nulidad del contrato por inexistencia de consentimiento por error grave, subsidiariamente por dolo y más subsidiariamente por ilicitud de la causa. También subsidiariamente, los clientes ejercitaron una acción indemnizatoria por daños y perjuicios ocasionados por el banco por negligencia y exceso de gestión de la cartera.

El Juzgado estimó la pretensión indemnizatoria basándose en la defectuosa atención y asesoramiento a los demandantes por medio de los empleados que constituyó un claro incumplimiento de los deberes de información y lealtad para con el cliente. El Juzgado desestimó la acción de nulidad.

BBVA recurrió la sentencia de primera instancia estimando la Audiencia Provincial el recurso de apelación al entender que no se produjo incumplimiento contractual que justificase la condena a indemnizar impuesta por el Juzgado. A juicio de la Audiencia,

en 2003 se comunicó a los clientes que la gestión de cartera se desarrollaba contando con un perfil agresivo.

D. Raúl y Dña. Guadalupe recurrieron la sentencia de la Audiencia Provincial en casación. (A. I. R. A.)

10. Contrato de obra y contratos de compraventa. Incumplimiento contractual: Inexistencia de lucro cesante y posibilidad de diferirse a ejecución de sentencia su determinación.—La obtención de una cantidad por lucro cesante, pretendida en el presente procedimiento, está próxima al concepto de *sueños de ganancia*, por ello, no procede su determinación. Para diferirse a ejecución de sentencia la determinación del lucro cesante han de existir las bases que permitirían mediante una simple operación aritmética concretar la cantidad correspondiente. (STS de 10 de diciembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Las partes mantuvieron una larga y compleja relación, de contrato de ejecución de obra y contratos de compraventa. La sociedad actora demandó una cantidad como precio por las obras de edificación y urbanización ejecutadas, otra por el precio pendiente de pago derivado de la compra de un garaje, y una tercera cantidad en concepto de intereses; además, solicitó la condena del demandado a otorgar escritura pública por la compra del garaje. La parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando: a) la devolución del precio pagado por el garaje y sus intereses al haber quedado resuelta su compraventa, b) la devolución de la cantidad pagada en exceso por la obra ejecutada, c) los intereses legales de dichas cantidades, y, a grandes rasgos, d) el pago de una indemnización por el retraso en la obra de construcción de un hotel. Quedo probado que la demandada-reconviniente no acreditó el escalonamiento de entrega de las habitaciones del hotel objeto de construcción; su disponibilidad, en el caso de ser necesarias reparaciones; y la ocupación media de un hotel de sus características en las mismas fechas y ciudad. El Juzgado estimó en parte las dos primeras pretensiones de la demanda y condenó a otorgar escritura pública de la compraventa del garaje previo pago del precio, desestimando la reconvencción. La audiencia redujo las dos cantidades objeto de condena en primera instancia, al ser partidas duplicadas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la parte demandada y reconviniente.

NOTA.—El lucro cesante es la ganancia que el acreedor ha dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento del contrato (art. 1106 CC); implica un *provecho* o ventaja que hubiera obtenido en caso de cumplimiento del contrato, y del que se ha visto *privado* como consecuencia del incumplimiento. El provecho supone, normalmente, un incremento de valor de su patrimonio, aunque no sea ésa la idea primaria del lucro. Si consideramos que, en caso de retraso en la entrega de la cosa, el acreedor tiene derecho a ser indemnizado por la privación temporal del uso personal de ella, conforme al valor que dicho uso tenga en el mercado, el beneficio perdido en este caso, equiparable a un lucro cesante, no implica

directamente un incremento del patrimonio. Véase, MORALES MORENO, A.-M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* (Madrid 2010) p. 31. (I. D.-L.)

11. El fraude de acreedores como fundamento de la acción de nulidad por simulación, de la acción de nulidad por causa ilícita.—El fraude de acreedores puede fundamentar la acción de nulidad por causa ilícita cuando la finalidad del negocio efectivamente celebrado es defraudar a los acreedores de alguno de los contratantes. Asimismo, el fraude de acreedores puede fundar la acción de nulidad por simulación contractual, cuando únicamente se da una apariencia de negocio jurídico destinada a defraudar a los acreedores.

Por un lado, el propósito fraudulento común a los contratantes, que constituye la causa ilícita invalidante del contrato (art. 1.275 CC), puede consistir en defraudar a los acreedores. Esta intención común de las partes en el contrato de defraudar al acreedor o a los acreedores se eleva a la categoría de causa ilícita, por ser contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC) y permite ejercitar la acción de nulidad del negocio.

En el caso de simulación absoluta, la causa de la simulación puede consistir en el propósito de defraudar a los acreedores mediante la disminución ficticia del patrimonio, en cuyo caso puede ejercitarse la acción de nulidad junto con la acción rescisoria.

El fraude de acreedores como fundamento de la acción rescisoria.—La acción rescisoria por fraude de acreedores (art. 1.291.3.º CC) tiene hoy su centro de gravedad en el perjuicio del acreedor, como elemento objetivo. El fraude de acreedores que sirve a fundamentar la acción rescisoria no viene determinado por el propósito común de los contratantes, elevado a la categoría de causa (ilícita) del contrato que provoca su nulidad. Más bien al contrario, el contrato resulta válido pero, al tener como consecuencia el fraude de acreedores, puede ser rescindido si dentro del plazo legal se ejercita la acción rescisoria o pauliana.

La defraudación cometida por el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores no tiene por qué ser dolosa o intencional, sino que basta con que se produzca un perjuicio para aquellos. El éxito de la acción rescisoria no depende en sí del propósito defraudatorio (*consilium fraudis*) bastando la mera conciencia del deudor de causar daño o perjuicio.

Compatibilidad entre las acciones de nulidad o de la acción rescisoria no concursal con la acción rescisoria concursal.—El hecho de que el contratante contra el que se dirigen las acciones de nulidad por fraude de acreedores (causa ilícita o simulación) o la acción rescisoria no concursal se encuentre declarado en concurso no es obstáculo para el ejercicio de las mismas. En efecto, el artículo 71.1 LC prevé que el ejercicio de las acciones rescisorias (concurso) no impide el de otras acciones de impugnación de actos del deudor procedentes conforme a Derecho. (**STS de 3 de noviembre de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En el marco del concurso de acreedores de Contratas Marcos S. L. la administración concursal interpone demanda de incidente concursal interesando la nulidad de pleno derecho y, subsidiariamente la rescisión, de un conjunto de operaciones realizadas por la concursada y que, a su entender, carecían de causa lícita o

fueron efectuadas en fraude de acreedores. Estas acciones vinieron a extraer el activo de la sociedad concursada a favor de su socio único y provocaron la insolvencia de la sociedad debido a su incapacidad de atender los créditos existentes a la fecha de aquellos negocios.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó las acciones de nulidad por considerar que el ordenamiento jurídico establece una acción específica para que se declare la ineficacia del negocio en caso de fraude de acreedores, la acción rescisoria, y acordó la rescisión de dos de las operaciones cuestionadas por la administración concursal. Ante ello, la administración concursal y los acreedores interpusieron recurso de apelación. Por su parte, el socio único y una de las sociedades beneficiadas por las operaciones.

La Audiencia Provincial estimó los recursos de apelación interpuestos por la administración concursal y los acreedores considerando que las operaciones habían sido realizadas con la intención común de vaciar el patrimonio de Contratas Marcos. Así, declaró la nulidad de pleno derecho de los actos y negocios jurídicos impugnados.

La concursada y el socio único interpusieron sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. (A. I. R. A.)

12. Inexistencia de obligaciones recíprocas en contratos de *swap* y consecuencias a efectos de la calificación concursal del crédito derivado de aquellos.—Cuando el contrato de permuta financiera no está vinculado a ninguna operación, aquel no produce obligaciones recíprocas. De un contrato de *swap* no nacen obligaciones compensables, el intercambio de flujos forma parte del mecanismo de cálculo o determinación, al tiempo de realizar la liquidación, de una única obligación. La circunstancia de que, en un contrato de *swap*, el riesgo sea bilateral no permite afirmar que del mismo se derivan obligaciones recíprocas, es decir, por el simple hecho de que la aleatoriedad propia del contrato provoque que la parte para la que surgen obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones no basta para entender que el *swap* genera obligaciones recíprocas.

La existencia de obligaciones recíprocas depende de que la prestación que realiza una de las partes opere como contraprestación de la que ha de cumplir la otra, y viceversa.

Con ello, si la obligación derivada del vencimiento y liquidación anticipada de un contrato de *swap* producidos con posterioridad a la declaración de concurso resulta a cargo del concursado, el criterio para calificar la obligación es el mismo que el criterio a emplear para calificar el crédito que hubiera surgido a favor de la entidad financiera en cada una de las liquidaciones posteriores a la declaración de concurso de haberse mantenido el plazo. Por tanto, el artículo 61.2 LC, previsto para obligaciones recíprocas, no es aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas: debe mantenerse la calificación del crédito resultante de la liquidación anticipada del contrato de *swap* como crédito concursal.

Compensación contractual en contratos marco de operaciones financieras y su relación con el concurso.—La apertura del procedimiento concursal puede ser la causa de la declaración de vencimiento anticipado del acuerdo de compensación contractual existente entre las partes. Ello supone

una excepción legal al régimen del artículo 61.3 LC, que establece que el concurso no es causa de extinción de los contratos en que el concursado sea parte. De esta manera, en la ejecución del vencimiento anticipado del acuerdo de compensación contractual se incluye como deuda de la parte concursada el importe neto de las liquidaciones contractuales a favor y en contra de la concursada (art. 16.2 Real Decreto-ley 5/2005).

No aplicación del régimen de los acuerdos de compensación contractual a simples contratos bancarios.—El régimen de compensación contractual que permite la declaración del vencimiento anticipado del acuerdo de compensación en caso de declaración de concurso no resulta de aplicación cuando el acuerdo de compensación comprende un único derivado (por ejemplo, un *swap*). Si así se permitiese, quedaría desvirtuada la función primordial del acuerdo de compensación: permitir la compensación entre diferentes derivados contratados entre las mismas partes. Con otras palabras, el acuerdo de compensación contractual se vincula a una pluralidad de operaciones financieras cuyas liquidaciones están destinadas a ser compensadas para dar lugar a un saldo neto único. Una única operación financiera no puede identificarse sin más con el acuerdo de compensación, porque ello supondría equiparar la compensación resultante de varias operaciones financieras con la liquidación de un único contrato.

Los créditos derivados de un contrato de *swap* no pueden considerarse créditos contra la masa.—La Sala 1.^a establece como doctrina que los créditos derivados de contratos de *swap* en que el deudor se encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengado antes o después de la declaración del concurso. La razón de esta exclusión obedece a que la dinámica de un contrato de *swap* no se subsume en el artículo 84.2 LC interpretado teleológicamente, pues la calificación de un crédito como contra la masa sirve a la tramitación del propio concurso o su contribución a la continuación de la actividad del deudor; y un contrato de *swap* no se inserta en ninguna de las dos funciones anteriores. (STS de 17 de noviembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—BBVA impugnó la lista de acreedores formulada por la administración concursal de la sociedad mercantil M. La impugnación interesaba que se calificase como crédito contra la masa una liquidación trimestral procedente de un contrato de *swap* vencida antes de la declaración de concurso, así como que recibieran el mismo tratamiento las liquidaciones posteriores. La administración concursal había excluido el crédito referente a la liquidación previa al concurso, y calificado como ordinarios los correspondientes a liquidaciones posteriores.

Sustanciado el incidente concursal, el Juzgado de lo Mercantil desestimó las impugnaciones. La relativa al crédito precedente por no haberse comunicado; y las correspondientes a liquidaciones posteriores por no considerar como obligaciones recíprocas las liquidaciones resultantes del *swap*.

BBVA recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Al contrario que el Juzgado, la Audiencia sí consideró que un contrato de *swap* produce obligaciones recíprocas. En consecuencia, a juicio de la Audiencia, las liquidaciones nacidas tras el concurso que sean de saldo negativo para el concursado constitu-

yen una obligación recíproca pendiente de cumplimiento por el mismo, lo cual significa además la consideración de aquellas como crédito contra la masa.

La administración concursal de M interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia. (A. I. R. A.)

13. Concurso de acreedores. Arrendamiento financiero o *leasing*. Naturaleza del crédito derivado de las cuotas de *leasing* vencidas tras la declaración del concurso. La naturaleza sinalagmática de las obligaciones derivadas del contrato de *leasing*.—Para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 LC, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. La reciprocidad de las obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra. Esto sucede con el arrendamiento financiero, aunque el valor de las prestaciones no sea equivalente. Pero para determinar si la relación nacida de dicho contrato de *leasing* sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas. Y, en este sentido, en el caso en cuestión el contrato no establecía obligaciones a cargo de la arrendadora que se encontrasen pendientes de cumplimiento en el momento de declaración del concurso, lo que avala además el hecho de que se liberara de toda responsabilidad respecto de la idoneidad, funcionamiento o rendimiento de los bienes, subrogando a la arrendataria en todas las acciones a que hubiera lugar para el saneamiento. De manera que, al declararse el concurso, solo quedaban obligaciones pendientes de cumplimiento para la concursada. No pueden, por ende, calificarse como obligaciones pendientes de cumplimiento por la arrendadora las que forman parte del deber general de conducta implícito en el «*pacta sunt servanda*», como las de permitir el goce pacífico de la cosa o la de no impedir el uso de la cosa por la arrendataria, todas las cuales han sido ya en esencia cumplidas con la entrega del bien objeto del arrendamiento financiero.

Incidencia de las modificaciones introducidas en la Ley Concursal por la reforma de la Ley 38/2011.—La interpretación que ha de darse a la nueva redacción del artículo 61.2 LC, y en especial al último inciso en el que hace mención a los contratos de arrendamiento financiero, es que si del análisis del concreto contrato de *leasing* concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración del concurso, será aplicable el régimen previsto en dicho precepto para la resolución en interés del concurso del contrato de *leasing* pendiente de cumplimiento por ambas partes. Pero no puede entenderse que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de *leasing* la naturaleza de contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes. (STS de 12 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La entidad financiera CLP interpuso una demanda incidental en el concurso de la mercantil TG, S. L. para que se

declarase que el crédito derivado de las cuotas del contrato de leasing suscrito con la concursada, que se devengarán tras la declaración de concurso, fuera considerado crédito contra la masa en aplicación del artículo 61.2 LC, en la redacción dada a este precepto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La pretensión fue desestimada en ambas instancias al considerar los tribunales que tales créditos debían ser entendidos como créditos concursales con privilegio especial, pero no créditos contra la masa. La razón primordial era que, para que pudiera aplicarse la previsión contenida en el artículo 61.2 LC era necesario que se tratase de obligaciones recíprocas subsistentes, de manera que al tiempo de generarse el derecho al cobro de cada cuota, las partes estuviesen obligada una frente a la otra a dar o hacer alguna cosa, es decir, que existiesen obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso; lo que no acontecía en el supuesto de autos, toda vez que con la entrega del bien a la arrendadora no le quedaban más obligaciones que cumplir, más aún cuando en el mismo contrato se había pactado la exclusión de responsabilidad de aquella respecto de la idoneidad, funcionamiento o rendimiento de los bienes, quedando subrogado el arrendatario frente al proveedor o fabricante en orden al saneamiento por evicción y vicios ocultos. El Tribunal Supremo, confirmando la doctrinal jurisprudencial iniciada en decisiones anteriores, confirmó la sentencia apelada y no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El caso que aborda la sentencia del Alto Tribunal trae a debate un tema que ha sido durante años conflictivo y polémico, cual es la naturaleza, a partir de la declaración del concurso, de la deuda generada por las cuotas de un contrato de leasing suscrito por la concursada: si se trata de un crédito contra la masa, pagadero por la misma a medida que se produzca el vencimiento de cada cuota; o si estamos ante un crédito concursal, sometido a la prelación para el cobro establecida legalmente, si bien con el privilegio especial que le reconoce el artículo 90.1.4.º LC. El asunto fue pacífico inicialmente, estimándose en general que al tratarse de un contrato de tracto sucesivo que generaba obligaciones recíprocas todavía pendientes de cumplimiento tras la declaración del concurso, debía estimarse que las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de aquel generaban un crédito contra la masa, en tanto que los créditos no satisfechos por cuotas devengadas antes de la declaración del concurso tenían el carácter de créditos concursales. En este sentido era habitual que se pronunciaran las audiencias provinciales (SAP Barcelona (15.ª) de 19 de junio de 2009; SAP Zaragoza (5.ª) de 21 de noviembre de 2008; SAP Tarragona (1.ª) de 13 de marzo de 2013, entre otras). Doctrina que había sido sostenida también por el Tribunal Supremo en su STS de 30 de marzo de 2007. Sin embargo, a partir de 2010 se produjo un cambio de criterio auspiciado por una interpretación según la cual, si en el clausulado del contrato la arrendadora no asumía obligación alguna más allá de la entrega del bien, o excluía cualquier otra obligación distinta a ésta última, debía considerarse que el contrato, pese a ser sinalagmático *ab initio*, había dejado de serlo una vez se producía la entrega de la cosa por la arrendadora y, a partir de tal momento, no podría hablar-

se de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En consecuencia, los créditos nacidos del impago de cuotas del leasing devengadas con posterioridad a la declaración del concurso no podían ya considerarse créditos contra la masa, al faltar precisamente la nota de la pendencia del cumplimiento de obligaciones recíprocas, ya que la reciprocidad, como indicamos, había dejado de existir. Iniciada esta nueva orientación por la SAP Barcelona (15.^a) de 9 de noviembre de 2010, es luego continuada por otras, como la SAP Valencia (9.^a) de 12 de abril de 2012, SAP Valencia (9.^a) de 23 de enero de 2013, SAP Barcelona (15.^a) de 6 de febrero de 2013, convirtiendo lo que hasta entonces había sido un criterio minoritario y residual en la postura más seguida. La reforma del artículo 61 LC por la Ley 38/2011, pese a sus deseos, no aclaró la cuestión; antes bien añadió más confusión al respecto [Cfr. CARRASCO PERERA, A. *Comentario a la STS de 11 de junio de 2013. Naturaleza concursal de las cuotas derivadas de contrato de leasing con posterioridad al concurso*, CCJC, 94 (2014), pp. 429-ss.], hasta el punto de provocar nuevamente el cambio de criterio en muchas audiencias [v. GALICIA AIZPURÚA, G. *Naturaleza de las cuotas de leasing devengadas tras la declaración de concurso*, RACM, 1 (2016), pp.135-ss.]. No obstante, el Tribunal Supremo tuvo ocasión seguidamente de terciar sobre esta materia manteniendo en esencia la interpretación que se había abierto paso con anterioridad a la reforma de 2011. Así, en su STS de 12 febrero 2013, al igual que en otras que le siguieron (v.gr. SSTS 27 de julio de 2013, de 5 de septiembre de 2013, de 11 de febrero de 2014 y de 25 marzo 2014), continuó sosteniendo la inexistencia de obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de la arrendadora, una vez entregado el objeto del contrato y, especialmente, cuando en el mismo acuerdo se ha liberado de cualquier otra obligación, incluidas las relativas al saneamiento, aunque con críticas desde cierto sector de la doctrina [cfr. BERNÁLDEZ, M. P. *El arrendamiento financiero tras la reforma de la Ley Concursal*, RDCP, 19 (2013), pp. 288 y 289]. Bien es verdad que se trataba de supuestos a los que eran aplicables la legislación anterior a la reforma de 2011. Sin embargo, en la STS de 12 de noviembre de 2014, valorando ya la aplicación de la norma del artículo 61.2 en la redacción dada por la Ley 38/2011, aclara el Alto Tribunal que tal reforma no añade ni cambia nada al criterio ya sentado, pues la incorporación al precepto del supuesto concreto del arrendamiento financiero solo supone que se aplique el régimen previsto en el artículo 61.2 cuando del contrato de leasing concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración de concurso; pero en ningún caso puede interpretarse la nueva norma en el sentido de que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de leasing la naturaleza de contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes. Esta idea es la que ahora se reitera en la STS de 12 de septiembre de 2015, consolidando así un criterio jurisprudencial que se ha puesto a salvo de los cambios legislativos. (L. A. G. D.)

14. Arrendamientos urbanos. Desahucio por falta de pago de la renta y cantidades asimilada. Enervación. Interpretación del artículo 22.4 LEC: requisitos del requerimiento de pago para que el mismo impida la enervación de la acción en el juicio de desahucio.—La STS de 28 de mayo de 2014 declaró, acerca de los requisitos del requerimiento del artículo 22.4 LEC, lo siguiente: 1). La comunicación ha de contener un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada. 2) Ha de ser fehaciente, es decir, por medio que permita acreditar que llegó a conocimiento del arrendatario, con la claridad suficiente. 3). Ha de referirse a rentas impagadas. 4) Debe transcurrir el plazo legalmente previsto, que ha venido fluctuando entre uno y dos meses, en las sucesivas reformas legales. 5) Que el arrendatario no haya puesto a disposición del arrendador la cantidad reclamada.

El requerimiento de pago no exige que se comunique al arrendatario que el contrato va a ser resuelto y que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.—El requerimiento de pago que se hace al amparo del artículo 22.4 LEC no se exige que se comunique al arrendatario. 1) Que el contrato va a ser resuelto. 2) Que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo. El legislador no obliga al arrendador a que se constituya en asesor del arrendatario, sino tan solo a que le requiera de pago. (SSTS de 28 de mayo de 2014 y 23 de junio de 2014). (STS de 22 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El arrendador de una vivienda presentó demanda de desahucio por falta de pago. Se da la circunstancia de que tres meses antes de la presentación de la demanda, el arrendador remitió burofax al arrendatario en el que le requirió el abono de las cantidades adeudadas. Tras la presentación de la demanda y antes de la celebración de la vista el demandado/arrendatario procedió a abonar el IBI y a consignar el resto de las cantidades reclamadas. La sentencia de la Primera Instancia declaró enervada la acción de desahucio. La Audiencia Provincial revoca la sentencia y estima la acción resolutoria. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La Sentencia vuelve a pronunciarse sobre cómo ha de interpretarse el artículo 22.4 LEC en relación con los requisitos que ha de tener el requerimiento de pago para que el mismo impida la enervación de la acción en el juicio de desahucio. Las audiencias provinciales han interpretado dicho precepto de dos maneras diferentes: a) para algunas el precepto exige que la comunicación advierta que se da por resuelto el contrato de arrendamiento en el caso de no abonarse la cantidad reclamada debidamente especificada; y b) otras audiencias entienden que basta con el requerimiento de pago, sin advertir de consecuencias resolutorias y sin que sea necesario tampoco el anuncio de que no podrá enervar la acción de desahucio si no paga en el plazo preceptivo. El Tribunal Supremo reitera en esta sentencia que la interpretación correcta es la segunda como ya había manifestado en las SSTS de 28 de mayo y 23 de junio de 2014. Por lo tanto, se trata de una doctrina jurisprudencial consolidada. (C. O. M.)

15. Contrato de arrendamiento. Subarriendo de naves industriales. Extinción anticipada del contrato por voluntad del subarrendatario. Interpretación de las cláusulas del contrato. No es cláusula penal la que establece en los casos de resolución unilateral el pago de todas las cantidades correspondientes a rentas y gastos que se habrían devengado hasta la fecha de finalización del contrato.—No cabe entender que se haya moderado la cláusula penal, pues lo efectuado en la sentencia recurrida es interpretar las cláusulas contractuales, declarando que no es cláusula penal lo relativo al pago de las demás obligaciones económicas hasta el vencimiento definitivo del contrato. Por ello procede desestimar la pretensión principal del recurrente tendente a la estimación íntegra de la demanda, y sí estimar la petición subsidiaria en el sentido de que se condene a la demandada al abono tanto de las rentas que quedaran pendiente hasta la finalización del contrato así como a la cantidad a la que asciendan los consumos y gastos previstos en la cláusula contractual, cuya exacta cuantía podrá determinarse en un proceso posterior de acuerdo con lo establecido en el artículo 219 LEC y la jurisprudencia que lo interpreta (STS, Pleno, de 16 de enero de 2012, SSTS de 11 de julio y de 24 de octubre de 2012, SSTS de 9 de enero y de 28 de noviembre de 2013). (STS de 2 de diciembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La actora subarrendó a la demandada una nave industrial de la que la primera era arrendataria. El contrato se pactó en 2006 y debía durar hasta la finalización de 2013. Sin embargo, transcurridos los cuatro primeros años, la subarrendataria comunicó a la subarrendadora que no continuaría en el uso de la nave. Ésta última demandó reclamando como indemnización de daños y perjuicios, conforme a la correspondiente cláusula del contrato, la suma de las treinta y cinco mensualidades que restaban por cumplir así como el pago de veinticinco mil euros mensuales de gastos fijos por cada uno de esos meses. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda pero la Audiencia Provincial de Madrid revocó parcialmente la misma y condenó solo al pago de las rentas por los meses pendientes y desestimó la pretensión en lo relativo a los gastos, al considerar que no podía recaer condena toda vez que no se habían producido y no había manera de conocer exactamente el importe de los mismos hasta la finalización del contrato. El Tribunal Supremo da lugar a la casación y estima la pretensión de la actora en cuanto a la cuantía correspondiente a las rentas pendientes de devengo; y respecto de los gastos estima la pretensión subsidiaria de declarar el derecho de la subarrendadora a percibir los que se produzcan entre la fecha de extinción anticipada y la de terminación según el contrato, remitiendo a las partes a un nuevo procedimiento para su exacta y concreta determinación. (L. A. G. D.)

16. Consideración de los intereses como usuarios en el préstamo al consumo.—El interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. En cambio, no cabe el control del carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio, en tanto

que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. Dicho requisito es fundamental, pues permite asegurar: 1) que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone; 2) que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige que, para que un préstamo sea considerado usurario, concurren todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura. Por tanto, para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del artículo 1 de la Ley, esto es, que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, sin que sea exigible que, acumuladamente, haya sido aceptado por el propietario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Dado que, conforme al artículo 315.II CCO, se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor, el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados. Este extremo es imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia.

Por otro lado, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el normal del dinero. No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia. Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro o cesiones temporales, entre otros).

Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal.

Ahora bien, el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo no puede justificar un tipo de interés desproporcionado en este tipo de operaciones. Muchos créditos son concedidos de

un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario. La concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. (STS de 25 de noviembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—M concertó el 29 de junio de 2001 con BSH un contrato de préstamo personal *revolving* MBS, consistente en un contrato de crédito que le permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por BSH, hasta un límite de 3.000€, límite que, según se decía en el contrato, podría ser modificado por BSH. El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6% TAE, y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales. Tras una disposición inicial de 1.800€, durante varios años, M estuvo realizando disposiciones a cargo de dicho crédito, cuyo saldo deudor superó ampliamente el límite inicialmente fijado. Mensualmente se le realizaba el cargo de una cuota, cuya cuantía se fue incrementando paulatinamente a medida que el importe de lo dispuesto aumentaba. También se le hacían cargos periódicos por intereses y prima de seguro, así como comisiones de disposición de efectivo por cajero y emisión y mantenimiento de tarjeta. En el año 2009 comenzó a devolver impagadas las cuotas mensuales que le fueron giradas, lo que motivó el devengo de comisiones por impago e intereses de demora.

En julio de 2011, BSH presentó una demanda de juicio ordinario contra M en reclamación de casi 13.000€, que comprendía, además del saldo de la cuenta de crédito, los intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito. Tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial rechazaron el carácter usurario de la operación de crédito, pues los intereses remuneratorios superaban apenas el doble del interés medio ordinario en las operaciones al consumo cuando se concertó el contrato. También rechazaron declarar abusivo el interés de demora, por considerar que el tipo previsto para el mismo no suponía un incremento excesivo respecto del fijado para los intereses remuneratorios en el contrato.

El demandado interpone recurso de casación, alegando el carácter usurario de la operación crediticia por el tipo de interés remuneratorio fijado y el carácter abusivo del interés de demora. El recurrente invoca como infringido el primer párrafo del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura. Señala el Tribunal Supremo que, aunque en el caso objeto del recurso no se trataba propiamente de un contrato de préstamo, sino de un crédito al consumidor, le es de aplicación dicha ley, dado el tenor literal de su artículo 9. En el presente caso, entiende que la operación crediticia, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo.

Por otro lado, el Tribunal Supremo considera que se ha infringido el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, por cuanto que la operación de crédito litigiosa debía considerarse usuraria,

pues concurren los dos requisitos legales mencionados en ese precepto. El Alto Tribunal señala que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como notablemente superior al normal del dinero. Además, la entidad financiera que concedió el crédito *revolving* no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés tan alto. En consecuencia, declara la nulidad radical y absoluta del crédito concedido por BSH. Por aplicación del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida. Al haber abonado el demandado una cantidad superior a la recibida de la demandante, no procede el devengo de intereses de demora, motivo por el cual el Tribunal Supremo no entra a resolver el segundo motivo del recurso.

NOTA.—Sobre casos donde el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato con consumidor es declarado abusivo por implicar una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumple con sus obligaciones, *vid.* SSTS de 22 de abril y de 8 de septiembre de 2015. Por otro lado, el Tribunal Supremo ha considerado la Ley de Represión de la Usura como un límite a la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, aplicable a los préstamos. En este sentido, *vid.* SSTS de 18 de junio de 2012, de 22 de febrero de 2013 y de 2 de diciembre de 2014. En relación al ámbito de aplicación de esta norma, *vid.* SSTS de 18 de junio de 2012 y de 2 de diciembre de 2014. (S. L. M.)

17. Culpa extracontractual: Choque de vehículos después de reparación semafórica: Evolución de la doctrina del riesgo.—Don Pablo formuló demanda contra la Sociedad Eléctrica de Construcciones Eléctricas, y contra don Secundino, a los que reclamó el pago de 6.679, 28 euros, en ejercicio de la acción de responsabilidad por culpa o negligencia, porque circulando con su vehículo por la Avenida de España de Sevilla se detuvo ante un semáforo en rojo y continuó su marcha una vez se puso en verde, siendo alcanzado por otro vehículo estando también el semáforo en verde para él. En ese momento el Sr. Secundino estaba manipulando el grupo semafórico. La sentencia de 1.ª instancia desestimó la demanda respecto de don Secundino y la estimó respecto del otro codemandado, condenándole a pagar la suma reclamada. La sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial que estimó el recurso de la mercantil condenada porque considera que no es de aplicación la doctrina del riesgo y que la avería no se ha causado por un mantenimiento negligente de la empresa, pues «de hecho consta que la reparó y solo tras la actuación del mismo y tras funcionar unos minutos normalmente se produjo el fallo que dio lugar a este accidente. Si este fallo, como razona la sentencia y no se discute en esta alzada, no es imputable a que la reparación llevada a cabo por el empleado fuera defectuosa o poco diligente, no cabe hablar tampoco de negligencia de la empresa». Concluye diciendo que «tras una avería inicial el grupo semafórico simplemente se apagó, quedando desde ese momento a la responsabilidad del comportamiento adecuado del cruce en mano de los conductores [...] el mal funcionamiento peligroso, consistente en que dos semáforos incompatibles se pusieron al mismo tiempo en verde confundiendo a los

conductores, que tuvo lugar tras la intervención del operario, cuya negligencia descarta la sentencia». Don Pablo formula recurso de casación por interés casacional articulado en dos motivos, el primero por oposición a la jurisprudencia de esta Sala por infracción de los artículos 1089, 1104 y 1902 CC, en concepto de interpretación errónea de la doctrina sobre responsabilidad por riesgo que presupone la presunción de culpa y la inversión de la carga de la prueba; y el segundo por la existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales sobre la misma cuestión.

La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC, y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS de 28 julio de 2008).

En el caso examinado, la existencia de una responsabilidad nacida del riesgo creado no puede ser acogida fundándose en la evolución de la jurisprudencia de esta Sala dirigida a objetivar la responsabilidad corrigiendo «el excesivo subjetivismo con que venía aplicándose el artículo 1902». La responsabilidad de tipo subjetivo es el sistema común de responsabilidad. Se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento, a tenor del artículo 1902, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen legalmente previstas en la ley (SSTS de 3 de abril de 2006 y de 23 de mayo de 2008), tras considerar probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el mismo de daño, culpa y relación de causalidad.

Sí puede ser estimada esta responsabilidad como infracción de la doctrina de esta Sala a partir del riesgo creado mediante la manipulación de unas señales semafóricas sin adoptar las precauciones necesarias a dicha actividad, pues riesgo hay en el movimiento de coches y personas sin el adecuado control de las mismas, como hay el consiguiente reproche culpabilístico cuando dos semáforos incompatibles se ponen al mismo tiempo en verde tras la intervención del operario. Se estima el recurso de casación y, asumiendo la instancia, se desestima el recurso de apelación formulado por la Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas SA, ratificándose la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (STS de 22 de septiembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Sentencia merecedora de aprobación, sobre todo si se repasa el argumento utilizado por la Audiencia Provincial al resolver la apelación. En efecto, afirma como hecho probado en la instancia que «tras una avería inicial el grupo semafórico simplemente se apagó, quedando desde ese momento a la responsabilidad del comportamiento adecuado del cruce en mano el mal funcionamiento peligroso, consistente en que dos semáforos incompatibles se pusieron al mismo tiempo en verde confundiendo a los conductores». Descartada la responsabilidad del empleado que trató de repa-

rar la primera avería (a quien nada se le reprocha por haber dejado, al finalizar la reparación, el sistema en funcionamiento), el problema surge con el segundo apagón del sistema que deja en situación de riesgo inminente y grave a los usuarios. Es evidentemente responsable la empresa que tiene a su cargo el buen funcionamiento del sistema semafórico. (G. G. C.)

18. Culpa extracontractual: Incendio declarado en parking: Hecho de la circulación.—El pleito tiene su origen en el siniestro ocurrido el 22 de junio de 2008, cuando sobre las 18,30 horas se originó un incendio en un parking a la intemperie, situado en el polígono industrial La Redonda de El Egido, propiedad de BG Parking La Redonda SL, que tenía un seguro con la aseguradora Generali, a consecuencia del cual resultaron afectadas nueve cabezas tractoras de camión y sus respectivos remolques que se encontraban estacionados en el mencionado parking, así como un invernadero próximo. Como consecuencia de ello, bien los propietarios de los camiones afectados o bien las compañías de seguros por subrogación, presentaron demandas reclamando el importe de los daños sufridos, y las presentaron frente a D. Gonzalo, propietario del camión con remolque, que se encontraba estacionado y que según se dice fue el origen del incendio, y frente a su aseguradora REALE, y algunas demandas se dirigieron también frente a la titular del parking, GB Parking La Redonda, y su aseguradora, Generali. La sentencia en primera instancia condena en lo sustancial a las demandadas en solidaridad, cada una en el entorno de su responsabilidad, al abono de las cantidades reclamadas, al pago de los intereses y costas. Interpusieron recurso de apelación la titular de Parking y su aseguradora, así como la aseguradora del camión REALE. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos, manteniendo la responsabilidad de REALE como aseguradora del camión por considerar el siniestro hecho de la circulación. El recurso de casación se formula al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.3 Lec, basado en el motivo único por infracción, inaplicación o errónea interpretación con oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo mantenida en sentencias de 10 de octubre de 2000, de 4 de julio de 2002, de 29 de noviembre de 2007, de 2 de diciembre de 2008 y de 6 de febrero de 2012, que permiten afirmar que cuando el vehículo está estacionado de forma permanente (no parado en ruta), en reposo, sin conexión o puesta en marcha de sus mecanismos, no deben entenderse los daños causados como hecho de la circulación con cobertura del seguro obligatorio. Así se sostiene que el vehículo asegurado por REALE se hallaba definitivamente fuera de la circulación porque su parada era de manera permanente en su lugar de estacionamiento habitual, y pasaron aproximadamente 24 horas entre el estacionamiento y el incendio, lo que hace inviable su calificación como hecho de la circulación con cobertura del seguro obligatorio. Pero el recurrente pretende hacer supuesto de la cuestión, modificando los hechos declarados probados sin impugnarlos, por la vía adecuada que es el recurso extraordinario por infracción procesal.

La sentencia 816/2011, de 6 de febrero de 2012, recurso 977/2008, declaró que la duda que pudiera subsistir tras la lectura de la normativa que permite compatibilizar la situación de aparcamiento o estacionamiento del vehículo con el concepto de hecho de la circulación se resuelve acudiendo a las previsiones del RD-ley 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el Texto

Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial, habida cuenta que la situación de aparcamiento o estacionamiento está expresamente regulada en la sec. 7.^a, Cap. II, Tít. II, arts. 38 ss. En virtud de los razonamientos expuestos resulta razonable concluir que el estacionamiento o aparcamiento de un vehículo merece la consideración de hecho de la circulación por extenderse esta situación a cualquiera que derive del uso del vehículo.

En el mismo sentido y en interpretación flexible de lo que se considera *hecho de la circulación*, debemos citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Sala tercera, de 4 de septiembre de 2014, que declara: *Debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «circulación de vehículos» se incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo. Así pues, puede estar comprendida en ese concepto la maniobra de un tractor en una empresa para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional competente comprobar.*

De esta doctrina, ya iniciada en la sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 2008, y ratificada recientemente en la de 1 de julio de 2015, rec. 484 de 2013, se deduce que la parada o estacionamiento relacionados con los periodos de descanso del conductor están integrados dentro del concepto «hecho de la circulación», por lo que procede desestimar el recurso interpuesto. (**STS de 19 de octubre de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Hay un voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, propugnando la estimación del recurso. (*G. G. C.*)

19. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Prescripción: *Dies a quo.*—Consta acreditado y no contradicho que el recurrente, el Sr. Antonio, nacido en 1945, peón de albañil, circulaba el 15 de mayo de 2007 en el turismo de su propiedad para dirigirse a su lugar de trabajo cuando colisionó con otro vehículo asegurado en MAPFRE. Se incoó juicio de faltas que terminó por sentencia absolutoria, dictándose auto de cuantía máxima el 15 de mayo de 2008. Se tramitó expediente administrativo que terminó con declaración de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, por resolución del INSS de 21 de febrero de 2008. El Sr. Antonio la impugnó ante la jurisdicción social, siéndole desestimada la demanda en primera instancia y estimándose el de suplicación ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, la que dictó la sentencia de 22 de julio de 2010, declarando que la incapacidad permanente total era de carácter profesional, al concurrir tras un accidente *in itinere*, por lo que se calificaba de accidente de trabajo y descartaba que la existencia de padecimientos previos impidiesen esa calificación dada la naturaleza de los mismos. Con fecha 28 de abril de 2011, se presentó la demanda que da lugar al presente procedimiento, reclamando la suma de 98.485, 30 euros. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron, respectivamente, la demanda y el recurso de apelación, al apreciar la excepción de prescripción. La Audiencia Provincial entendió que no era preciso aguardar a la resolución de la jurisdicción civil, pues la calificación o no como accidente no tenía influencia en la baremación de daños y perjuicios, por lo que aprecia la excepción de prescripción. El recurso de casación se

interpone por un motivo único: infracción del artículo 1968.2 CC en relación con el artículo 1969 y la doctrina jurisprudencial que la interpreta. Dicho motivo es estimado.

La sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial dado que la *firmeza* de la declaración administrativa de incapacidad era precisa para la exacta determinación de las consecuencias lesivas en orden a la baremación de las mismas, no habiendo quedado cerrado el tema tras la resolución citada del INSS de 21 de febrero de 2008. Se ratifica la doctrina jurisprudencial emanada, entre otras, de las SSTS de 2 de julio de 2008 y de 20 de septiembre de 2011, en el sentido de que para el inicio del cómputo de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, en su caso, habrá de estarse a la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad, momento desde el que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas.

Devolución de las actuaciones al Tribunal de apelación.—La estimación del recurso comporta, conforme al artículo 487.2 LEC, la casación total de la sentencia impugnada y la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas, solución que también adoptaron las SSTS de 7 de octubre de 2009 y de 24 y 25 de mayo de 2010.

Se ratifica como doctrina jurisprudencial, que para el inicio del cómputo de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, en su caso, se habrá de estar a la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad, momento desde el que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas. (**STS de 30 noviembre 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Arroyo Fiestas.]. (*G. G. C.*)

20. Doctrina del riesgo como criterio de responsabilidad extracontractual aplicado a terceros ajenos a la actividad laboral.—La doctrina del riesgo no se aplica a las actividades laborales con carácter general, únicamente se aplica a las actividades que comportan riesgos de evidente magnitud. La aplicación de la doctrina del riesgo es admisible, por tanto, cuando se hace en favor de terceros que no forman parte de la actividad laboral y no de los propios trabajadores, que son sujetos integrantes de la actividad económica o industrial y que de ella obtienen utilidad o beneficio.

Culpa y doctrina del riesgo.—La aplicación de la doctrina del riesgo trae consigo una acentuación de la diligencia exigible que obliga a adoptar medidas tendentes a evitar accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas. Así, la responsabilidad no descansa únicamente en el riesgo creado por la realización de una actividad, sino que se asienta también en la omisión de la diligencia exigible en atención a un riesgo previsible. La doctrina del riesgo encierra, en consecuencia, una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilísimo, que facilita las reclamaciones de los perjudicados. La concurrencia del elemento subjetivo de culpa continúa siendo relevante en el sistema español de responsabilidad civil extracontractual (art. 1.902 CC). (**STS de 3 de diciembre de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Un grupo de perjudicados interpuso acción de responsabilidad extracontractual derivada de los daños ocasionados a trabajadores y familiares de los mismos producidos por el amianto,

material empleado por las sociedades demandadas, Uralita S. A., y Uralita Sistemas de Tuberías S. A.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda y condenaron a las sociedades demandadas al pago de distintas cantidades a aquellos demandantes cuyas acciones no se encontraban prescritas.

Las sociedades demandadas interpusieron sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal denunciando infracción del artículo 1.902 CC, en cuanto a la aplicación del principio de responsabilidad por culpa al caso objeto del litigio.

NOTA.—La sentencia objeto de extracto afirma que, desde el punto de vista civil, no se trata de determinar si la empresa demandada cumplió o no con la normativa laboral de prevención de riesgos por manipulación de asbesto o amianto, sino si ésta actuó frente a terceros en atención a la diligencia que le es exigible. No obstante, un análisis del caso, por parte de la Sala 1.^a, desde el punto de vista de la doctrina del fin de protección de la norma como criterio de imputación objetiva —en este caso las normas de prevención de riesgos laborales— habría resultado interesante. (*vide*. PANTALEÓN, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación» en VV.AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. 2, pp. 1561-1592). Quizás el resultado al que se habría llegado no habría diferido en exceso del alcanzado por la Sala 1.^a Si se admite que hoy las medidas de seguridad inherentes a la normativa de protección de riesgos laborales tratan de proteger también riesgos evitables para quien, por razón de convivencia, está en contacto con materiales peligrosos a los trabajadores se exponen, el resultado dañoso caería dentro del fin de protección de la norma. (A. I. R. A.)

21. Responsabilidad médica: acción ejercitada por mutualista, funcionario del Estado. Prescripción anual.—La representación procesal de D. Lorenzo, invocando los artículos 1101 y 1902 CC, ejercitó acción de responsabilidad contractual, frente a la Compañía aseguradora DKV a fin de ser indemnizado por el fallecimiento de su hijo, el niño Vidal, consecuencia de la negligencia médica del servicio de urgencias del Hospital Modelo de La Coruña. El actor era mutualista o beneficiario de MUFACE y en su condición de tal optó por recibir la prestación de asistencia sanitaria de una de las entidades privadas que se le ofrecían, que en el caso fue DKV Seguros. La aseguradora demandada, sin perjuicio de oponerse al fondo de la cuestión, alegó con carácter previo la excepción de prescripción en atención a que la acción que se ejercitaba tendría como fundamento la responsabilidad extracontractual, y cuando medió reclamación por primera vez había transcurrido más de un año desde el fallecimiento del niño, que tuvo lugar el 21 de abril de 2007.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza dictó la sentencia de 3 de diciembre de 2012, estimando la excepción de prescripción con la siguiente motivación: (i) El régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos es un régimen que tiene como uno de los mecanismos de cobertura el Mutualismo Administrativo gestionado por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado regulado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes sobre

Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, previendo el artículo 17.1 las modalidades de asistencia necesaria, entre las que se encuentra el régimen de conciertos con otras entidades o establecimientos públicos o privados. (ii) Estos conciertos, de acuerdo con lo establecido en la DA 23 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, tienen la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos de sector público. (iii) Quiere ello decir que entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual. (iv) La relación contractual de naturaleza administrativa se establece entre la mutualidad y la entidad. (v) Por ello la acción en virtud de la cual un mutualista o beneficiario reclama frente a la entidad tiene naturaleza extracontractual, bien al amparo del artículo 1902, por la responsabilidad por hecho propio, bien al amparo del artículo 1903 CC por el hecho ajeno. (vi) Siendo esa la acción ejercitada, sujeta al plazo de prescripción de un año, y habiendo transcurrido con exceso el mismo al formularse la primera reclamación, es por lo que se estima la excepción alegada de contrario.

Interpuesto recurso de apelación fue desestimado por SAP, de 13 de marzo de 2013, de la Sección 5.ª de Zaragoza, con la siguiente argumentación: (i) No se trata de un contrato de seguro de prestación de asistencia médica entre un particular y una aseguradora, sino de la relación entre un afiliado a una mutualidad de naturaleza pública (MUFACE) y la entidad privada concertada con ésta para la prestación de asistencia sanitaria. (ii) Aunque la actora tenía la facultad de elegir anualmente entidad de prestación de asistencia sanitaria, de entre las concertadas, e incluso de elegir entre los centros y cuadros médicos de la misma, ello no le confiere a la relación naturaleza contractual ni con la entidad ni con el médico. (iii) El título del afiliado a la mutualidad proviene de una relación de derecho público, cual es su afiliación dada su condición de funcionario del Estado; por lo que su relación con el facultativo que le atiende o con la entidad que presta su asistencia a través de este no puede asimilarse a la contractual sino a la extracontractual. El recurso de casación considera infringidos los artículos 25 y 28 de la LGDCU de 1984, los artículos 1101 y 1964 CC, y la DA 23.ª de la Ley 30/2007, solicitando la unificación de la doctrina jurisprudencial en la materia, pues existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

La sentencia en el FD 3.º, bajo el epígrafe *Decisión de la Sala*, no solo transcribe literalmente y actualiza algunos de los textos citados expresamente en las sentencias de instancia (así los arts. 17 del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 4/2000, 77 y 151 del RD 375/2003, de 28 marzo, y la DA núm. 23, ahora DA núm. 20 después del RD Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, del TR de la Ley de Contratos del Sector Público), sino que a lo largo de los once apartados, sistemáticamente estructurados, del FD 3.º efectúa una profunda incursión en el dominio jurídico administrativo, con mención incluso de la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, argumentación que se califica de «hecha en términos contundentes» (núm. 9), sin dejar de reconocer «dificultades conceptuales» singularmente para diferenciar la responsabilidad contractual de la extracontractual (núm. 11).

A la fecha del supuesto de hecho que se enjuicia, el Concierto vigente de MUFACE con entidades de Seguro para la asistencia sanitaria en territorio nacional a mutualistas y beneficiarios de la Mutualidad para el año 2007 era el contenido en la Resolución de 22 de diciembre de 2006 del Ministerio de Administraciones Públicas, en la que se hace constar que el acuerdo es en

aplicación de la legislación antes mencionada. En concreto, la naturaleza y régimen del concierto y de las relaciones en él basadas se prevé y recoge en la cláusula 5, distinguiendo: A) Las relaciones entre MUFACE y la Entidad, con motivo del cumplimiento de los derechos y obligaciones que constituyen los respectivos objetos del concierto, y B) Las relaciones entre los beneficiarios y la Entidad con motivo del cumplimiento por la misma de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente. La relación contractual administrativa se establece entre MUFACE y la Entidad, pero no con los facultativos o centros de ésta. Se configuran como relaciones autónomas entre las partes las relaciones asistenciales entre los beneficiarios y los facultativos o centros de la Entidad de los que recaben y reciben su asistencia, expresándose que tales relaciones tendrán la naturaleza que, con arreglo a derecho, corresponda a su contenido, y que el conocimiento y decisión de las cuestiones que puedan surgir en las mismas serán competencia de la jurisdicción civil o, en su caso, de la penal.

Que se configuren como autónomas las relaciones de los beneficiarios con los facultativos o centros de la Entidad que ha celebrado el concierto con la Mutualidad, sin suponer relación de ésta con aquellos, no empece a que se haya de convenir que aquellas relaciones traen causa del contrato de servicio público celebrado entre la Mutualidad y la Entidad, previéndose en su normativa, entre las obligaciones del contratista, la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración (art. 280 letra c del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), pues se trata de un contrato en el que la Administración contratante encomienda a un contratista la gestión de un servicio de su competencia. Corolario es que entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual. La relación contractual, como contrato de gestión de servicio público, se establece entre la Mutualidad y la entidad sanitaria. En consecuencia, se debe concluir que la relación entre los afiliados o beneficiarios de la Mutualidad y la Entidad concertada con esta es de naturaleza extracontractual.

Aunque la Sala 1.^a del Tribunal Supremo no haya abordado la cuestión en unos términos tan contundentes como los aquí planteados, existen precedentes de los que se puede inferir la naturaleza extracontractual de la relación entre el mutualista y la entidad que por concierto presta asistencia sanitaria (así en las SSTS de 24 de octubre de 2011 y 11 de abril de 2013). Pero por tratarse precisamente de la excepción de prescripción de la acción, es la STS de 20 junio de 2006 más esclarecedora en sentido negativo pues en el caso existió un vínculo contractual ya que la operación en cuestión no estaba cubierta por ISFAS y, por tanto, se tuvo que llevar a cabo por una relación contractual entre la paciente y la Policlínica. En la STS de 24 de mayo de 2001 se abordó la naturaleza contractual o no, precisamente a efectos del plazo de prescripción, afirmando que (...) de un lado, la inmensa mayoría de las sentencias de esta Sala que estudian la prescripción en casos semejantes al presente lo hacen dado por supuesto que el plazo a considerar es el de un año del artículo 1968-2.º CC; y de otro, que resulta difícil sostener esa naturaleza contractual o análoga a la contractual desde la configuración constitucional de la SS como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes (art. 41 CE), lo que convierte a la Seguridad Social en una función del Estado y a su régimen en un régimen legal y público según

la doctrina del TC (SSTC 65/87 y 37/94, que a su vez citan otras anteriores). Precisamente estas razones justificaron el voto particular discrepante a la citada sentencia de 30 de diciembre de 1999. Con posterioridad esta Sala ha dictado la STS de 12 de febrero de 2000 considerando «incontestable» la prescripción de un año por constituir en el caso la relación del enfermo con el Servicio Andaluz de Salud una «relación jurídico-pública (...) distinta en su conformación técnica de la genuina contractual.» Esta doctrina sería extrapolable al supuesto enjuiciado si el Mutualismo Administrativo asume la prestación sanitaria con el mismo alcance y contenido que el sistema de la Seguridad Social, con las singularidades ya expuestas.

Es cierto que, a efectos de prescripción, tradicionalmente hemos venido distinguiendo en la jurisdicción civil entre acción de naturaleza contractual o extracontractual, sin que tales términos los recoja tal cual el artículo 1964 ni el 1968.2, ambos del Código Civil; lo que a veces, como en el presente supuesto, ofrece dificultades conceptuales a la hora de calificar la relación que une al que ejercita la acción con la parte demandada. Por ello, lo que debe destacarse es que la acción del mutualista contra la Entidad concertada o contra los centros o facultativos del cuadro médico de la misma no nace de una relación personal contractual entre ambos, sino del compromiso contraído por la entidad con la Mutualidad con la que ha celebrado el concierto como contrato de servicio público, con obligación, merced a la Ley que los regula, de no causar daños a terceros como consecuencia del desarrollo del servicio. Por tanto, si el daño tiene lugar y el tercero beneficiario del servicio pero que no ha sido parte en el contrato de naturaleza administrativa, ejercita acción para el resarcimiento de daño sufrido, tal acción tiene su encaje en el artículo 1902 CC y, por ende, el plazo de prescripción será el de un año.

Consecuencia de todo lo expuesto es la desestimación del motivo, fijando la Sala como doctrina que *la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquel daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año. (STS de 13 de octubre de 2015; no ha lugar.)* [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Tema extraordinariamente complejo por la indudable presencia determinante, y obvia conmixción del *Ius publicum-Ius privatum*, actualmente originadora de evidentes y cuantiosas consecuencias económicas, que afectan a parte de funcionarios públicos, pero carente, hasta ahora, de una diáfana doctrina jurisprudencial civil. La Sala 1.^a en pleno ha tratado de resolverlo de modo claro, inequívoco y «contundente», según manifiesta la propia resolución y se desprende de los términos en que aparece redactada. (G. G. C.)

DERECHOS REALES

22. Usucapión. Finca afectada por vía pecuaria: aplicación del artículo 2 del Decreto de 23 de diciembre 1944, que deroga expresamente el Real Decreto de 1924, y contiene una regulación completa.—El Decreto de 1944 no establece plazo diferente de posesión para la prescripción de las vías pecuarias, por lo que resultan de aplicación las normas del

Código Civil. En consecuencia, la propia aplicación del artículo 1938 CC determina, en ausencia de normas más específicas, la aplicación de las del Código.

La reclamación no interrumpe la posesión apta para usucapir.—En esta materia no es aplicable el artículo 1973 CC, propio de la prescripción extintiva (STS de 20 de septiembre de 1984). Para que se produzca la interrupción de la prescripción del dominio se ha de producir alguna de las formas previstas en los artículos 1943 a 1948 CC.

La incorporación de posesiones a efectos de usucapición.—No cabe que únicamente se pueda unir al tiempo de posesión propia a efectos de usucapición aquel en que hubiera poseído el causante inmediato y no otros anteriores, interpretación que en forma alguna puede ser aceptada, pues la propia literalidad y finalidad del artículo 1960, regla 1.ª, CC lleva a considerar que cabe sumar el tiempo de posesión de los sucesivos poseedores siempre que hubiera concurrido en ella los requisitos exigidos para generar la prescripción adquisitiva. (STS de 9 de diciembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La actora fundaba su pretensión, contra la Comunidad de Madrid y los vendedores de la finca litigiosa, en el hecho de que ésta nunca había sido objeto de afectación como vía pecuaria, por no haber sido deslindada ni presentar signos externos de tal afectación, habiendo realizado la propia Administración actos contrarios a la misma, siendo así que en todo caso se habría producido una desafectación tácita. También fue demandado el Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix, el cual había vendido a particulares (causantes de la demandante) la expresada finca en pública subasta. Subsidiariamente, solicitaba la demandante que, para el caso de que no se estimara la acción principal, se declarase la nulidad de todos los contratos de compraventa celebrados hasta el de su adquisición con las correspondientes restituciones.

El juzgado estimó la demanda. Su sentencia fue confirmada por la audiencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El artículo 1938 CC tiene por objeto convertir la regulación del Código, en el Título XVIII del Libro IV, en regulación del Derecho común de la prescripción. Por consiguiente, son aplicables, con preferencia al mismo, las disposiciones del propio Código en que se contengan normas sobre prescripción y caducidad, tanto en lo referente a los plazos, como en lo relativo al modo de computarlos y al resto de la regulación que pueda ser especial. Véase, Díez-PICAZO, L., en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia (Madrid 1993) p. 2093. (I. D.—L.)

23. Enriquecimiento injusto y posesión de buena fe.—La interposición de una demanda ejercitando acción declarativa del dominio frente al poseedor (a título de dueño) determina el cese de la posesión de buena fe (art. 435 CC), por cuanto genera una seria incertidumbre en aquel poseedor que le obliga a desplegar una diligencia máxima a efectos de comprobar la licitud de su estado posesorio. La posesión de buena fe desaparece desde el momento en que la cuestión adquiere estado judicial, de tal forma que el

poseedor que resulta vencido en juicio no puede –desde el momento en que se produjo su intimación mediante demanda– alegar su buena fe en perjuicio del demandante con vistas a hacer suyos los frutos contemplados en el artículo 451 CC que se hubieran producido hasta la sentencia (**STS de 18 de septiembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–D. Aureliano interpone demanda contra D. Darío en ejercicio de acción por enriquecimiento injusto. La acción se fundamentaba en que, en un proceso anterior derivado de una acción declarativa del dominio ejercitada por D. Aureliano, había quedado acreditado el dominio de la finca por parte de este. La Sentencia afirmaba también que D. Darío se había enriquecido injustamente con la percepción de las rentas obtenidas por la cesión en arrendamiento del inmueble desde agosto de 2004 hasta la fecha en que se dictó la sentencia que declaró el dominio de D. Aureliano. D. Darío se opuso a la acción de enriquecimiento injusto y alegó que no había existido tal enriquecimiento, ya que hasta la fecha de firmeza de la sentencia anterior estuvo poseyendo la finca de buena fe.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, porque consideró que el demandado habría venido poseyendo de buena fe la finca desde su adquisición hasta el requerimiento notarial efectuado por D. Aureliano para que cesase en la ocupación irregular del inmueble.

D. Darío recurrió este pronunciamiento en apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso por entender que no había existido posesión de mala fe en ningún momento, ni siquiera desde el requerimiento notarial. A juicio de la Audiencia, ante el requerimiento, D. Darío reaccionó automáticamente enviando a D. Aureliano un burofax en donde indicaba que era el legítimo propietario de la parcela en virtud de escritura de compraventa. Consideraba la Audiencia igualmente que el caso no contenía ninguna circunstancia que permitiese confirmar que hubo un «antes y un después» respecto de la posesión de D. Darío que desvirtuase la presunción favorable a la buena fe del artículo 434 CC.

D. Aureliano interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal frente al fallo de la Audiencia. (A. I. R. A.)

DERECHO DE FAMILIA

24. Unión de hecho: Orden de protección por malos tratos: atribución de la guarda y custodia a la madre: Derecho de visitas restringido a favor del padre: Interés del menor.–Consta en autos que doña M.^a Inés y don Jerónimo mantuvieron una relación como pareja de hecho, de la que nacieron Zulima (en 2006) y Brígida (en 2007). El 16 de mayo de 2012 doña M.^a Inés interpuso denuncia por malos tratos contra D. Jerónimo, en base a la que se dictó orden de protección. El Juzgado de Violencia contra la mujer estimó parcialmente la demanda, atribuyendo a la madre la guarda y custodia de las dos hijas menores, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre, con carácter restringido hasta el 15 de enero de 2014 y normalizado desde dicha fecha, fijándose las entregas en el punto de encuentro familiar,

mientras persistieran las medidas de alejamiento, fijando una pensión alimenticia de 200 euros para ambas hijas. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto por la madre, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Ministerio Fiscal ante esta Sala, se adhirió parcialmente al primer motivo, e íntegramente al segundo de los motivos de casación.

Según Informes del Punto de Encuentro Familiar, consta el progreso de las relaciones paterno-filiales en las visitas. Así como la conveniencia del contacto con el padre, si bien, en principio, con carácter más restringido, según informe de psicóloga y trabajadora social. En la sentencia recurrida se efectúa una pormenorizada valoración de las pruebas, teniendo como norte el interés de los menores, contando con apoyo técnico suficiente de profesionales especializados que hacen el seguimiento de los menores, las que con una prudente actitud propusieron y se aprobó judicialmente un sistema de visitas restringido, para luego ampliarlo en beneficio de los menores. Contrariamente tanto la recurrente como el Ministerio Fiscal, en sede de casación, proponen que se mantenga el sistema restrictivo, sin que este último determine el tiempo de duración del mismo. Sin embargo de los informes del Punto de Encuentro se aprecia una normalización de las relaciones de las hijas con el padre. Por otro lado, habiendo terminado el sistema restrictivo el 15 de enero de 2014, no consta que a partir de dicha fecha hayan surgido conflictos o incidencias que aconsejen retomar o mantener el sistema de visitas restringido. Es de resaltar que ni el Juzgado de Violencia de Género suspendió el sistema de visitas del padre, en fechas inmediatas al hecho delictivo, de lo que se deduce que, en este caso concreto, no constan datos suficientes para entender que un sistema normalizado de visitas pueda generar un situación de riesgo o perjuicio a las menores, por lo que el interés de éstas queda amparada por lo acordado en la resolución recurrida. En base a ello, carece de interés casacional la cuestión planteada al no infringirse lo acordado en la doctrina jurisprudencial pertinente.

Desproporción a la hora de fijar la pensión alimenticia a favor de las hijas.—Plantea la recurrente y el Ministerio Fiscal que se adhiere, desproporción a la hora de fijar la pensión alimenticia a favor de las hijas, pues la esposa debe hacer frente al 71,43% del préstamo hipotecario. Pero analizando la resolución recurrida se observa: (i) El salario del demandado es de 1038,47 euros mensuales como Vigilante jurado; (ii) Gasta en alquiler 500 euros mensuales; (iii) Abona 200 euros mensuales de pensión de alimentos a las dos hijas; y (iv) Afronta el pago de la parte correspondiente de hipoteca. En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, asumida por la Audiencia Provincial, se tiene en cuenta que la esposa es propietaria del 71,43 de la vivienda familiar, por lo que su repercusión en el pago del préstamo hipotecario se ha tenido en cuenta, como también que continúa residiendo en la vivienda familiar mientras que el padre de las menores vive en régimen de alquiler. A la vista de ello no es posible incrementar la pensión alimenticia de las hijas menores, al no apreciarse desproporción alguna, dados los escasos e insuficientes ingresos que restan al demandado tras afrontar la pensión alimenticia, la parte proporcional de hipoteca y gastos de arrendamiento, por todo ello debe rechazarse la infracción de los artículos 142, 145 y 146 CC (interpretados por esta Sala en sentencia de 10 de julio de 2015). (STS de 27 de octubre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]. (G. G. C.)

25. Equiparación de la comunidad postganancial a la comunidad hereditaria.—El Tribunal Supremo declara en esta sentencia que, a efectos de determinar el goce y disfrute de una cosa común integrada en una comunidad postganancial, se deben aplicar las normas de la comunidad hereditaria. Estas reglas, en defecto de la voluntad del testador, acuerdo de los coherederos o reglas especiales, serán las normas de la comunidad de bienes (arts. 394 y ss. CC). Según este primer artículo del régimen de la comunidad, cada coheredero tiene la facultad de servirse de las cosas comunes. Se contempla, pues, un uso solidario de la cosa común por todos ellos. Ahora bien, si se plantean problemas, habrá que atender a la proporción de la cuota de cada uno.

Uso de la vivienda habitual por parte de los comuneros.—No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de que se planteen situaciones peculiares, como el uso y disfrute de una vivienda indivisible. En este caso, es imposible aplicar la regla del uso y disfrute solidario del bien por todos los copartícipes, pues podría derivar en un conflicto permanente. En estos supuestos, cabe, más bien, recurrir a un uso exclusivo sucesivo y cronológico de la vivienda por cada uno de los comuneros. Así, la regla de la solidaridad y la simultaneidad puede atemperarse conforme a las circunstancias personales y materiales que concurren. (**STS de 9 de diciembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—H, C y J ejercitaron acción sobre la regulación del uso de una vivienda común entre comuneros contra S. Dicho bien perteneció a N y V por mitades iguales. En cuanto a la mitad que perteneció en su momento a N, ya fallecido, quedaron como herederos sus sobrinos C, J, y S, con una cuota de 16.67%. En cuanto a la mitad de V, también fallecido, la herencia sigue sin dividirse, instituyéndose una comunidad de bienes entre los hijos del fallecido (J, S y C) y su mujer (N), quien no solo tendría el usufructo sobre la herencia de V, sino también sería propietaria de parte de la vivienda, al aplicarse el Fuero de Baylio y ser gananciales todos los bienes que traigan al matrimonio. Se solicitaba el reparto del uso de la casa familiar, por turnos alternos y sucesivos, fijados por un sorteo único con efectos recurrentes, en igualdad de condiciones para los hermanos, a partir del que escoja la madre, por su mejor derecho y obligación moral del resto, según los días imputables al coeficiente de titularidad de cada comunero. Se establecía igualmente una indemnización disuasoria por día de incumplimiento en la desocupación que evitara o desalentara la litigiosidad indeseable. Igualmente, se señala que los gastos y consumos anuales del inmueble deben ser asumidos según el coeficiente de uso. Según la parte actora, H tendría sobre esa mitad indivisa el 25% por su participación en la comunidad postganancial, más la que le corresponde en la comunidad hereditaria por testamento. La demandada se opuso y formuló reconvencción, postulando la división de la casa litigiosa. Según la demandada, su cuota solo sería del 25% en caso de aplicar el Fuero de Baylio o del 33,33% en caso de aplicar el Código Civil.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, si bien modulando y variando alguna de las pretensiones. Se acuerda el reparto del uso de la casa familiar por turnos alternos y sucesivos, en la medida en que se trata de una vivienda indivisible, siendo imposi-

ble la convivencia de todos los comuneros. En cuanto a los gastos, indicó el Juez que deben hacerse cargo cada uno de los partícipes, atendiendo al uso de la vivienda fijado y, en su defecto, por partes iguales. Igualmente, no entendió procedente fijar la indemnización solicitada para el caso de no desalojo de la vivienda en los períodos correspondientes. A la hora de establecer la fijación de los turnos, mantuvo el Juez que no se puede establecer las cuotas que tendría cada partícipe en la vivienda, en cuanto no nos encontramos ante un procedimiento de división de herencia. No obstante, ello no impediría que se pudiera matizar que todas las partes son comuneros y que, por ello, tienen derecho a usar la vivienda, hasta que se divida la herencia y se produzca la adjudicación de los bienes de la herencia, se divida la casa o se venda en su caso.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. La Audiencia Provincial discrepó del régimen de uso y disfrute de la vivienda postulado por los actores y admitido por el Juez de Primera Instancia, por ser contraria al artículo 394 CC. Ningún copartícipe puede impedir a los demás utilizar la cosa según su derecho, sino que todos ellos tienen derecho a utilizarla en todo momento, sin perjuicio del derecho de los demás.

La parte actora interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, alegando: a) la infracción del artículo 394 CC, al rechazarse el uso por turnos, lo que perjudica a los demandantes recurrentes, que representan el 80% de la titularidad de las cuotas y se ven privados del uso pacífico y tranquilo; b) la infracción del artículo 398.1 CC, pues queda probado que las acciones planteadas cuentan con el acuerdo de los comuneros que representan la mayoría; c) la infracción de los artículos 393 y 395 CC, por cuanto en el concurso de los partícipes los beneficios y las cargas serán proporcionales a sus respectivas cuotas; d) la infracción de la doctrina jurisprudencial que reconoce la opción de los condueños por mayoría de cuotas para establecer y regular un uso exclusivo sucesivo y cronológico de la totalidad del inmueble por cada uno de los condueños hasta que se produzca la disolución de la comunidad.

El Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones: 1) dentro de la tesis de la parte demandada, y hasta que exista un procedimiento definitivo, entiende el Alto Tribunal como la más favorable para H la opción de que su cuota sea 33,33%, siendo ésta sobre la que habrá de calcularse los días anuales de uso y disfrute de la vivienda; 2) el reparto del uso de la casa será por turnos alternos, sucesivos y cronológicos fijados por un sorteo único con efectos recurrentes, en igualdad de condiciones para los hermanos, a partir del que escoja la madre; 3) en junta de comuneros se practicará el sorteo, que se atenderá en tiempo y forma del disfrute de la vivienda a lo aquí resuelto; 4) el resultado vinculará a quien convocado no asistiese, siempre que existiese fehaciencia del resultado; 5) los gastos y consumos anuales del inmueble serán asumidos por cada partícipe según el coeficiente de uso.

NOTA.—Sobre la equiparación de la comunidad postganancial a la comunidad hereditaria, *vid.* SSTS de 7 de noviembre de 1997, de 10 de julio de 2010 y de 12 de noviembre de 2015. Sobre la apli-

cación de las normas sobre comunidad de bienes (arts. 394 y ss. CC) a la comunidad hereditaria, en defecto de voluntad del testador, acuerdo de los coherederos o reglas especiales, *vid.* SSTS de 10 de julio de 2005, de 8 de mayo de 2008 y de 4 de marzo de 2013. En relación al uso exclusivo sucesivo y cronológico de la vivienda por cada uno de los comuneros, *vid.* SSTS de 23 de marzo de 1991 y de 31 de julio de 1998. El Alto Tribunal ha declarado que el uso de la finca por uno solo de los comuneros en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce de los demás, es ilegítimo. En este sentido *vid.* SSTS de 18 de febrero de 1987 y de 7 de mayo de 2000. Ahora bien, en caso de problemas, el Tribunal ha señalado que habrá que atender a la proporción de la cuota de cada uno de ellos. Así, *vid.* SSTS de 20 de mayo de 1996, de 2 de octubre de 1996, de 30 de abril de 1999 y de 7 de mayo de 2007. (*S. L. M.*)

26. Diferencias en el pago de alimentos a hijos menores de edad y a hijos mayores de edad.—Se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39 CE. En relación a los alimentos, existe un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad o no. Cuando son menores, más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención. Lo normal será fijar siempre un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante. El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo en todo caso, conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como señala el artículo 93 CC, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC.

En los supuestos previstos en los artículos 142 y siguientes CC, siendo los hijos mayores de edad, su concreción puede hacerse en el juicio matrimonial, siempre que se den los presupuestos previstos en el párrafo segundo del artículo 93 CC (vivir en casa y carecer de recursos). Cuando los hijos son mayores de edad, los alimentos son proporcionales al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 CC), y se reducen a los alimentos que sean indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, conforme al artículo 142 CC).

Por otro lado, es doctrina del Tribunal Supremo que será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación. Las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.

(STS de 2 de diciembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En juicio verbal sobre modificación de medidas de divorcio establecidas por sentencia de 5 de mayo de 2006, seguido a instancia del esposo frente a la esposa, se interesó, entre otras cosas, la extinción de la obligación del padre de pasar alimentos a uno de sus hijos, M, de 22 años de edad, que convive con su madre y continúa sus estudios de FP.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia considera acreditada una variación muy sustancial en la situación ponderada a fecha del convenio regulador en el año 2006 y la actual situación económica y patrimonial del actor, y estima la demanda de modificación de medidas, reduciendo su cuantía de 150 a 80 € mensuales como un mínimo vital irreductible mientras subsista la actual situación laboral y financiera del actor.

La Audiencia Provincial sostuvo que dicha cuantía resultaba insuficiente para atender las necesidades del hijo, que en buena parte deberán ser sufragadas por la madre, cuya situación económica y laboral, igualmente precaria, no permite un desplazamiento en exclusiva a ella de la obligación alimenticia. Además, la cuantía señalada es incluso inferior al mínimo vital que para fijar las pensiones alimenticias se viene considerando por las distintas Audiencias Provinciales en situaciones de probada situación de desempleo.

El actor interpone recurso de casación, en el que se cuestiona la existencia y alcance del mínimo vital de la pensión de alimentos al hijo mayor de edad con independencia de la situación económica del progenitor no conviviente y solicita la extinción o suspensión de la obligación de pago. El Tribunal Supremo estima el recurso. Señala que, en este caso, no estamos ante los alimentos de un hijo menor de edad, en el que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial, sino ante los alimentos que se prestan a un hijo mayor de edad. Se trata de un hijo de veintidós años, cuyo mínimo vital se enfrenta al de su padre prácticamente insolvente (ingresa menos de 400 € al mes, frente a los 1.100 € al mes que recibía en el momento del divorcio), que no puede prestarlos. En este supuesto, los alimentos únicamente podrían hacerse efectivos aplicando las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes CC, siempre teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia, que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. En consecuencia, el Tribunal Supremo suprime los alimentos de M, desde la sentencia.

NOTA.—Sobre el distinto tratamiento de la obligación de alimentos, según estemos ante hijos menores o mayores de edad, *vid.* SSTs de 5 de octubre de 1993, de 8 de noviembre de 2013, de 16 de diciembre de 2014 y de 12 de febrero de 2015). En relación a la eficacia de las resoluciones donde se fijen los alimentos, *vid.* SSTs de 3 de octubre de 2008 y de 26 de marzo de 2014. (*S. L. M.*)

27. Régimen pactado de separación matrimonial de bienes: divorcio: indemnización del artículo 1438 CC.—Doña Modesta formula recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que le niega la compensación del artículo 1438 CC por un importe de 733.056 euros que había demandado de D. Matías con el que había contraído matrimonio el 22 de julio de 1998, bajo el régimen de separación de bienes, matrimonio del que tuvieron dos hijos y que se disolvió por sentencia de 5 mayo 2010. La Audiencia Provincial declara acreditado que la decisión de no desempeñar un trabajo fuera del domicilio conyugal es anterior al matrimonio, que ha vivido en un chalet de lujo, en una zona exclusiva con servicio doméstico y que la esposa contaba con un gran patrimonio personal, igual que su esposo.

La sentencia apelada ignora, en efecto, el contenido del artículo 1438 CC, así como la jurisprudencia reiterada de esta Sala en interpretación del mismo (SSTS del Pleno de 26 marzo 2015), y la doctrina jurisprudencial establecida en anterior jurisprudencia de la Sala del siguiente tenor literal: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado por la esposa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina podía haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, ha señalado en las sentencias de Pleno lo siguiente: «Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se dedica al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (STS de 14 julio 2011).

Añadiendo lo siguiente: «Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 CC ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente de conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo y en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón, Baleares) y que aquellos que establecen como régimen matrimonial primario el de la sociedad de gananciales que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar, a su vista, los parámetros a utilizar para

determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 CC, como es el caso del artículo 231.5 del Cccat en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso, así como el incremento patrimonial del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerado como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino «la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida» que uno de los cónyuges presta al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional».

En el presente caso la falta de acreditación no viene referida al trabajo y a la dedicación de la esposa al matrimonio, sino a las circunstancias económicas en las que convivió el matrimonio hasta la ruptura, que se describe como «matrimonio adinerado», que vivía en un chalet de lujo, en una zona exclusiva, con chófer y servicio doméstico, pero sin negar que la esposa con un «innumerable patrimonio», se dedicara al cuidado de la casa y de los dos hijos, aun estando en condiciones de desarrollar su faceta laboral o profesional, contando con ayuda externa, con exención de estas labores al esposo. La norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges y es evidente que, aplicando la doctrina de esta Sala al caso controvertido, resulta que la esposa que solicita la compensación se ha dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar durante la vigencia del matrimonio, haciéndolo el marido fuera de la casa, bien es cierto que con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chófer pues la postre sobre ella recaía la «dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole, que difícilmente forman parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico». Esta Sala ha recordado que la dedicación debe ser exclusiva, lo que aquí se acredita, pero no excluyente, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento.

Criterios para determinar la cuantía de la indemnización.—La forma de determinar la cuantía ofrece algunos problemas. En la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1438 se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar el régimen, pueden establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijarla y la forma de pagarla. Ahora bien, en la práctica esta opción no se utiliza como sería deseable, ni se ha utilizado en el caso, por lo que será el juez quien deba establecerla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación. Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega a la acreedora alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado.

Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro.

Vinculado al trabajo para la casa de la esposa, se utiliza por la recurrente un segundo criterio proporcional consistente en el beneficio obtenido por el marido por la realización de su trabajo o actividades empresariales, reclamando en su vista una compensación del 5% del valor del patrimonio adquirido por el marido, por medio de sus empresas, constante matrimonio, o lo que es igual un total de 3984 días de convivencia a razón de 184 euros por día, cuyo producto es la suma inicialmente reclamada en la demanda. A esta pretensión opuso el demandado su «absoluta insolvencia» como consecuencia de la situación concursal o preconsensual en que se encuentran todas las sociedades a que se refiere la demanda y el hecho de que no existe desigualdad matrimonial que resulte de la falta o insuficiencia de retribución de quien trabaja en el hogar pues ni la demandada ha realizado trabajo doméstico, dado que contaba con personal al efecto pagado por él, que se ocupaba de atender las tareas domésticas y el cuidado y atención de los hijos, lo que permitía a la esposa cuidarse de su patrimonio, ni tampoco el devenir del matrimonio, respecto del régimen económico matrimonial de separación de bienes, ha supuesto para la actora una desigualdad matrimonial.

En resumen el Juez debe valorar todas estas circunstancias y procurar hacerlo de una forma ponderada y equitativa a la extinción del régimen económico matrimonial teniendo en cuenta dos cosas: primera, que no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que puede ser partícipe el otro; y, segunda, que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma; circunstancias todas ellas que permiten concretar la compensación en la cifra de 250.000 euros, atendiendo a los años de convivencia y al apoyo que la esposa ha tenido de terceras personas en la realización de tales menesteres, sin que la situación patrimonial que pretende hacer valer el esposo sea óbice para ello. El esposo se refiere a una situación concursal o preconcursal en que se encuentran sus sociedades, pero lo cierto es que no consta que esta situación de insolvencia, que ha afectado a sus sociedades, haya también afectado de forma sustancial a su importante patrimonio personal, ni a la capacidad para generar nuevos negocios en la actualidad.

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». (**STS de 25 de noviembre de 2015**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—La conocida, y en cierto modo singular, exégesis que la Sala 1.^a ha patrocinado del artículo 1438 CC, enfrentándose a buena parte de la doctrina familiarista, se mantiene firme en la extractada, si se observa que se limita esencialmente a reproducir y ratificar la doctrina jurisprudencial anteriormente establecida. Cabe también

mencionar últimamente la STS de 17 de febrero de 2014, desestimatoria del recurso y de la pensión solicitada. Añádase la STS en pleno de 26 de marzo de 2015, estimatoria, que cita expresamente las SSTS de 14 de julio de 2011 y 31 de enero de 2014 (ADC, 2016, pp. 1183 s.), y la de 14 de abril de 2015 (con anotación, en ADC, pp. 1184 s.). Es indudable la finalidad «pedagógica» de todas ellas, dada la resistencia a aplicar la pensión por algunos tribunales inferiores, si bien en la de 25 noviembre 2015 resulta problemático vislumbrar en ella una finalidad «disuasoria» dada la suma que otorga después de un cálculo «razonable» (250.000 euros que viene a representar un tercio de lo solicitado). Más bien se muestra que un matrimonio, cuya situación patrimonial resulta ser ampliamente desahogada, puede ser igualmente susceptible de recibir la aplicación de la pensión. (G. G. C.)

28. Apellidos del menor reconocido, primero por la madre y luego por el padre: el principio del interés del menor.—Son hechos relevantes para la decisión del recurso: la representación procesal de Don Urbano formuló demanda de paternidad no matrimonial el 20 de septiembre de 2011 contra doña Erica solicitando se declare que el menor Amadeo es hijo no matrimonial de él. La demandada reconoció que el actor era padre biológico del menor y, en esencia, la discrepancia entre las partes tuvo por objeto el orden de los apellidos de aquel. La sentencia de Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de las Palmas de 24 de octubre de 2012 estimó la demanda resolviendo que el primer apellido del menor fuera el primero del padre y el segundo apellido, el primero de la madre. En idéntico sentido resolvió el recurso de apelación la sentencia de la Audiencia Provincial de la sección 5.^a de 19 de febrero de 2014. La actora interpuso recurso de casación por interés casacional, apoyado por el Ministerio Fiscal con base en la STS de 17 de febrero de 2015 y en la STC 167/2013 de 7 de octubre. El presente recurso se resuelve siguiendo el discurso lógico y ordenado de la citada STS de 2015.

En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 CC, artículos 53 y ss. LRC 1957, y artículo 194 RRC 1958. El primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre.

La respuesta no puede ser la interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor, por lo que la Sala cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de este (SSTS de 29 de marzo, 1 de abril y 10 de octubre de 2011, y 5 de noviembre de 2012). Así se hacía ver en la STS de 27 octubre 2014, con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte. El mayor exponente ha sido la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento civil que ha sufrido una modificación por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues como afirma su Preámbulo, «transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido

importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución».

Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, en cuya Exposición de Motivos se afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo VI relativo a hechos y actos inscribibles, que afirma: «El nombre y apellidos se configuran como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos». Al acudir a la norma que la exposición motiva se aprecia que el artículo 49 dispone lo que sigue: «1. En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación [...]. 2. La filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden los apellidos atendiendo al interés superior del menor. En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podría determinar el orden de los apellidos [...]».

Es, pues, el interés superior del menor el que inspira al legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

Evidentemente meritada LRC de 2011 no estaba en vigor al dictarse la sentencia pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor. La propia DF 10.^a de la misma ley motiva su largo periodo de *vacatio legis* cuando recoge que, «hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia». Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo RC, que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas. Así ha venido a confirmarlo el propio legislador que, ante las dilaciones de la entrada en vigor de la Ley, ha decidido que algunos preceptos entren en vigor el 15 de octubre de 2015 y no el 30 de junio de 2017, en virtud de la redacción dada a la DF 10.^a por la Ley 19/2015, de 13 julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del RC, en concreto por el apartado 10 del artículo 2.^o de ésta.

Así lo interpretó el TC en sentencia de su Sala 2.^a 167/2013 de 7 octubre, por entender comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor, del artículo 18.1 CE, al alcanzar a este el cambio de apellidos a una edad en que tanto en la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado. Se hacía ver que en el caso de deter-

minación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

En atención a la doctrina de esta Sala procede la estimación del recurso y, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la madre contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de las Palmas de Gran Canaria, ordenando que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna.

Así lo impone el interés del menor si se tiene en consideración que: (i) el menor nació en 2009; (ii) que el padre inició el procedimiento de reclamación de paternidad con fecha 20 de septiembre de 2011, esto es, cuando casi tenía dos años de edad; (iii) que desde su nacimiento el menor ha utilizado como primer apellido el de la madre; (iv) que a la finalización del procedimiento judicial y sus recursos tendrá cerca de seis años; y (v) que por ende durante este largo periodo es conocido con el *nomen* primigenio tanto en el ámbito familiar como en el escolar y social. (**STS de 12 de noviembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—La sentencia extractada maneja conceptos (tales como *the best interest of child*, el fundamental derecho a la identificación de todo ser humano, la inconclusa reforma de la LRC 2011 con sucesivos aplazamientos, la sin duda excepcional interpretación correctora de las normas vigentes, dudosamente invocable en casos como el aquí resuelto) que contribuyen, en buena medida, a mantener en la indefinición e incertidumbre a no pocas normas básicas del vigente Derecho español de Familia, tanto de normas directamente aplicables o ya solo de modo transversal. Si hasta ahora las legislaciones española y portuguesa se diferenciaban profundamente de las restantes europeas en cuanto a la identificación de los nacidos (régimen de apellidos), y de repente alteramos el sistema, acercándonos en cierto modo al antes vigente parcialmente en los demás países europeos ¿no hubiera sido prudente seguir la evolución legislativa que están efectuando estos precisamente para aplicar y desarrollar similares principios fundamentales que nosotros? Pero si la Sociología muestra que la identificación tradicional de la filiación no matrimonial permanece todavía muy arraigada en nuestras costumbres ¿no debiéramos preocuparnos por el posible efecto social de los cambios que se propugnan, —incluso para la filiación matrimonial—, por ej. en el futuro cuando se trate de suceder a los progenitores? La STC 167/2013, de 7 de octubre, que se invoca como argumento decisivo del recurso, acude para fundamentarlo, —un tanto sorprendentemente—, al derecho a la propia imagen que, indudablemente, difiere, por su naturaleza y ámbito de actuación, del derecho a la identificación de cualquier nacido, tema íntimo y estrictamente relacionado con el de su personalidad. Por último, el superior interés del menor se encuentra actualmente en la interesante fase de lograr una clara y precisa delimitación, tanto a nivel internacional como nacional. Argumentar —finalmente— sobre el propio retraso institucional de los tribunales en la resolución de los

litigios, no parece muy adecuado. Con todo ha de recordarse que hay ya dos sentencias recientes del Tribunal Supremo que patrocinan la descrita *interpretatio contra legem* extractada, y que la precedente STS de 17 febrero 2015, ha sido publicada en *ADC*, 2016, pp. 1176-1178. (*G. G. C.*)

29. Patria potestad: Privación por incumplimiento grave de los deberes.—Con fecha 27 diciembre 2011 doña Leticia demanda a don Iván solicitando la privación de la patria potestad y régimen de visitas sobre la hija común, Sonia, menor de edad. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 19 de septiembre de 2012, estima la demanda, atribuyendo a doña Leticia el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre Sonia, con base en los siguientes hechos: (i) La menor nació el 13 de junio de 2006 y en julio de 2007 se dictó sentencia por la que se condenaba a don Iván como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, sin que en fase de cumplimiento acudiese al punto de encuentro a relacionarse con su hija, sin causa justificada; (ii) En la sentencia de divorcio de 23 de julio de 2010 se recoge haber admitido el demandado que hace al menos un año que no ve a su hija y que tuvo problemas de toxicomanía, manifestando que consumía cocaína y porros; (iii) Esta falta de contacto fue la que aconsejó un régimen de visitas progresivo a desarrollar en el punto de encuentro, sin que tampoco lo haya cumplido, manifestando la madre en juicio que hacía cuatro años que el padre no veía a la menor; (iv) No ha existido conducta obstruccionista de la madre para evitar los encuentros; (v) Lo que se ha constatado es un reiterado incumplimiento por el demandado de las obligaciones que venían impuestas en las sentencias y una absoluta dejación de los deberes más elementales para con su hija, que comenzó ya cuando la menor contaba muy temprana edad, afectando directamente a la relación paterno-filial, hasta el punto de provocar que la menor no tenga relación con su padre; y (vi) Corolario de los anteriores hechos es la estimación de la demanda, en cuanto a la privación al demandado de la patria potestad de la menor, de conformidad con el artículo 170 CC. El recurso de apelación del padre fue desestimado por SAP de 25 de marzo de 2014, de Palma de Mallorca, que se apoya en sentencias de esta Sala de 5 de marzo de 1998 y 11 de octubre de 2004, para decidir sobre la privación de la patria potestad del progenitor que durante años ha hecho absoluta dejación de los deberes propios de la institución (art. 154 CC), negando que tal dejación obedezca a habérselo obstaculizado el desempeño de sus funciones, que ha tenido lugar tanto en lo afectivo como en lo económico una prolongación desmesurada en el tiempo, hasta convertirse en incumplimiento grave y reiterado de los deberes. El Tribunal hace suya la extensa ponderación de la sentencia de primera instancia. Añade que ello no impide (STS de 5 de marzo de 1998) que en el futuro, y en beneficio de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubieran cesado las causas que motivaron la privación (art. 170, párr. 2.º CC). Tampoco imposibilita la decisión que se acuerda el que el demandado pueda relacionarse con su hija en los términos del artículo 160 CC, si así se solicita y se considerase, en su caso, procedente en el futuro. El demandado interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, admitido por la Sala, y al que se opuso el Fiscal.

La patria potestad como función en beneficio del interés del menor.—El artículo 170 CC prevé la privación total o parcial de la patria potestad al

que incumple los deberes inherentes a ella. Requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma. La STS de 6 de junio de 2014 declara que «la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 de octubre de 1996 y de 10 de noviembre de 2005)».

A la hora de valorarse el alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes, tiene sentado la Sala (STS de 6 febrero de 2012) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, «sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho» (STS de 24 mayo de 2000). La patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS de 5 marzo de 1998 dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 y la variabilidad de las circunstancias «exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación[...], pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor». Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Aplicando tales criterios, presentes en nuestro ordenamiento, la STS de 1 de octubre de 2004, confirmaba una sentencia de privación de la patria potestad porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la Administración por no poder atenderla (STS de 23 de mayo de 2005).

La sentencia recurrida, partiendo de la doctrina que se ha expuesto, ha valorado los hechos que ha declarado probados con los criterios discrecionales, pero de racionalidad, que exige el ordenamiento jurídico. Así califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro, conforme a derecho y que recoge el Tribunal de instancia. El motivo no puede estimarse, al no vulnerar la doctrina de la Sala.

(STS de 9 de noviembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Se trata de un supuesto de hecho adecuadamente probado en la instancia y de la reiteración de una doctrina jurisprudencial que puede considerarse correcta e impecable. Ignoramos la fecha de la boda pero, nacida la hija —que parece ser la primogénita— en 13 de junio de 2006, hay una clara sentencia penal condenatoria al año siguiente, y cuatro años más tarde se declara el divorcio a instancia de la madre, reconociendo el padre en el proceso el incumplimiento de sus deberes parentales, atribuyendo a su drogadicción la causa del mismo. Persistiendo tales incumplimientos en 2011, la madre solicita la privación de la patria potestad, logrando sentencias favorables en ambas instancias (2012 y 2014), y que se desestime el recurso de casación interpuesto por el padre, con base en la ya mencionada clara y reiterada doctrina jurisprudencial. Los Tribunales penal y civil han dado a la madre plenamente la razón, y quizá ella pueda suponer que el pleito con el otro progenitor se ha resuelto ya de modo irrefutable y absoluto. Pero la hija común ha cumplido 9 años al dictarse la aquí extractada sentencia de la Sala 1.^a El ejercicio de la función parental, por razón de la mayoría, llegará, en este caso, como mínimo hasta el 13 de junio de 2024. Al llegar a la adolescencia aconsejan los especialistas que las hijas se relacionen más intensamente con el padre. Cabe preguntarse si lo facilitaría eventualmente la madre en este caso, a la vista de las advertencias contenidas en las sentencias de instancia. Pero si no diera facilidades, el posible recurso paterno tardaría cinco o seis años en resolverse. Y al poco la hija alcanzaría la mayoría. Acaso proceda invocar el Derecho comparado, ya que en el Tribunal Supremo japonés —cuya organización civil sigue tratando de inspirarse en el Derecho europeo continental, desde finales del siglo XIX—, hay una Sala especial para los temas familiares que en la práctica agiliza la tramitación. (G. G. C.)

30. Derecho de visita de hijos habidos antes y después del divorcio, reconciliación y ruptura definitiva: Condena del padre por malos tratos a la esposa y a la primera hija.—Don Alexander interpuso demanda de juicio verbal contra doña Rafaela, solicitando medidas materno-filiales respecto de la menor Sofía. El demandante había contraído matrimonio con la demandada el 15 de septiembre de 2001, del que nació en 2003 la hija Elisabeth, la cual contaba con ocho años de edad al interponerse esta demanda. Por sentencia de 16 de enero de 2007 se decreta el divorcio entre los cónyuges, aprobándose el convenio regulador firmado de mutuo acuerdo el 12 de septiembre de 2006, en el que establecen las medidas respecto de la hija común y liquidan los bienes conyugales, convenio que sigue en vigor. Posteriormente al mencionado divorcio y tras una reconciliación, previa a la ruptura definitiva de la pareja, nace una segunda hija, Sofía, en 2008, la cual cuenta con tres años al interponerse la demanda. El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Algeciras en sentencia de 2 de diciembre de 2011 condenó al padre demandante por un delito de malos tratos habituales contra la demandada, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor, Elisabeth, y un delito de amenazas a las

penas de dos años y ocho meses, seis meses y otros seis de prisión y accesorias. Al tiempo de interponerse la demanda existe una orden de alejamiento provisional respecto de la demandada y la hija mayor. Pero no existe ninguna limitación de comunicación o visitas impuestas judicialmente respecto de la hija menor, Sofía. A través de la demanda se solicita que Sofía quede bajo la guarda y custodia de la madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad, así como la fijación de un régimen de visitas respecto de dicha menor. La parte demandada se opuso solicitando la desestimación de cualquier medida que pudiera suponer un régimen de visitas del progenitor con su hija. Apoya tal petición en que debido a la situación de maltrato que ella y su hija Elisabeth han sufrido, el demandante no es una persona apta para atender y cuidar a su hija menor, existiendo el riesgo de que el actor pueda ocasionarle algún daño a una niña de tan solo tres años de edad, añadiendo que serían nefastas las consecuencias para Elisabeth, al ver como su padre puede tener una relación con su hermana y no con ella, y asimismo que Sofía no conoce a su padre ya que dejó de tener contacto con él cuando tenía un año de edad, por lo cual resulta para ella un completo desconocido. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda del padre, atribuyendo la guarda y custodia de la menor a la madre con un régimen restrictivo de visitas en favor del padre. Siendo cierto que existe una desvinculación total entre padre e hija, también lo es que no existe ninguna condena entre padre e hija menor, no siendo razonable prolongar de forma indefinida esa falta de contacto, estableciendo un día de visita a la semana de 17 a 19 horas, a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras de forma tutelada. Se considera adecuado tal régimen de visitas para ir fomentando la relación paterno-filial a medida que la menor vaya retomando el contacto de forma progresiva no traumática con su padre. Este régimen no se iniciará hasta que se produzca la excarcelación del actor y tenga posibilidad de acudir al Punto de Encuentro Familiar. También se condicionará a la justificación documental de haberse sometido a un programa terapéutico en el que se le trate de su violento carácter que le habría llegado a cometer hechos por los que ha resultado condenado. La sentencia de 18 de septiembre de 2014, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz la confirmó íntegramente.

No se respeta el interés del menor: Suspensión del derecho de visita.—

En la sentencia recurrida se declaró que el régimen de visitas era sumamente restrictivo y expresamente condicionado a la salida de prisión del padre y a que se acreditase cumplidamente que se había sometido a terapia, visitas que se desarrollarían dos horas en semana y en un Punto de Encuentro Familiar.

Sobre el particular, el artículo 94 CC permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita, igualmente el artículo 65 de la LO 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el artículo 2 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del menor establece como primordial la consideración del interés del menor, y en igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño.

El concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la LO 8/2015 de 22 de julio, de Modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas», se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a

que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». Igualmente el artículo 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Este Tribunal en sentencia invocada de 11 febrero 2011 mantuvo la suspensión del régimen de visitas dada la situación de violencia concurrente deducible de una orden de sucesión. Igualmente en sentencia de 13 de febrero de 2015, en supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

A la vista de las normativas y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.

En el presente caso la madre recurrente solicita la suspensión del régimen de visitas. El Ministerio Fiscal apoyó dicha tesis, sin perjuicio de que el padre, una vez fuera de prisión, pueda plantear procedimiento contradictorio en el que acreditase fehacientemente que las visitas no generaban riesgo a la menor.

Esta Sala ha de declarar que en la sentencia recurrida no se respeta el interés de la menor, al no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quien lo debe desarrollar, ni quien homologará los resultados obtenidos, por lo que, de acuerdo con el artículo 94 CC y artículo 65 de la LO 1/2004, no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija Sofía, sin perjuicio de que cuando cumpla la pena impuesta pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para Sofía, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y su hermana Elisabeth.

Se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. (STS de 26 de noviembre de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]. (G. G. C.)

31. El derecho de los menores a relacionarse con sus parientes y allegados. Doctrina jurisprudencial sobre el artículo 160.2 CC.—Solo cabe denegar el contacto entre los parientes y allegados con el menor cuando concurre justa causa. El artículo 160.2 CC, a *contrario sensu*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concorra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Esta norma y la interpretación jurisprudencial derivan de lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que «los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos (...) las relaciones familiares de conformidad con la ley (...)». Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las SSTs de 27 julio de 2009, 11 de noviembre de 2005, 28 de junio de 2004, y 20 de septiembre de 2002.

Constituye justa causa para denegar las relaciones familiares de la menor con sus parientes el enfrentamiento y las malas relaciones existentes entre los progenitores y la tía paterna unido a la ausencia de toda relación anterior con la menor.—La sentencia recurrida deniega el contacto no solo por el enfrentamiento entre los hermanos, sino por la negativa influencia que tendría sobre la menor el contacto con una tía que no conoce y que puede desestabilizar a la menor. Por tanto, no se infringe el artículo 160 del CC al constar justa causa para impedir el inicio «ex novo» de la relación con la tía paterna, tampoco se encuentra afectado el interés de la menor pues su tutela hace aconsejable no introducir una relación que cuando menos se advierte como arriesgada. (STS de 16 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La actora solicita que no se le impida, sin justa causa, relacionarse con su sobrina. Se da la circunstancia de que habiendo fallecido los abuelos paternos la solicitante es la única tía paterna de la menor. Por otro lado, también es notorio el enfrentamiento con su hermano (padre de la menor), desde que este se casó, pues no fue aceptada su esposa en el núcleo familiar, unido ello a disputas posteriores por cuestiones hereditarias. También es un hecho relevante la total ausencia de relación de la tía con la sobrina. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación.

NOTA.—El derecho del menor a relacionarse con sus parientes y allegados, en particular, los familiares más cercanos, abuelos y hermanos, o personas vinculadas al menor por una relación personal, afectiva o de confianza, está reconocido cada vez más en los ordenamientos de raíz europea (Vid. DÍAZ ALABART, «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC)». RDP núm. 2003-03, mayo 2003, pp. 345-371 y DE LA IGLESIA MONJE, «Concepto de allegados y el interés superior del menor». RCDI, núm. 751, septiembre 2015, pp. 2871-2892). En el Código civil se introdujo con la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, que dio una nueva redacción al artículo 160.2. En las legislaciones autonómicas lo regulan el Código de Derecho Foral de Aragón (art. 60.1), el Libro II del Código Civil de Cataluña (art. 236-4.º) y Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña (art. 38.1) y la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, de Navarra (art. 44.1). La limitación a este derecho no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor, por lo que solo será posible cuando medie causa justificada apreciada por el juez tras el examen de cada uno de los casos que se deban enjuiciar. La dificultad estriba en saber cuáles son las circunstancias que constituyen justa causa que permitan denegar la comunicación entre el menor y los parientes próximos. Para la resolución habrá que estar a las particularidades del supuesto debiendo alegarse, por el que se opone a la relación, una justa causa concreta que permita al juzgador averiguar si la misma responde a una realidad que pueda servir de argu-

mento para eliminar este derecho que no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor (STS 24 de mayo de 2013). En el caso de la sentencia se ha analizado si la causa de oposición de los progenitores estaba justificada. (C. O. M.)

32. La protección del interés superior del menor.—La protección del interés superior del menor se configura en las normas internacionales, nacionales y autonómicas como un principio fundamental. Se trata de un criterio determinante para la adopción de cualquier medida que le afecte. Sin embargo, estamos ante un concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando con varias realidades: 1) el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; 2) su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; 3) la protección de sus derechos fundamentales. Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego.

Conforme a la observación general número 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del menor tiene tres dimensiones: 1) un derecho sustantivo, en el sentido de que el interés superior del niño sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión determinada —además, debe ser de aplicabilidad inmediata—; 2) un principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de una manera más efectiva el interés superior del niño; 3) una norma de procedimiento, en el sentido de que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño.

El interés del menor y la vuelta a la familia biológica en los supuestos de acogimiento preadoptivo.—En relación con este tema, el Tribunal Supremo destaca el artículo 11.2 LO 1/1996, que establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: a) la supremacía del interés del menor; b) el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés; c) su integración familiar y social. El Tribunal Supremo ha concluido que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas. Además, el derecho de los padres biológicos no es un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante. El posible retorno a la familia natural se contemplará siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

El artículo 19 bis de la LO 1/1996, introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, y que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores. Su apartado tercero dispone que para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se

haya comprobado una evolución positiva de la misma. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. A la hora de llevar a cabo tal ponderación, resulta de vital importancia el informe de seguimiento del acogimiento de los menores. Los criterios a tener en cuenta, según el Tribunal Supremo, para el mantener al menor en la familia de destino son: a) que los menores se encuentren seguros, creen vínculos con la familia acogedora y tengan sentido de pertenencia a ésta; b) que el cambio a la familia de origen suponga a los menores un notable desajuste psicológico compatible con problemas emocionales, conductuales y educativos; c) que la relación de los acogedores con el centro educativo de los menores sea normalizada y continua; d) que los menores acudan con regularidad a sus controles periódicos y sus citas programadas; e) que los menores estén deseosos de que llegue el momento de su adopción plena. (**STS de 2 de diciembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El servicio de Protección de Menores presentó ante el Juez de Primera Instancia una propuesta de constitución judicial de acogimiento familiar preadoptivo de los menores P y JF. Se acordó la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento del menor, así como oír a la madre biológica (A) y a los acogedores. La madre señaló que no prestaba su consentimiento y formuló contestación a la demanda. El Juzgado aprobó la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo respecto de los menores citados, en base a los siguientes motivos: a) el interés superior del menor; b) los menores fueron entregados a la administración en enero de 2009; c) en diciembre de 2008 uno de los menores no estaba inscrito en el Registro Civil ni recibía asistencia sanitaria, y ya en enero de 2009, se acudió a los servicios sociales y se declaró que la madre estaba en paradero desconocido; d) servicios sociales contacta con la madre y ésta indica que los recogerá en una semana, pero finalmente esto no ocurrió; e) se denunció el abandono de los menores en enero de 2009; f) la madre no se opuso en forma al desamparo; g) el informe social de diciembre de 2009 reseña los factores de riesgo para los menores y el desinterés y desatención de la madre que resulta del expediente, sin que conste que la madre visitara a los menores; h) el tiempo transcurrido desde que los menores fueron abandonados.

Contra el auto se interpuso recurso de apelación por A. La Audiencia decidió estimarlo y dejar sin efecto el acogimiento familiar preadoptivo. Razona que, durante la tramitación del expediente, retrasado por razones burocráticas, la única nota en contra de la madre es la situación económica lamentable y su interés en buscarse la vida. La madre se ocupó de que los menores quedaran en manos de personas responsables a las que aquellos tenían cariño.

La Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía interpuso recurso de casación contra la anterior resolución. Se alega la infracción del artículo 172.4 CC y la vulneración del interés superior de los menores, desamparados hace más de cinco años. El Tribunal Supremo estima el recurso. Al ponderar

el interés de los menores, considera de vital importancia el informe de seguimiento del acogimiento de los menores, de enero de 2014, del que se infiere que el interés de los mismos es mantenerse en la situación existente. Según el Alto Tribunal, el interés de la madre biológica debe ceder ante el de los menores, no por motivos de pobreza, sino en atención a los vínculos existentes entre los menores y sus acogedores.

NOTA.—Sobre la protección del interés superior del menor, *vid.* SSTS de 20 de julio de 2015, 21 de febrero de 2011 y de 31 de julio de 2009. Respecto al mantenimiento del menor en el ámbito de la familia de acogida, prevaleciendo sobre la vuelta a su familia de origen, *vid.* SSTS de 13 de junio de 2011, de 17 de febrero de 2012 y de 31 de julio de 2009. (*S. L. M.*)

DERECHO DE SUCESIONES

33. Testamento abierto: Nulidad por falta de capacidad de la testadora: Testamento otorgado mientras se tramita su incapacitación: Incidente de nulidad de sentencia del Tribunal Supremo.—Doña Natalia otorga testamento notarial el 25 de octubre de 2005 y a su fallecimiento varios herederos solicitan su nulidad contra don Belarmino, demanda desestimada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vitoria de 4 diciembre 2008. Pero la sentencia de la Audiencia Provincial, sección 1.ª, de Vitoria de 31 de marzo de 2010, estima el recurso de apelación decretando la nulidad de aquel. Interpuesto recurso de casación, por STS de 20 de marzo de 2013, se estima, confirmando en todos los pronunciamientos la sentencia del Juzgado salvo en lo relativo a la imposición de costas. La parte actora promovió incidente de nulidad de dicha sentencia, resuelto favorablemente por Auto de 18 de febrero de 2015 en el que se acordó declarar la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo por incongruencia omisiva, rechazando otros dos motivos, «no habiéndose dictado sentencia dentro del plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente y la complejidad del asunto». Conforme al mencionado Auto procede dictar nueva sentencia con arreglo a las siguientes consideraciones.

La doctrina jurisprudencial contenida en los fundamentos de derecho de la sentencia anulada de esta Sala, no resulta afectada por la nulidad decretada en dicho Auto, que expresamente reconoce la motivación y justificación del cambio de criterio doctrinal operado. Pero de acuerdo con el FD 4.º del citado Auto, relativo a la incongruencia omisiva, procede entrar en la infracción alegada de las normas procesales de valoración conjunta de la prueba, a los efectos de dar una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho a la cuestión que oportunamente quedó planteada.

Cumplimiento de las formalidades del testamento abierto: Doctrina jurisprudencial.—Con relación a la cuestión jurídica que la parte recurrente plantea en el recurso de casación, como motivo único, esto es, la infracción del artículo 687 CC en relación con los artículos 686 y 696 del mismo cuerpo legal, procede su estimación en atención a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 20 de marzo de 2013. La cuestión planteada atiende a la inter-

pretación normativa que debe realizarse acerca del cumplimiento de las solemnidades testamentarias referido al plano formal en el que debe materializarse, en el documento testamentario, el juicio de capacidad realizado por el notario. Para la sentencia recurrida, conforme a la naturaleza formal del negocio testamentario, el cumplimiento de dicha solemnidad requiere de una constatación, expresa y ritualista, en el documento autorizado por el Notario por el que declare que «a su juicio el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Por el contrario, en la interpretación que sustenta la parte recurrente, el cumplimiento de dicha solemnidad no requiere de una constatación expresa del juicio de capacidad, desarrollada mediante una fórmula literal exacta o sacralizada, sino que puede inferirse de locuciones o expresiones distintas que igualmente refieran idéntico juicio de capacidad.

A juicio de esta Sala, y reconociendo la complejidad doctrinal –que encierra el presente caso–, debe señalarse que la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia no es la más ajustada a la finalidad del precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio de *favor testamenti*. Este criterio de flexibilización de las solemnidades testamentarias, sin detrimento de la autenticidad y capacidad de la voluntad expresada, tampoco debe ponerse en tela de juicio por la modificación del artículo 685 operada tras la Ley 30/1991, de 20 diciembre, por la que la formulación «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», se cambia por la actual «también deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», pues, como dijo la STS de 19 de septiembre de 1998, «la reforma operada llevó a un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a lo dispuesto en la primera solución del Código Civil, que, a su vez, traía causa del juicio de capacidad exigida en el artículo 6.º de la Instrucción para la redacción de instrumentos públicos, de 9 de noviembre de 1874. Por tanto, nada cambia tampoco respecto del plano formal de materialización documental de dicho juicio de capacidad, resultando igualmente aplicable la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma.

A mayor abundamiento, en la STS de Pleno de 15 enero 2013, esta Sala ha profundizado en la revitalización del principio de *favor contractus* no solo en su concepción tradicional de canon interpretativo sino también en su propia configuración como principio general de Derecho declarando: «Siguiendo esta línea, la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos, que no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los PECL y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Conforme declaran las SSTS de 28 de junio y de 10 de septiembre de 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que, comporta entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural

del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica.

En el presente caso, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren «el consentimiento libremente prestado por la testadora» y que «el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa», expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren «de otro modo» al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se presta libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello. Por último, también conviene resaltar que el testamento autorizado cumple con el resto de formalidades legalmente exigidas.

Juicio del Notario sobre la capacidad de la testadora: Prueba de dicha capacidad.—De acuerdo con el FD 4.º del Auto de nulidad, procede que esta Sala, asumiendo la instancia, entre en la valoración de la prueba practicada a los efectos de que la parte solicitante de la nulidad, aquí recurrida, obtenga una cumplida respuesta a la denuncia planteada acerca del error en la valoración de la prueba practicada donde cuestiona la falta de capacidad de la prestadora al tiempo del otorgamiento del testamento.

La demanda que cuestiona la validez del testamento mediante la prueba pericial aportada realizada por un médico especialista en neurología que concluye que en la fecha de otorgamiento del testamento la testadora no estaba capacitada para obrar y tomar decisiones sobre su patrimonio, en este caso, otorgamiento de testamento. Pero conviene precisar que el citado informe no obtiene una conclusión de la exploración directa de la testadora, sino que se basa en informes médicos anteriores (antecedentes o fuentes) sobre los que aplica unas tablas de análisis de la capacidad para la toma de decisiones durante la evolución de una demencia («Documento Sitges»). Dichos informes antecedentes son tomados: del Hospital Txagorritxu, con ocasión del ingreso de la testadora por causa de una infección medicamentosa, en atención a los informes de la doctora Raquel, de 5 de mayo y 19 de julio de 2005, los informes del Dr. Felicísimo, de 6 de junio y 26 de agosto de 2005. Y, de otra parte, del informe forense de 23 de noviembre de 2005.

La parte demandada, y aquí recurrente, defiende la validez del testamento que se otorga, precisamente, con plena consciencia y voluntad ante el curso de incapacidad interpuesta. Cuestiona la falta de capacidad alegada, con las siguientes pruebas: (i) certificado médico emitido por su médico de cabecera el doctor Lucio, el 20 de octubre de 2005, cinco días antes del otorgamiento del testamento, que recoge que hay «un deterioro cognitivo y funcional en grado leve que no le impide controlar los actos más elementales de su vida cotidiana y mantener su autonomía; (ii) certificado médico del doctor Teófilo, especialista en Psiquiatría, de 26 de octubre de 2005, un día después del otorgamiento, que contempla «un discreto cuadro de deterioro senil con desorganización a nivel de las praxis constructivas (buena conversación de las praxis ideatorias e ideomotoras) sin desorganización amnésica, ni de pensamiento formal operativo, ni del lenguaje, siendo aconsejable que siga viviendo en su hogar familiar con el apoyo logístico después de recibir de los Servicios Sociales habituales; (iii) informe pericial emitido por el Dr. Pedro Antonio, médico especialista en neurología, de 3 de junio de 2008, que tras el

análisis de los antecedentes anteriormente señalados, concluye que tras el ingreso hospitalario la testadora tuvo una evolución a la recuperación y no al empeoramiento, paralelo al tratamiento y mejoría de la misma. El Servicio de Neurología del Hospital no estableció el diagnóstico de demencia, ni de demencia degenerativa, más allá de la posibilidad o impresión en un momento determinado. Sin realizar el tiempo de seguimiento necesario, ni nuevas exploraciones complementarias. No hubo, por tanto, confirmación diagnóstica al respecto. En el tiempo transcurrido desde el ingreso hasta la fecha de incapacitación, el empeoramiento no es lineal y progresivo, quedando constancia de mejorías tras las altas hospitalarias: Por lo que es clínicamente razonable y probable pensar que la testadora a lo largo de este tiempo tuviera episodios de afectación del estado cognitivo, manteniendo basalmente su buen juicio y la autonomía en la toma de decisiones. El informe forense, en la exploración de la testadora, constata que presenta funciones superiores aceptablemente conservadas en el momento actual, aunque impresiona el deterioro cognitivo subyacente.

Para esta Sala, del examen de todas estas fuentes clínicas, certificados médicos e informes periciales, y de acuerdo con la valoración de la prueba que realizó el Juzgado de Primera Instancia, se desprende que no existe una prueba concluyente sobre la falta de capacidad de la testadora en el momento del otorgamiento del testamento impugnado. Conclusión que resulta reforzada en la valoración conjunta de la prueba, en donde hay que tener en cuenta que tanto los testimonios de las personas que compartieron las fechas cercanas a dicho testamento, como el propio juicio de capacidad que realizó el notario, refieren que la testadora tenía consciencia y voluntad de sus actos. Por lo que procede desestimar la pretensión planteada al respecto por la parte demandante y aquí recurrida. (**STS de 10 de septiembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—La singularidad de la sentencia extractada ofrece variedad de aspectos multiformes. En primer término la existencia de un poco frecuente procedimiento de nulidad de anterior sentencia de la misma Sala 1.^a que permite a ésta el reexamen de los hechos ya valorados (art. 228 LEC 2000, Incidente excepcional de nulidad de actuaciones). Se encuentra en ella, sobre todo, una nueva expresión del formalismo testamentario que tiende a atenuarse. Finalmente, en la nueva valoración se destaca una minuciosa y prolija prueba de la discutida capacidad de la testadora. Personalmente creo que, en abstracto, habría más razones para mantener el principio de conservación de los actos de última voluntad que la de los contratos. Normalmente, cuando surge el proceso judicial el testador ha dejado de existir, y no cabe intentar una «segunda oportunidad», a diferencia de lo que puede suceder con los contratos. Con todo el cambio de interpretación jurisprudencial sobre el inciso final del artículo 696 CC («[El Notario]... hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento») suscitará probablemente animado debate doctrinal pues parece claro que la interpretación «rigorista» aparece muy arraigada entre nosotros (¿acaso, en último término, para mayor comodidad del exegeta...?). El desmenuzamiento de la diversa prueba practicada en el proceso, muestra además la difícil tarea que en esta clase de procesos asumen los órganos judiciales. En el caso había serias

dudas sobre la prueba de la falta de capacidad en la testadora al tiempo de otorgar testamento por lo que parece razonable el fallo definitivo. (G. G. C.)

34. Testamento mancomunado conforme al Derecho aragonés: Su validez conforme a Ley 1/1999, de 24 febrero.—El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posible nulidad de un testamento y, por tanto, la apertura de la sucesión intestada, en el marco de aplicación del Derecho de sucesiones por causa de muerte de Aragón. Plantea, a su vez, la valoración de cuestiones jurídicas que se sustentan con relación a la interpretación de la normativa aplicable en relación al testamento objeto del presente caso. Entre otras, y de modo principal, el alcance de la institución recíproca de heredero con relación a la aplicación foral del «pacto al más viviente». La compatibilidad de la legítima aragonesa con el testamento mancomunado con institución recíproca. Y, en suma, como opera la figura de la «exclusión de los legitimarios».

Los cónyuges don Bernardino y doña Josefa, de vecindad civil aragonesa, otorgaron el 10 de octubre de 2006, ante Notario, testamento abierto mancomunado en cuya cláusula primera se instituyen recíprocamente herederos universales en todos sus bienes y derechos. En la cláusula segunda, y solo para el caso de fallecer ambos sin haber modificado este testamento el último sobreviviente, legan a su hijo Victorino el usufructo vitalicio de un inmueble de Madrid e instituyen heredero universal a su otro hijo vivo Isaac. El Sr. Bernardino había otorgado con anterioridad tres testamentos abiertos (en 1979, 1997 y 2003), y falleció el 13 de noviembre de 2006. Al tiempo de su fallecimiento ostentaban la calidad de legitimarios, además de los dos hijos antes citados (Victorino e Isaac), el nieto del testador, Millán (hijo de Piedad fallecida en estado de divorciada con anterioridad), que es mencionada en el testamento sin que se establezca disposición alguna respecto al mismo. También se hace constar que la hija doña Josefa había fallecido en estado de soltera y sin descendientes.

Don Victorino, hijo de los testadores, promueve juicio ordinario sobre la nulidad de la institución contemplada en la cláusula primera (en la que ambos testadores se instituyen herederos universales recíprocos) y se declare su invalidez, de forma que se proceda a abrir la sucesión intestada con la posibilidad de recibir su legítima entera. Por su parte doña Josefa, madre del demandante y heredera sobreviviente se opone a dichas pretensiones sustentando la plena validez de la cláusula y del testamento otorgado.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, y declara tanto la validez de la citada cláusula, como el derecho del demandante a reclamar la legítima que le pueda corresponder. La parte demandante apela con la petición de que se declare nula o ineficaz la cláusula primera del testamento, ordenándose la apertura de la sucesión intestada de todo el caudal relicto y puntualizando que la conservación de su legítima lo es frente a «cualquier extraño». La parte demandada impugna la apelación puntualizando que no se declare el derecho del actor a percibir su legítima entera, sino que se declare el derecho del mismo a reclamar la legítima que pudiera corresponderle, en su caso, de quien correspondiere o pudiera corresponder. La sentencia de segunda instancia desestima el recurso de apelación y la impugnación del mismo, confirmando la de primera instancia.

Con relación a las cuestiones sustantivas la Audiencia Provincial excluye la apertura de la sucesión intestada por no existir preterición (porque se le nombra), ni desheredación (al existir legado), ni exclusión absoluta (que exige expresión positiva). Tampoco por vía del artículo 81 de la Ley 1/1999 cuya solución se consigue con respeto a la legítima. Delimita el «pacto al más viviente» en el marco de la institución de heredero recíproca, Y atiende al principio de conservación del testamento, conforme a la interpretación del testamento y a la finalidad del testamento mancomunado de robustecer la posición recíproca de los otorgantes.

De la interpretación sistemática del testamento otorgado la sentencia recurrida no infiere, que de la cláusula primera del testamento se desprenda la exclusión de los legitimarios alegada y se produzca un error, de hecho o de derecho, acerca del alcance de dicha cláusula en el testamento otorgado. Conforme al artículo 198 de la Ley de sucesiones, la exclusión absoluta requiere de una declaración de voluntad expresa en el acto dispositivo realizado, distinta de la mera omisión de asignación de bienes del caudal relicto. En este caso los cuatro hijos del matrimonio son mencionados expresamente en el expositivo primero del testamento. Disponiéndose para el caso de fallecimiento de ambos cónyuges sin haber modificado unilateralmente el testamento otorgado, de un legado en favor de un legitimario. Valoración plenamente concordante con la doctrina jurisprudencial de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de septiembre de 2011.

La validez de la cláusula primera del testamento resulta incuestionable, pues en ella los testadores aragoneses se acogen al testamento mancomunado instituyéndose recíprocamente como herederos universales, sin que ello comporte la vulneración de la intangibilidad cualitativa de la legítima colectiva aragonesa, pues en tal caso se daría la reducción del haber de la institución de heredero, pero no su nulidad o supresión.

La parte recurrente infiere, directamente y de un modo automático la existencia del error de la mera literalidad de la cláusula primera, sin precisar los presupuestos en los que basa la existencia del mismo y el alcance de su gravedad. Todo ello sin recurrir a la interpretación sistemática del testamento e imputando el error tan solo a uno de los testadores y no a ambos, como resulta del todo necesario en un testamento mancomunado.

Descartado el error en la voluntad testamentaria, tanto de la interpretación del testamento realizado, como de la inexistencia de prueba o acreditación del mismo, la compatibilidad, en el presente caso, de la legítima aragonesa con la figura del testamento mancomunado resulta plenamente aplicable.

Si se atiende a la regulación actual de la figura y su concordancia con la armonización efectuada por el vigente R. D. Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, se observa como, a diferencia de la Compilación de 1967, el testamento mancomunado con institución recíproca de heredero, conocido foralmente como «pacto al más viviente», ha sido objeto de un tratamiento normativo más flexible en orden a su posible aplicación testamentaria. En efecto, la figura ya no solo resulta de aplicación respecto de los testadores que en el momento del otorgamiento estén casados, sino para cualesquiera dos otorgantes con independencia de la existencia del vínculo matrimonial entre ellos. Pero también, y esto es lo relevante a los efectos que aquí interesan, resulta de aplicación o es compatible aun existiendo descendientes comunes de ambos otorgantes, caso que nos ocupa. De forma que en estos supuestos el «pacto al más viviente» equivale a la concesión, al heredero sobreviviente, del usufructo universal y vitalicio de los bienes del heredero premuerto, así

como la facultad de distribuir la herencia (art. 81.2 Ley 1/1999). Por lo que la existencia de descendientes comunes tampoco comporta la invalidez o ineficacia de la institución propiamente dicha, sino su adaptación o modificación con relación al límite dispositivo que representan las legítimas de los descendientes. Conclusión que la sentencia recurrida refuerza con el principio de conservación del testamento. Principio que esta Sala tiene declarado, precisamente con relación al régimen de ineficacia testamentaria prevista en el artículo 814 CC, por la preterición no intencional del heredero legitimario (STS de 10 diciembre 2014). (STS de 15 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Se nos dice en el más autorizado comentario al *Código de Derecho Foral de Aragón*, dirigido por Delgado Echeverría (*Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, edit. por el Gobierno de Aragón, s.f. pero 2015), y a cargo de la prof.^a Elena Bellod Fernández de Palencia, especialista en la materia (pp. 587 ss.) que la institución hereditaria recíproca entre cónyuges, conocida con las denominaciones de pacto al más viviente, agermanamiento y casamiento al más viviente, es una institución familiar consuetudinaria aragonesa que el pueblo practicó con bastante asiduidad, pero que los legisladores nunca han trasladado a los Fueros, apareciendo la primera referencia legislativa en el Apéndice Foral de 1925, que se limitó a establecer en su artículo 60 a hacer referencia explícita a instituciones consuetudinarias tales como hermandad llana, agermanamiento o casamiento al más viviente, heredamiento, casamiento en casa, consorcio sobre bienes, consorcio universal. La Compilación procedió a regular la institución en el artículo 108.

Dado que el supuesto aquí contemplado es el clásico del «casamiento al más viviente» se puede prescindir aquí de la apertura realizado por la Ley 1/1999, plenamente acogida en el CDFA, que se justifica en la Exposición de Motivos de ésta (33: La sucesión testamentaria) al decir: «Los artículos específicamente dedicados al testamento mancomunado no son muchos, pero todos ellos contienen alguna novedad. La más aparente es la que admite el otorgamiento de estos testamentos por cualesquiera dos personas, «sean o no cónyuges o parientes», mientras la Compilación exigía la condición de cónyuges». «Por otro lado... a diferencia de lo dispuesto en la Compilación, no producirá los efectos del «pacto al más viviente» salvo que así lo hayan establecido los testadores, según parece más conforme para respetar su verdadera voluntad».

Me parece que la sentencia extractada, enfrentándose a una institución que parece haber dejado de ser consuetudinaria —¿plena-mente?— ha acertado a dar una interpretación que no disuena de la que ofrece la doctrina aragonesa más actual. (G. G. C.)

