

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXI FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2018



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES
TERRITORIALES

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO
DE
DERECHO
CIVIL

Tomo LXXI
Fascículo I

2018

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 LXXI, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2018

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2018

<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.

Manuel Peña Bernaldo de Quirós

Manuel Peña había nacido en uno de los pueblos de Ávila más próximos a Madrid: Las Navas del Marqués. Estudió el bachillerato como alumno interno en las Escuelas Pías de San Antón, de la madrileña calle de Hortaleza.

Cursó la carrera de Derecho en la que entonces se llamaba Universidad Central, en la calle de San Bernardo. Su profesor de Derecho civil fue don Federico de Castro, al que Peña se mantendría unido, por lazos intelectuales y afectivos, durante toda la vida de aquél, y a quien consideró, desde muy pronto, su maestro. «Todavía más que maestro de Derecho fue maestro de vida –dijo Manuel Peña en una entrevista que se le hizo con motivo de su jubilación¹–. Como tantos otros, empecé a asistir a las reuniones que había en su casa los domingos por la tarde. Y, como otros, quedé sorprendido –desde la reverencial distancia que instintivamente sentía respecto de quien era maestro de autoridad indiscutida– por la facilidad con que se pasaba a la categoría de amigo. [...] Tuve la suerte de experimentar la verdad del proverbio bíblico: “El que encuentra un amigo encuentra un tesoro”. Un amigo que, a la vez, era maestro, y de las personas que he tratado, es la única a la que he reconocido esa autoridad intelectual. Y sin duda contra su voluntad se hizo un centro de referencia en el momento de adoptar decisiones importantes en la propia vida».

La cercanía de Manuel Peña a don Federico no se limitó a la universidad, sino que se extendió también al Instituto de Estudios Jurídicos, que entonces tenía su sede en la calle del Duque de Medinaceli. Allí se reunía todos los miércoles el Seminario que presidía don Federico, y al que asistían profesores de la universidad y profesionales del Derecho. Pero además de este seminario «de mayores», había también un seminario «de pequeños» –los jóvenes que aún estaban cursando la carrera–, cuya dirección le encomendó don Federico a Manuel Peña.

¹ Antonio Pau, «Dos conversaciones», en *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Madrid 1996, p. 17.

Peña terminó la carrera de Derecho en el año 1945, y en poco tiempo obtuvo, sucesivamente, el Premio fin de carrera de Madrid, el Premio extraordinario de la licenciatura y el Premio extraordinario del doctorado. Ingresó en las oposiciones a Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado celebradas en el año 1951, con el número dos –y último de una brevísima promoción, como solían ser las de Letrados, algunas de ellas unipersonales–. En la Dirección General de los Registros se mantuvo durante casi toda su vida activa. Fue, durante muchos años, Subdirector General.

A la vez que realizaba sus tareas administrativas, Peña se dedicó con profunda vocación a la Universidad. Fue primero auxiliar de clases prácticas, luego profesor adjunto y más tarde, por obra de una de las reformas universitarias de los años setenta, pasó a ser profesor titular. Muchos los que fueron alumnos de Manuel Peña, y hoy son profesores, se consideran discípulos suyos.

La labor de Peña en la Administración sobrepasó con mucho el ámbito de la Dirección General. Los ministros de Justicia –y el ministro Landelino Lavilla lo ha recordado muchas veces– reclamaban en multitud de ocasiones la colaboración de Peña, que cumplía todos los encargos con puntualidad y rigor. Desde su nombramiento como Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, en el año 1976, participó activa y eficazmente en todas las reformas que desde esa fecha se hicieron en el Código Civil, y particularmente en las relativas al matrimonio, la filiación, la patria potestad y los regímenes económico-matrimoniales del año 1981, y en todas las propuestas posteriores que emanaron de la Sección Primera. Obra suya más personal fue la redacción de los textos que precedieron a la Ley y el Reglamento del Registro civil, la Ley de reforma y desarrollo agrario y la Ley de arrendamientos rústicos de 1980.

Preguntado por la estructura y el funcionamiento de la Comisión de Codificación, hizo Manuel Peña unas apreciaciones muy dignas de ser tenidas en cuenta en el futuro de ese órgano administrativo²: «Cuál es el mejor modo de hacer una ley... Creo que debería encargarse el proyecto a una sola persona, a la que el Ministerio debe proporcionar Derecho comparado sobre la materia. Después, sus trabajos deben ser revisados por una pequeña comisión de cuatro o cinco personas que asistan asiduamente a las sesiones. La última redacción debe ser dada por el principal autor, asistido por algún otro miembro de esa comisión». Y añade: «Así se hizo, más o menos, el Código Civil. De la ponencia de cada

² «Dos conversaciones», cit., p. 23.

parte se encargó una persona y la Sección de lo civil estaba compuesta por muy pocas personas. Y así se hicieron algunas de las leyes que lo han modificado, como la ley de 1981 en la parte relativa a filiación y patria potestad, y la ley de 1987 sobre adopción».

Dos grandes obras de su madurez son el tratado *Derechos reales. Derecho hipotecario* (1982, y reediciones en 1986, 1999 y 2001), y el tratado *Derecho de Familia* (1989). Son un modelo de rigor intelectual: se podría decir que no sobra una sola frase ni falta ninguna. No hay alardes de erudición. Las citas de autores y de jurisprudencia son las precisas para apoyar el texto, o al revés, para expresar disconformidad, siempre fundadamente. Se trata de dos obras de marcado carácter personal, escritas con criterios propios bien reflexionados —en eso se advierte con claridad que son obras de madurez—.

Muchos años antes, en los sesenta del pasado siglo, Manuel Peña había encontrado en el archivo de la Comisión de Codificación un importante precedente del Código Civil, que hasta entonces no se había conocido o se había confundido con otros textos prelegislativos. Lo tituló, al publicarlo en 1965, *El Anteproyecto de Código Civil Español (1882–1888), con un estudio preliminar, notas y concordancias*. En esa misma década escribió y publicó un volumen con destino al *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil* que ideó don Federico de Castro: *La herencia y las deudas del causante*. En él da cumplida respuesta a las dos preguntas con que inicia la nota preliminar: ¿Es la responsabilidad ultra vires consecuencia natural del fenómeno sucesorio? ¿Produce la sucesión la confusión del patrimonio hereditario con el patrimonio de los herederos?

En el año 2009, el Colegio de Registradores publicó todos los trabajos dispersos de Peña. Resultaron cuatro gruesos volúmenes, que en conjunto alcanzan las 2.900 páginas. Son cuarenta y seis artículos, alguno con una extensión que alcanza la dimensión de una monografía, sobre todas las grandes partes en que tradicionalmente se estructura el Derecho civil. Los más numerosos son los del Derecho de familia, que ocupan íntegramente el volumen tercero. En la valiosa introducción que le precede, escrita por Juan Sarmiento, se dice, con acierto, que son trabajos muchas veces referidos a normas o regímenes jurídicos derogados por reformas posteriores, pero que no han perdido el interés y la utilidad. Porque no son trabajos circunstanciales, sino bien meditados en todos sus aspectos: la realidad social a la que se refieren, la valoración de los intereses en juego, los objetivos perseguidos por el legislador. Los rasgos de la personalidad de Manuel Peña que Sarmiento enumera

–la honestidad, la sobriedad, la sencillez, la prudencia y el buen sentido– son rasgos igualmente predicables de cada uno de estos estudios recopilados, y de la obra de Peña en general.

Manuel Peña consideró siempre que la labor «más dura y exigente³» que desarrolló en su vida fue la de juzgar oposiciones. «No es solo que a este esfuerzo haya dedicado muchas horas, a veces en días de fiesta o durante la noche, a veces en ciudades distantes de casa. Es que en cada hora había de entregar a la tarea todos los segundos mientras hablaba el opositor. La satisfacción por este esfuerzo está en haber contribuido a que en importantes puestos de servicio estén las personas que mejor pueden desempeñarlas y que más lo merecen. La alternativa a la oposición es la arbitrariedad y el amiguismo, tan extendidos durante los últimos tiempos».

El recuerdo de Manuel Peña quedaría incompleto sin recordar a la que fue su mujer, Marina Osorio Páramo. Más de una vez habló del «refugio» que para él suponía el matrimonio y la familia. En algún lugar de su tratado de Derecho de familia escribe que «el matrimonio es un resto del Paraíso». No eran solo profundas razones afectivas las que hicieron que Manuel Peña buscara ese refugio. También su desengañado alejamiento de la vida social. «Quizá se deba a un exceso de sensibilidad mi alejamiento de la vida social, para la que, además, no tengo condiciones. Aparte de que a la larga, y a salvo contadas relaciones de amistad o señaladas ocasiones, me ha resultado más amarga que dulce»⁴.

Unos meses antes de su muerte, Manuel Peña publicó un libro de recuerdos de infancia y de la historia de sus familias materna y paterna⁵. Es un libro preciso y claro, como su obra jurídica. Resulta hermoso que un personaje que ha escrito cientos –o más bien miles– de páginas y que ha tenido tantas intervenciones públicas, siempre sobre cuestiones técnicas, deje al final de su vida que se oiga su voz, su propia voz, la más personal, la confidencial, la más humana. Manuel Peña, al que tanto le debemos muchos, nos hizo este último regalo de abrir su intimidad.

Manuel Peña falleció el 9 de febrero de 2017.

Antonio PAU
Presidente de la Sección Primera
de la Comisión General de Codificación

³ «Dos conversaciones», cit., p.

⁴ «Dos conversaciones», cit., p. 25.

⁵ Manuel Peña Bernaldo de Quirós, *Arriba los pobres del mundo*, cit. en nota 1.

Aurelio Menéndez

El día 3 de enero de este año fallecía en Madrid don Aurelio Menéndez, Catedrático Emérito de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid y Decano honorario de su Facultad de Derecho.

Nacido en Gijón en 1927, estudió la carrera de derecho en la Universidad de Oviedo y se doctoró en la Universidad Central de Madrid (que en aquellos años era la única universidad autorizada para el otorgamiento del título de doctor) con una tesis sobre «La venta CIF», dirigida por el Profesor Uría y publicada en 1955.

El Profesor Menéndez forma parte de la generación de catedráticos de derecho mercantil que, continuando la labor de aquel grupo de profesores –Antonio Polo, Rodrigo Uría, Jesús Rubio y José Girón– que, liderados por Joaquín Garrigues, contribuyeron a renovar los estudios del derecho comercial español, así como a actualizar la legislación mercantil, fundamentalmente contenida en aquella época en el Código de Comercio de 1885, y procedieron a crear la moderna escuela científica española del derecho mercantil y a prestigiarla tanto a nivel nacional como internacional.

En su dilatada vida se puede destacar una extensa trayectoria tanto en el ámbito de la docencia y la investigación y de la práctica profesional de la abogacía, como en otros campos entre los que cabe destacar su paso por la política y por importantes instituciones jurídicas del Estado, así como su faceta de autor de diversos libros de poesía. Pese a este cúmulo de actividades tan diversas, siempre prevaleció, sin embargo, su clara vocación de enseñante y su labor de magisterio, diversificada en la formación, por una parte, de los alumnos de licenciatura y doctorado y, por otra, de futuros profesores de derecho mercantil. Esta última cristalizó en la creación de una escuela, cuyo primer núcleo, integrado por los profesores Luis Carlón, Juan Luis Iglesias, Ricardo Alonso y Ángel Rojo, surge en la Universidad de Oviedo y se amplía posteriormente, siendo ya catedrático en la Universidad Autónoma de Madrid, con los profesores Mercedes Vergez y Aníbal Sánchez Andrés, que habían sido alumnos suyos en la Universidad de Salamanca, y con otros profe-

sores formados en distintas universidades, como Antonio Pérez de la Cruz, Ignacio Arroyo, Luis Javier Cortés, Cándido Paz-Ares y Javier García Enterría, dando lugar a la denominada «escuela asturiana del derecho mercantil», deudora también del influjo del común maestro Rodrigo Uría. En relación con este último aspecto, el profesor Menéndez ostenta el mérito de haber generado bajo su magisterio un grupo heterogéneo de discípulos haciendo gala de una cualidad esencial en quien aspira a ser considerado un auténtico maestro: el respeto a la individualidad y la idiosincrasia de cada uno de ellos.

En el plano académico fue Catedrático de Derecho de la Escuela de Altos Estudios Mercantiles de Bilbao (1955-1958) y con posterioridad Catedrático de Derecho Mercantil de las Universidades de Santiago de Compostela (1958-1960), Salamanca (1960-1963), Oviedo (1963-1970) y desde 1970 hasta su jubilación en 1992 de la Universidad Autónoma de Madrid.

En cuanto a su actividad docente hay que destacar la participación del Profesor Aurelio Menéndez como tutor académico del Rey Felipe VI durante su etapa formativa universitaria, especialmente mientras el actual rey cursaba la carrera de derecho y algunas asignaturas de la carrera de ciencias económicas y empresariales en la Universidad Autónoma de Madrid. Años después esta labor le sería reconocida por la corona al otorgarle el título de «Marqués de Ibias» en el año 2011.

A mediados de la década de los setenta, una vez puesta en marcha la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, de la que fue fundador y primer Decano, comenzó a colaborar con el despacho de abogados creado por su maestro Rodrigo Uría en el año 1946 y, posteriormente, consolidada la Facultad y habiendo logrado para ella un extraordinario nivel de excelencia, que, años más tarde, la llevaría a figurar en el primer lugar del ranking de las Facultades de Derecho de España, pasa a compatibilizar la docencia con el ejercicio de la abogacía, integrándose en la citada firma de abogados dando lugar a su transformación y conversión en un despacho colectivo moderno orientado hacia el derecho de los negocios que gira bajo el nombre de Uría-Menéndez.

Al margen de la actividad docente y de la práctica de la abogacía fue Magistrado del Tribunal Constitucional en su primera etapa, Consejero electo del Consejo de Estado, Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, Miembro permanente del Comité Marítimo Internacional, fundador de la Escuela Libre de Derecho y

Economía, y miembro del Patronato de la Fundación Príncipe de Asturias, la cual le otorgó el Premio Príncipe de Asturias de ciencias sociales en el año 1994.

Hay que reseñar también en este contexto: La sucesión de Rodrigo Uría en la Dirección de la Revista de Derecho Mercantil, que, creada por los profesores Garrigues y Uría en el año 1946, tanto ha contribuido al progreso y difusión de los estudios mercantiles y se ha alzado con el liderazgo de los mismos en lengua española; su pertenencia al Consejo Científico de la Revista Española de Seguros desde el final de la primera época; y la creación junto a otros profesores universitarios de la Editorial CIVITAS, hogar de acogida de la ciencia jurídica española, que ha cumplido un papel decisivo en la divulgación de los conocimientos jurídicos y servido de apoyo fundamental a la docencia universitaria a través de su colección de manuales y su biblioteca de legislación.

Su paso por la política fue breve (1976-78). De pensamiento conservador aunque no adscrito a ninguna corriente política, fue nombrado Ministro de Educación y Ciencia en un momento decisivo de nuestra historia reciente, el primer gobierno de la monarquía presidido por Adolfo Suárez, que protagonizó la transición política de la dictadura a la democracia y contribuyó al advenimiento del sistema constitucional y la reforma de las instituciones del Estado.

En cuanto a sus publicaciones jurídicas podemos distinguir una primera etapa, que podríamos denominar maritimista, influenciada quizá por sus orígenes gijoneses y haber vivido una infancia y juventud junto al mar, que se inicia al colaborar en la elaboración de la parte del Derecho marítimo del manual de Derecho Mercantil del Profesor Rodrigo Uría y se completa con diversas publicaciones sobre temas, tales como la venta CIF, los contratos de remolque, pasaje y construcción de buques, la unificación internacional del derecho marítimo, la responsabilidad del naviero por actos del capitán, la distinción entre remolque y asistencia, la baratería del patrón o la cláusula de almacén a almacén. En una segunda etapa, aborda algunos temas tradicionales del derecho mercantil entre los que cabe destacar, en el ámbito del derecho de sociedades: la junta general de accionistas, la transformación, disolución y liquidación de la sociedad anónima, el ánimo de lucro de la sociedad, la pérdida del capital social, los pactos de sindicación de acciones, el contrato de auditoría, el absentismo de los accionistas, así como su participación en la nueva edición del Comentario a la Ley de sociedades anónimas de los Profesores Garrigues y Uría; y en otros ámbitos: los trabajos sobre constitución, sistema económico y

derecho mercantil, la reforma de la empresa y los administradores representantes del personal, la transferencia de la propiedad y el riesgo en la compraventa mercantil, los auxiliares del empresario, la cobertura de operaciones bursátiles, la buena fe y el Registro mercantil, la publicidad registral, la competencia desleal, el derecho del seguro, el derecho cambiario, el derecho de defensa en los procedimientos de aplicación del derecho de la competencia, la reforma del Derecho concursal y el derecho mercantil en el siglo XXI. Su última etapa supone un giro hacia unos temas más generales como la relación entre lo justo y lo jurídico, que se plasma en la obra «El derecho, la ley y el juez», o la actual técnica legislativa, que es duramente criticada en «La proliferación legislativa: un desafío al Estado de Derecho».

También hay que destacar su participación en la que se ha denominado labor pre-legislativa, consistente en la elaboración de borradores o anteproyectos de normas que más tarde se convertirán en disposiciones legales, llevada a cabo principalmente a través de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia de la que fue primero Presidente efectivo y más tarde, retirado de esta actividad, Presidente honorario. A este respecto me referiré principalmente a los trabajos de reforma y modernización del Derecho mercantil, entre los que se pueden citar la adaptación de la regulación de las sociedades mercantiles a las Directivas comunitarias y los anteproyectos de leyes de agrupaciones de interés económico, cambiaria y del cheque, contrato de agencia, competencia desleal, crédito al consumo, responsabilidad civil por productos defectuosos, concursal, condiciones generales de la contratación, transporte terrestre, navegación marítima y la reforma del Código de comercio en materia de contabilidad de los empresarios, los cuales culminaron con la Propuesta de Código Mercantil.

Termino con una reflexión que, a modo de conclusión, se puede extraer de la exposición de la trayectoria vital de don Aurelio Menéndez: nos ha dado un ejemplo de lo que es la pasión por el derecho y su ejercicio desde diversos campos sin pérdida de su condición de profesor universitario.

Ricardo ALONSO SOTO
Catedrático Emérito de Derecho mercantil
de la Universidad Autónoma de Madrid
Discípulo de Aurelio Menéndez.

«Enriquecimiento injusto» comparado:
una aproximación al Derecho inglés
de Restituciones*

XABIER BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Navarra

RESUMEN

Este estudio alterna una explicación de los aspectos fundamentales del Derecho inglés de Restituciones con unas reflexiones de Derecho comparado que ayudan a valorar el distinto modo de resolver los mismos conflictos por parte del civil y del common law. Para aquella explicación se ha seguido como hilo conductor la propuesta expositiva de Peter Birks, uno de los más importantes responsables de la categoría del Derecho inglés de «Restituciones» y «Enriquecimiento Injusto». La evolución del pensamiento de este autor es una guía inmejorable para exponer y apreciar el desarrollo de la materia en las últimas décadas del siglo pasado y comienzos del presente. Las reflexiones de Derecho comparado han procurado que el modelo explicado, el inglés, tuviese como interlocutores dos modelos típicos del civil law, cada uno con sus peculiaridades: el alemán y el español (como representante de los códigos de tradición francesa). De este modo se pretende aportar materiales valiosos para la reflexión sobre las posibilidades de armonización de la materia en el panorama europeo.

PALABRAS CLAVE

Enriquecimiento injustificado, Enriquecimiento injusto, Enriquecimiento sin causa, Derecho de Restituciones, factores injustos, restitución por ilícito, condiciones, cuasicontratos, absorción de la ganancia.

* Este trabajo ha sido realizado dentro del Proyecto de Investigación «Hacia una delimitación del Derecho de enriquecimiento injusto español» (DER 13-46185-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son Investigadores Principales D. Pedro del Olmo y D. Xabier Basozabal. Agradezco de manera especial a D. Fernando Pantaleón y a D. Pedro del Olmo que, antes de decidirme a publicar estas páginas, hayan tenido la generosidad de leerlas y realizar algunas observaciones, siempre agudas. Si no les he sabido sacar más partido, sin duda la culpa solo me es atribuible a mí.

ABSTRACT

This article contains an exposition of the key aspects of the English law of restitution coupled with some comparative remarks that facilitate to understand the different solutions that the same kind of conflicts receive under the civil and the common law. The exposition follows the works of Peter Birks, one of the most prominent authors in the field of the law of «restitution» and «unjust enrichment» in the English law. The evolution of Birk's thoughts facilitates a meaningful approach to the development of that field of the law in the last decades. From a comparative point of view, this article contrasts the English law with two different civil law models, namely German law and –as an instance of a legal system that follows the French codification tradition– Spanish law. Thus, the articles provides the reader with some materials that could be fruitfully used in a reflection about the possible harmonization of this field of the law at a European level.

KEY WORDS

Unjustified Enrichment, Unjust Enrichment, «sine basis» or «sine causa» Enrichment, Law of Restitution, Unjust Factors, Restitution for Wrongs, condictiones, Quasi-contrats, Disgorgement of Profits.

SUMARIO: 0. *Introducción.*–1. *Algunas observaciones de Derecho comparado.*–2. *La tipología de Birks.*–3. *Enriquecimiento injusto «facilitado» por el demandante.* 3.1 *¿Se ha enriquecido el demandado?* 3.2 *¿Se ha enriquecido a costa del demandante?* 3.3 *¿Existe un «factor injusto» que justifique la restitución?*–4. *Enriquecimiento injusto obtenido por el demandado mediante «ilícito».* 4.1 *Posibles vías para obtener restitución.* 4.2 *¿Cuándo un ilícito produce restitución?* 4.3 *Algunos supuestos concretos.* 4.4 *Enriquecimiento injusto obtenido por el demandado mediante ilícito: correspondencias en el Derecho español.* 4.5 *Consideraciones prácticas sobre la «ganancia remota» y el «primer subrogado».*–5. *El alcance de la restitución.*–6. *Excepciones (defences).*–7. *Primera valoración.*–8. *La segunda aventura «birkseana».*–9. *La nueva tipología.*–10. *El alcance de la restitución.*–11. *Excepciones (defences).*–12. *Valoración final.*

0. INTRODUCCIÓN

Cuando Peter Birks publica *An Introduction to the Law of Restitution* en 1983, el único trabajo de Derecho inglés que había tratado de dar una cierta unidad a las restituciones provocadas por el principio de que nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro era el conocido tratado de Goff y Jones: *The Law of Restitu-*

tion, primera edición de 1966¹. Frente a lo que era habitual en el panorama jurídico inglés, hostil a un reconocimiento abierto de la obligación de restituir el enriquecimiento injusto, el trabajo de Goff y Jones pretendía demostrar que tanto en el *common law* como en *equity*² existe un sector jurídico que se apoya en el principio de que el enriquecimiento injusto debe restituirse³, que es posible ordenar ese territorio al margen del Derecho de Contratos y de Daños, y que hay que terminar con la falsa pretensión de que la restitución de los pagos por error pueda resolverse acudiendo a la noción de contrato implícito⁴. Su prestigio hizo que la idea fuera ganando paulatinamente partidarios, aunque hubo que esperar a 1991 para que la Corte Suprema reconociera abiertamente la existencia de un Derecho de Restituciones como ámbito jurídico autónomo en la sentencia *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd*.

En los Estados Unidos de América, Scott y Seavey habían sido los promotores y redactores del *Restatement (First) of Restitution (Quasi-contract and constructive trust)* del *American Law Institute (ALI)*, publicado en 1937, obra que, a pesar de su enorme interés, no había tenido buena acogida en suelo inglés y tampoco había logrado continuidad en terreno norteamericano; en los ochenta hubo varios borradores de *Restatement (Second)* que no fueron aprobados y en las últimas décadas del siglo xx las restituciones fueron quedando relegadas al ámbito de las Defensas, o a un epílogo en el estudio de los Contratos, los Daños o la Propiedad. En 2001 se impulsó el primer borrador de Tercer *Restatement*, encargado al Prof. Kull, que esta vez llegó a puerto y fue publicado en 2011⁵.

No parece por tanto arriesgado afirmar que Birks es uno de los pioneros en la conquista y ordenación de un terreno jurídico escasamente roturado y para el que los manuales carecían de una explicación clara. Su intención era la de ofrecer un «mapa» que oriente

¹ En general, sobre el *Law of Restitution*, véase Díez-PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, M. y Díez-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid: Civitas, 1988, pp. 67 a 70. Otro tipo de aproximación en CARRASCO, A., «Restitución de provechos» (I), *ADC*, 1987, pp. 1062 a 1064.

² BURROWS, A., *The Law of Restitution*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2011, pp. 25 y 26. Sobre la división histórica entre normas de *common law* y de *equity*, el autor destaca que en ambos ámbitos se reconoce la restitución de enriquecimientos injustos, también de los obtenidos mediante ilícito; y añade que, si se observa la historia de los motivos que determinan la restitución de enriquecimientos injustos en Derecho inglés, es significativo que hayan ido surgiendo, alternativamente, en ambos órdenes (*common law* y *equity*) y que, aunque haya algunas diferencias entre ellos (como ocurre con las reglas sobre el «tracing»), no deben verse como áreas separadas del Derecho.

³ BURROWS, A., *The Law of Restitution...*, cit., pp. 3 y ss.

⁴ BIRKS, P., «A Letter to America: The New Restatement of Restitution», en *Global Jurist Frontiers*, 2003, Volume 3, Issue 2, p. 4.

⁵ Brevemente sobre ello, DAGAN, H., *The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge University Press, 2004, pp. 1 y ss.

en un sector del Derecho privado que hasta entonces solo era conocido como «residual» (lo que no es Derecho de Contratos ni Derecho de Daños), heterogéneo y complejo, caracterizado por provocar una respuesta jurídica «restitutoria» (de un enriquecimiento) y «objetiva» (en el sentido de que no hace falta imputar un comportamiento culposo al demandado)⁶, y que había recibido intentos de explicación poco satisfactorios, como las nociones de cuasi-contrato, contrato implícito, etc.⁷. Para lograrlo se propuso encontrar la estructura más simple que diese forma al material que Goff y Jones habían acarreado y ordenado en el tratado de referencia. Claro que la batalla de la simplificación no es precisamente simple y el *Law of Restitution* debe verse con tantos y tan variados conflictos que no deja de llamar la atención que se planteara la oportunidad de abordarlos a partir de un principio común, o de juzgarlos desde una perspectiva única.

Basta con echar un vistazo al número y complejidad de algunos de esos conflictos para hacerse uno cargo de esta afirmación: las mejoras en cosa ajena en escenarios de dos o tres personas, con o sin relación contractual entre los implicados, que plantean la restitución del valor de la mejora a quien la ha procurado en beneficio ajeno; la gestión de negocio ajeno sin mandato, que plantea la oportunidad de que el *dominus* compense al gestor; la violación del deber contractual de no competencia (del socio con la sociedad), que plantea la restitución de la ganancia de aquél a ésta; el incumplimiento de un contrato para contratar con otro, que plantea si el contratante burlado puede pedir del contratante incumplidor la «restitución» del lucro que obtenga en el segundo contrato; la violación de una obligación de sigilo sobre ciertos datos, para obtener la ganancia obtenida a cambio; la restitución de lo intercambiado en un contrato con causa torpe; las consecuencias del incumplimiento del modo en la donación modal, o las del pago de tercero; los supuestos de intromisión en derecho ajeno, por ejemplo, por venta de cosa ajena; la restitución de anticipos en contratos que no llegan a celebrarse, de adelantos en contratos que fracasan, del boceto para chalet que finalmente no se construye, etc.; los pagos indebidos por error o por motivos que desaparecen con posterioridad a la entrega; el pago para evitar un pleito; el pago del impuesto que grava un bien litigioso, cuando se pierde el litigio, y un largo etcétera. Todo esto puede encontrarse en la *Introduction* de Birks y

⁶ BIRKS, P., *An Introduction to the Law of Restitution*, 2.^a ed., Oxford, 1985, pp. 1 a 5.

⁷ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 21. BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 28 y 29. R. GOFF y G. JONES, *The Law of Restitution*, 3.^a ed., Londres: Sweet&Maxwell, 1986, pp. 3 y ss.

es justo reconocer que no parece posible ordenarlo a partir de un principio general.

El presente trabajo tiene como hilo conductor la aportación de Peter Birks al Derecho inglés de Restituciones porque tanto su posición estratégica en la construcción de este sector del Derecho inglés como su creatividad y evolución proporcionan una base sólida para comprender su fundamento y desarrollo en las últimas décadas; además, en sus trabajos resulta apreciable una clara influencia del Derecho comparado, lo que hace que su propuesta sea más comprensible al extraño y clave de acceso a la comparación con las propuestas del *civil law*. El análisis de su obra y del diálogo de otros autores con ella proporciona las herramientas adecuadas para hacernos cargo de lo que ocurre hoy en el debate sobre el Derecho de Restituciones inglés.

1. ALGUNAS OBSERVACIONES DE DERECHO COMPARADO

Ciertamente, no son escasos los datos normativos que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico para la resolución de los conflictos a los que se acaba de hacer referencia: soluciones contractuales (restitución por invalidez, arts. 1303 y ss. CC), cuasicontractuales (gestión de negocio ajeno sin mandato, arts. 1888 y ss., cobro de lo indebido, 1895 y ss. CC), soluciones previstas en el derecho de obligaciones (pago de tercero, art. 1158 CC; pago al acreedor aparente, art. 1164 CC), en la liquidación de estados posesorios (arts. 451 y ss. CC) y en la resolución del conflicto planteado por la accesión de bienes pertenecientes a distintos dueños (arts. 361 y ss. CC), etc. Para el jurista de tradición romanista, resulta algo sorprendente la pretensión de dar unidad a una amalgama tan variada de casos, con soluciones dispares y distantes en el Código. Entre nosotros esta regulación dispersa no suele considerarse desde una perspectiva común, aunque no falte algún intento doctrinal puntual por tender puentes, como se ha pretendido hacer con una interpretación armonizadora de la restitución de los frutos en los artículos 451 y ss. (restitución por liquidación del estado posesorio), 1303 y ss. (restitución por liquidación contractual) y 1895 y ss. (restitución por cobro de lo indebido)⁸.

Sin embargo, el BGB (en la versión de la Segunda Comisión, que fue la finalmente aprobada) sí pretendió dar una visión unificada de

⁸ Sobre ese intento y su crítica, BASOZABAL, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid: Civitas, 1998, pp. 207 y ss.

la fenomenología del enriquecimiento injustificado en los §§ 812 a 822⁹. La pandectística asumió la labor de agrupar toda la antigua doctrina de las *condictiones* en torno a un principio común que cristalizó en el § 812 BGB («quien obtiene algo sin causa jurídica a través de la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado a su restitución») y las llamadas teorías unitarias pretendieron dar una explicación única para todos los supuestos de enriquecimiento injustificado a partir de la idea común de «desplazamiento patrimonial inmediato, injustificado, realizado a costa de un empobrecido y a favor de un enriquecido», siguiendo el modelo de los enriquecimientos derivados de contrato¹⁰.

Las teorías unitarias influyeron decididamente en las construcciones dogmáticas y jurisprudenciales en torno al cambio de siglo y, concretamente, en la construcción jurisprudencial de la acción de enriquecimiento sin causa de la Corte de Casación francesa, donde no por casualidad influyeron significativamente los autores alsacianos Aubry y Rau. Sin embargo, en los años cuarenta Wilburg –cuya propuesta sería posteriormente desarrollada por Von Caemmerer– lanza un golpe mortal sobre las explicaciones unitarias con la formulación de la llamada teoría de la diferenciación, aceptada hoy en Alemania como doctrina dominante¹¹, reinterpre-

⁹ Díez-PICAZO, L., *La doctrina...*, cit., pp. 94 y ss.; *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, I, *Introducción y Teoría del Contrato*, 4.ª ed., Madrid: Civitas, 1993, pp. 89 a 111. BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 35 y ss. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., voz «Enriquecimiento injustificado», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid: Civitas, 1995, pp. 2804 y ss. VALPUESTA, R., «Los cuasicontratos y el enriquecimiento injustificado», en INFANTE, F. y LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coord.), *Derecho civil patrimonial*, I, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 352 a 366.

¹⁰ Sobre la «construcción» de un Derecho de enriquecimiento injustificado por la pandectística alemana, DANNEMANN, G., *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution. A Comparative Introduction*, Oxford University Press, 2009, pp. 8 y ss. JANSEN, N., «Farewell to Unjustified Enrichment?», *The Edinburgh Law Review*, 20.2 (2016), pp. 125 y 130 a 135: A finales del s. XIX, el legislador alemán elaboró los preceptos sobre enriquecimiento injustificado a partir de ciertas doctrinas que no se habían aplicado hasta entonces en la práctica, y que no habían sido aún comprendidas por completo. Estas doctrinas eran, sobre todo, la fórmula de Savigny de que las *condictiones* eran pretensiones de restitución basadas en la infracción de un derecho de propiedad ajeno, la novedosa doctrina de que el fracaso del propósito buscado con la *datio* debía dar lugar a su restitución, y la aceptación de que el demandante solo podía recuperar el valor sobreviviente. Estas doctrinas no solo ayudaban a integrar las diferentes *condictiones* y otras pretensiones de restitución en una acción unitaria de enriquecimiento injustificado, sino que modificaban la naturaleza de la *condictio* romana, que pasaba así a ser una acción independiente apoyada sobre la propiedad del demandante y limitada al valor sobreviviente. De este modo, una acción inspirada en el modelo de la *condictio indebiti* servía ahora también para la liquidación de contratos que habían desplegado efectos, aunque aquella no hubiera estado nunca pensada para esto; los remedios jurídicos que habían guiado anteriormente la liquidación de contratos, como la *restitutio in integrum* o el principio *restitutio est reciproca*, fueron desplazados, y solo durante el siglo XX los juristas fueron entendiendo que ni el requisito de error de la *condictio indebiti* ni el aislamiento de las pretensiones mutuas –entre contratantes; teoría de las dos *condictiones*– eran apropiados en este contexto. Véase también BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., p. 37.

¹¹ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., p. 35.

tada en 1988 para el Derecho español por Díez-Picazo y parcialmente recibida por el TS español en nuestros días¹².

Las explicaciones unitarias pretendían abarcar por igual supuestos de prestación (contratos fracasados, pagos indebidos), uso, consumo y disposición de cosa ajena, mejoras incorporadas en patrimonio ajeno o pagos de deuda ajena y, para hacerlo, debían remontarse a un grado de abstracción tan alto y falta de concreción que se promovía la tentación de usar el derecho de enriquecimiento como mero recurso general de equidad. Wilburg denuncia que esa concepción del enriquecimiento injustificado es incapaz de explicar y dar respuesta satisfactoria a los supuestos de enriquecimiento no derivado de prestación, sobre todo a los derivados de uso y disfrute de cosa ajena (los supuestos de intromisión)¹³.

La principal aportación de la teoría de la diferenciación consistió en llamar la atención sobre la necesidad de dar un tratamiento por «tipos», esto es, diferente para cada grupo de casos que comparta el mismo conflicto de intereses y merezca por ello la misma solución. De esta forma se crea una «tipología» de enriquecimientos injustificados en la que cada «tipo» concreta las exigencias abstractas de equidad sin caer en el atomismo de la solución casuística. Inicialmente la teoría de la diferenciación distinguió entre *condictiones* derivadas de prestación (*Leistungskondiktion*) y no derivadas de prestación (*Nichtleistungskondiktion*), pero su propio espíritu —el de tratar los problemas teniendo en cuenta los tipos de conflicto— le llevó pronto a distinguir nuevos tipos de *condictio* no prestacional, de donde surgieron la *condictio* por intromisión (*Eingriffskondiktion*), para supuestos de usurpación de bien ajeno por

¹² Aunque la acción de enriquecimiento sin causa siga siendo en el ordenamiento jurídico español un fiel reflejo de aquella acción de equidad construida por la jurisprudencia francesa bajo el influjo de las teorías unitarias, y esté articulada en torno a los requisitos de enriquecimiento, correlativo empobrecimiento y falta de causa para retener, y considerada como acción subsidiaria (SSTS de 7 de abril de 2016, RJ 2016/1327; 16 de febrero de 2016, RJ 2016/710; 29 de junio de 2015, RJ 2015/4486; 27 de febrero de 2014, RJ 2014/1418; 19 de julio de 2012, RJ 2012/10118, 7 de diciembre de 2011 RJ 2012/31), son ya numerosas las sentencias del TS que entre sus argumentos —sin llegar a constituir *ratio decidendi*— utilizan y mencionan las *condictiones* por prestación, intromisión e impensas como herramientas técnicas propias del Derecho de enriquecimiento en la resolución de supuestos típicos (La STS de 4 de julio de 2011 (RJ 2011/4997) menciona la *condictio* por intromisión para explicar la medida del daño indemnizable en los mismos términos en que lo hacen las Leyes de Propiedad Intelectual, Patentes o Marcas; la STS de 28 de junio de 2010, RJ 2010/5417, se refiere a la *condictio* de regreso o inversión; la STS de 30 de noviembre de 2009, RJ 2010/845, considera la *condictio indebiti* como una *condictio* de prestación y la STS de 23 de febrero de 2007, RJ 2007/1475, hace lo mismo con la acción de nulidad, por poner algunos ejemplos). Un excelente estado general de esta cuestión en VENDRELL, C., «El enriquecimiento injustificado en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en DEL OLMO, P. y BASOZABAL, X., *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 283 a 337.

¹³ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 37 y 38.

uso, disfrute, consumo, disposición o enajenación ilegítimos; la *condictio* por impensas (*Verwendungskondiktion*), para casos en los que alguien mejora un patrimonio ajeno sin estar ligado por relación obligatoria alguna con el titular de éste (si la hubiera, la pretensión restitutoria sería la *Leistungskondiktion*); y la *condictio* de regreso (*Rückgriffskondiktion*) para los supuestos de pago de deuda ajena, acciones internas entre deudores solidarios y otros supuestos asimilables¹⁴.

Pues bien, tal y como plantea inicialmente Birks su trabajo, el *Law of Restitution* está igualmente llamado a encontrar solución a conflictos de prestación, intromisión, impensa y regreso, e incluso a todo otro supuesto restitutorio residual que no encuentre acomodo entre éstos. No parece por tanto casualidad que los comparatistas ingleses hayan elegido siempre el modelo alemán –entre los posibles modelos de *civil law*– como término de comparación.

2. LA TIPOLOGÍA DE BIRKS

Birks expone que «restitución» es una «consecuencia» (en sentido técnico, consecuencia jurídica), como lo son «indemnización» o «pena», en tanto que «enriquecimiento injusto» es un «evento» (supuesto de hecho), como «eventos» son también los «contratos» o los «ilícitos» (*wrongs*¹⁵). Cualquiera de estos «eventos» (contratos, ilícitos, enriquecimientos injustos) puede causar aquella respuesta (restitución), pero si se quiere simplificar a partir del dato de que la mayor parte de los eventos que dan lugar a restitución no son

¹⁴ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., p. 43.

¹⁵ BIRKS explica (*An Introduction...*, cit., p. 313) que «ilícito» hace referencia a toda conducta (acto u omisión) a la que se ligan determinadas consecuencias jurídicas por constituir la infracción de un deber, lo que engloba no solo los «torts» («ilícitos típicos» del Derecho de Daños) sino también la ruptura de obligaciones legales o de *equity* y la ruptura de contratos. BURROWS distingue: los «ilícitos» en el *common law* son los «torts» y las rupturas de contrato, y los «ilícitos» en *equity*, las rupturas de relación fiduciaria, confidencial, etc. Hay conductas nada ejemplares que no constituyen propiamente «ilícitos», como la que provoca intimidación, influencia indebida, etc.; pueden llegar a constituir el «factor injusto» que justifique la restitución, pero no constituyen «wrongs» (*The Law...*, cit., pp. 622 y 623). En cuanto a los «torts», cada uno constituye un «ilícito» en el contexto de un Derecho de Daños que gira en torno a «tipos»: el éxito de la pretensión indemnizatoria se hace depender de que concurran los requisitos propios del «tort» alegado. Los «torts» dan lugar a indemnización; en algunos casos, además, a la restitución de lo obtenido mediante el comportamiento típico; y, excepcionalmente, a la adopción de medidas preventivo punitivas. En cuanto a la naturaleza de la pretensión, la acción indemnizatoria es normalmente personal, pero también existe la posibilidad de reconocer al demandante un derecho real sobre el objeto obtenido con el «tort», por ejemplo, sobre la ganancia obtenida por violar el deber de confidencialidad.

ni contratos ni ilícitos¹⁶, podría considerarse que «restitución» y «enriquecimiento injusto» son dos caras de la misma moneda y, por tanto, que comparten el ámbito de aplicación: el supuesto de hecho sería el «enriquecimiento injusto» y la consecuencia jurídica, la «restitución»¹⁷. El objeto del Derecho de Restituciones sería por tanto el mismo que el del Derecho de Enriquecimiento injusto.

Como toda tarea de ordenación, ésta consiste básicamente en distinguir, tanto dentro del supuesto de hecho como de la consecuencia jurídica. En cuanto al supuesto de hecho, es el tipo de evento que provoca la restitución lo que determina la primera y más importante división entre «enriquecimiento facilitado por el demandante» (supuestos en los que es el demandante el que ha entregado al demandado, directa o indirectamente, lo que ahora le reclama: el «menos» del demandante es el «más» del demandado¹⁸) y «enriquecimiento obtenido por el demandado mediante ilícito». La primera es más extensa que la segunda y contiene ulteriores subdivisiones, algunas en torno a que el enriquecimiento se haya obtenido «a costa» del demandante, y otras en torno a que sea «injusto», entendiendo que lo será cuando concorra algún «factor injusto» que justifique la restitución.

Desde la perspectiva de la consecuencia jurídica, la clasificación más importante es la que distingue entre la «primera medida» de restitución, que consiste en el «valor (pecuniario) recibido»; y la «segunda medida», representada por el valor «sobreviviente» o «resistente»: lo que queda de lo recibido en el patrimonio del enriquecido demandado, sea que haya disminuido (respecto de lo recibido) o que haya sido sustituido por otra u otras cosas (el subrogado). Se distingue también entre una respuesta obligacional (acción personal) y real (acción real). Aunque resulte extraño al jurista de *civil law*, acostumbrado a una acción personal para recuperar lo que se entregó o su

¹⁶ Ciertamente, la obligación de restituir puede nacer de la comisión de un «tort» (Derecho de Daños), y en tal caso lo relevante será que concurren sus requisitos. También el Derecho de Contratos puede provocar obligaciones de restituir y es importante advertir que el demandante no debería poder acudir al Derecho de Restituciones para quedar en mejor situación que la que le ofrece el Derecho de contratos; esto es, el *Law of Restitution* no debería convertirse en una vía para burlar la lógica de las reglas del Derecho contractual (VIRGO, G., *The Principles of the Law of Restitution*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2006, p. 109). Por otra parte, el que reivindica y vence puede exigir restitución, pero el «derecho de propiedad» —como mecanismo restitutorio— no deja de ser un «remedio» de naturaleza distinta cuya sede es el Derecho de Propiedad.

¹⁷ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 9 a 26.

¹⁸ Birks lo llama *enrichment by subtraction*, pero una traducción literal (enriquecimiento por sustracción) podría originar cierta confusión en torno al acto por el que se obtiene el enriquecimiento. Como lo único que se quiere indicar es el sentido explicado en el texto, «enriquecimiento facilitado por el demandante» parece suficientemente explicativo y neutro.

valor pecuniario¹⁹, el Derecho anglosajón se sirve de una acción personal para exigir la primera medida y de una acción personal y una acción real para la segunda. En cuanto a esta acción real, no se trata de constatar que el demandante no ha perdido su derecho real sobre la cosa –como parte de la protección concedida por el derecho de propiedad–, sino del nacimiento de un derecho real del demandante sobre lo obtenido por el demandado a su costa²⁰. *Hodgson v Marks* (1971) trataba de una anciana que transmitía su casa al mayordomo, el cual, poco después, la enajenaba en interés propio; para conseguir que la anciana recuperase la vivienda, se le concedió una pretensión restitutoria de carácter real: por la transmisión de la casa había quedado constituida una relación fiduciaria (*trust*) entre ambos, de manera que la anciana era la propietaria en *equity* de la casa y podía recuperarla en caso de que el mayordomo actuara descuidando sus intereses, como de hecho ocurrió²¹. No parece necesario insistir en lo sorprendente que resulta un razonamiento similar en el contexto de nuestro Derecho, en el que el control de un desplazamiento patrimonial gratuito pasa por comprobar si ha existido una donación válida y, en caso afirmativo, determinar si concurre una causa de revocación o si existe una justa causa que permita retener la atribución recibida (art. 1901 CC).

Comparando la taxonomía de Birks con la tipología alemana de la teoría de la diferenciación podría decirse, a grandes rasgos, que el «enriquecimiento facilitado por el demandante» se corresponde con los supuestos de las *condictiones* de prestación, impensas y regreso, y que el «enriquecimiento obtenido por el demandado mediante ilícito» coincide en buena medida con el ámbito de la *condictio* por intromisión. Sin embargo las diferencias son también notables, como pone de relieve el que la principal división entre supuestos de enriquecimiento injusto sea que el demandado haya cometido un «ilícito» para obtenerlo²².

¹⁹ Y ello, con independencia de que se haya transmitido o no la propiedad de lo entregado indebidamente al *accipiens* de buena fe. Véase el excelente trabajo sobre el título putativo de adquisición en RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión (Estudio de los arts. 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», ADC, 2004-III, pp. 1003 a 1103.

²⁰ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 26 y ss. (44, 47, 77 y ss. y 98). Distingue también entre enriquecimientos pecuniarios y no pecuniarios, lo que afecta tanto a la posible restitución *in natura* como a que el *accipiens* pueda argumentar que lo recibido no le enriquece (devaluación subjetiva).

²¹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 39 y ss.

²² BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 100 y ss. Aunque la taxonomía de Birks permite moverse con comodidad en el panorama de las propuestas tipológicas del ámbito jurídico anglosajón, merece una mención específica la de Graham Virgo, para quien resulta simplista pretender que el Derecho de Restituciones sea operativo con un único principio (*The Principles...*, pp. 7 y ss.). En su opinión, un cuidadoso análisis del *case-law* pone de relieve que el Derecho de Restituciones se apoya sobre tres principios diferentes: (1) la

3. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO «FACILITADO POR EL DEMANDANTE»

Si en el Derecho de Daños «violencia» (*battery*), «difamación» (*defamation*), «negligencia» (*negligence*), «intimidación» (*intimidation*), etc., son especies del género «ilícito» (*wrong*), y en el Derecho de Contratos «compraventa», «arrendamiento», «mandato», «sociedad» o «préstamo» lo son del género «contrato», en materia de Derecho de Restituciones el género sería «enriquecimiento injusto a costa del demandado» (para abreviar, «enriquecimiento injusto»), y su principal cometido, distinguir las especies de «enriquecimiento injusto» (el pago por error, las transmisiones bajo amenaza o con presupuestos frustrados, los beneficios libremente aceptados, etc.) y proponer las reglas por las que deberían regirse esas «restituciones».

Cuando la restitución de un enriquecimiento no es contemplada por los Derechos de Daños, Contratos o Propiedad, esto es, cuando se plantea un conflicto autónomo de «enriquecimiento injusto», la acción se configura a partir de un sencillo esquema de cinco pre-

restitución del enriquecimiento injusto; (2) la necesidad de evitar que el que comete un ilícito se enriquezca con él; y (3) la «persecución» de los derechos reales en los que se ha entrometido el demandado. (1) En sentido sustantivo –no meramente descriptivo o formal–, el principio de «enriquecimiento injusto» determina cuándo y en qué circunstancias nace el remedio restitutorio: hace falta que (a) el demandado haya obtenido un enriquecimiento (b) a costa del demandante y (c) de manera injusta, y que (d) el demandado carezca de excepciones que eliminen o limiten la acción. Si se cumplen los requisitos, el demandante recupera –gracias a una acción personal– el valor pecuniario del enriquecimiento recibido por el demandado. (2) Cuando la víctima de un ilícito ejercita una acción para que se le entregue el beneficio obtenido por quien lo ha cometido, pide algo que no guarda relación con la pérdida experimentada por el demandante sino con la ganancia obtenida por el demandado; así, cuando se incumple dolosamente un contrato o se defrauda una relación de confianza, lo que persigue la respuesta «restitutoria» es dejar al *wrongdoer* sin la ganancia. Hay quien lo explica diciendo que el autor del ilícito debe restituir la ganancia porque se ha enriquecido injustamente, pero Virgo señala que en tal caso se está utilizando la expresión en sentido descriptivo (como principio general), no sustantivo, y ello por dos razones: porque la demanda prosperará aunque el beneficio del demandado no se haya obtenido a costa del demandante (salvo en el sentido superficial de que el beneficio se obtiene por la comisión de un ilícito y el demandante es la víctima); y en segundo lugar, porque no es necesario probar que concurre alguno de los «factores injustos» que justifican la restitución, basta con la comisión de un ilícito que prevea la respuesta restitutoria. Es el «ilícito» y no el enriquecimiento injusto el que constituye la causa de pedir. La acción será normalmente personal, pero en algunos casos se reconoce también una acción real. (3) Finalmente, cuando el demandante conserva un derecho real sobre el enriquecimiento que ha recibido el demandado, sea que existía con anterioridad al derecho del demandado o que resultó creado *ope legis* al transmitirlo, aquél podrá ejercitar una acción real para recuperar lo entregado. Lo relevante en este caso es que el reconocimiento de ese derecho real y su alcance no es una cuestión propia del Derecho de Restituciones, sino del Derecho de Propiedad. En síntesis, el Derecho de Restituciones abarca todas las acciones que pretendan la restitución de un beneficio, lo que ocurre en tres supuestos: el demandado se ha enriquecido injustamente; el demandado ha cometido un ilícito que concede un remedio restitutorio (alternativo del indemnizatorio); el demandante ejercita un derecho real.

guntas, que se ha convertido en patrimonio común del Derecho inglés de Restituciones²³:

1. ¿Se ha enriquecido el demandado?
2. ¿Se ha enriquecido a costa del demandante?
3. ¿Existe un «factor injusto» que justifique la restitución?
4. ¿Existe alguna razón por la que el demandado no debería restituir?
5. ¿Cuál es la medida del enriquecimiento, el alcance de la restitución?

No parece difícil encontrar *prima facie* un cierto paralelismo con el conocido esquema de la acción de enriquecimiento sin causa, tal y como se explica desde una perspectiva unitaria tanto en el marco del BGB como en los países de tradición francesa (acción positivizada en el *Codice civile* –arts. 2041 y 2042– o en el *Code civile* –art. 1303, introducido por la Ordenanza n.º 2016/131, de 10 de febrero de 2016, sobre reforma del Derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones–). En dicho esquema suele señalarse, como requisitos, el enriquecimiento, el empobrecimiento correlativo y la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento; como alcance, el doble límite de la medida de la restitución (el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante); y como principal «defensa», el pretendido requisito de subsidiariedad. Sin embargo, como tendremos oportunidad de comprobar, la manera de entender cada uno de esos elementos («a costa de», «sin causa», «medida de la restitución», «defensas»...) es bien diferente.

3.1 ¿SE HA ENRIQUECIDO EL DEMANDADO?

La primera cuestión es por el enriquecimiento del demandado: ¿De qué enriquecimiento se trata? ¿Qué es lo que, en su caso, se ha de restituir? El jurista de *civil law* suele partir –influido por el modelo del pago de lo indebido– de que al demandante le asiste un derecho personal a la restitución de lo entregado (*in natura*) y, en su defecto, de su valor pecuniario. Sin embargo, acabamos de ver que el jurista de *common law* distingue entre dos medidas (valor recibido y valor superviviente) y entre una respuesta personal y una real. La primera medida está representada por el valor (pecuniario) recibido, con independencia de que se aprecien otros motivos (defensas) por los que deba restituirse en esa u otra medida; la

²³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 7 y 109 y ss.

segunda le permite obtener el valor «sobreviviente» o «restante»: lo que queda, o aquello en que se haya transformado.

Valorar pecuniariamente –con criterios objetivos– lo obtenido es fácil cuando, por ejemplo, se recibe dinero; no puede alegarse que el dinero «no enriquece» (otra cosa es que el *accipiens* pueda oponer –como defensa– que ha gastado el dinero de manera poco razonable por haber confiado en poder disponer de él). Plantea más problemas la recepción de un enriquecimiento no pecuniario y no solicitado; el enriquecido se encuentra con un beneficio ilíquido e impuesto, por lo que estará interesado en restituir solo en la medida de su valor «subjetivo», esto es, en la medida en que le haya aprovechado. Esta «medida» de restitución es también conocida en nuestro ordenamiento jurídico (el art. 1158. III CC habla de «aquello en que le hubiera sido útil el pago», el 1897 CC de que se restituirá «en cuanto por ellas se hubiese enriquecido», etc.) y está representada por la «utilidad» obtenida por el enriquecido, lo que no siempre será fácil de determinar, especialmente en las atribuciones no pecuniarias. Así, quien reforma una casa ajena (creyéndola propia) y pretende la restitución del valor/gasto de la mejora puede encontrarse con que el propietario se opone alegando que la mejora no le proporciona utilidad (el plusvalor es menor que el gasto), que no la hubiera hecho (la utilidad subjetiva es 0), que no puede pagarla, etc. Hay datos que ayudan a valorar la existencia objetiva de una utilidad: si el limpiador de cristales de un rascacielos se equivoca de piso y presta así un servicio no solicitado, parece que no debería tener derecho a compensación; sin embargo, no estaría de más valorar hasta qué punto ha facilitado un enriquecimiento (por ejemplo, en forma de ahorro de gastos) al enriquecido: si este había limpiado los cristales hace apenas unos días, parece claro que nada podrá exigir; si tiene contratado un servicio de limpieza periódico que hará y le cobrará lo mismo con independencia de la limpieza fortuita, tampoco podrá pedir nada; pero si suele solicitar los servicios de cualquier empresa del sector cada tres meses y lo hubiese hecho en fechas próximas, parece que sí se le podría exigir la restitución del enriquecimiento (sin entrar por ahora sobre cómo debería valorarse).

Birks trata de esta cuestión en torno al concepto de «devaluación subjetiva» y opina que el Derecho inglés acepta y reconoce la posibilidad de invocar la «devaluación subjetiva» en algunos casos y con ciertos límites, aunque reconoce que esos casos y límites se han desarrollado de una manera más intuitiva que organizada o sistemática²⁴. En el caso de los convivientes que «consienten» las

²⁴ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 109 a 114. No se puede alegar «devaluación subjetiva» cuando se ha aceptado libremente el enriquecimiento, o cuando se trata de un

mejoras que uno realiza sobre un bien del otro, se produce un enriquecimiento querido por ambas partes bajo un presupuesto –la convivencia– que desaparece posteriormente, por lo que parece que ambos deberían compartir ese riesgo²⁵. Por su parte, cuando se restituye lo intercambiado en un contrato, las cosas no deberían valer de modo distinto a como se ha determinado en él²⁶.

3.2 ¿SE HA ENRIQUECIDO A COSTA DEL DEMANDANTE?

La pregunta no es si el demandante se ha empobrecido, sino si el enriquecimiento del demandado se ha obtenido «a costa» del demandante²⁷. Esta diferencia no resulta significativa en supuestos de «enriquecimiento facilitado por el demandante», en los que lo que experimenta el demandado como incremento patrimonial se corresponde con lo que experimenta el demandante como disminución patrimonial, pero resulta fundamental en los supuestos de intromisión en los que el demandado se ha enriquecido mediante la comisión de un «ilícito» frente al demandante y solo en este sentido puede afirmarse que se haya enriquecido a su costa. Además, en muchos casos no es apreciable un empobrecimiento en sentido técnico: si uso tu bicicleta durante varios meses me ahorro lo que me hubiese costado alquilar una por ese tiempo, pero como tú no la hubieses alquilado (nunca lo has hecho ni tenías intención de hacerlo), no te he causado ningún daño por haberte impedido alquilarla; puede incluso que la haya cuidado bien y esté en mejor esta-

«beneficio indiscutible» (casos de «anticipación de gastos necesarios», como los de funeral, o de «realización en dinero» de lo recibido, como cuando consigo vender la casa en la que has incorporado una cocina nueva: me corresponderá pagarte la parte del precio que corresponda a la cocina); en cualquier caso, se trata de meras orientaciones más que de auténticas reglas. En el fondo, la «devaluación subjetiva» plantea el problema de los enriquecimientos impuestos (el término no es del autor, pero sirve para caracterizar los supuestos a los que se refiere). Cuando se mejora un patrimonio ajeno hay que preguntarse por el «carácter» de la mejora: no es lo mismo reparar un coche como lo hubiera hecho un taller para un usuario ordinario, que prepararlo para que compita en carreras. Se trata de lo mismo que hacen los Códigos cuando distinguen entre mejoras necesarias, útiles y de mero recreo en la liquidación del estado posesorio o en la accesión.

²⁵ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 127. Un familiar mejora la casa de otro con la intención de vivir allí de manera definitiva. Después de un tiempo se rompe la relación; los tribunales le permiten recobrar la inversión. No hay un motivo claro por el que las consecuencias negativas de la ruptura tengan que ser sufridas exclusivamente por el no propietario, pues la ruptura era previsible para ambos y fueron también ambos los que tomaron el riesgo de que las cosas terminaran mal. No se trata por tanto de asignar o repartir la culpa, sino el riesgo de que la convivencia termine, con las consiguientes consecuencias patrimoniales.

²⁶ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 218 a 220. Es una idea que comparto para el Derecho español y que goza con partidarios en el panorama comparado, siempre que el vicio por el que resulta impugnado el contrato no haya afectado al acuerdo sobre el valor.

²⁷ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 132 y ss.

do que hace unos meses. Desde esta perspectiva, no hay inconveniente en afirmar que el empobrecimiento del demandante no es requisito de la pretensión; lo relevante es que el demandado se haya enriquecido a costa del demandante²⁸.

Determinar si el enriquecimiento se ha obtenido «a costa» del demandante es sencillo cuando se trata de situaciones entre dos partes y el bien ha pasado del demandante al demandado. No lo es tanto cuando el demandado ha recibido de un tercero; en este caso el juez deberá concluir que el enriquecimiento hubiera llegado o correspondido al demandante, y que el demandado se interpuso (Birks habla de una «interceptación anticipada»). En la venta de cosa ajena, el vendedor obtiene el dinero del tercer adquirente, pero se enriquece *a costa del dueño de la cosa*; para el Derecho anglosajón es un caso de enriquecimiento por ilícito (*tort de conversion*), para nosotros de *condictio* por intromisión; también podría prosperar la pretensión de daño extracontractual si se logra probar la culpa (art. 1902 CC), lo que no es necesario en el contexto del *tort* de conversión, en el que basta con que la conducta del demandante sea incompatible con el derecho usurpado.

La idea tantas veces transmitida de que el enriquecimiento y el empobrecimiento se relacionan a través de un desplazamiento patrimonial inmediato (algo que es perfectamente lógico en el ámbito de las prestaciones e incluso de las mejoras, aunque con un conflicto subyacente distinto) quiebra típicamente en el ámbito de la intromisión, como puede ser la venta de cosa ajena²⁹. Desde esta perspectiva, el Derecho inglés y su expresión «a costa de» resulta más flexible y capaz de adaptarse a configuraciones distintas de «enriquecimiento injustificado» que, por ejemplo, la exigencia de correlativo empobrecimiento en el texto francés (aprobado en la reciente Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, sobre reforma del Derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones)³⁰. La exigencia de que el enriquecimiento se obtenga «a costa» del demandante no presupone la necesidad de un empobrecimiento en el

²⁸ Más adelante Birks se expresará de forma más general y contundente afirmando que «el Derecho inglés comparte con el alemán que el demandante no debe ser identificado como una persona que ha sufrido un daño» (*Unjust Enrichment*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2005, p. 17).

²⁹ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 33, 34, 40 y 41.

³⁰ Art. 1303. «En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement». Imprescindible para una valoración de la reforma francesa, MORALES MORENO, A. M., «Tradicición e innovación en la nueva regulación del enriquecimiento injustificado en el Código Civil francés», en EMBID IRUJO, J. M., MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., MORALES MORENO, A. M. (dir.), *Estudios Jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 583 a 611.

patrimonio de este; el daño no es un requisito de la pretensión. Además, la idea de un desplazamiento no es capaz de explicar la restitución de la ganancia obtenida con el uso de un derecho que pertenece en exclusiva a otro³¹. Cuando se viola un deber de secreto o lealtad (por ejemplo, el deber de no concurrencia del socio regulado en el art. 1683 CC), no es fácil afirmar sin más que el socio se ha enriquecido «a costa» de la sociedad, aunque se acepte que su comportamiento es deshonesto y que la sociedad debería poder exigir que le entregue la ganancia obtenida.

3.3 ¿EXISTE UN FACTOR INJUSTO QUE JUSTIFIQUE LA RESTITUCIÓN?

Para que el enriquecimiento se considere injusto se ha de alegar un motivo que justifique la restitución. El autor llama a estos motivos «factores injustos» y distingue tres categorías: 1) «transmisiones involuntarias», cuando la voluntad del transmitente está viciada o cualificada (finalizada o condicionada a la obtención de un determinado resultado que no llega a obtenerse); 2) «transmisiones libremente aceptadas» por el demandado, cuando este comprende o no puede ignorar que no recibe gratuitamente, tiene la oportunidad de negarse y opta por aceptar el beneficio recibido; 3) y otros supuestos (miscelánea) en los que la política jurídica aconseja la restitución³².

Entre las «transmisiones involuntarias» por «vicio» se estudian los supuestos de ignorancia³³, error, compulsión³⁴ y desigualdad³⁵.

³¹ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., p. 334: «La exigencia de un desplazamiento patrimonial o relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento poco puede hacer por subsistir como tal [requisito] una vez eliminado este último como elemento integrante del supuesto de hecho de la pretensión restitutoria».

³² BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 141 y ss.

³³ El demandado obtiene el enriquecimiento sin conocimiento del demandante, como puede ocurrir en supuestos de uso o disposición de cosa ajena; aunque en Derecho inglés estos comportamientos constituyen un «wrong», el factor injusto «ignorancia» permite acudir a la pretensión de enriquecimiento injusto sin tener que probar los requisitos del «ilícito», en el caso, los del *tort de conversion*.

³⁴ Incluye los fenómenos de «intimidación» e «influencia indebida», y también las llamadas «coacción legal» (donde se trata del fiador –o deudor solidario– que paga al acreedor y cuenta con un derecho de regreso frente al deudor; fuera del caso de «coacción legal», el pago de tercero solo libera al deudor si es aceptado por éste, y si el pago no libera al deudor, el tercero tendrá que reclamar de éste por «libre aceptación», o del acreedor por «falta absoluta de reciprocidad», según el pago haya sido aceptado o rechazado) y «coacción moral» (donde se tratan supuestos de gestión de negocio ajeno sin mandato en un contexto muy reticente a estimar acciones de restitución en casos de injerencia en patrimonio ajeno), así como una miscelánea de casos de «coacción circunstancial».

³⁵ Se trata de un factor de apreciación excepcional y comprende las relaciones en las que una de las partes resulta especialmente vulnerable por la situación de confidencialidad o dependencia que media entre ambas: el banco que aprovecha la situación patrimonial y personal del cliente; el acompañante o cuidador del enfermo; otras relaciones de dependencia y confianza como las de paciente/doctor, padre/hijo, etc. En situaciones así, en las

El vicio más importante es con diferencia el error, cuyo principal problema reside en que si los desplazamientos patrimoniales fueran fácilmente revisables por error del transmitente la seguridad del mercado podría verse seriamente afectada. Esto obliga a distinguir entre errores relevantes, que dan derecho a recuperar lo entregado, y errores irrelevantes, como las meras expectativas frustradas de recompensa³⁶. El principal ejemplo de error relevante es el llamado error «de responsabilidad», que es el error de quien se cree obligado a enriquecer a otro (pago por error)³⁷. Fuera de éste, la relevancia del error solo debería considerarse –continúa Birks– si es «causal» (para la voluntad) y «esencial» (para el contrato)³⁸. En derecho inglés se distingue con claridad entre el error en la formación del contrato (dentro del Derecho de Contratos) y el error como causa de restitución de la prestación (dentro del Derecho de Restituciones). El error por el que el contrato es impugnado y el error por el que el enriquecimiento debería restituirse no están sometidos a las mismas reglas. Lo que hay que evitar es que un contrato que no resulta impugnado por error en su formación sea vulnerable a la pretensión de enriquecimiento injusto. Algo similar ocurre en un modelo que necesite acudir a la *condictio indebiti* (que exige «error») para liquidar el contrato anulado por error o por otro vicio del consentimiento, como ocurre en Francia. En el Código Civil español la restitución por nulidad o anulación del contrato no depende del error, pues la acción de nulidad (arts. 1303 y ss.) no lo requiere para provocar la devolución de lo intercambiado en el contrato nulo o anulado (aunque sea uno de los vicios que permite impugnar), y la ventaja de un modelo así parece clara, pues de este modo el estudio del error que permite impugnar y liquidar el contrato es siempre un asunto del Derecho de contratos que no tiene por qué coordinarse con el modo de entender el error en la *condic-*

que resulta fácil para una parte abusar de la vulnerabilidad de la otra, se plantea la necesidad de reconocer pretensiones de restitución: por ejemplo, la de las cantidades abonadas para conseguir la nacionalidad mediante un matrimonio de conveniencia, o para pagar un préstamo usurario. En otros casos, la dependencia no procede de la tipicidad de la relación sino de las personas concretas que la protagonizan.

³⁶ Parece claro que la pretensión de enriquecimiento injusto no puede apoyarse sobre éstas: «pensé que si te donaba la finca tú me cuidarías en la vejez»; «creí que si te cuidaba en la vejez tú me donarías esa finca», etc.

³⁷ MEIER, S., «Unjust factors and legal grounds», en JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R. (ed.), *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, p. 39. El «error de responsabilidad» es el que con mayor frecuencia genera la obligación de restituir, al menos desde una perspectiva unilateral; de hecho, la acción de restitución por *liability mistake* del *common law* hace las veces de la *condictio indebiti* del *civil law*.

³⁸ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 159. MEIER, S., *Unjust...*, cit., pp. 55 a 58 y 72 a 75. La reticencia a admitir el error de derecho como error relevante (vigente en el momento en que escribe Birks) ha sido finalmente superada.

tio indebiti. Otra cosa es que, cuando se observan las exigencias que Birks pone al error para ser relevante en el Derecho de Restituciones (que sea causal y esencial), resulta difícil no pensar en los requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia para que el error sea relevante como vicio del consentimiento en la impugnación del contrato anulable.

La transmisión es también «involuntaria» cuando el demandante «cualifica» su consentimiento dando a conocer los términos en que está dispuesto a transmitir; si no tiene lugar el presupuesto exigido, debe entenderse que no se ha querido transmitir. Aquí el transmitente no se arriesga a que el otro corresponda o no, sino que especifica el evento que, en su caso, deja la transmisión sin efecto. La expresión tradicional del *common law* para describir esta desaparición de la base de la transmisión es «total failure of consideration»: falta absoluta de base o reciprocidad³⁹.

Para la restitución de dinero –los tribunales hacen uso de este factor injusto solo para esta forma de enriquecimiento⁴⁰– ha sido un requisito tradicional que la falta de base sea total o absoluta. ¿Qué se quiere decir con ello, que la restitución no tendrá lugar si hubo un cumplimiento recíproco parcial? El requisito de «totalidad» nos remite al tipo de contrato y de prestación que libera al contratante que demanda restitución. Por ejemplo, se entiende que en un contrato de compraventa habrá «falta absoluta de base» hasta que la propiedad de la cosa se transmita al comprador; que el vendedor haya incurrido en algunos gastos para construir u obtener la cosa, por ejemplo, es irrelevante, pues el comprador no paga por esas acciones sino por lograr aquel resultado⁴¹. Sin embargo, cuando el contrato es de obra y los

³⁹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 219 a 247.

⁴⁰ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 318 y ss. Con todo, Birks insiste (*An Introduction...*, cit., p. 233) en que su ámbito de aplicación no debería reducirse a los supuestos de entrega de dinero, aunque reconoce que fuera de este caso será difícil que la pretensión prospere.

⁴¹ En *Rowland v Divall* (1923), éste vende a aquél un coche por 334 libras y poco después Rowland lo vende a Railsdon por 400. Con posterioridad la policía requisó el coche porque era robado. Rowland restituye 400 a Railsdon, recompra el coche a la aseguradora que lo había adquirido del verdadero dueño y pide la restitución de sus 334 a Divall por «failure of consideration». Éste opone que el coche había sido usado varios meses y que la falta de *consideration* no podía considerarse total. Sin embargo, se falla a favor de la restitución alegando que en este caso no recibir la propiedad del coche podía considerarse como un no haber recibido «en absoluto», esto es, como un incumplimiento total, no parcial. En nuestro Derecho se trataría de un supuesto de evicción dentro de una cadena de compraventas en la que uno de los eslabones decide, por una parte, hacerse definitivamente con el bien y, por otra, exigir responsabilidad a su vendedor. No hace falta insistir en que el vendedor demandado no podrá alegar que el comprador ha usado temporalmente el bien para eximirse de la responsabilidad impuesta por el artículo 1478 CC, que obliga a restituir el precio de la cosa «al tiempo de la evicción». Es posible que el uso del coche haya supuesto un menor precio, por lo que la solución se adapta a la reciprocidad de las prestaciones. Ahora bien, una cosa es que el uso afecte a la valora-

trabajos han comenzado, no debería considerarse que la falta de reciprocidad es absoluta hasta que la obra se entregue; se paga por el trabajo ya realizado, que es parte del cumplimiento⁴². El *leading case* sobre el significado de «total» en el factor injusto de «failure of consideration» es *Stocznia Gdanska SA v Latvia Shipping Co.* (1998): el demandante, constructor de buques, acordó un contrato con el demandado para diseñar, construir y enviar un barco. El demandado no pagó el segundo plazo. La quilla del barco ya estaba construida pero no había sido enviada al comprador. Los demandados argumentaban que no estaban obligados a pagar el segundo plazo porque, de pagarlo, podrían inmediatamente pedir su restitución por «total failure of consideration». La Corte Suprema entendió por el contrario que los demandados sí estaban obligados a pagar el segundo plazo y que no podían alegar «total failure of consideration»; rechazó el argumento de que no habían recibido parte de la cosa, porque el contrato no era solo de venta, sino también de diseño y construcción, y tanto uno como otra se habían llevado a cabo⁴³. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español no es extraño encontrar este conflicto como una cuestión propia de la interpretación del contrato, que permite establecer cuándo una prestación parcial ha generado su correspondiente contraprestación teniendo en cuenta el tipo o tipos contractuales elegidos, la finalidad buscada en cada fase contractual y su eventual dependencia respecto de las demás, etc.

Además de explicar algunos supuestos contractuales (donaciones modales, donaciones *propter nuptias*, falta de reciprocidad en los contratos recíprocos, etc.), «failure of consideration» puede ser también la manera de solucionar los adelantos en tratos preliminares cuando finalmente no se llega a contratar, o los pagos ocasionados por un bien litigioso cuando quien hace el pago lo condiciona a que finalmente se falle a su favor.

Fuera de las «transmisiones involuntarias», encontramos la «libre aceptación del demandado». El foco de atención se traslada a éste, que ha debido tener la oportunidad de recibir o no la transmisión, lo que requiere suficiente conocimiento de los hechos y la posibilidad de aceptar o rechazar libremente el enriquecimiento.

ción del precio de la cosa a restituir, y otra que extinga la obligación de responder (excepto en el caso de que el uso haya dejado sin valor el bien en el momento de la evicción; con todo, quedarían el resto de conceptos por los que el artículo 1478 CC hace responder al vendedor).

⁴² BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 322.

⁴³ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 323 y 324. Sobre la manera de limitar la rigidez del principio de que la ausencia de reciprocidad ha de ser «total», VIRGO, G., *The Principles...*, cit., p. 112.

Los elementos de la «libre aceptación» del demandado serían: la oportunidad de rechazarlo; el conocimiento de que la transmisión no es gratuita; y el rechazo de la posibilidad de evitarlo⁴⁴.

Finalmente, Birks acepta una «miscelánea» de factores que avalan la restitución conforme a diversos motivos de política jurídica:

a) Disuadir de conductas ilícitas o inmorales ha sido siempre uno de los cometidos de la *condictio ob turpem vel iniustam causam*⁴⁵.

b) Estimular el rescate es el cometido del reconocimiento de pretensiones restitutorias en supuestos de *negotiorum gestio*. Es el caso del rescate de un barco en peligro, que siempre se ha admitido en Derecho inglés como supuesto de injerencia en asuntos ajenos que da derecho a compensación, en contraste con la regla general hostil a las reclamaciones por este tipo de conductas.

c) Evitar el fraude de acreedores consistente en la enajenación de bienes que podrían ejecutar éstos plantea la posibilidad de rescisión por fraude⁴⁶.

d) Tener un portón de escape que permita acoger supuestos difíciles de clasificar, para evitar llegar a resultados absurdos o contradicciones valorativas⁴⁷.

⁴⁴ Algunos ejemplos podrían ser: 1) Veo que llega un limpiador de ventanas (de la empresa que suele contratar mi vecino) y comienza a limpiar las de mi adosado; para cuando salgo a decirle que se ha equivocado, prácticamente ha terminado su trabajo. 2) Mientras los futuros contratantes se ponen de acuerdo sobre el precio, uno de ellos realiza buena parte del trabajo con conocimiento del otro; finalmente no llegan a un acuerdo sobre el precio y no se perfecciona el contrato.

⁴⁵ Si Cayo ha recibido 1000 de Ticio para hacer daño a Sempronio, tiene 3 incentivos para no hacerlo: Ticio no podrá reclamarle la restitución de los 1000; Cayo podrá retener los 1000 aunque no realice el encargo; Ticio experimenta que el Derecho ignora a quien alega una causa torpe. La regla plantea mayores problemas en los casos de contratantes «torpes» pero «inocentes»: si el demandante yerra (razonablemente) sobre la licitud del pacto o es engañado por el demandado sobre ésta, debería poder recobrar lo entregado. También habría que considerar la posible concurrencia de arrepentimiento y sus consecuencias.

⁴⁶ Entre nosotros el fraude en la enajenación no da lugar a una verdadera pretensión *restitutoria* (para que el bien «regrese» al patrimonio del deudor que comete el fraude); el conflicto se soluciona a través de una legitimación excepcional de los acreedores para ejecutar el bien enajenado, que ya no pertenece al deudor, pero que sigue respondiendo de las deudas de éste debido al carácter fraudulento de la enajenación. Véanse, VON TUHR, A., *Derecho Civil*, 1-1, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998, pp. 218, 219 y 325. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Actuación de la acción pauliana», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 1832.

⁴⁷ Resulta significativo que los casos comprendidos en la «miscelánea» sean para nosotros supuestos típicos: la *condictio ob turpem vel iniustam causam* (arts. 1305 y 1306 CC), la gestión de negocio ajeno sin mandato (arts. 1888 y ss. CC), la acción pauliana (arts. 1111 y 1291-3.º CC) o la necesidad de una pretensión que cierre el sistema por «enriquecimiento sin causa».

En su estudio de Derecho comparado sobre la materia, Krebs considera que el modelo inglés de Restituciones –que denomina «de pensamiento pragmático»– busca encontrar razones concretas para restituir, que pueden ser tanto contemporáneas a la entrega del enriquecimiento (error) como posteriores (falta de reciprocidad). Por su parte, el modelo alemán –que denomina «de pensamiento abstracto»– se apoya en la falta de una obligación subyacente que justifique la retención. Cuando se entrega algo para provocar cierto comportamiento o para obtener cierto resultado del beneficiario y ese comportamiento o ese resultado no se producen, el Derecho inglés cuenta con el «factor injusto» de «falta de reciprocidad»⁴⁸ y Derecho alemán con que no hay causa que justifique la retención. Ahora bien, en éste último al enriquecido se le permite oponer como excepción que *solvens* sabía que no estaba obligado a hacerlo (§ 812), lo que deja sin protección a las entregas que no sean *solvendi causa* ni se integren en un contrato: anticipos realizados para provocar un contrato o con la expectativa de que se corresponderá o se contratará⁴⁹.

En Derecho español encontramos un tratamiento específico del error y su prueba en la regulación del cobro de lo indebido. Nuestro modelo se caracteriza, de una parte, por la presunción del error en los casos más habituales y, de otra, por no limitar la defensa del demandado a la posibilidad de alegar que el demandante supo al entregar que no estaba obligado a ello. Las presunciones de error de los artículos 1900 y 1901 CC facilitan que prospere la pretensión restitutoria y se compensan o equilibran –en la consideración global de los intereses en juego– con los preceptos que protegen la posición del *accipiens* de buena fe (arts. 1897 a 1899 CC). Al igual que el alemán, es un modelo que deja en la sombra el tratamiento de las entregas que persiguen causar un cierto comportamiento del receptor/beneficiario; cuando éste no se produce, la atribución queda sin justificar y parece razonable reconocer una cierta obligación de restituir pero, ¿en qué términos? El Código Civil español cuenta con soluciones para la restitución de lo pagado por error y de lo entregado en virtud de contrato inválido pero carece de solución expresa (fuera del ámbito contractual, donde encontramos las donaciones *propter nuptias* cuando no se celebra el matrimonio –art. 1342 CC–, o las obligaciones sometidas a condición resolutoria –art. 1123 CC–) para las entregas *credendi causa* o realizadas sobre un presupuesto que no se produce o desaparece con posterior-

⁴⁸ KREBS, T., *Restitution at the Crossroads: a Comparative Study*, London-Sidney: Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 178.

⁴⁹ KREBS, T., *Restitution...*, cit., p. 309.

ridad. Díez-Picazo se plantea la cuestión de si se trata de conflictos a resolver con la *condictio indebiti* por analogía (lo que topa con la dificultad de que, en líneas generales, se admite que la recepción de ésta en el Código Civil español reviste caracteres restrictivos) o con la acción general de enriquecimiento injusto⁵⁰. El autor deja la cuestión abierta y no será cometido de este trabajo cerrarla, aunque sí de algún trabajo posterior.

4. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO OBTENIDO POR EL DEMANDADO MEDIANTE «ILÍCITO»

Hasta aquí el demandante pide la restitución de lo que él mismo ha facilitado al demandado. Pero este puede haber obtenido el enriquecimiento con su iniciativa, por ejemplo, mediante la comisión de un *wrong* contra el demandante⁵¹.

4.1 POSIBLES VÍAS PARA OBTENER RESTITUCIÓN

En Derecho inglés hay tres vías para obtener la restitución de lo que haya obtenido el que comete un «ilícito»:

(a) Se puede ignorar que la conducta enjuiciada constituye un «ilícito» y reclamar con fundamento en el Derecho de Enriquecimiento injusto. Birks habla de un «análisis alternativo» porque lo que puede el demandante es elegir la vía (alternativa) del enriquecimiento injusto en lugar de la vía indemnizatoria, sin poder sumar ambas⁵².

(b) Se puede ratificar el acto llevado a cabo por el demandado: de acuerdo con las reglas de la representación, la víctima del «ilícito» –por ejemplo, el dueño del bien que otro usa o enajena– podría ratificar el acto del intromisor y legitimarlo *a posteriori*; el «ilícito» quedaría extinguido por la ratificación.

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina...*, cit., pp. 105 y ss.

⁵¹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 313 y ss.

⁵² BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 624. El autor se pregunta qué es lo que podría hacer más atractiva una u otra vía y, en definitiva, cuáles son las principales diferencias por las que podría preferirse una u otra, y lo resume señalando que el *quantum* de la restitución podría ser distinto, pues en tanto la pretensión de enriquecimiento se limita a aquello que el demandante ha facilitado al demandado, en la restitución por comisión de un «wrong» no existe un límite similar. El resto de diferencias puede encontrarse en las defensas, por ejemplo, en el plazo de prescripción.

(c) Se puede invocar el Derecho de Daños y pedir la restitución de lo obtenido por el *wrongdoer*, siempre que el «ilícito» permita elegir entre la indemnización del daño y la restitución de la ganancia (sin que acudir a esta última suponga que el demandante haya ratificado el «ilícito»). Para optar por esta tercera vía es importante saber cuándo un determinado «ilícito» permite exigir la restitución de lo obtenido por el demandado, pues en algunos casos es posible y en otros no⁵³. Más adelante se añadirá una reflexión desde la perspectiva del Derecho español.

4.2 ¿CUÁNDO UN «ILÍCITO» PRODUCE RESTITUCIÓN?

La cuestión principal es, por lo tanto, cuándo el demandante está legitimado para pedir restitución en lugar de indemnización por el «ilícito» cometido⁵⁴. Birks propone tres pruebas o «test» para determinarlo: (a) el dolo de quien comete el «ilícito» (*deliberate exploitation*)⁵⁵;

⁵³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 314 y ss., 316. La expresión «waiver of tort» no hace una clara distinción entre estas tres vías o rutas para la restitución. Comenzó a utilizarse como una peculiar extensión de la segunda vía, la ratificación extensiva, pero por su falta de determinación, conviene prescindir de ella. BURROWS opina (*The Law...*, cit., p. 643) que si «waiver of tort» se empleara siempre en el mismo sentido para expresar que el demandante pide restitución –luego, no indemnización– por un ilícito, no habría especial problema en usarla, siempre que quedara claro que no se renuncia a la indemnización hasta que no se restituya. El problema es que hay otros dos posibles significados que puede recibir; el que Birks denomina «ratificación extintiva», que supone verdaderamente la extinción (por «ratificación») del «ilícito» y del que hay ejemplos en la jurisprudencia; y un último significado para cuando, pudiendo acudir a una pretensión por el ilícito cometido, el demandante prefiere invocar el «análisis alternativo» del Derecho de Enriquecimiento injusto. Ante esta diversidad de significados, se ve preferible abandonar la expresión.

⁵⁴ BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 627.

⁵⁵ En opinión de Birks, la misma *ratio* de los daños punitivos podría aplicarse a la restitución de la ganancia, dentro del Derecho de Daños, con la ventaja de que los daños punitivos son un instrumento ciego (¿quién dice hasta dónde alcanzan?), en tanto la restitución de la ganancia actúa siempre con el tope de lo obtenido por el demandado. Eso sí, habría que considerar la necesidad de imputar subjetivamente la conducta al demandado, pues no cabe descartar un «ilícito» inocente o de buena fe, y en tal caso no podría defenderse la restitución de la ganancia: la lógica punitiva quedaría desautorizada. En el Derecho inglés de Daños, los llamados «daños punitivos» o «ejemplares» son excepcionales, pero se consideran precisamente en casos en los que alguien utiliza el nombre, el honor, la imagen o el patrimonio de otro para enriquecerse, torticeramente, a su costa (MCGREGOR H., *Damages*, 17.^a ed., London: Sweet & Maxwell, 2003, 11-001 y ss., pp. 365 y ss.; el autor enumera las tres categorías en las que se permite imponer una indemnización punitiva en Derecho inglés: conducta opresiva, arbitraria o inconstitucional de funcionarios públicos; conducta que calcula que el beneficio estará por encima de la indemnización –donde se incluyen los casos de publicación de noticias difamatorias, injurias, etc.–; y finalmente las expresamente autorizadas por una ley. Véase también BURROWS, A., «Exemplary Damages», en *Clerck & Lindsell on Torts*, 18.^a ed., Sweet & Maxwell, 2003, 29-121 y ss., pp. 1625 y ss.).

(b) la existencia de «ilícitos» anti-enriquecimiento⁵⁶; (c) y la profilaxis preventiva⁵⁷.

En cuanto a la distinción entre «torts» que dan lugar o no a restitución, Goff y Jones parten de que hay «ilícitos» que enriquecen típicamente al actor y otros que no lo hacen, pero lo cierto es que esa diferencia no siempre resulta clara ni decisiva. Para Birks, la expresión «ilícito» anti-enriquecimiento pone de relieve que los deberes de cuidado que han sido violados persiguen evitar el enriquecimiento injusto del *wrongdoer*: la infracción de un deber anti-enriquecimiento provoca la restitución de la ganancia al demandante; si el deber violado no persigue la detracción del enriquecimiento, no hay restitución; también hay deberes que persiguen las dos finalidades, indemnizatoria y restitutoria, como el deber de no revelar confidencias, que protege la privacidad y a la vez procura evitar el enriquecimiento injusto⁵⁸. Con todo, el autor termina reconociendo la dificultad para establecer con claridad estas diferencias como base para la distinción.

Burrows denuncia que el Derecho de Restituciones no ha sido un modelo de coherencia a la hora de explicar cuándo un «tort» procura la restitución de la ganancia, aunque le parece que los intentos por encontrarla han ido en una doble dirección: en primer lugar, distinguiendo entre «torts» que afectan a derechos reales y «torts» que afectan a derechos personales (aunque hay dificultades para explicar algunos casos concretos), esto es, poniendo el acento en la naturaleza del derecho afectado; y en segundo lugar, considerando que lo decisivo para permitir la persecución de la ganancia es que el «tort» se haya cometido con dolo o cálculo, esto es, torticeramente. En la primera dirección, Jackman llama la atención sobre el derecho infringido y su dimensión institucional (infringir un derecho real, una relación fiduciaria o –en algunos casos– un con-

⁵⁶ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 343 y ss. En el Derecho de Daños hay «ilícitos» que causan una respuesta doble y alternativa: indemnizatoria o restitutoria. Así, los *torts* de *conversion of chattels* (casos de uso o disposición de cosa ajena), *detinue* (retención indebida de muebles) o «abuso de información confidencial» (a quienes habían trabajado en una fábrica de ropa interior femenina y después se habían establecido por su cuenta utilizando una manera similar de fabricar, se les pidió la restitución de la ganancia neta) dan lugar a la restitución de lo obtenido (el valor de uso, el precio de la disposición, la ganancia); sin embargo, no ocurre lo mismo con *defamation* (difamación), *nuisance* (inmisión), *negligence* (negligencia), etc., que no dan lugar a restitución aunque –pongamos por caso– el causante del daño haya ahorrado gastos por ser negligente (no tener el camión en buen estado, no pagar a más conductores por viaje, etc.). ¿Cómo se sabe si un determinado *tort* permite pedir la ganancia obtenida por cometerlo?

⁵⁷ A BURROWS (*The Law...*, cit., p. 661) le parece que b) y c) no son criterios claros sobre los que exista suficiente acuerdo, por lo que opina que la principal contribución de Birks en este punto es la que pone de relieve la importancia del comportamiento doloso, cínico o torticero.

⁵⁸ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 330.

trato supone una lesión de su función social y la restitución se concede para imponer el respeto debido a esa dimensión institucional del derecho y disuadir de las conductas que no estén dispuestas a respetarlo); el grado de reprochabilidad de la conducta sería algo secundario, aunque podría tenerse en cuenta en la determinación del *quantum* de la restitución⁵⁹. En la segunda dirección, Edelman entiende que se debería conceder la restitución de la ganancia (*disgorgement damages*) siempre que se necesite disuadir de la conducta enjuiciada y, en su opinión, esto es necesario cuando los ilícitos se cometen deliberadamente (con cálculo) o cuando se defrauda una relación fiduciaria⁶⁰. Esta es la posición por la que se decanta Burrows⁶¹.

4.3 ALGUNOS SUPUESTOS CONCRETOS

Entre los supuestos a los que Birks dedica una especial atención destacan algunos conflictos contractuales. Por su interés, y por lo extraño que puede resultar para nosotros esa mezcla de «ilícitos» típicos en torno a contratos, nos detenemos también brevemente en ellos.

(a) Incumplimiento de contrato (*breach of contract*)

Goff y Jones afirman que el contratante «inocente» (el que cumple o está dispuesto a cumplir) no puede pretender que el contratante que incumple y obtiene así cierta ganancia tenga obligación de *restituirle* (el verbo es significativo) lo obtenido con el incumplimiento, pero dejan abierta la posibilidad de invocar un «wrong» que permita la restitución de la ganancia. ¿Puede ser «breach of contract» un «ilícito» que dé lugar a la restitución del enriquecimiento? La opinión tradicional –anterior a *Attorney General v Blake* (2001)– era contraria a la restitución por comisión del «ilícito» de incumplimiento contractual⁶². Esta regla general

⁵⁹ BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 659. JACKMAN, I. M., «Restitution for wrongs», *The Cambridge Law Journal*, vol. 48, n.º 2, 1989, pp. 302 y ss.: «La tesis de este artículo es que la razón de ser del derecho a la restitución por ilícito es la protección de una serie de herramientas jurídico privadas, o instituciones que facilitan (el tráfico privado), como la propiedad privada, las relaciones fiduciarias o de confianza y (con cierta cualificación) los contratos. (...) [D]e este modo, el derecho a la restitución por ilícito se desencadena no por el daño a una persona sino por el daño a una institución».

⁶⁰ EDELMAN, J., *Gain-Based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2002, pp. 3 y 72 y ss.

⁶¹ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 661 y 662.

⁶² BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 664 y ss. Jackman explica («Restitution for wrongs», cit., p. 318) que existe un amplio consenso para aceptar que el incumplimiento de

contaba desde 1974 con una excepción en *Wrotham Park State Co v Parkside Homes Ltd.*, que concedió una «licencia hipotética» a partir de las ganancias obtenidas por el demandado⁶³; y en 2001, *Attorney General v Blake* concedió a la Corona la ganancia neta obtenida con la publicación de un libro en el que un espía infringía el contenido de los pactos de no revelar adquiridos con el Estado. Con todo, y aunque pueda hablarse de una puerta abierta a considerar la conveniencia de conceder en ciertos casos la ganancia (más bien, una parte de la ganancia, a considerar en cada caso) obtenida por el contratante incumplidor, no deja de tratarse de casos excepcionales⁶⁴.

En el caso *City of New Orleans v Fireman's Charitable Association* (1891), la demandada había provisto de bomberos la ciudad por debajo de lo pactado. No dejó de atender sus obligaciones, ni se le pudo imputar negligencia en sus actuaciones, pero hizo un buen negocio ahorrando en hombres y en máquinas respecto de lo que se había obligado en el contrato. Pues bien, la ciudad demandante no obtuvo nada, pues no pudo probar daño alguno. Goff y Jones entienden que los tribunales de *common law* hubieran concluido lo mismo. Sin embargo, Birks opina que en este caso se hubiese podido invocar el test de «*deliberate exploitation*» o acudir a un «ilícito» anti-enriquecimiento y probar sus requisitos. Díez-Picazo se plantea el mismo caso y, con un gusto más continental, entiende que el remedio oportuno sería la reducción del precio, como admiten para todo caso de incumplimiento los PECL o los Principios de UNIDROIT⁶⁵.

En su contribución al reciente Congreso sobre Derecho de Enriquecimiento injusto «The Global Futures of Unjust Enrichment» (organizado por la UCL, Faculty of Laws, los 21 y 22 de abril

contrato no es un «ilícito» que cause restitución, pues la jurisprudencia ha establecido, como principio, que el propósito de los «daños contractuales» no es hacer que el demandado devuelva lo que ha ahorrado cometiendo el «ilícito», sino compensar al demandante; con otras palabras, el asunto es la pérdida del demandante, no la ganancia del demandado. Esto parece descartar la restitución en caso de incumplimiento contractual. Con todo, el autor admite que podría aceptarse cuando el incumplimiento de contrato suponga a la vez la infracción de una institución de derecho privado que deba protegerse, como la propiedad o las relaciones de confianza.

⁶³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 334 y 335, en diálogo con GOFF, R. y JONES, G., *The Law of Restitution*, 2.^a ed., London, 1978, p. 370; 3.^a ed., pp. 454 y ss. En este caso, los demandados habían construido casas con infracción de una cláusula contractual restrictiva impuesta en beneficio del dueño del terreno demandante, que solicitaba por la infracción que se le «restituya» lo que hubiera obtenido a cambio de permitir que se eliminase la cláusula que limitaba la construcción. Tampoco aquí se apreciaba daño alguno para el patrimonio del demandante (la tierra no había sufrido pérdida o depreciación), pero esta vez el demandante sí obtuvo compensación, probablemente porque la cláusula se había puesto para evitar que el demandado se enriqueciera de ese modo.

⁶⁴ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 665 y ss.

⁶⁵ Díez-PICAZO, L., «Commodum ex negotiatione», *ADC*, 2007-IV, p. 1614.

de 2017), con motivo de los 50 años de la publicación del tratado de Goff & Jones y la aparición de su novena edición, Dannemann se muestra partidario de la restitución de la ganancia en los casos de «breach of contract» como parte del contenido de atribución del derecho de los contratantes. Entiende que el contrato impide que el contratante incumplidor pueda quedarse con la ganancia que obtenga por el incumplimiento. Aunque los defensores de la doctrina del «incumplimiento eficiente» digan que el contrato no debería provocar ese efecto, el autor entiende que el análisis microeconómico del «incumplimiento eficiente» resulta defectuoso y que el contrato persigue que el comprador pueda obtener las cosas y hacer con ellas lo que le parezca, también venderlas, por lo que la ganancia por una segunda venta (más ventajosa para el vendedor) debería ser parte de aquello a lo que tiene derecho⁶⁶. En definitiva, se muestra partidario de que la «ganancia por incumplir» sea parte del contenido de atribución del derecho de crédito del contratante burlado.

(b) Intromisión en una relación contractual ajena

Se considera ahora la intromisión en una relación contractual ajena: si te induzco a que rompas tu contrato con Cayo y contrates conmigo para cubrir la misma necesidad, podría decirse que obtengo un provecho «a costa» de Cayo, pero es difícil aceptar que Cayo tenga un derecho sobre la ganancia que yo obtengo. Aunque el Derecho estadounidense acepta que esta acción pueda constituir un *tort* que da lugar a la restitución de la ganancia ilícita, no está nada claro que el deber de no interferir en los negocios de los otros tenga, como propósito principal, el de evitar que uno se enriquezca de ese modo. Parece, más bien, que se trata de un deber de evitar un daño y, desde esta perspectiva, la víctima solo podría pedir la restitución de la ganancia cuando pruebe que existió un cálculo doloso (*deliberate exploitation*)⁶⁷.

(c) Conflicto de intereses

Cuando se trata de la violación del deber del fiduciario (mandatario o representante) de evitar el conflicto entre sus intereses y los del *trust* o fiduciante (mandante, representado), la posibilidad de

⁶⁶ DANNEMANN, G., «The Future of de German Unjust Enrichment Law», Aportación al Congreso «The Global Futures of Unjust Enrichment», UCL Faculty of Law, 21 y 22 de abril de 2017, p. 21. Las contribuciones al Congreso serán publicadas por la *Restitution Law Review*.

⁶⁷ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 335 y ss.

restituir la ganancia se explica también por el test de *deliberate exploitation*. Puede haber casos menos claros, como cuando el mandatario actúa subjetivamente de buena fe o sin perjudicar objetivamente los intereses del mandante, a pesar de lo cual podría justificarse la restitución conforme a otros criterios de política jurídica, como la necesidad de evitar el conflicto de intereses sin tener que entrar a valorar si en el caso se produjo o no un perjuicio para el fiduciante⁶⁸.

(d) **Ruptura de confianza**

El «ilícito» que comete el socio o el directivo de empresa que violan su deber de no concurrencia con la sociedad o la empresa plantea problemas específicos. No hay duda de que tales deberes persiguen impedir el enriquecimiento del fiduciario a expensas del fiduciante: el directivo que contrata en nombre propio lo que debió contratar para la empresa debe restituir la ganancia. A veces la explicación será clara, en el sentido de que se ha cometido un «ilícito» anti-enriquecimiento, y otras veces no; pero parece que en todo caso podría hallarse una justificación acudiendo a la necesidad de evitar determinadas conductas, esto es, invocando la necesidad de un tratamiento preventivo adecuado (profilaxis).

4.4 ENRIQUECIMIENTO INJUSTO OBTENIDO POR EL DEMANDADO MEDIANTE «ILÍCITO»: CORRESPONDENCIAS CON EL DERECHO ESPAÑOL

En cuanto a la posible obligación de restituir la ganancia ilícita por incumplimiento contractual, por la violación de deberes específicos de conducta o por la usurpación de derechos con contenido de atribución exclusivo o monopolístico, el panorama del Derecho español arroja algunos datos que rara vez se ponen en relación unos con otros.

El Código Civil español conoce un solo caso en el que una conducta contractual desleal provoca como respuesta jurídica la restitución de la ganancia obtenida: se trata del socio que contrata en

⁶⁸ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 338 y ss. En un caso en el que el *trust* no salió perjudicado sino que, por el contrario, ganó con el negocio realizado por el fiduciario, a éste se le hizo restituir el beneficio (propio) por no haber evitado el conflicto de intereses. En otro caso, la empresa burlada no podía alegar daño por el hecho de que sus administradores hubiesen terminado creando otra empresa, que es la que finalmente contrató, pues aquélla no hubiese podido contratar por falta de fondos; sin embargo, se juzgó que los fiduciarios debieron evitar la situación de conflicto de interés y se les condenó a restitución.

nombre propio dentro del mismo ramo al que dedica su objeto la sociedad (art. 1683 CC). La deslealtad del socio (por infracción de su deber de no concurrencia⁶⁹) es sancionada con la restitución del provecho ilícito. La devolución del enriquecimiento es compatible con la indemnización de los daños y perjuicios (art. 1686 CC), pues los supuestos de hecho son distintos: «la primera opera objetivamente y con independencia de que haya habido daño; la segunda requiere negligencia, daño y relación de causalidad con la conducta del socio»⁷⁰. No es equiparable a este caso el del mandatario que no evita el conflicto de intereses con el mandante, pues la sanción de nuestro ordenamiento para la violación de la «prohibición» de contratar (*ex art. 1459 CC*) es la nulidad o anulabilidad del contrato, lo que conduce a la restitución de las prestaciones (art. 1303 y ss.) sin plantearse siquiera la cuestión de la restitución de la ganancia⁷¹. Entre contratantes no sujetos entre sí a deberes de lealtad, la ganancia que obtiene uno por incumplir, aunque se trate de un incumplimiento doloso, no puede ser reclamada por el contratante «inocente»⁷²; en su caso, se plantea la cuestión –bien intere-

⁶⁹ PAZ-ARES, C., Comentario al artículo 1683 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, p. 1422.

⁷⁰ PAZ-ARES, C., Comentario..., cit., p. 1423.

⁷¹ Entre nosotros se ha estudiado con detenimiento el tipo de invalidez por transgresión de la prohibición de contratar impuesta al mandatario (art. 1459/2.º CC; véase, sobre todo, DÍEZ-PICAZO, L., «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», *ADC*, 1965, pp. 641 y ss.), pero el problema de las consecuencias jurídicas de la transgresión se ha reducido a si la respuesta es de anulabilidad o nulidad absoluta, y se está de acuerdo en que en ambos casos resultan aplicables los artículos 1303 y ss. CC, que se encargan de las obligaciones de restitución en sentido estricto, por lo que parece lógico que la posibilidad de restitución de la ganancia haya quedado en la sombra.

⁷² Con todo, la STS de 28 de octubre de 2015 (RJ 2015/4944) plantea un supuesto bien interesante: se trataba de un contrato de arrendamiento con prohibición de subarrendar en el que el arrendatario había violado la prohibición haciéndose pasar por propietario. El TS entiende que se produce un enriquecimiento injusto porque alguien ha adquirido una utilidad a la que no tenía derecho, y concede al propietario la acción de enriquecimiento para que obtenga la diferencia entre lo que él cobraba al arrendatario y lo que éste cobraba al subarrendatario haciéndose pasar por el propietario. Ha de contarse con que la renta del arrendatario se encontraba protegida por una norma protectora e imperativa, en tanto la del subarrendatario era la de mercado. Lo cierto es que no hay una verdadera «usurpación» de la facultad de subarrendar, puesto que ni uno ni otro la tenían después de haberse pactado dicha cláusula de prohibición en el contrato, sino una «violación» del pacto de no subarrendar. Una respuesta teórica para determinar el daño causado por el incumplimiento sería: ¿cuál hubiese sido la renta que hubiese tenido que pagar un arrendatario con facultad para subarrendar? (BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 146 a 148). García Rubio responde que un 20% más (sobre la renta pactada), pues este es el «el alcance en el que el artículo 32.2 LAU valora el precio de disfrute de la posibilidad de subarriendo total, que fue lo único que legítimamente usurpó y debería haber sido obligada a restituir» (GARCÍA RUBIO, M. P., «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en DEL OLMO, P. y BASOZABAL, X. (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 253 y 254; de la misma opinión, FARIÑA FARIÑA, R., «¿Las rentas cobradas por un subarriendo ilegal pueden calificarse como enriquecimiento sin causa restituible al arrendador principal», *RDC*, vol. 3, n.º 2, 2016, p. 227). Quizá pudo llegarse a esa misma solución pero a través del contrato: la cláusula de prohibición preten-

sante— de si convive con la pretensión indemnizatoria (por incumplimiento) una pretensión por enriquecimiento injustificado que alcance, no a la cosa que se debió entregar, sino a la acción para cobrar el precio al que se ha vendido. Es la cuestión sobre si el artículo 1186 CC reconoce una *condictio* por intromisión al acreedor de cosa determinada que no puede restituirse *in natura*, de manera que pueda exigir no solo el *commodum representationis* (valor del bien) sino también el *commodum ex negotiatione*, esto es, lo obtenido a cambio del bien (el precio, lo que interesará especialmente cuando supere aquel valor).

En uno de los escasos trabajos dedicados al asunto, Díez-Picazo entiende que «la cuestión central es así si existen términos que permitan compatibilizar las acciones indemnizatorias con las acciones de restitución del valor obtenido, que, en rigor, tienen que ser acciones de enriquecimiento»⁷³. Y a la pregunta concreta de si en los casos de incumplimiento contractual asiste al contratante inocente, junto a las pretensiones de cumplimiento, resolutoria e indemnizatoria, una *condictio* por intromisión para poder exigir lo obtenido por el incumplimiento (dando así al acreedor la posibilidad de optar entre el remedio indemnizatorio y el restitutorio), le parece que nuestro ordenamiento jurídico no avala una respuesta única. Si se trata, por ejemplo, de la obligación de restituir o entregar cosa cierta (como la del depositario, o la del heredero con obligación de entregar un legado específico), entiende que la respuesta es afirmativa, que al acreedor le asiste la *condictio* por intromisión respecto del precio obtenido (*ex art. 1778 CC*), pero que no podría afirmarse esto mismo con carácter general: habría que analizar en cada caso si se ha producido una intromisión en el goce, disfrute o disposición de un derecho con suficiente contenido monopolístico de atribución⁷⁴. El resultado, al menos para acreedores de cosa determinada (típicamente, el comprador de cosa específica), no se aleja mucho del propuesto por Dannemann.

En el contexto de la protección de bienes inmateriales (propiedad intelectual, patentes, marcas, modelos de utilidad, competencia desleal, etc.), el Derecho español cuenta con preceptos que al regular la pretensión indemnizatoria de daños permiten al deman-

día evitar que el arrendatario pudiera aprovecharse de su posición y protegía al propietario atribuyéndole el posible lucro ilícito.

⁷³ Díez-Picazo, L., *Commodum...*, cit., pp. 1601 y ss., p. 1608.

⁷⁴ Díez-Picazo, L., *Commodum...*, cit., p. 1616. El autor dialoga con las ideas propuestas por Pantaleón (a favor de la restitución del *commodum ex negotiatione* en «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC*, 1991, pp. 1019 y ss., pp. 1022 y 1023; y «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719 y ss., pp. 1736 y 1737) y Basozabal (*Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 141 y ss.).

dante solicitar (como peculiar «medida» del daño) la ganancia obtenida por el demandado (art. 140 LPI, 61 LP, 43 LM, 18 LCD, etcétera)⁷⁵. Cuestión inseparable de ésta es si el supuesto de uso ilegítimo de esos derechos se encuentra protegido mediante la *condictio* por intromisión. Los supuestos típicos (patentes, marcas, propiedad intelectual, posiciones competenciales protegidas, modelos de utilidad, y también los derechos de imagen e intimidad) no plantean dudas en sentido afirmativo aunque, dado el caso, los tribunales aplicarán los preceptos mencionados y, por tanto, concederán la acción indemnizatoria (excepto en el caso del art. 18 LCD, que distingue correctamente ambas acciones⁷⁶); la cuestión es si, por ejemplo, los secretos industriales no patentados o los diseños comerciales deberían recibir un tratamiento similar. En la *condictio* por intromisión de corte alemán las cosas ocurren de una manera distinta a como lo hacen en el contexto de un «wrong» anti-enriquecimiento anglosajón; la *condictio* no se pregunta si la norma de cuidado violada perseguía como fin de protección el de evitar un enriquecimiento, o si la conducta era especialmente reprochable, sino si el derecho usurpado atribuye a su titular en exclusiva los provechos que se obtienen de aquél y, desde esta perspectiva, se aproxima a la orientación de Jackman sobre la dimensión institucional de los derechos reales y algunas posiciones fiduciarias o contractuales. El «wrong» se sirve de la restitución como de una posible respuesta propia de la acción de indemnización; la *condictio* persigue la reintegración (restitución del valor correspondiente a la facultad o derecho usurpados) de los derechos con un contenido de atribución de carácter monopolístico.

En el modelo del *common law* los supuestos de intromisión se tratan como supuestos de *restitution for wrongs* y puede decirse que no han terminado de independizarse del Derecho de Daños. Son «ilí-

⁷⁵ BASOZABAL, X., «Daños a la propiedad intelectual e industrial», en *Prácticum de Daños*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2015, pp. 697 y ss. VENDRELL, C., «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *Anuario de Derecho Civil*, 2012-III, pp. 1107 y ss., especialmente sobre el contenido de atribución de los derechos, pp. 1129 y ss.

⁷⁶ En la STS de 29 de diciembre de 2006 (RJ 2007/1714), en la que la empresa de autobuses demandada había estado realizando operaciones de recogida y descarga de pasajeros con violación de la concesión otorgada a la demandante, puede leerse sobre la correcta interpretación y aplicación del artículo 18 LCD que «siendo, pues, el enriquecimiento injusto y la indemnización de daños y perjuicios conceptos diversos, que pueden concurrir, la pretensión de enriquecimiento se dirige a reintegrar al titular el provecho económico obtenido indebidamente por el autor de los actos de competencia desleal, pues la LCD ha recogido una *condictio* por intromisión. La reparación del daño, en que se comprende el lucro cesante, trata de reponer el menoscabo sufrido, mientras que la pretensión de enriquecimiento intenta transferir al actor la ganancia conseguida por el competidor desleal, esto es, todo el valor obtenido como consecuencia de los actos de competencia desleal, aun cuando hay que evitar, en efecto, la duplicidad indemnizatoria».

bitos típicos» en los que una de las posibles respuestas es la restitución de lo obtenido mediante el *tort*. Es significativo que más adelante sea el propio Birks quien proponga que los enriquecimientos obtenidos por «ilícito» sean estudiados como «ilícitos», esto es, dentro del Derecho de Daños; lo que ocurre es que cuando la acción de enriquecimiento injusto se enfrenta a los supuestos de intromisión, fuera ya del Derecho de Daños, no hay una idea clara (al menos, expresa) sobre cuál es la función o funciones que debería desempeñar esa acción en la protección de los derechos, sobre cuáles son los derechos que deberían recibir esa protección, y sobre cuáles son las herramientas técnicas para facilitar soluciones de «reequilibrio patrimonial» adecuadas a la protección de los derechos usurpados⁷⁷.

Para terminar con el Derecho español relacionado con la absorción de la ganancia ilícita, quedaría mencionar que ésta aparece como parámetro a tener en cuenta para medir el daño en el contexto de las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen, reguladas por el artículo 9.3 de la LO 1/82, de protección de los mencionados derechos⁷⁸.

4.5 CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LA «GANANCIA REMOTA» Y EL «PRIMER SUBROGADO»

Para finalizar con los enriquecimientos obtenidos mediante ilícito, se trata ahora de considerar que, así como el Derecho de Daños ha desarrollado ciertos criterios para evitar la indemnización de los llamados «daños remotos», la restitución por comisión de ilícitos carece de reglas análogas para evitar la que podría denominarse «ganancia remota»⁷⁹. Los problemas de «ganancia remota» son típicos de la restitución de enriquecimientos obtenidos por el demandado mediante «ilícito», pues en los supuestos de enriquecimiento facilitado por el demandante éste solicita la restitución de lo que previamente ha salido de su patrimonio o ha debido producirse en él.

⁷⁷ Consciente de esta debilidad del Derecho inglés, Krebs opina que si éste evolucionara hacia un modelo «sine causa» tendría que interesarse por el contenido de atribución de los derechos usurpados, como hace el Derecho alemán («The Fallacy of «Restitution for Wrongs»», en BURROWS, A. y Lord Rodger of Earlsferry A. (eds.), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter BIRKS*, Oxford University Press, 2006, pp. 398 y 399.

⁷⁸ En su excelente estudio, Vendrell concluye que «[l]as ganancias obtenidas por el intromisor no quedan comprendidas en el alcance de la *condictio* por intromisión –ni en el ámbito de los derechos de la personalidad, ni en general–; ni ello, tampoco cuando el intromisor ha actuado de mala fe. La restitución o absorción de las ganancias obtenidas por el infractor –salvo cuando constituyen un daño concreto resarcible por medio de la acción indemnizatoria por el lucro cesante– obedece a una finalidad preventivo-punitiva, de la que la acción de enriquecimiento injustificado debe quedar completamente ajena» (*La acción...*, cit., p. 1232).

⁷⁹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 346 y ss.

Si tomo 100 € de mi empresa, los invierto en bolsa y obtengo 10.000, y luego sigo jugando y lo pierdo todo, ¿podría mi empresa reclamarme 10.000? La acción de enriquecimiento injusto (como alternativa a la acción indemnizatoria por el ilícito cometido) solo alcanzará los 100 € (en su caso, con el interés devengado desde su uso ilícito, como en nuestro art. 1682. II CC⁸⁰); si se quieren los 10.000 € habrá que ponerlos en relación con el «ilícito». La acción de enriquecimiento injusto restringe su alcance a la medida del «enriquecimiento facilitado», y de este modo se elude la cuestión sobre la restitución de la ganancia. Por el contrario, cuando el demandante accione por el «ilícito» no encontrará un límite similar. La pregunta es si el «ilícito» da derecho a la víctima para obtener la ganancia obtenida por el *wrongdoer*. Si no parece razonable otorgar los 10.000 € a la empresa –que nada ha hecho para merecerlas–, sería bueno contar con alguna regla que evite la restitución de la «ganancia remota» pero, ¿hay una regla así en Derecho inglés?⁸¹

Para entender la respuesta que da Birks a esta cuestión conviene considerar el asunto desde la perspectiva del «primer subrogado», esto es, de lo que obtiene el *accipiens* a cambio de lo inicialmente recibido. Se puede apreciar mejor mediante un ejemplo: si yo uso tu coche sin tu permiso durante un mes para mis asuntos, lo que obtengo a tu costa es, en principio, el valor de uso del coche; tú deberías poder exigirme ese valor: una renta razonable (teniendo en cuenta el tipo de vehículo, estado del mismo, etc.), digamos 250 € al mes. Sin embargo, al mes siguiente consigo alquilar tu coche a Pepe a un precio especialmente ventajoso: 400 €. Los 400 son un enriquecimiento obtenido por negociación y constituyen el «primer subrogado». No parece razonable dudar de que podrías pedir el valor de mercado del uso del coche, los 250; pero ¿sería posible obtener el primer subrogado? Birks se muestra partidario de permitir que el demandante obtenga el primer subrogado (400) de lo obtenido a costa del demandante (250). Por el contrario –continúa el autor–, los segundos o terceros subrogados (lo que yo obtenga, por ejemplo, invirtiendo en Bolsa esos 400 €) deberían considerarse demasiado remotos y, por lo tanto, desecharse la posibilidad de obtenerlos⁸². Esta es la respuesta que propone Birks a la cuestión sobre la posible existencia de una regla que evite la restitución de «ganancias remotas»: la pretensión de enriquecimiento injustifica-

⁸⁰ Artículo 1682 CC: (I) El socio que se ha obligado a aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar además los daños que hubiese causado. (II) Lo mismo tiene lugar respecto a las sumas que hubiese tomado de la caja social, principiando a contarse los intereses desde el día en que las tomó para su beneficio particular.

⁸¹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 352.

⁸² BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 353.

do por «ilícito» debería extenderse –como regla– hasta el primer subrogado, pero no más allá⁸³.

En la reflexión sobre la oportunidad de restituir la ganancia se echa de menos alguna referencia a las cuestiones de justicia conmutativa que conviene ponderar, pues si resulta más o menos claro el motivo que lleva a desear la medida (profilaxis preventiva), no se aclara el título por el que la ganancia debería terminar en manos del titular del derecho usurpado, y no se distingue la medida de «reintegración» del derecho (lo que atribuye a su titular) de la «absorción» de la ganancia (que puede haber o no, y que cuando supera la medida de reintegración adquiere una dimensión punitiva). En el fondo se trata de aceptar que restituir una ganancia que supere el valor de uso del bien usurpado y restituido (el valor de reintegración) es una medida punitiva; de plantear y decidir si ésta debería estar presente en el proceso civil, que carece de las garantías y medidas comisorias propias del proceso penal y que lleva a que el demandante se enriquezca con la pena impuesta al demandado (pena que sería asegurable, transmisible *mortis causa* y no graduable en función del reproche que merezca la conducta enjuiciada); y de cuestionar que sea el juez el que valore en cada caso la función que conviene perseguir, o aún más, que lo sea el demandante, como ocurre entre nosotros en los artículos de protección de propiedades inmateriales antes mencionados⁸⁴. Así, hay al menos tres cuestiones importantes que apenas quedan incoadas: ¿cuáles son los derechos protegidos? ¿con qué alcance se encuentran protegidos (cuál es su contenido de atribución)? y ¿en qué casos y conforme a qué criterios se debe buscar la función de mero reequilibrio patrimonial o la finalidad preventivo punitiva (si ésta se acepta)?

Es cierto que Birks se plantea la restitución de la ganancia en el contexto de ciertos «ilícitos» dolosos o anti-enriquecimiento (aunque también lo haga en términos de conveniencia político-jurídica), por lo que podría decirse que él mismo no es ajeno a esa preocupación. Lo razonable de su propuesta reside en que se trata de supuestos «típicos» en los que se genera un derecho del demandan-

⁸³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 354. Por su parte, en el Derecho estadounidense se distingue según el demandado sea «*consciously tortious*» o no sea más culpable que el demandante; el primero queda obligado a restituir todo el beneficio obtenido (ilícitamente) a costa de la propiedad ajena, el segundo no. En el caso de una cueva explotada con fines turísticos que recorría parte de la finca colindante, el demandado pretendía pagar únicamente la renta por el espacio ocupado, esto es, el enriquecimiento que hubiera obtenido el titular de éste por ceder su uso, pero el Tribunal dijo que, como sujeto responsable de un *tort de trespass*, debía pagar un tercio de la ganancia, esto es, del primer subrogado. Parece que para defenderlo se apoyó en la mala fe del demandado pero, ¿y si hubiera sido de buena fe?

⁸⁴ BASOZABAL, X., «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *ADC*, 1997, pp. 1280 y ss.

te a obtener la ganancia del demandado por «dolo», «deslealtad», «difamación» u otros motivos que se consideren adecuados. Ciertamente, no se plantea como una medida general, pero se dejan sin respuesta satisfactoria los problemas de fondo: ¿Cuál es el título por el que el demandante merece recibir la ganancia? ¿Cuánto dolo –esto es, cuánto reproche– es necesario para activar la medida? Burrows plantea el conflicto en su justa crudeza: quien obtiene una ganancia cometiendo un ilícito no debería quedarse con ella; pero tampoco el que sufre el ilícito debería resultar enriquecido a costa de aquél. La solución técnicamente correcta pasa por que el Estado decomise la ganancia, pero esto no resulta posible en el juicio privado. Ante tal dilema su opinión es clara: enriquecer al demandante es siempre un mal menor respecto de dejar al demandado con la ganancia ilícita; y los principales fundamentos para apoyar la solución serían tanto la necesidad de protección de los derechos reales como la necesidad de disuadir de comportamientos torticeros⁸⁵. También G. Virgo se apoya en estos dos fundamentos para justificar que se retire la ganancia al intromisor; concretamente, le parece que se debería disuadir de los siguientes comportamientos: la violación de deberes propios de la relación fiduciaria, la conducta inmoral, ilegal o torticera, y las situaciones en las que el remedio indemnizatorio resulta ineficaz⁸⁶.

En su libro *Gain-Based Damages*, Edelman hace hincapié en que la restitución por «ilícito» se sirve de dos remedios o dos medidas de restitución que deberían distinguirse con mayor nitidez. La primera es la restitución del valor transmitido indebidamente desde el demandante hasta el demandado, que denomina «daño de restitución» (*restitutionary damages*) y se materializa en la «licencia razonable» como medida del daño. La segunda es la absorción de la ganancia obtenida por el demandado mediante la comisión de un «ilícito» contra el demandante, que él denomina «daño de absorción» (*disgorgement damages*) y se concreta en una rendición de cuentas que hace posible determinar la ganancia neta; se trata de una medida preventiva (todo o nada) que no permite distinguir en función del grado de reproche que merezca la conducta o del grado de competencia con que se obtenga la ganancia. La primera es una medida de justicia conmutativa, análoga al remedio facilitado por la acción de enriquecimiento injusto, que debería concederse siempre que se cometa un «ilícito» con el que alguien se apropia indebidamente de un bien ajeno. La segunda persigue disuadir de ciertos comportamientos cuando los «daños de restitución» no son ade-

⁸⁵ BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 662.

⁸⁶ VIRGO, G., *The Principles...*, cit., pp. 431 y 432.

cuados para hacerlo, lo que parece ocurrir en dos casos: cuando el «ilícito» es cometido dolosamente para conseguir una ganancia que excede del daño de restitución, y cuando se incumple una obligación fiduciaria⁸⁷.

Aunque reconoce lo valioso de la aportación, Burrows pone de relieve, por una parte, que la claridad con que Edelman separa uno y otro daño no se corresponde con el quehacer jurisprudencial, que no funciona con un esquema «todo o nada», sino que concede más o menos ganancia en función de ciertos factores, como el trabajo y la competencia del intromisor para obtenerla o el grado de reproche de quien cometió el «ilícito»; por otra parte, le parece que tampoco explica que en la protección de bienes inmateriales la restitución de la ganancia sea de hecho una medida no reservada exclusivamente a los supuestos de dolo o incumplimiento de relación fiduciaria⁸⁸.

5. EL ALCANCE DE LA RESTITUCIÓN

En el *common law* la pretensión de enriquecimiento injusto se dirige, en la primera medida, a recuperar el valor pecuniario del enriquecimiento obtenido (mediante el concepto de «devaluación subjetiva» se atiende la eventual necesidad de medir ese valor en términos subjetivos), y en la segunda, a recuperar el enriquecimiento sobreviviente o restante, entendiéndose por tal no solo «lo que quede de lo recibido», sino también «lo obtenido a cambio de lo inicialmente recibido». No se plantea especial dificultad cuando el demandado conserva lo recibido, lo ha destruido o consumido; el asunto se complica cuando se ha transformado, una o varias veces: se recibe un dinero con el que se compran unas acciones y con el valor de éstas se adquiere un coche. La tarea de identificar el enriquecimiento sobreviviente se conoce como «tracing»⁸⁹.

⁸⁷ EDELMAN, J., *Gain-Based...*, cit., pp. 65 y ss.

⁸⁸ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 633 a 635.

⁸⁹ El «tracing» no es una operación sobre la posibilidad física de seguir la pista a ciertos bienes en sus subrogados, sino que consiste en una serie de reglas artificiales. Las reglas de «tracing» determinan cuándo un bien es total o parcialmente el sustituto de otro, de manera que pueda ser o no perseguido como éste, pero por sí mismas no confieren derechos. Las demandas para obtener la segunda medida no son muy comunes; además, las reglas de «tracing» son distintas según demandemos en «common law» o en «equity», que es un foro más flexible para aceptar que un enriquecimiento pueda sobrevivir en sus subrogados. Es clave distinguir según el enriquecimiento se haya mezclado o no en el patrimonio del demandado; para el *common law*, el dinero que se mezcla en el patrimonio del *accipiens* no es ya perseguible en sus subrogados (salvo que el propio receptor haya cometido una acción reprochable), por lo que normalmente la segunda medida se invoca acudiendo a reglas de equidad.

El «tracing» no debe confundirse con la cuestión sobre la naturaleza de la pretensión del demandante, aunque ambos asuntos se encuentren relacionados. El atractivo de acudir a la segunda medida suele estar no tanto en el alcance de la acción, como en su naturaleza, que puede ser obligacional o real. Durante tiempo se relacionó la reipersecutoriedad de los subrogados con una pretensión de carácter real y, por tanto, preferente en el concurso del *accipiens* frente a los acreedores ordinarios (condición que se pierde si se acude a la primera medida de la pretensión restitutoria y, por tanto, a una acción personal).

Burrows relata que hay dos explicaciones principales para justificar cuándo y por qué se conceden acciones reales para obtener la segunda medida, aunque reconoce que ambas llegan a conclusiones similares y compatibles tanto con el Derecho concursal como con la jurisprudencia. Para Birks⁹⁰ y Chambers⁹¹ –defensores de la primera explicación–, hay que preguntarse si el demandado ha llegado a tener en algún momento la propiedad exclusiva (*unrestricted beneficial ownership*) del enriquecimiento; si fuera así, no habría pretensión real para el demandante. Desde esta perspectiva, un «factor injusto» como «failure of consideration», que acontece por un evento sobrevenido, solo provocará un derecho personal a la restitución; por el contrario, otros «factores injustos» como «error», «ignorancia», «violencia» o «influencia indebida» pueden y suelen causar respuestas reales porque su «injusticia» es inicial y el demandante no ha llegado a perder la relación «propietaria/real» con lo que entregó. Según la segunda explicación, las acciones reales deberían reconocerse allí donde exista una analogía entre la posición del demandante por enriquecimiento injusto y la de un acreedor con una garantía que dé prioridad en el concurso, lo que dependerá de que el demandante haya asumido o no el riesgo de insolvencia del demandado⁹².

⁹⁰ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 376, 394 y ss. y 401. Si el demandante demuestra que no transmitió la propiedad de la cosa entregada (ni en derecho ni en equidad) hasta que la cosa perdió su identidad por mezcla, sucesiva transmisión, sustitución, etc., o que transmitió un título en el contexto de una relación de confianza asimilable al *trust*, tendrá una acción real sobre el enriquecimiento sobreviviente o restante. Con otras palabras, el demandante que demuestre suficiente «base propietaria», esto es, que retuvo u obtuvo la propiedad del enriquecimiento y que no la perdió sino por los hechos, valorativamente neutros, de mezcla o sustitución en el patrimonio del demandado, podrá ejercitar un derecho *in rem*.

⁹¹ CHAMBERS, R., «Resulting Trusts», en BURROWS, A. y LORD RODGER OF EARLSFERRY, A. (eds.), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter BIRKS*, Oxford University Press, 2006, pp. 261 a 263.

⁹² BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 174 y ss. El caso más claro de analogía con un acreedor sin garantía sería el del contratante ordinario en casos de incumplimiento, que carece de un derecho real para la restitución de lo que entregó por «failure of consideration» (p. 177). Sobre las críticas de Lord Millet, Virgo y Calnan al reconocimiento de acciones reales, véanse las pp. 182 y ss.

Cuando el demandante carezca de «base propietaria» suficiente sobre el enriquecimiento sobreviviente, tendrá un derecho *in personam* sobre la medida del enriquecimiento que reste o sobreviva y carecerá de prioridad frente a los acreedores ordinarios en el concurso del demandado; le puede interesar, por ejemplo, para eludir las excepciones que podrían oponerse a la primera medida. Ahora bien, si el demandado invirtió lo recibido y ha incrementado su valor, ¿sirve la segunda medida para pedir ese mayor valor en que se ha transformado el enriquecimiento inicialmente recibido? Hay una cuestión difícil en todos los casos en los que el enriquecimiento «sobreviviente» es superior al enriquecimiento inicialmente recibido (la segunda medida es superior a la primera): si el demandado recibió indebidamente un dinero, lo invirtió y consiguió 10 veces más, no hay un derecho real sobre esa ganancia, pero si se reconoce una acción personal sobre el enriquecimiento que sobrevive (segunda medida), ¿por qué no concederla también sobre aquello en que éste se ha convertido?⁹³.

Ayuda a entender que haya dos diferentes medidas el que cada una se pretenda mediante una acción de naturaleza distinta. Pero esto no explica por qué la acción personal para obtener la segunda medida podría convertirse en el modo de solicitar un subrogado que supera la medida del enriquecimiento inicialmente facilitado u obtenido. Tampoco resulta evidente que la pretensión de restitución deba extenderse habitualmente hasta el primer subrogado, más allá del valor del objeto entregado u obtenido. Una vez más, se echa en falta una reflexión sobre *por qué el subrogado forma parte del contenido de atribución del derecho del demandante*: si no se trata de indemnización ni de reintegración, debería aceptarse que es una medida punitiva, pero precisamente por ello parece razonable que no forme parte de una acción que no está preparada para ser un buen instrumento punitivo.

6. EXCEPCIONES (*DEFENCES*)

La última pregunta del esquema de la acción de enriquecimiento injusto gira en torno a las defensas o excepciones que puede oponer el demandado. La síntesis de Birks sería que el demandado debe poder oponer: que se ha quedado sin el enriquecimiento que ahora se le pide que restituya (a y b); que el demandante no puede o no está dispuesto a entregar lo que recibió a cambio de lo que

⁹³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 401.

ahora exige (c); que el demandante incurrió en causa torpe (d); que el demandado está protegido por ser menor o incapaz (e); o que el demandado enajenó lo recibido a un tercero de buena fe (f). Desde una primera aproximación se observa que las circunstancias alegables como defensas no se encuentran en un mismo plano, ni son apreciables en todos los supuestos de enriquecimiento injusto —algunas solo se entienden en el contexto de un contrato que se liquida, otras desde la perspectiva unilateral de los pagos, anticipos, etc.—, ni protegen del mismo modo o medida: si las primeras defensas (a y b) consiguen que se restituya el enriquecimiento que sobrevive en el momento en que se ha de restituir, la segunda (c) evita la restitución hasta que el demandante esté dispuesto a corresponder en reciprocidad, la tercera (d) excluye la restitución, el menor y el incapaz restituyen en la medida de su provecho subjetivo (e) y, finalmente, el adquirente de buena fe plantea un problema distinto, el de dar al demandante la posibilidad de acudir contra el enriquecido mediato o remoto (f).

(a) *Estoppel*

El demandado debe poder alegar el error o falsa representación consistente en haber creído recibir un enriquecimiento al que tenía derecho y del que podía disponer, al menos cuando haya llegado razonablemente a esa creencia errónea (bien por la transmisión en sí misma considerada, bien por las circunstancias en que ésta se haya producido) y haya realizado alguna operación económica que le perjudica (lo ha regalado, ha regalado otra cosa por haberlo recibido, ha realizado un gasto que no hubiera hecho sin la recepción de ese enriquecimiento, etc.)⁹⁴.

⁹⁴ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 402 y ss. El punto de partida es que no parece razonable «hacerse ilusiones» sobre un enriquecimiento que uno no tiene por qué recibir, pues cada uno debería saber a qué tiene derecho. Sin embargo, la valoración es distinta cuando entre las partes existe una situación de desigualdad que hace que una confíe razonablemente en lo entregado por la otra: por ejemplo, si es el empleador/pagador el que tiene toda la información y la experiencia sobre lo que debe cobrar el empleado/receptor, parece razonable que éste haya desarrollado un hábito de confianza que le lleve a no cuestionar lo que recibe de aquél (piénsese en relaciones laborales, de asesoramiento financiero...). El demandado podrá probar que, por haber creído que el ingreso le pertenecía, tomó alguna decisión económica que le perjudica: gastó más de lo que hubiese gastado si no hubiese contado con ese ingreso «extra»; lo que no podrá alegar es haber realizado un gasto que hubiese tenido que hacer en todo caso. BURROWS añade (*The Law...*, cit., 3.^a ed., pp. 550 y 551) que el reconocimiento de la excepción de «cambio de posición» ha hecho que la importancia de la de «estoppel» haya disminuido significativamente; pero que hay motivos para seguir mencionándola, bien por su tradición dentro del «case law», bien porque se ha configurado como una excepción «todo o nada» frente a lo que ocurre con «cambio de posición», que es una excepción *pro tanto*. Aclara también que en la práctica es una excepción que se invoca exclusivamente en los pagos por error.

(b) Cambio de posición

Es una defensa similar al *estoppel* en la que no es necesario justificar una razonable falsa representación; basta con que el demandado demuestre que actuó en su propio perjuicio por haber confiado de buena fe en que podía disponer de lo recibido (por ejemplo, gastó más de lo que hubiera gastado). Es suficiente con que se aprecie buena fe subjetiva en el momento en que disminuye o se extingue el enriquecimiento⁹⁵. Birks vaticina que la excepción de «cambio de posición» irá a más, y en este como en otros puntos su opinión se ha demostrado clarividente.

(c) Restitución recíproca imposible

El demandado puede defenderse alegando que el demandante no puede restituir lo que recibió a cambio de lo que reclama. En el fondo se trata de evitar el enriquecimiento del demandante dando al demandado la posibilidad de oponer en compensación lo que él entregó⁹⁶. Hay que tener en cuenta que la excepción no prosperaría nunca si la restitución *in natura* imposible pudiera sustituirse por la restitución de su valor pecuniario⁹⁷. Por este motivo, si se admite la posibilidad de valorar en dinero la prestación recíproca y restituir en dinero lo que no pueda ser devuelto en especie, la defensa pierde prácticamente todo su interés⁹⁸.

⁹⁵ BURROWS explica (*The Law...*, cit., 3.ª ed., p. 525) que en *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd.* la Corte Suprema estableció que un cambio de posición realizado de buena fe debía constituir por sí mismo una defensa; Lord Goff dijo que la defensa debería estar a disposición de aquel cuya posición (patrimonial) haya cambiado de tal manera que sería de todo punto injusto hacerle restituir por completo lo inicialmente recibido. Birks (*An Introduction...*, cit., pp. 410 y ss.; 412 y 413) relaciona esta defensa con la lógica de la devaluación subjetiva: si tú mejoras mi coche por error y lo preparas para carreras, parece razonable que yo no tenga que pagarte por ello (salvo que tenga la intención de participar en carreras), aunque el coche valga más. Ahora bien, si yo te pido que mejores mi coche por haber recibido un dinero con el que no contaba, y ahora me lo exigen alegando que me lo entregaron por error, si se trata de un gasto que no me hubiese permitido de no haber recibido ese dinero extra, ¿por qué no darle el mismo tratamiento que al supuesto anterior? El primero es un caso de enriquecimiento impuesto consistente en una mejora de lujo o recreo en el que no se reconoce derecho a compensación (arts. 361 y 454 CC). En el segundo caso también hay un enriquecimiento impuesto pero, por tratarse de dinero, el *accipiens* no puede alegar que no se ha enriquecido; lo que se le permite alegar es que, por confiar en que lo recibido le pertenecía, ha tomado una decisión económica que le perjudica: ha hecho un gasto que no hubiera realizado de no haberlo recibido. Se le protege para que restituya en la medida de su enriquecimiento subjetivo: esa es la *ratio* de los artículos 1897 y 1899 CC.

⁹⁶ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., pp. 569 a 571.

⁹⁷ Con una norma como el artículo 1307 del Código Civil español la defensa carecería de sentido, lo que no hace sino despertar el interés por la justificación del artículo 1295. I CC, en sede de rescisión por lesión, que impide la invocación de la restitución de lo entregado cuando no se estuviere dispuesto o en condiciones de restituir a su vez lo que se recibió.

⁹⁸ Además, tampoco podría invocarse: a) cuando lo recibido por el demandado no proviene del demandante, o cuando sí proviene del demandante pero sin relación de reci-

(d) **Ilicitud**

La posibilidad de oponer al demandante que su pretensión de restitución se apoya en una causa torpe es bien conocida en todos los modelos del Derecho de Enriquecimiento injusto; el Código Civil español lo sitúa en la restitución de lo entregado en virtud de contrato con causa torpe (arts. 1305 y 1306 CC), cuya problemática específica plantea no pocos problemas, según la ilicitud sea de uno o ambos contratantes⁹⁹; otros códigos civiles –como el argentino o el italiano de 1942– lo tratan en sede de cobro de lo indebido.

(e) **Incapacidad**

Cuando el menor o incapaz demandado retenga aún una parte del enriquecimiento recibido, no hay argumentos de peso para impedir que lo restituya, aunque se le permita que alegue la defensa de «cambio de posición» para no restituir la primera medida (el enriquecimiento recibido) sino la segunda (enriquecimiento sobreviviente)¹⁰⁰.

(f) **Adquisición por tercero de buena fe**

No se trata aquí del tercero que colabora con un contratante para que éste incumpla en una relación contractual que le liga con otro (supuesto de intromisión en contrato ajeno al que ya hemos hecho referencia), sino de quien adquiere el enriquecimiento (a título oneroso o gratuito, de buena o mala fe) del *accipiens*, el pri-

procidad con aquello que recibió el demandado y se pide ahora que restituya; b) cuando el demandante no recibió ningún beneficio a cambio del enriquecimiento cuya restitución se solicita ahora; c) o cuando el demandante puede y está en disposición de restituir a su vez.

⁹⁹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 424 y ss. Si te presto un coche para que robes o secuestres y no me lo devuelves –hayas cumplido o no con el encargo–, a mi pretensión de restitución podrás oponer la excepción de «causa torpe». La medida más apropiada sería el comiso del coche –ni para uno ni para otro–, pero en ausencia de esa posibilidad al juez le quedan pocas opciones para evitar el enriquecimiento del demandado, cuando el demandante haya participado de la torpeza, como ocurre en el caso propuesto. Algo similar podría decirse del advenedizo que soborna a unos funcionarios para conseguir un título nobiliario: carece de derecho de restitución si aquellos no lo consiguen o ni siquiera lo intentan.

¹⁰⁰ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 432 y 433. En principio, una acción personal para recuperar la segunda medida debería tener siempre éxito. Sin embargo, cuando la acción personal persigue la primera medida (valor recibido) hay que distinguir entre enriquecimientos en especie y en dinero. Respecto de los primeros, el menor o incapaz solo debe restituir los «necesarios» o incontrovertidos (los gastos que hubiese tenido que hacer de todos modos), pues no podrá alegar que no le han enriquecido; si no lo son, será difícil que prospere la pretensión por la primera medida, aunque sí prosperaría por la segunda (valor sobreviviente). Los beneficios en dinero pueden reclamarse siempre por la segunda medida. No se puede exigir el cumplimiento (del contrato), pero sí la restitución del enriquecimiento obtenido según la segunda medida.

mer enriquecido o enriquecido inmediato. El *solvens* puede pretender perseguir el enriquecimiento demandando al tercer adquirente por la primera medida con una acción personal, o por la segunda con una acción personal o real. Por su parte, el tercero puede defenderse alegando su adquisición de buena fe. Cuando el adquirente es a título gratuito (un donatario) no podrá invocar la defensa pues, *ex hypothesi*, no ha dado nada a cambio; con todo, solo si es un *accipiens* de mala fe resultará deudor por la primera medida. Algunos ejemplos ayudan a profundizar en los conflictos típicos que pueden plantearse:

Si mi banco me ingresa por error 10.000 € y yo celebro mi buena suerte (quizá con cierta ligereza) regalándote mi coche viejo, puede decirse que te beneficias indirectamente del banco, pero no incurres frente a él en responsabilidad, ni tienes que restituir el coche. El banco tendrá una acción contra mí, y yo, que todavía no me he comprado un coche nuevo, tendré que devolverle los 10.000 € que aún conservo; la cuestión es si podré alegar que me he desprendido de buena fe de mi coche viejo sin recibir nada a cambio, pensando que lo recibido me pertenecía (cambio de posición)¹⁰¹.

Entre nosotros, el artículo 1897 CC suele interpretarse en clave de que el *accipiens* de buena fe debe restituir en la medida subjetiva de su enriquecimiento (con excepción de los frutos, que puede retener en todo caso según la doctrina mayoritaria), de modo que podrá alegar que lo obtenido no ha llegado a enriquecerle de forma efectiva (bien porque no ha ahorrado gastos, bien por concurrencia del supuesto de hecho del art. 1899 CC); parece que el supuesto del *accipiens* que retiene lo recibido pero, influido por ello, se deshace gratuitamente de otra cosa y se ve forzado a adquirir otra que la sustituya podría encajar aquí. En cuanto a la enajenación de la cosa por parte del *accipiens* de buena fe, el precepto se limita a decir que «si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo». La posición del enriquecido remoto (el que recibe del *accipiens*) dependerá de las reglas generales sobre protección de la apariencia jurídica. En todo caso, existe acuerdo en que si adquirió a título gratuito no obtendrá protección frente al *solvens*: el adquirente a título gratuito no debe estar más protegido que lo que estaba su transmitente –el *accipiens*– y, por tanto, deberá restituir al *solvens*¹⁰².

¹⁰¹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 439.

¹⁰² BASOZABAL, X., Comentario al artículo 1897 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil* (dir. por Domínguez Luelmo A.), Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 2043: «el *accipiens* de buena fe podrá alegar que lo obtenido no ha llegado a enriquecerlo de forma efectiva (bien porque el enriquecimiento ha desaparecido sin subrogado alguno, bien por-

Concluyendo el apartado de «defensas», conviene destacar que, aunque se presentan todas con el mismo grado de generalidad, en realidad cada una tiene su propio ámbito de aplicación y alcance. «Estoppel» y «cambio de posición» son defensas que se entienden en el contexto de los pagos indebidos¹⁰³, esto es, desde la perspectiva unilateral de los enriquecimientos pecuniarios e impuestos; que sean impuestos justifica la protección del *accipiens* y que sean pecuniarios dificulta que éste pueda alegar que no se ha enriquecido. Por el contrario, «restitución recíproca imposible», «ilicitud» o «incapacidad» solo se entienden en un contexto contractual. La última defensa plantea un problema de tres sujetos y complementa las dos primeras para el caso de que el *accipiens* haya enajenado lo que recibió, generando así la cuestión de si el *solvens* podrá dirigirse contra el tercero. Este es el motivo de que entre las defensas encontremos asuntos que el Derecho español tiene resueltos, en parte, en el derecho contractual, en parte, en la regulación de la *condictio indebiti*, etc. El propio Birks es consciente de la presentación algo «desordenada» de las defensas, presentación que mejoraría si se agruparan las que persiguen una finalidad común y se relacionara cada una con el supuesto de hecho en el que tiene encaje lógico y funcional.

7. PRIMERA VALORACIÓN

Cuando Andrew Burrows publica la primera edición de su manual (*The Law of Restitution*, 1993) solo había otros dos textos de Derecho inglés en la materia: los ya conocidos de Goff & Jones y Birks. Aproximadamente 20 años más tarde (la segunda edición del manual es de 2002), el panorama había cambiado notablemente: se habían sumado tres manuales más (Tettenborn, Virgo y McMeel), surgían las primeras obras de referencia en Australia y Nueva Zelanda, proliferaban las obras de carácter más práctico, los artículos y ensayos especializados, Francis Rose había creado la *Restitution Law Review* en 1993 y, en general, se apreciaba un interés creciente por el Derecho comparado en la materia, especial-

que el *accipiens* no ha ahorrado gastos, bien por concurrencia del supuesto del artículo 1899 CC). (...) En cuanto a la enajenación de la cosa recibida por el *accipiens* de buena fe, (...) existe acuerdo en que el tercer adquirente a título gratuito no se encuentra protegido frente al *solvens*».

¹⁰³ Dagan no encuentra lógico que todas las defensas se traten juntas, pues algunas no se entienden sino en el contexto de un «unjust factor» concreto; en su opinión, «cambio de posición» solo se entiende en el contexto de los «errores» (*The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge University Press, 2004, pp. 32 y 33).

mente por el ordenamiento jurídico alemán¹⁰⁴. Los 90 fueron años de especial relevancia para el Derecho de Restituciones inglés. Por una parte, *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd.* (1991) vino a dar carta de naturaleza al *Law of Restitution* como sector autónomo dentro del Derecho privado; por otra, se sucedieron algunas resoluciones de la Corte Suprema en las que se quisieron ver indicios de que el Derecho de Restituciones inglés estaba modificando su modelo de «factores injustos» hacia un modelo más cercano al del *civil law* con su «ausencia de base».

Krebs relata en una significativa monografía de 2001 (*Restitution at the crossroads: a comparative study*) que las sentencias *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* (1994) y *Kleinwort Benson v Loncoln City Council* (1999), ambas sobre contratos de swap (sobre tipos de interés) concertados por entidades locales que se consideraron nulos, parecían haber dado un vuelco en la manera de valorar la injusticia del enriquecimiento. El autor toma la expresión que da título al libro de una frase de Lord Waller (JL) en *Guinness Mahon & Co Ltd v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council* (1999): el Derecho inglés de Enriquecimiento injusto está en la encrucijada y la elección es entre dos modelos diferentes de responsabilidad por enriquecimiento¹⁰⁵. En su libro, Krebs presenta argumentos en favor del modelo de «factores injustos» frente a la necesidad de acudir a un principio abstracto apoyado sobre la ausencia de una causa legal que fundamente el enriquecimiento. La reacción de Birks frente al estímulo de las sentencias swap fue muy distinta y quedó plasmada en su segundo y último texto fundamental, el *Unjust Enrichment* de 2003.

No resulta arriesgado afirmar que la estratégica posición de la obra de Birks dentro del panorama general del Derecho de Restituciones inglés la convirtió pronto en una referencia obligada. Por otra parte, resulta significativo que cuando sus primeras propuestas influían de manera decisiva en otros autores, él ya estaba preparado para cambiar de orientación. La segunda edición del manual de Burrows (2002) nos sirve bien para apreciar esta evolución. El autor aclara que «en este libro se parte de que el Derecho de Restituciones y el principio que veta el enriquecimiento injusto son dos caras de la misma moneda», siguiendo la conocida orientación de Birks; pero poco más adelante se ve obligado a advertir que «recientemente, Peter Birks ha abandonado ese automatismo o

¹⁰⁴ BURROWS, A., *The Law of Restitution*, 2.ª ed., London: Butterworths, 2002, pp. 3 y 4.

¹⁰⁵ KREBS, T., *Restitution at the Crossroads: a Comparative Study*, London-Sidney: Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 307.

cuadratura entre la restitución y el enriquecimiento injusto». En efecto, para entonces Birks había cambiado su opinión sobre las relaciones entre restitución (respuesta) y enriquecimiento injusto (evento) y se mostraba partidario de que, en el contexto de un Derecho privado dividido en sectores delimitados por eventos –*contrats, torts*–, el nuevo sector debía referirse también a otro evento autónomo –*unjust enrichment*– y no a una respuesta jurídica –*restitution*– que puede provenir de ese u otros eventos y causas de pedir¹⁰⁶.

Burrows reconoce que esta nueva aproximación tiene una lógica más elegante, pero no ve sus ventajas prácticas y le parece preferible mantener la correspondencia entre Derecho de Restituciones y Enriquecimiento injusto, de manera que el *Law of Restitution* siga ocupándose de todas las restituciones por enriquecimiento injusto en sentido amplio, provengan de contrato, ilícito, enriquecimiento injusto en sentido estricto u otra causa¹⁰⁷.

En cuanto a la cuestión de si el Derecho de Restituciones inglés se estaba transformando en un modelo de «ausencia de base» o «sine causa», o como prefiere llamarlo Burrows «injusto a menos que...», éste opina que ya entre los materiales de Goff y Jones se encontraba incoado ese otro planteamiento sobre la obligación de restituir: en lugar de que el demandante tenga que probar un «factor injusto» que avale la restitución, es el demandado –una vez el demandante haya probado que éste se ha enriquecido a su costa– quien debe probar que tiene un motivo (causa o base suficiente) para retener. La investigación del elemento «injusto» se transforma así en el estudio de las razones que desautorizan el punto de partida favorable a la restitución. Este modo de proceder no era desconocido en la jurisprudencia canadiense, una jurisdicción de *common law* (salvo en Quebec)¹⁰⁸, y desde luego resultaba más cercano a la tradición de los países de *civil law*, pero Burrows no encuentra motivos de peso para cambiar el modelo de los «factores injustos». Recela de que el punto de partida sea una especie de presunción de que los enriquecimientos son injustos a menos que haya razones para retenerlos, pues esto provoca un desplazamiento hacia el

¹⁰⁶ Birks defendió con vehemencia su postura tratando de influir en el planteamiento general del nuevo *Restatement* del ALI, a cargo del Profesor Kull, que éste planeaba denominar (como de hecho ocurrió) *Restatement* de Restituciones y Enriquecimiento injusto. A Birks le parece que esta mezcla de elementos heterogéneos (respuesta y evento) debería evitarse en todo caso. Véase «A Letter to America: The New Restatement of Restitution», *Global Jurist Frontiers*, 2003, Volume 3, Issue 2.

¹⁰⁷ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 2.^a ed., p. 6.

¹⁰⁸ Una vez probado que el demandado se ha enriquecido a costa del demandante, se seguirá la restitución cuando no exista una razón jurídica que justifique el enriquecimiento. Sobre ello, SMITH, L. D., «The Mystery of Juristic Reason», *Supreme Court Law Review*, 12 (2000), p. 211.

modelo del *civil law* que encierra peligros: hay que tener en cuenta que los sistemas de *civil law* cuentan con herramientas específicas para limitar las restituciones de las que carece el *common law*¹⁰⁹.

Tenemos, por tanto, un primer «modelo» de Birks (1983) que resulta esencial para entender cómo se organiza y explica el Derecho de Restituciones inglés en las últimas décadas del s. xx, y hay que reconocerle el mérito de haber proporcionado un mapa y unas claves de orientación que permiten situarse en el nuevo territorio. Además, pronto se plantea nuevos retos que abren una difícil cuestión de política jurídica: continuar con el modelo de los «factores injustos» o dejarse influir por un modelo más abstracto que gira en torno a la «ausencia de base». Esta significativa evolución es uno de los principales motivos que hacen de Birks el autor que mejor protagoniza el devenir del Derecho de Restituciones inglés en las últimas décadas.

8. LA SEGUNDA AVENTURA «BIRKSEANA»

Es mérito de Birks haber sido capaz de apreciar con especial acierto la evolución de un sector del ordenamiento jurídico en pleno desarrollo, como era y sigue siendo el «Derecho de Restituciones» (o de «Enriquecimiento injusto», como él prefiere), y haber sido especialmente sensible –en un lapso temporal relativamente breve, de 1983 a 2003– a los cambios que se iban produciendo, tanto en la jurisprudencia como en las ideas que la doctrina científica iba exponiendo sobre la fenomenología restitutoria, principalmente en estudios de Derecho comparado. El pensamiento del autor alcanza su madurez con el *Unjust Enrichment* de 2003¹¹⁰.

La finalidad de este trabajo ya no es sistematizar el *Law of Restitution* sino el *Law of Unjust Enrichment*. Birks explica que, en realidad, el éxito del Derecho de Restituciones estaba impidiendo que se reconociese sustantividad propia al Enriquecimiento injusto como evento autónomo que genera restitución. La gran ventaja de elevar el Derecho de Enriquecimiento injusto a categoría propia es que de este modo se consigue una mejor panorámica del Derecho privado como un todo dividido por eventos que generan responsa-

¹⁰⁹ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 2.^a ed., pp. 48 a 50.

¹¹⁰ BIRKS, P., *Unjust Enrichment*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 3 y ss. Se trata de la segunda edición, prologada por Burrows; Birks había muerto de cáncer el 6 de julio de 2004, a los 62 años.

bilidad¹¹¹. Las grandes líneas de su nueva propuesta son las siguientes:

La obligación de restituir puede surgir bien de un «ilícito», bien de un contrato, bien de una miscelánea de otros supuestos entre los que destaca *otro evento autónomo* que denominamos «enriquecimiento injusto». Cuando concurre un «enriquecimiento injusto», el motivo por el que nace la obligación de restituir no es ni el incumplimiento de un deber contractual ni el incumplimiento de un deber de cuidado, sino *la recepción de un pago por error*, que es el caso-tipo (Birks lo llama *core-case*) de referencia para todos los supuestos de enriquecimiento injusto.

La consecuencia de contar con un «*core-case*» (el pago por error) es que el Derecho de Enriquecimiento injusto estará integrado por los eventos o sucesos en los que se genera un derecho de restitución *con la misma lógica que en el supuesto de pago por error*; esto es, por los supuestos que se comporten y resuelvan como lo hace la *condictio indebiti*, lo que obligará a plantearse: qué otros «enriquecimientos» pueden tratarse como el dinero de un pago indebido, qué otras hipótesis bastan para entender que el demandado se ha enriquecido «a costa» del demandante, qué otras circunstancias comparables al «error» hacen que el enriquecimiento se considere «injusto». Desde esta perspectiva, la restitución de la ganancia obtenida mediante la comisión de un «ilícito» no es equiparable al pago por error de una deuda inexistente, pues no se puede decir que el *wrongdoer* se enriquezca a costa del demandante del mismo modo que el *accipiens* lo hace del *solvens* que paga por error; aquél se enriquece por violar un deber de cuidado que protege al demandante, cometiendo un «ilícito» y obteniendo con ello una ganancia, lo que está más allá de la lógica de la restitución de un pago por error. De este modo Birks separa los enriquecimientos «facilitados por el demandante» de los enriquecimientos «obtenidos por el demandado mediante ilícito». Aquéllos gozan de una lógica interna que no es compartida por éstos; éstos se quedan en el Derecho de Daños. Aunque se trate de una medida «coherente», la consecuencia es que separa del Derecho de Enriquecimiento injusto los supuestos de intromisión (tal y como habían sido tratados hasta entonces) y, como veremos, en el nuevo modelo de Birks el tratamiento de las intromisiones dentro del Derecho de Enriquecimiento injusto —esto es, al margen de un Derecho de Daños que hace restituir por la comisión de un *wrong*— será uno de los puntos para los que no ha encontrado una explicación adecuada.

¹¹¹ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 45.

Lo propio de este evento autónomo es que provoca una responsabilidad estricta (sin culpa del responsable) que «recoloca» un enriquecimiento existente (pretérito o presente) sin atender o preocuparse de los posibles daños consecuencia de la acción. Es un evento distinto y fundante cuya función es la «recolocación de una ganancia». Si «indemnizar» es un «recuperar» basado en la pérdida sufrida por el demandante, «restituir» es un «recuperar» basado en la ganancia obtenida por el demandado. En cuanto a su función, el «enriquecimiento injusto» da lugar siempre a una «restitución» y, por tanto, no trata de «indemnizar» ni de «castigar» (no se hace referencia a que la restitución de la ganancia puede ser punitiva)¹¹². Desde esta perspectiva, *cada caso de enriquecimiento injusto es «materialmente idéntico» al pago por error de una deuda no existente*. Esta operación exige una tarea no pequeña de interpretación y el autor acepta que una categoría (enriquecimiento injusto) formada en torno a un supuesto-base (cobro de lo indebido) tiene necesariamente límites algo descuidados o borrosos, pero acepta el reto.

La acción de «enriquecimiento injusto» sigue estructurada conforme al esquema de cinco preguntas ya expuesto¹¹³. Entre las principales novedades, algunas hacen referencia a que el enriquecimiento debe obtenerse «a costa» del demandante, y otras a que debe ser «injusto». Al explicar ahora cuándo puede entenderse que el demandado se ha enriquecido «a costa» del demandante, Birks señala que debería restituirse la ganancia obtenida por el demandado –por ejemplo, por el uso ilícito de un derecho o bien del demandante-¹¹⁴, pues se ha obtenido «a costa» de este. También es partidario de que la acción alcance al enriquecido «remoto» o «mediato», esto es, el que obtiene su enriquecimiento del primer *accipiens* o «enriquecido inmediato» (siempre que no pueda oponer la defensa

¹¹² BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 3 y ss.

¹¹³ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 39 y ss.

¹¹⁴ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 84 y 85. El autor vuelve sobre el conocido caso de la gruta explotada con fines turísticos que atraviesa la propiedad colindante a lo largo de un tercio del recorrido; el dueño de ésta demandó un tercio de la ganancia obtenida con la explotación y la sentencia se lo concedió. Con el *tort de trespass* se obtendría la restitución de la ganancia, pero lo que se pregunta Birks es si *el análisis alternativo del enriquecimiento injusto podría otorgar la restitución de la ganancia*; y entiende que, una vez se ha superado la necesidad de que exista un daño que se corresponda con el enriquecimiento, la respuesta debería ser positiva: el dinero obtenido gracias a la tierra del demandante se obtiene «de su propiedad» y, por tanto, «a su costa». Observa también que este podría ser un modelo con importantes implicaciones en el ámbito de las usurpaciones de propiedades inmateriales. Gergen advierte que esta opinión no se encontraba en el Birks de 1983, y que el Tercer *Restatement* solo admitiría la restitución de la ganancia si se trata de un *wrongdoer* («Self-Interested Intervention in the Law of Unjust Enrichment», en R. ZIMMERMANN (herausg.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts. Tagung der privatrechtlichen Sektion der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Dresden*, September 2003, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2005, pp. 243 y ss., p. 252.

de adquisición de buena fe), pues se enriquece igualmente a costa de aquel¹¹⁵.

El giro es importante y no se encuentra suficientemente motivado, pues Birks concede ahora la ganancia como medida ordinaria de la acción de enriquecimiento injusto (esto es, con independencia de la comisión de un «wrong»), cuando parece claro que esa ganancia no es un enriquecimiento «facilitado por el demandante» (salvo en algún caso simple, como la restitución del precio de mercado del bien enajenado por el demandado). Decir que se ha obtenido «a costa» del demandante y que por eso debe restituirse no deja de ser una petición de principio, pues también el *accipiens* se enriquece a costa del *solvens* en el pago de lo indebido y los supuestos no son equiparables, como el mismo Birks pone de relieve. En todo caso, cabría plantearse qué parte de la ganancia se obtiene «a costa» del patrimonio del demandante (el valor de uso, por ejemplo) y qué parte a la iniciativa y pericia del demandado (explotación comercial del derecho ajeno); también podría concluirse que la restitución de la ganancia obedece a un motivo de política jurídica, pero pretender justificarlo en que se haya obtenido «a su costa» resulta insuficiente.

Las novedades más importantes se plantean en torno a cuándo puede considerarse «injusto» el enriquecimiento, pues Birks entiende que en este punto el Derecho inglés ha protagonizado *un cambio de paradigma*: el modelo de «factores injustos» (en el que introduce alguna novedad¹¹⁶) se ha transformado en un modelo de «ausencia de base» o «sine causa», a partir de los casos swap. En su opinión, las sentencias más significativas que resuelven estos casos no lo hacen ya desde el esquema de los «factores injustos» (motivos para restituir), sino desde el de las atribuciones «sin base»

¹¹⁵ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 73 a 98. Burrows propone que solo el enriquecido inmediato esté legitimado pasivamente, salvo en verdaderas y escasas excepciones: *The Law of Restitution*, 3.^a ed., London: Oxford University Press, 2011, pp. 69 a 85. El autor analiza los supuestos de «sustracción interceptiva» de Birks y las críticas a éste de L. D. Smith en «Three-Party Restitution: A Critique of Birks's Theory of Interceptive Subtraction», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11, n.º 4, 1991, pp. 481 a 519. Aún más restrictivo para la concesión de la acción contra el enriquecido remoto, TETTENBORN, A., «Lawful Receipt-A Justifying Factor?», *Restitution Law Review*, 1997, n.º 5, pp. 1 y ss.

¹¹⁶ Birks explica que inicialmente le pareció que había lugar, junto a los «factores injustos» con base en la intención frustrada del demandante, para una categoría de factores que tuvieran en cuenta la actitud del demandado: «recepción inconsciente» o «libre aceptación». Sin embargo, ahora explica (*Unjust...*, cit., p. 42) que introduce un pensamiento confuso y considera acertada la crítica de Burrows a la categoría («Free Acceptance and the Law of Restitution», *Law Quarterly Review*, 1988, vol. 104, pp. 576 y ss.; *The Law of Restitution*, 3.^a ed., 2011, pp. 334 a 339). En el fondo, a un enriquecimiento que resulta injusto por otro motivo, se le suma que el demandado es consciente de que es indebido, lo que hace innecesariamente complejo el supuesto restitutorio.

(sin motivo para retener lo obtenido), lo que obliga o exige una radical reorientación¹¹⁷.

La metamorfosis comienza en la década de los noventa con los primeros casos swap y se considera decisiva la sentencia *Hazell v Hammersmith & Fulham BC* (1990), en la que la Corte Suprema decidió que los contratos de swap (sobre intereses) realizados por entidades públicas locales eran nulos por no quedar dentro de los poderes de disposición de dichas entidades, lo que hizo que se consideraran *ultra vires*. Parecía que la propia regla *ultra vires* protegía a los municipios del riesgo asumido con esos contratos y hubiese podido constituir un «factor injusto» por motivo de política jurídica. Sin embargo, la sentencia distinguió los contratos que habían cesado en su eficacia respecto de los que ya se habían ejecutado por completo y estimó que el motivo de la restitución era, para todos ellos, la «ausencia de base» para retener el enriquecimiento, y para los swaps no totalmente ejecutados, además, la falta de reciprocidad contractual¹¹⁸.

Después de las sentencias swap el Derecho de Enriquecimiento injusto se encontraba ante el dilema de continuar con el enfoque «positivo» de los *unjust factors* (motivos por los que el enriquecimiento debe restituirse) o adoptar una nueva orientación «negativa» en torno a una causa que justifique la retención del enriquecimiento (si no hay motivo para que el enriquecimiento quede donde está, debería restituirse)¹¹⁹: ¿debe el demandante recuperar «porque no quiso enriquecer al *accipiens*» («factor injusto»: error), o «porque el *accipiens* no tiene título para retener el enriquecimiento» (le falta una causa que lo explique)? Inicialmente hubo algunos intentos de integrar la aproximación «sine causa» dentro del sistema de «factores injustos», como si se tratara de un factor más, pero Birks es tajante al defender que hay una «incompatibilidad categorial» entre el enfoque «sine causa» y la lista de «factores injustos»: ahora no hay que explicar por qué se ha de restituir, sino si hay justificación para que el enriquecimiento se quede donde está. Le parece que la respuesta jurídica que logra la doctrina de «ausencia de base» es clara y segura, y que volver a los «factores injustos» supondría un retorno «a la incierta metafísica del error». Treitel se mostró a favor del cambio y, en general, la nueva doctrina fue bien

¹¹⁷ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 41 y ss.

¹¹⁸ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 109. MEIER, S., «Restitución de pagos indebidos: «factores injustos» vs. «sine causa»», en DEL OLMO, P. y BASOZABAL, X., *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 212.

¹¹⁹ KREBS, T., *Restitution at de Crossroads...*, cit., p. 307.

vista por los autores familiarizados con el panorama de Derecho comparado¹²⁰.

La evolución de Birks es audaz: «ausencia de base» es ahora el único «factor injusto» en Derecho inglés. En la nueva propuesta, los «factores injustos» que antes se encontraban reunidos en torno a la ausencia, vicio o cualificación de la intención de enriquecer se reubican sin especial dificultad dentro de la nueva categoría de «ausencia de base». Sin embargo, los «factores injustos» procedentes de motivos de política jurídica no encajan con la misma facilidad. Con todo, Birks entiende que podrían seguir jugando un papel relevante como «defensas»; no en vano había adelantado que las defensas ganan protagonismo con la nueva orientación¹²¹.

9. LA NUEVA TIPOLOGÍA

Desde esta nueva perspectiva, todos los casos de enriquecimiento injusto son casos reconducibles al caso-tipo del pago por error y pueden dividirse en supuestos de enriquecimiento «participativo» y «no participativo». Este último es el enriquecimiento sobre el que el demandante no tiene ni ha tenido ningún control (esto es, supuestos de intromisión), por lo que es casi siempre un enriquecimiento «sin base».

El modo de tratar las intromisiones en Derecho comparado suele girar, bien en torno a lo «ilícito» o «antijurídico» de la conducta, bien en torno a si el derecho usurpado atribuye el uso y la explotación exclusivos a su titular. Considerar que las intromisiones son siempre supuestos de enriquecimiento sin base parece indicar que la restitución se justifica exclusivamente por lo «ilícito» de la conducta, pero esto es algo secundario en el contexto de una acción de enriquecimiento injusto que no gira en torno a un «ilícito», como la acción de daños; por otra parte, la perspectiva de la «antijuridicidad» suele ignorar la cuestión sobre cuáles son los derechos cuyo uso ilícito provoca la respuesta restitutoria. En algunos casos no hay duda, como cuando se usurpan derechos absolutos o derechos que conceden al titular el monopolio de explotación de su objeto; en otros la cuestión es menos clara: modos de hacer industriales o comerciales sin atribución exclusiva, secretos no patentados, posiciones competenciales no protegidas con la acción de enriquecimiento (art. 18 LCD), etc. Cuando la teoría de la dife-

¹²⁰ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 102 y ss. TREITEL, G., *The Law of Contract*, 11.ª ed., London: Sweet & Maxwell, 2003, 1058-60.

¹²¹ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 116.

renciación de Wilburg y von Caemmerer analiza los supuestos de enriquecimiento por intromisión pone el acento en el *contenido de atribución* del derecho usurpado: la cuestión sobre qué posiciones jurídicas cuentan con la protección del Derecho de Enriquecimiento se hace depender de ese dato objetivo: qué (facultades exclusivas) atribuye el derecho usurpado a su titular. Si se pone el acento en la conducta del intromisor, la cuestión gira en torno al reproche que ésta merezca y a la mayor o menor necesidad de disuadir de ella, quedando desdibujada la otra cuestión sobre cuáles son los derechos o posiciones jurídicas que deberían merecer la protección de la *condictio*. El asunto no es de matiz pues lo que está en juego es la función de la acción de enriquecimiento: ¿de qué se trata, *de reintegrar un derecho o posición jurídica con aquello que el ordenamiento jurídico atribuye a su titular*, o de reaccionar frente a determinadas conductas para evitarlas? La cuestión ha sido muy estudiada en el contexto de la *Eingriffskondiktion* alemana (doctrina del contenido de atribución frente a teoría de la antijuridicidad) y sobre ella tuve la oportunidad de pronunciarme en otro lugar¹²².

Volvemos a encontrar que los enriquecimientos no participativos –básicamente, los supuestos de intromisión– reciben un trato poco definido en la acción de enriquecimiento injusto plenamente independizada del Derecho de daños, pues falta una reflexión más detenida sobre qué es lo que se debe restituir, lo que remite a la cuestión sobre cuál es la función que el Derecho persigue al conceder la acción. Si se debe restituir «lo obtenido», podría tratarse tanto de «la ganancia» como del «valor (de mercado) de la facultad usurpada» (o «razonable licencia»); ahora bien, la restitución de una u otra persigue eventualmente funciones distintas: si se utiliza una melodía ajena sin consentimiento del titular y se comercializa con ella una canción pegadiza cuya explotación arroja importantes ganancias, la cuestión es si la acción de enriquecimiento debería restituir el valor de uso de la melodía (lo que se hubiese pagado para obtener una licencia de explotación) o la ganancia neta. En el primer caso, el Derecho se encarga de *reintegrar* el derecho usurpado; en el segundo, de *castigar* la acción ilícita (como podría no haber ganancia, la posibilidad de castigar dependerá de cada caso). Edelman acierta al hacer hincapié en la distinción entre esas dos medidas (licencia y ganancia) y funciones (restitución y disuasión), pero la acción de enriquecimiento injusto carece por ahora de una reflexión sobre cuándo aplicar una u otra (en función del supuesto de hecho –derecho violado– o de la conducta enjuiciada –grado de

¹²² Sobre la teoría de la antijuridicidad como fundamento dogmático de la *Eingriffskondiktion*, véase BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 54 y ss.

reproche-); la cuestión se salda con el argumento práctico de que entre dejar la ganancia a la «víctima» o al «wrongdoer» la mejor opción es siempre dársela a aquélla. Pero ahora es el *civil law* el que no se siente cómodo con la solución: no deja de ser una medida punitiva asegurable y transmisible en un ámbito que no le resulta propio.

Los enriquecimientos participativos (aquellos que ha facilitado el demandante: prestaciones, pagos, mejoras...) son más numerosos e importantes, y se dividen a su vez en «obligatorios» y «voluntarios». El enriquecimiento es «obligatorio» cuando el propósito del que lo suministra es extinguir una obligación (exista o no). Es «voluntario» cuando se lleva a cabo para causar o conseguir un resultado de manera que, si este no se logra, el enriquecimiento queda «sin base». Por guardar un cierto paralelismo con la clasificación propuesta en *An Introduction to the Law of Restitution*, las hipótesis de enriquecimiento «no participativo» se corresponden –a grandes líneas– con las de «enriquecimiento obtenido por el demandado mediante ilícito», y las del «participativo» con las del «enriquecimiento proporcionado por el demandante»; dentro de éste, el «obligatorio» se corresponde con el supuesto de «transmisión involuntaria/vicio/error de responsabilidad» y el «voluntario» con el de «transmisión involuntaria/cualificación»¹²³. La perspectiva parece ahora más estrecha y el propio Birks señala que los «factores injustos» agrupados antes en la categoría residual de «miscelánea» se encuentran ahora entre las defensas.

Hoy se sigue dando especial importancia a la distinción entre enriquecimientos facilitados (por el demandante) y obtenidos (por el demandado). El mismo Burrows, en una reciente contribución sobre el mejor modo de entender el requisito «a costa de», mantiene que la distinción entre enriquecimientos facilitados (participativos) y obtenidos (no participativos) guarda un claro paralelismo con la taxonomía de Wilburg/Von Caemmerer y facilita la manera correcta de entender, de manera distinta en cada caso, el requisito «a costa de». Ello le permite explicar mejor tanto los beneficios incidentales (por qué no deben dar lugar a la pretensión de enriquecimiento) como algunos conflictos triangulares, o la misma clasificación de los factores injustos¹²⁴.

Finalmente, Birks explica que la finalidad de su «tipología» es fundamentalmente expositiva (trata de asegurarse de que se atien-

¹²³ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 130 y ss.

¹²⁴ BURROWS, A., «At the Expense of the Claimant: A Fresh Look», Aportación al Congreso «The Global Futures of Unjust Enrichment», UCL, Faculty of Laws, 21 y 22 de abril de 2017, p. 14. Su terminología es algo distinta, pero coincide en lo sustancial con las categorías expuestas.

den los casos más importantes) e insiste en que la cuestión es siempre la misma: la ausencia de base que justifique la retención. El enfoque «sine causa» posee una genuina simplicidad. Así, (1) si el que enriquece se cree «obligado» a hacerlo, pero en realidad no existe la obligación que cree estar cumpliendo, el enriquecimiento carece de base; (2) y si el que enriquece persigue una determinada finalidad, y ésta no se obtiene, la base habrá fallado también; (3) y si el enriquecimiento se obtiene sin la participación del demandante (luego, sin su consentimiento), lo habitual es que carezca de base.

En los casos (1) y (2) la falta de base ha de combinarse con el criterio de «asunción de riesgo», esto es, con la posibilidad de que el *solvens* asuma el riesgo de no obtener nada a cambio ni derecho a restitución. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el músico callejero, en el que Birks encuentra una discutible «segunda voluntad»: quiere que se le pague por su música, pero asume que hará un «regalo» a los que no quieren corresponder; no puede afirmarse que estos se hayan enriquecido «sin base».

En el fondo late la cuestión de los «beneficios incidentales»: cuando yo enciendo la calefacción de mi apartamento, enriquezco al vecino de arriba que, en una cierta medida, ahorra parte de su gasto en calefacción; él se enriquece a mi costa, pero yo no tengo la posibilidad de evitarlo ni de «obligarle» a contribuir a mi propio gasto. No se trata de un enriquecimiento injusto. No hay derecho de restitución. Con todo, algunos modelos encuentran dificultades para denegar la pretensión de restitución, pues desde una perspectiva abstracta se trata de un enriquecimiento que carece de base. Birks propone que la causa de ese enriquecimiento es mi liberalidad: si se quieren libremente los efectos de la actividad principal (calentar mi apartamento), se quieren también los efectos incidentales, *aunque sean «menos» queridos*. Resulta inevitable «regalar» ese calor a mi vecino. Es distinto cuando el que actúa en beneficio de otro lo hace por obligación, como ocurre con el deudor solidario que paga la deuda común ante la intimación del acreedor: el deudor que paga tiene un derecho de reembolso y los otros deudores tienen obligación de contribuir. Aquél no ha querido beneficiar a estos, ni se trata de un regalo; el deudor liberado por el pago de otro no puede pretender quedarse con el enriquecimiento obtenido a costa de éste: no tiene base para retener¹²⁵.

La explicación que divide la voluntad del músico callejero resulta algo artificial, más propia de un sistema en el que el dogma de la voluntad estuviera aún vigente. En lugar de acudir a una ficti-

¹²⁵ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 158 y 159.

cia voluntad de regalar del *solvens*, parece más realista partir de que éste no puede exigir nada a quienes no quieran corresponder libremente, sencillamente porque corre el riesgo de no recibir nada a cambio; al fin y al cabo, es él quien impone a otros un enriquecimiento de difícil valoración sin haber llegado previamente a un acuerdo. Puede que nuestro músico haya asumido ese riesgo, pero en cualquier caso es el ordenamiento jurídico el que asigna el riesgo (principio de no imposición de enriquecimientos) con independencia de que el demandante lo haya asumido libremente.

El músico que toca por la calle no paga porque no debe y el deudor solidario paga porque debe. El supuesto es radicalmente distinto. Esto no impide que, si un viandante entrega unas monedas al músico, éste pueda quedarse con ellas: nadie negaría que existe una justa causa para retenerlas (art. 1901 CC; *soluti retentio*). También Birks le permite retenerlas, pero el motivo sería que no hay «factor injusto» para exigir su restitución. No siempre es todo tan sencillo: si yo pago más de lo que debo por contrato al cuidador que me atiende en los últimos meses de vida, ¿no está clara mi voluntad de beneficiarle, sea como donativo, sea como complemento salarial, sea como gratificación, etc.? ¿Podría el cuidador retener el incremento? En Derecho anglosajón la respuesta dependerá de que haya un «factor injusto» que avale la restitución; en Derecho español, de que concurra o no la causa justa para retener del artículo 1901 CC. Si mis herederos intentan que el cuidador devuelva el incremento por «influencia indebida», el Derecho inglés consideraría si concurre este «unjust factor» y el Derecho español, una vez más, si concurre causa justa para la retención (art. 1901 CC).

En cuanto al enriquecimiento no participativo (caso 3), se acepta que carece de base por haberse tomado de un patrimonio sin el consentimiento del titular de este. Otra cosa es decidir si solo se puede actuar contra el intrumisor o también contra el tercero a quien éste haya enajenado. En *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd.* un abogado adicto a las apuestas tomó cientos de miles de libras de las cuentas de sus clientes y apostó en un casino. Aunque el caso tiene mayor complejidad, puede decirse que los jueces actuaron conforme al siguiente esquema: X roba el dinero de C y lo entrega gratuitamente a D. Para Birks, la respuesta restitutoria tiene la misma estructura que la del pago por error de una deuda inexistente. No hay que probar culpa ni los elementos de un «wrong» (en el caso *Lipkin* se descartó expresamente la posible existencia del *tort* de *conversión*). El casino no encontró protección porque su contrato era nulo y no pudo alegar ni la defensa de cambio de posición ni la

de adquisición de buena fe. Nada de esto le hubiese ocurrido al restaurante de lujo en el que ese mismo demandado hubiese gastado lo ilícitamente usurpado, pues aquí habría un contrato válido que protege su posición¹²⁶.

10. EL ALCANCE DE LA RESTITUCIÓN

En la *Introduction* de Birks hemos aprendido que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de Daños, el Derecho de Enriquecimiento injusto concede una acción personal para obtener la primera medida (valor pecuniario de lo recibido) y alternativamente una acción personal o real para obtener la segunda (bien el valor pecuniario del enriquecimiento restante, bien el enriquecimiento restante *in natura* o su subrogado). Siempre hay posibilidad de acudir a la acción personal, y aunque no ocurra lo mismo con la respuesta real, ésta es lo suficientemente ordinaria como para no poder considerarse excepcional¹²⁷.

Hay que tener en cuenta que durante tiempo la restitución del enriquecimiento sobreviviente u obtenido a cambio del inicial solo fue posible mediante una acción real sobre los «subrogados perseguibles» (*traceable substitutes*)¹²⁸. Sin embargo, el panorama cambia radicalmente en cuanto se acepta que el demandado (*accipiens* de buena fe) puede invocar la defensa de «cambio de posición», de manera que su responsabilidad queda limitada *al enriquecimiento que sobreviva en abstracto* en su patrimonio en el momento en que se le requiera de restitución¹²⁹. De este modo deja de ser necesario acudir a la segunda medida con una acción real para solicitar el enriquecimiento «restante». Por otra parte, si se trata de la nulidad o anulación de contratos con prestaciones recíprocas, resulta especialmente necesaria la posibilidad de sustituir la restitución *in natura* por la restitución de su valor pecuniario, pues si no fuese así y la pretensión de restitución del contratante que entregó dinero estuviera condicionada a que él pueda a su vez restituir en especie lo que recibió, su posición resultaría especialmente débil frente a la defensa de falta de reciprocidad¹³⁰.

¹²⁶ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 155.

¹²⁷ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 163.

¹²⁸ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 172.

¹²⁹ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 173.

¹³⁰ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 174 y ss. Hoy es posible sustituir la restitución en especie de lo recibido por la restitución de su valor pecuniario en casos de liquidación por nulidad o anulabilidad del contrato. En *Mahoney v Purcell* se enfrentaban las partes de una compraventa anulable por influencia indebida en la que el comprador había obtenido un precio especialmente bajo; el vendedor impugnó el contrato y se le concedió la restitución

A grandes rasgos, antes de los casos swap se reconocía un derecho real sobre el enriquecimiento cuando la falta de base era inicial (el demandante tuvo en todo momento una pretensión restitutoria), y se negaba cuando la falta de base era sobrevenida (por un tiempo, corto quizá, el demandado había tenido el enriquecimiento a su disposición)¹³¹. Sin embargo, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* (1994) decidió, y las demás sentencias swap la siguieron, que el demandante que reclama lo que entregó en cumplimiento de un contrato nulo no tiene un derecho real para recobrarlo, sino meramente personal, y eso aunque se tratara de un supuesto de falta de base inicial. A partir de aquí, algunos autores se mostraron partidarios de excluir la respuesta jurídico real como posible respuesta en casos de enriquecimiento injusto, influidos probablemente por el Derecho continental, que en este punto es unánime¹³².

Sin embargo, para Birks el Derecho inglés no debería desprenderse tan fácilmente de su tradición en favor del reconocimiento de respuestas «reales» para algunos supuestos de enriquecimiento injusto. El autor reconoce que una aproximación «unitaria» al «enriquecimiento injusto» como enriquecimiento «sin base» parece reclamar una respuesta «unitaria» también, pero le parece que hay dos notas en Derecho inglés que no podrían «suprimirse» sin más por la actividad jurisprudencial: que la ausencia de base puede ser inicial o sobrevenida, y que el demandante debe poder hacer valer su interés real sobre la cosa originariamente recibida o sobre el subrogado de ese bien originario. Es verdad que una solución «unitaria» hace el Derecho más sencillo, pero a costa de algunas cuestiones importantes que no se deberían obviar, como los privilegios en caso de insolvencia: los titulares de derechos reales son preferidos a los acreedores ordinarios, y en absoluto resulta evi-

no de las acciones que entregó (el juez May entendió que, por la evolución de la empresa, no era posible la restitución en especie), sino de la diferencia entre el precio que recibió y el valor real que tenían las acciones cuando se vendieron, muy superior a aquél y al que tenían cuando se impugnó el contrato. Desde esta perspectiva, la acción personal por enriquecimiento injusto se dirige al valor abstracto del enriquecimiento en el patrimonio del *accipiens* (pp. 177 y 178).

¹³¹ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 183. El tipo de respuesta real puede ser también distinto. Un modo de «restituir» el enriquecimiento injusto es convertir al enriquecido en fiduciario del demandante, a quien se reconoce la propiedad en «equity», por lo que éste puede exigir de aquél que «restituya» el enriquecimiento a su voluntad. Si la propiedad no se ha transmitido al enriquecido, en realidad no se «restituye» nada, pues no ha salido del patrimonio del demandante; ahora bien, si lo entregado es dinero y se usa para comprar – por ejemplo– un cuadro, el Derecho no convierte al propietario del dinero en propietario del cuadro, aunque sí podría darle un derecho *in rem* para que lo haga suyo.

¹³² BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 180. Es el caso de SWADLING, W. J., que aplaude esta evolución por motivos de política jurídica, no de lógica: «Property and Unjust Enrichment», en HARRIS, J. W., *Property Problems: From Genes to Pension Funds*, The Hague: Kluwer, 1997, p. 130.

dente que los bienes que nunca debieron transferirse al *accipiens* insolvente tengan que estar a disposición de los acreedores ordinarios de éste. En cualquier caso, parece razonable que las cuestiones de Derecho concursal se dejen al legislador.

Si la ausencia de base es inicial, el reconocimiento de respuesta real ofrece mayor coherencia con el sistema concursal, también después de las sentencias *swap*, y para quitar importancia a que éstas se pronunciaran en contra de la respuesta real, Birks llama la atención sobre el hecho de que en esos casos no se planteó ningún problema concursal, por lo que no se podían interpretar en el sentido de haber querido introducir novedades en este ámbito. Si la ausencia de base es sobrevenida, no habrá respuesta real (salvo que lo transferido no se hubiese mezclado en el patrimonio del enriquecido)¹³³.

En definitiva, Birks concluye que hay buenos motivos en favor de mantener la respuesta real, especialmente porque los enriquecimientos injustos *que nunca han estado a disposición del enriquecido no deberían quedar a disposición de los acreedores ordinarios de éste*; si se quiere cambiar esto habría que hacerlo con otra seguridad, propia del legislador, no de los jueces.

11. EXCEPCIONES (*DEFENCES*)

En líneas generales, un modelo «sine causa» hace que sea más fácil que prospere la pretensión de enriquecimiento injusto y, en consecuencia, que sea más importante el papel que juegan las excepciones del enriquecido. Birks tiende a simplificarlas e introduce algunas novedades¹³⁴.

«Desenriquecimiento» es el nombre de la defensa que aúna las defensas de «estoppel» y «cambio de posición». Salvo que el demandado se haya hecho merecedor de un reproche que le impida utilizar esta defensa, su responsabilidad por enriquecimiento injusto debería limitarse o extinguirse en la medida en que el enriquecimiento haya menguado o desaparecido, siempre que el motivo de la disminución o desaparición sea precisamente el haber confiado en poder disponer del mismo (no prosperaría la defensa por un gasto necesario). El demandado no podrá alegar la defensa cuando incurra en una actitud que lo descalifique, como cuando haya actuado «de mala fe»; de este modo, no hay riesgo de hacerle responder «objetivamente» por un enriquecimiento que ya no está en

¹³³ BIRKS, P., *Unjust....*, cit., p. 185.

¹³⁴ BIRKS, P., *Unjust....*, cit., pp. 205 y ss.

su patrimonio, pues para negarle la defensa hay que hacer un juicio de imputación subjetiva: quien sabe que no tiene derecho a retener no debería poder disminuir su responsabilidad mediante un «desenriquecimiento» voluntario¹³⁵. En *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd*. Lord Goff mantuvo que la excepción es solo para los que actúan de buena fe. De este modo, se armoniza el interés en la seguridad de las recepciones y el riesgo de que disminuyan las transacciones por el peligro de imprevisibles demandas de enriquecimiento injusto.

Frente al protagonismo de la defensa de «desenriquecimiento», pretender que el demandado pueda oponer que el demandante ha mitigado su empobrecimiento, esto es, pretender que existe una excepción de «desempobrecimiento» parte de una premisa falsa, pues el demandante no tiene por qué haber sufrido una pérdida para que prospere la acción. En el contexto de la pretensión por enriquecimiento injusto, «desempobrecimiento» no debe considerarse una defensa¹³⁶.

Entre las defensas relacionadas con que el enriquecimiento sea «injusto» se propone una clasificación con categorías nuevas. En primer lugar, Birks trata de las defensas encaminadas a evitar el enriquecimiento injusto del demandante, entre las que destaca la conocida defensa de «falta de reciprocidad» en la restitución de lo intercambiado¹³⁷. En segundo lugar se sitúan las defensas que evi-

¹³⁵ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 218 y 219. Otra cuestión es la que plantea cómo debería medirse esa mala fe, si con parámetros subjetivos u objetivos. Y aunque podría parecer más lógico utilizar el parámetro de un comportamiento objetivamente deshonesto, por la mayor seguridad que proporciona una referencia objetiva, la conclusión del autor es que la defensa debe entenderse en términos más generosos: que entre implicados de buena fe (subjetiva) el demandante corra con el riesgo de que el demandado pierda el enriquecimiento es perfectamente compatible con que aquél tenga una acción que no depende de la culpa de éste ni tiene en cuenta su propia negligencia. El autor menciona también que en Nueva Zelanda se ha intentado repartir la responsabilidad en proporción a la culpa de las partes y destaca que los resultados han resultado arbitrarios, pues la negligencia del *solvens* en el pago y la del *accipiens* en el desenriquecimiento son, en verdad, inconmensurables.

¹³⁶ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 221. Dice BURROWS (*The Law of Restitution*, 3.ª ed., cit., pp. 614 y 615), tratando de la defensa de «passing on» (equiparable a la de «desempobrecimiento»), que hay dos argumentos principales contra esta defensa que pesan más que los posibles argumentos a favor. El requisito «a costa de» no necesita que el demandante haya sufrido un daño, de aquí que no tenga sentido una defensa por evitar un daño al demandante. Un segundo argumento es que no resulta convincente mantener que de negarse esta defensa al demandado el demandante experimentaría un enriquecimiento injustificado, puesto que esto último dependerá del modo en que haya desaparecido o se haya evitado ese daño por la prestación de un tercero y de la relación que ligue a éste con el demandante.

¹³⁷ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 230. Es la sede elegida para plantear el siguiente caso: unos Grandes Almacenes habían cobrado más IVA del debido por algunos productos y reclamaron al fisco la restitución de lo pagado de más; se denegó la pretensión alegando que la restitución de la diferencia entre lo que ingresaron y lo que hubieran debido ingresar supondría un enriquecimiento injusto para ellos, puesto que como intermediarios en la gestión del impuesto ya habían repercutido ese IVA (exceso incluido) entre los clientes.

tan que la concesión de una pretensión de restitución contradiga la *ratio* o finalidad de otras instituciones jurídicas, como la cosa juzgada, la protección del *accipiens* de buena fe, la prescripción o el retraso desleal. En tercer y último lugar aparece una miscelánea de defensas que aglutina los factores injustos que no habían quedado comprendidos en la nueva tipología: aquí aparecen las defensas de «adquisición por tercero de buena fe», «ilicitud», «incapacidad», «defecto formal» (invocar la falta de formalidades para eludir la pretensión nacida de un contrato; figura típica del «abuso por defecto formal» en el seno del principio de buena fe) y el «cumplimiento de una obligación natural» como causa de *soluti retentio*. Son defensas conocidas, aunque el autor profundiza con ejemplos que ayudan a comprenderlas mejor¹³⁸.

Birks reconoce que la presentación del panorama general de defensas no resulta especialmente ordenado o conforme a un cierto sistema, pero le parece suficientemente completo para asegurar que el Derecho de Enriquecimiento injusto conserve su flexibilidad, también bajo la perspectiva de la «ausencia de base». Las excepciones son la «herramienta» que da estabilidad/flexibilidad a un sistema que concede la acción restitutoria con mayor facilidad, por lo que es importante considerarlas en su conjunto para tener una visión global del panorama restitutorio: el peso de la tercera pregunta (sobre cuándo el enriquecimiento es «injusto») se ha desplazado parcialmente a la quinta (sobre las defensas oponibles). Lo cierto es que conociendo las reflexiones de Birks sobre las defensas uno se sitúa sin dificultad en cualquiera de los manuales sobre la materia, aunque cada autor añada algún matiz. Por ejemplo,

¹³⁸ Así, en la protección de terceros de buena fe, junto a numerosos supuestos claros hay también algunos que pueden despertar dudas: si A toma dinero de B y lo gasta en un hotel de lujo, la posición del hotel no resulta atacable por mucho que se trate de gastos de lujo. La excepción es absoluta; no se puede alegar que esas prestaciones hubiesen sido más baratas en otro establecimiento. Si A recibe ese dinero de B por error de éste, la posición del hotel resulta igualmente inatacable; otra cosa es que A pueda esta vez oponer a B que ha gastado de un modo que no se hubiera permitido. Sin embargo, como se ha visto más arriba, si A toma dinero de B y lo gasta en un casino, la posición de éste resulta más débil, porque el contrato de juego es nulo, lo que dio pie a que los jueces trabajaran con el siguiente esquema: A toma dinero de B y lo entrega sin título válido (o con título gratuito) a C: C está obligado a restituir a B.

Las atribuciones con causa torpe plantean también diferentes hipótesis, más o menos complejas: si C da dinero a D para que ponga una bomba en un avión, la pretensión de C para recobrar lo entregado fracasará: *ex turpi causa non oritur actio*; pero cuando el que demanda restitución haya consentido en la «ilicitud» bajo presión, o por error, la defensa del demandado puede ser menos clara. Los contratantes «inocentes» en contratos con causa torpe no pueden acudir al remedio contractual, pues no es posible exigir el cumplimiento de un contrato ilícito, pero no se les debería negar la pretensión de restitución de lo que entregaron: permitir que un inmigrante ilegal demande el cumplimiento de su contrato de trabajo –nulo– burlaría la prohibición de contratarlo, pero negarle también una acción no contractual para que se le restituya el valor de su trabajo sería dejar la puerta abierta a la explotación de un colectivo especialmente vulnerable.

Burrows y Virgo tratan de las excepciones que surgen en el contexto de la representación; y además, Virgo separa las defensas generales (*estoppel*, cambio de posición, desempobrecimiento, ilicitud, incapacidad, prescripción y retraso desleal, defensas relacionadas con la representación) de algunas defensas específicas que solo concurren en supuestos concretos, como sería la defensa de «contraprestación suficiente» en los casos de error, o la de «adquisición de buena fe» en relación con las acciones reales de restitución¹³⁹.

12. VALORACIÓN FINAL

Desde 2003, año en que deteníamos nuestra historia para analizar con pormenor la aportación del segundo Birks, el interés por la materia ha seguido creciendo. Baste mencionar la aparición del Libro VII del «Draft Common Frame of Reference», a cargo del *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, sobre «Enriquecimiento injustificado», el Borrador de Código de Derecho escocés de Enriquecimiento injusto, a cargo de Eric Clive, la publicación en 2011 del *Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment*, del ALI, a cargo de Andrew Kull¹⁴⁰ o, finalmente, la propuesta de un Proyecto de *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, presentado en 2012 y coordinado por Burrows.

Para apreciar lo que ha ocurrido en la primera década del nuevo siglo bien puede servirnos la tercera edición del manual de Burrows (2011), que tampoco ahora sigue a Birks, ni en la idea de sustituir el «Derecho de Restituciones» por el «Derecho de Enriquecimiento injusto» ni en el abandono del modelo de «factores injustos». Además de mencionar que los cursos universitarios y manuales son de Derecho de Restituciones y no de Derecho de Enriquecimiento injusto (en particular, incluyen el estudio de los enriquecimientos por «ilícito»), opina que sigue sin encontrar un motivo de peso por el que las cosas deban cambiar; por el contrario, aprecia razones claras para no hacerlo: en primer lugar, porque la restitución de enriquecimientos injustos por «ilícito» sigue sin entenderse bien, por lo que es mejor explicarla junto a (y en contraste con) la restitución de enriquecimientos injustos en sentido estricto (no provenientes de contrato ni de daño); en segundo lugar, porque muchos jueces y autores usan el lenguaje del Derecho de Restituciones para referirse no solo a la restitución por enriquecimiento injusto (en

¹³⁹ VIRGO, G., *The Principles...*, cit., pp. 665 y ss.

¹⁴⁰ BURROWS, A., *The Law ...*, cit., 3.^a ed., pp. 3 a 9.

sentido estricto) sino también a la restitución por «ilícito»; en tercer lugar, porque hay cuestiones comunes que parece lógico plantear para ambos tipos de enriquecimiento, como la naturaleza –real u obligacional– de la pretensión restitutoria; y en último lugar, porque siempre hay supuestos limítrofes entre un tipo y otro de enriquecimiento¹⁴¹.

En cuanto a la «acalorada cuestión» sobre si el Derecho inglés debería cambiar desde el tradicional enfoque de los «factores injustos», propio del *common law*, hacia el del *civil law* con su «ausencia de base» para resolver la cuestión del injusto, a Burrows le parece que después de la publicación del *Unjust Enrichment* de Birks –su «conversión» hacia una cierta versión del modelo de «ausencia de base»– el debate ha tomado una dimensión completamente nueva y se ha convertido en uno de los asuntos centrales de la materia. El autor opina que aunque algunas sentencias swap (especialmente *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* –1994– y *Guinness Mahon & Co Ltd v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council* –1999–) se refirieron *obiter* a cierta «ausencia de base» como fundamento de la restitución, entendiéndola probablemente como un «factor injusto», no puede considerarse que supusieran el abandono del modelo de «factores injustos» en favor de otro modelo que gira en torno a la «ausencia de base». Le parecen decisivas las palabras de Goff en *Woolwich Equitable Building Society v IRC* (1993), acerca de que el Derecho inglés no ha desarrollado un principio que garantice la restitución por el mero hecho de que el enriquecimiento *no se debía*: «nuestro Derecho pudo haberse desarrollado para reconocer una *condictio indebiti*, *por no deberse lo entregado*, pero no lo hizo»; y cita algunas sentencias de la Corte Suprema, posteriores a las mencionadas *Westdeutsche* y *Guinness*, que han vuelto a apoyarse en el modelo de los «factores injustos», continuando así la labor de limitar la restitución con la necesidad de identificar un motivo relevante para provocarla¹⁴².

En *Deutsche Morgan Grenfell v IRC* (2006), Lord Hoffmann y Lord Walker trataron abiertamente de la cuestión planteada por Birks en torno al cambio de modelo. Para Hoffmann, la Corte Suprema no tiene ninguna necesidad de pronunciarse sobre la cuestión del fundamento de la responsabilidad por enriquecimiento; Walker duda abiertamente de que sea el momento adecuado para decidir si el Derecho de Enriquecimiento injusto debería apoyarse sobre un principio altamente abstracto, distinto y distante

¹⁴¹ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., p. 12.

¹⁴² BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., p. 97.

respecto de la doctrina ya establecida en el *common law*, pero reconoce haberse dejado seducir por él, de manera que sería apropiado considerar su recepción en un futuro. Burrows concluye que la Corte Suprema no ha cambiado de modelo, por ahora, aunque haya dejado abierta la posibilidad de apreciar la conveniencia de hacerlo más adelante. Por su parte, las cortes menores han continuado utilizando explícitamente el modelo de los «unjust factors»¹⁴³.

Graham Virgo critica las sentencias swap y la «ausencia de base» como causa de restitución. En su opinión, la ausencia de base es un síntoma, pero la razón de ser de la restitución es la falta de capacidad para contratar de una de las partes, los municipios. Es probable que en la mentalidad continental sea suficiente –para justificar la restitución– que no se deba lo entregado, pero esto no basta en el modelo anglosajón; hay que completar la frase: no se debía porque se pagó por error, porque se entregó por intimidación, porque se pagó en cumplimiento de un contrato nulo, porque se entregó en previsión de un contrato que no llegó a existir, etc.¹⁴⁴. Claro que estos motivos materiales no son desconocidos por el modelo del *civil law*, lo que ocurre es que quedan a la sombra del dato principal (si hay o no causa para retener), salvo el más importante de ellos, el error, que juega un papel distinto según haya evolucionando en cada ordenamiento (algunos lo exigen, otros lo presumen, otros no lo requieren pero aceptan la excepción de que el *solvens* sabía que no estaba obligado a entregar; finalmente, otros no lo requieren y reducen la excepción a la posibilidad de invocar la doctrina de los actos propios).

Al analizar el nuevo modelo birkseano, Burrows encuentra que las «bases» que justifican el enriquecimiento son: una obligación válida (contractual, legal u otra), un *trust*, una entrega gratuita o una prestación contractual anticipada (sin contrato aún); y denuncia que no se trate de categorías propias del Derecho de Enriquecimiento injusto, de manera que la cuestión sobre el «injusto» pasa a depender de categorías jurídicas que se encuentran fuera de éste, como ocurre en el *civil law*. Concluye que las soluciones a las que se llega con ambos modelos son prácticamente las mismas, que no se puede decir que el modelo de Birks sea más elegante y fácil de aplicar, y que no hay razones claras para abandonar un sistema por otro, teniendo también a la vista el no pequeño trastorno que supondría el cambio. Con todo, concede que el modelo de Birks se podría utilizar como «contrapunto» para «chequear» los casos nuevos o más difíciles; con el doble «test» –«factores injustos» y «sine

¹⁴³ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., p. 98.

¹⁴⁴ VIRGO, G., *The Principles...*, cit., p. 121.

causa»— se tendría una visión completa del conflicto y se ayudaría al desarrollo del *common law*¹⁴⁵.

Krebs había llamado la atención sobre la dificultad de importar soluciones jurídicas alemanas argumentando que incluso una regla concreta que parezca *a priori* fácil de trasplantar «es parte de un sistema de Derecho privado que parte de que la palabra «nulo» implica consecuencias restitutorias automáticas», por lo que es fundamental que el trasplante tenga en cuenta el modo de funcionamiento de cada sistema y sus consecuencias¹⁴⁶. Comentando a Krebs, Ch. Mitchell observa que los Tribunales ingleses deberían pensarlo más antes de desplazar el Derecho de Restituciones hacia otro modelo, conforme a las líneas del Derecho alemán; y ello porque el modelo alemán de «Enriquecimiento injustificado» tiene sentido dentro del contexto del Derecho de Obligaciones alemán, en el que encontramos reglas —por ejemplo, en materia de restitución por impugnación del contrato— que no tienen paralelo en el Derecho inglés; primero habría que considerar las consecuencias «restitutorias» que tendría el mencionado desplazamiento y solo después, en su caso, cabría valorar su posible aceptación o influencia¹⁴⁷. Otro ejemplo importante de continuidad con el modelo de «unjust factors» es el del Tercer *Restatement*, en el que el profesor Kull propone su propia versión. En ella encontramos novedades, como una nueva familia de supuestos que ha agrupado bajo la denominación de «intervención en interés propio»¹⁴⁸.

G. Virgo opina que se trata de encontrar un camino intermedio entre la función formal o equitativa (propia de un principio general de justicia) y la función material o normativa (prescriptiva, propia de la aproximación «sine causa») del principio de enriquecimiento

¹⁴⁵ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., pp. 100 a 114.

¹⁴⁶ KREBS, T., *Restitution...*, cit., p. 309. El autor vuelve a pronunciarse a favor del sistema de «unjust factors» en «In Defense of Unjust Factors», en JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R. (ed.), *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, pp. 76 y ss. MEIER, S., *Restitución...*, cit., p. 213: «El argumento principal contra el modelo de «ausencia de base» o contra un modelo que justifique la restitución en la nulidad del contrato (como había hecho el Tribunal Supremo con el «factor injusto» de «ausencia de base» en los casos de swap), es que en Derecho inglés la nulidad del contrato no supone automáticamente la restitución de lo que las partes hubieran intercambiado».

¹⁴⁷ MITCHELL, CH., Recensión a cuatro libros sobre Enriquecimiento injusto, entre ellos, *Restitution at the Crossroads: a Comparative Study*, de Thomas Krebs, en *The King's College Law Review*, 14, 2003, p. 296.

¹⁴⁸ Una breve aproximación en GERGEN, M. P., «Self-Interested Intervention in the Law of Unjust Enrichment», en JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R. (ed.), *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, pp. 243 y ss., especialmente 248 y ss. Desde la peculiar perspectiva de este trabajo, Gergen llega a la conclusión de que el sistema de Birks resuelve mal los supuestos de «intervención en interés propio», como ocurre con la *negotiorum gestio*, que sin embargo no trata de explicar. Eso le lleva a tener que forzar algunos conceptos, como el de «atribución gratuita», «compulsión» o «asunción de riesgo» (pp. 254 a 257).

injusto. Al autor le parece razonable que la manera de aplicar el principio no constriña excesivamente la concesión de acciones de restitución para poder adaptarlo a una realidad cambiante; pero también que esta adaptación debería partir de los supuestos típicos, más que de una vaga referencia a la justicia del caso. Tan necesario es que se vayan reconociendo nuevos «factores injustos» y que los existentes se vayan reinterpretando cuando haga falta, como que el desarrollo parta de los «factores injustos» existentes. Y sugiere, ya desde una perspectiva práctica, que para hacer efectivo el principio de enriquecimiento injusto sea necesario que la demanda invoque alguno de los «factores injustos» reconocidos¹⁴⁹.

Creo que ahora se comprenderá mejor la idea de que conocer bien la aportación de Birks proporciona una base sólida para comprender y apreciar correctamente el fundamento y la evolución del Derecho inglés de Restituciones y de Enriquecimiento injusto. Su análisis y el conjunto de opiniones que lo analizan y critican proporciona un panorama adecuado para valorar lo que ha ocurrido y está ocurriendo en el debate anglosajón sobre el Derecho de Restituciones; en este sentido, puede decirse que la obra de Birks es una buena clave de acceso a este complejo territorio jurídico.

Ciertamente, el paladar jurídico continental queda algo desconcertado en algunos lugares de la explicación: acudir a la atribución gratuita como argumento para justificar algunas transmisiones, como en materia de beneficios incidentales, o considerar sin mayor explicación que el contenido de atribución del derecho del acreedor alcanza el primer subrogado, la ganancia ilícita o el poder acudir contra el enriquecido mediato (que no pueda alegar la adquisición de buena fe), son algunos de estos ejemplos: no basta con decir que se han obtenido «a su costa», o que es necesario «disuadir» de determinadas conductas. Si se quiere que el Derecho de Restituciones lleve a cabo esta última función (lo que no se pone en tela de juicio en el contexto anglosajón), habría que construir mejor el «título de imputación subjetiva» y las relaciones entre la gravedad de la conducta y la dimensión de la medida disuasoria. Otro flanco que queda mal cubierto por una acción de enriquecimiento injusto que quiere desvincularse del Derecho de Daños es el tratamiento de las intromisiones: se sugieren algunas soluciones como razonables sin una reflexión suficiente o aclaratoria sobre la función o funciones que esa acción debería perseguir o sobre el contenido de atribución de los derechos usurpados, por lo que tanto el enfoque como las soluciones se presentan como el resultado de una

¹⁴⁹ VIRGO, G., *The Principles...*, cit., pp. 59 a 61. Su conclusión es que al jurista inglés le resulta preferible el modelo propio del *common law* (p. 126).

«voluntad», la del autor o la de que quien pueda hacer valer su propia «política jurídica», de conceder esa u otra consecuencia. Sea como fuere, no es este el lugar ni el momento para analizarlas una a una en profundidad. En su caso, se han deslizado algunos comentarios para ayudar en la tarea de suministrar una visión comparada y crítica de las soluciones propuestas, también para entender hasta qué punto las labores de armonización del Derecho de Enriquecimiento europeo chocan con dificultades serias para llegar a puntos comunes entre los sistemas de *civil* y *common law*.

La promesa pública y unilateral de prestación o recompensa y la modernización del Derecho de obligaciones y contratos

(Análisis de Derecho comparado y en contraste con los textos de Derecho contractual europeo)

M.ª TERESA ALONSO PÉREZ

Profesora Titular Derecho civil

Facultad de Derecho-Universidad de Zaragoza

RESUMEN

En este trabajo se estudia el artículo 1093 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones –elaborada por la Comisión General de Codificación– relativo a la promesa pública y unilateral de prestación. Se analiza en primer lugar en qué medida los textos de Derecho contractual europeo han recogido esta figura. En este sentido se pone de relieve la confusión que al respecto crea el hecho de que en PECL y DCFR se quieran recoger las atribuciones patrimoniales unilaterales y gratuitas. Es más reconocible para los sistemas de Civil Law como el nuestro la regulación que aparece en el artículo 23 del Código europeo de contratos de la Academia de Pavía equiparable a la de los Derechos nacionales que regulan la promesa pública de prestación o recompensa (BGB, Código Civil italiano, Código Civil portugués y el Código suizo de las obligaciones).

En la segunda parte del estudio se hace un análisis de Derecho comparado de la propuesta de modernización española en contraste con los mencionados Derechos nacionales con la finalidad de comprobar qué aspectos de los mismos se han incorporado a la propuesta de regulación española. Además se contrasta también con lo previsto en PECL y DCFR.

PALABRAS CLAVE

Promesa pública y unilateral de prestación o recompensa. Derecho contractual europeo. Declaración unilateral de voluntad. Atribuciones patrimoniales gratuitas.

ABSTRACT

This paper is about Article 1093 of the Proposal to Modernize the Spanish Obligations Law drawn up by the Comisión General de Codificación relating to public and unilateral promise of reward.

First, we analyze whether the texts of European Contract Law have taken into account this figure; so we can see if they have influenced the content of articles Spanish Proposal. In this regard we emphasize the confusion created by the fact that PECL and DCFR want to include unilateral gifts. The content of Article 23 of the European Code of Contracts made by Academy of European Private Lawyers relating public promise is similar to the regulation of the promise in national Laws that regulate it (BGB, Italian Civil Code, Portuguese Civil Code and the Swiss Code of Obligations).

In the second part of the study we make a comparative law analysis of the Spanish proposal modernization in contrast to the aforementioned national laws in order to see what aspects of them have been incorporated into the proposed regulation in Spanish. In addition it also contrasts with the provisions of PECL and DCFR, reaching interesting conclusions.

KEY WORDS

Unilateral gifts. Public and unilateral promise of reward. European Contract Law. Unilateral juridical acts.

SUMARIO: *Planteamiento.—Primera parte. El tratamiento de la promesa en los textos de Derecho contractual europeo. 1. PECL: promesas vinculantes sin aceptación. 2. DCFR: promesas vinculantes y actos jurídicos unilaterales. A) Promesas unilaterales vinculantes sin aceptación: artículo II.1:103 (2) DCFR. B) Actos jurídicos unilaterales: II. 4:301 a 303 del DCFR. a) Atribuciones patrimoniales gratuitas y unilaterales. b) ¿Se contempla en esta sede la promesa unilateral de prestación o recompensa? 3. La promesa pública en el Código europeo de contratos de la Academia de Pavía.—Segunda parte. Análisis de Derecho comparado de la propuesta de regulación de la promesa unilateral y pública de prestación en la Propuesta de Modernización. 1. Supuesto de hecho de la promesa pública de prestación o recompensa. A) Voluntad de vincularse. B) Carácter público de la declaración de voluntad. C) Situación en que debe incurrir el destinatario de la promesa. 2. Consecuencia jurídica. A) Fase de pendencia. a) Acerca de si la promesa obliga en esta fase. b) Plazo de vigencia. c) Facultad de revocación de la promesa. B) Fase posterior al cumplimiento de los requisitos por el destinatario. a) Obligación de cumplir la prestación o de dar la recompensa prometida. b) Cumplimiento de los presupuestos por una pluralidad de destinatarios.—Recapitulación y conclusiones.—Bibliografía.*

PLANTEAMIENTO

La promesa pública y unilateral de prestación o recompensa está regulada en algunos Ordenamientos jurídicos del ámbito del *Civil Law*, como el BGB alemán –parágrafos 657 a 661.a–, el Código Civil italiano –arts. 1989 a 1991–, el Código suizo de las obligaciones –art. 8– o el Código Civil portugués –arts. 459 a 462–. En España carece de regulación pero se le viene reconociendo en general virtualidad para generar obligaciones¹ –con la excepción de Albaladejo²–, pese a que, por un lado, el artículo 1089 del Código Civil no incluya entre las fuentes de las obligaciones las declaraciones unilaterales de voluntad y a que, por otro, tras una jurisprudencia vacilante y en la que no se puede apreciar una línea clara, la sentencia más reciente dictada sobre el particular se haya manifestado contraria a ello diciendo que: *la voluntad unilateral no es en nuestro sistema, como regla, fuente de obligaciones*³.

¹ Es favorable al reconocimiento de la eficacia obligatoria de la promesa pública de recompensa MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, en *La promesa pública de recompensa*, edit. Bosch, Barcelona, 1985 y también en *Curso de Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, edit. Colex, Madrid, 2008, pp. 63 y ss.

El resto de autores que tratan el tema en obras generales parecen asumir que la declaración unilateral de voluntad no debe reconocerse como fuente de obligaciones, salvo en contadas excepciones, entre las que se encontraría la promesa de recompensa. Así DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. T. II. *Las relaciones obligatorias*, 6.ª edic. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 169. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. Primero, *Parte general, Teoría General del Contrato*, edit. Dykinson, Madrid, 2003, p. 121.

² Se manifiesta contrario a la consideración de la promesa de recompensa como fuente de obligaciones. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, Edisofer, 14.ª edic., Madrid, 2011, p. 295.

³ En cuanto a la jurisprudencia dictada sobre la materia no hay una línea clara sobre si debe aceptarse o no la promesa unilateral, o ampliando el foco, la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Estudian en profundidad la evolución jurisprudencial: ALBALADEJO, Manuel, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Revista de Derecho Privado*, 1977, pp. 3 y ss., y SALVADOR CODERCH, Pablo, «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 661 y ss.

La sentencia más reciente sobre la cuestión es la STS de 15 de octubre de 2011 (RJ 2011/7400) que ha sido objeto de comentario por LÓPEZ MAZA, Sebastián, «Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2011» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 90/2012. Esta sentencia confirma la de la Audiencia, que, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia que acogió la excepción de falta de legitimación activa del demandante. El caso es el siguiente: en una Junta de accionistas en la que se decidió por unanimidad una ampliación del capital social, uno de los socios dice que suscribirá las participaciones emitidas que no fueran suscritas por otros socios. Reiteró su voluntad por un correo electrónico al día siguiente. Sin embargo, a las pocas semanas, se retractó de su declaración y la ampliación que debía ser completa, fracasó. La sociedad demanda una indemnización por los daños y perjuicios que causó el incumplimiento de su declaración por el demandado fundándola en el artículo 1101 del Código Civil. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación activa de la sociedad alegada por el demandado pues se consideró que los destinatarios de la declaración unilateral de voluntad fueron los socios y no la sociedad que es la que interpone la demanda; esta sentencia fue

Con la intención de remediar lo que se ha entendido que era una laguna de nuestro Derecho positivo⁴, la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación (en adelante PM), concretamente en los artículos 1092 y 1093, incluye explícitamente entre las fuentes de las obligaciones la promesa pública y unilateral de prestación, proponiendo una regulación de la misma que se basa en los Derechos nacionales que la han regulado recogiendo elementos de uno y otro Código para conformar una regulación bastante completa de la misma⁵:

Artículo 1092.

Las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto. La promesa unilateral de una prestación solo obliga en los casos previstos por la ley.

Artículo 1093.

La promesa, mediante anuncio público, de una prestación en favor de quien realice determinada actividad, obtenga un concreto resultado o se encuentre en cierta situación, obliga al promitente frente a quien haya realizado la conducta, producido el resultado o venido a encontrarse en la situación contemplada, aunque ello haya ocurrido sin consideración a la promesa.

La promesa pública es revocable o modificable a voluntad del promitente, pero si se la ha sometido a un plazo de vigencia, solo será revocable o modificable si media una justa causa. Para ser eficaz, la revocación o modificación deberá hacerse pública en la misma forma que la promesa, o en otra equivalente.

La revocación o modificación de la promesa es ineficaz si la conducta, el resultado o la situación previstos se hubieren ya realizado. Si la obtención del resultado previsto fuere debida a la actuación de varias personas conjunta o separadamente, se dividirá entre ellas la prestación prometida en proporción a la participación de cada uno en el resultado.

confirmada por la Audiencia y el Tribunal Supremo, sin necesidad de pronunciarse sobre si la declaración unilateral de voluntad obligaba al socio o no porque confirma la sentencia de la Audiencia y estima que concurre la falta de legitimación activa apreciada, se pronuncia al respecto afirmando que *la voluntad unilateral no es en nuestro sistema, como regla, fuente de obligaciones* y afirma que el socio no se obligó a adquirir las participaciones nuevas y al no hacerlo no incumplió obligación alguna con tal contenido. Tampoco se considera que el socio deba indemnizar daños derivados de responsabilidad precontractual.

⁴ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. T. II. *Las relaciones obligatorias*, 6.º edic. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, (2008), p. 169 *puede hablarse de una auténtica laguna legal*.

⁵ El artículo 511-4 de la Propuesta de Código Civil publicada por la APDC –Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 101 y 102– reproduce lo previsto en el artículo 1093 de la Propuesta de Modificación de la Comisión General de Codificación que se va a analizar.

En el proceso de revisión del Derecho civil de obligaciones y contratos en el que nos encontramos inmersos he considerado que podría resultar enriquecedor contrastar el contenido de los mencionados artículos de la PM con lo que para esta cuestión se diseña en los textos elaborados en pro de la unificación de la regulación del Derecho contractual a nivel europeo, más específicamente en los Principles European Contract Law (en adelante PECL), el Draft Common Frame of Reference (en adelante DCFR) y el Código europeo de contratos de la Academia de Pavía (en adelante Código de Pavía). Hay que considerar que la promesa pública y unilateral de prestación es un acto o negocio jurídico unilateral de modo que deberemos revisar lo que dichos textos previenen para una y para otro. Y es que, mientras en el Código de Pavía se alude explícitamente a la promesa pública y se puede identificar sin problemas la figura que con nombre similar regulan los Códigos civiles nacionales mencionados, los PECL y el DCFR parecen querer abarcar un ámbito más amplio y, probablemente por ello, menos definido y perfilado, aludiéndose en los PECL a las promesas vinculantes sin aceptación y en el DCFR, además de a dichas promesas, a la categoría de los negocios jurídicos unilaterales.

Por su parte, el artículo 2:107 de los *Principles European Contract Law* –en adelante PECL– se refiere a las promesas vinculantes sin aceptación.

También el artículo II.1:103 (2) y los artículos II.4:301 a 303 del *Draft Common Frame of Reference* contemplan respectivamente las promesas vinculantes sin aceptación y los actos jurídicos unilaterales, sin que sea fácil precisar en una primera aproximación en cuál de las dos ubicaciones se quiere incluir la promesa pública o si se quiere aludir a ella en las dos sedes.

Por último, los artículos 4 y 20 del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía se refieren expresamente a los «actos unilaterales»; además la promesa pública es contemplada explícitamente y se propone una regulación para la misma en los artículos 23 y 13.2.

Me parece importante aclarar el modesto alcance de este estudio, el cual no versa si las promesas públicas y unilaterales de prestación o recompensa –y, más exactamente, las declaraciones unilaterales de voluntad– son fuente de obligaciones en nuestro Ordenamiento jurídico o no lo son. Tampoco se responde a la cuestión de si es oportuno o no que en el futuro la ley les reconozca expresamente tal virtualidad. Llegar a conclusiones fundadas sobre interrogantes de tal magnitud, que afectan a conceptos esenciales del Derecho de obligaciones, requiere una investigación mucho más amplia que la aquí abordada.

El objetivo de este trabajo es efectuar un análisis de la regulación que se diseña para la promesa pública y unilateral de prestación en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones efectuada por la Comisión General de Codificación comparándola con otros Derechos naciones que la regulan y contrastándola con lo que prevén al respecto los textos de Derecho contractual europeo.

PRIMERA PARTE. EL TRATAMIENTO DE LA PROMESA EN LOS TEXTOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

1. PECL: PROMESAS VINCULANTES SIN ACEPTACIÓN

El artículo 2:107 PECL contiene el siguiente texto:

Article 2:107 Promises binding without acceptance

A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding.

Con una parca referencia, reducida a la mínima expresión propia de este texto que solo contiene «principios», se alude aquí a los supuestos en los que la promesa se hace con intención de que, por sí sola, vincule al emisor sin necesidad de que el destinatario la acepte. Los Comentarios a dicho principio certifican que se está queriendo aludir a las promesas unilaterales de las que surgen obligaciones sin necesidad de ser aceptadas⁶. A las mismas les serían aplicables los artículos que se proponen para los contratos ya que según el artículo 1:107 PECL:

Article 1:107: Application of the Principles by Way of Analogy

These Principles apply with appropriate modifications to agreements to modify or end a contract, to unilateral promises and to other statements and conduct indicating intention.

Pero cuando se leen los comentarios a este artículo, además de quedar confirmado que se refiere a las declaraciones unilaterales de voluntad de las que surgen obligaciones y, en particular a la promesa unilateral y pública de prestación o recompensa, también queda claro que se han querido contemplar las atribuciones patrimoniales unilaterales y gratuitas, es decir, las declaraciones unila-

⁶ Entiende también que este precepto alude a la promesa unilateral y pública de prestación o recompensa VAQUER ALOY, Antoni, «Actos y contratos unilaterales», en *Negociación y formación de los contratos*, VVAA, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 176.

terales de voluntad que provocan transmisiones de titularidades jurídico-reales, más concretamente del derecho de propiedad, pues se dice en los Comentarios al artículo 2:107 lo siguiente:

El Common Law se diferencia de los principios en dos aspectos. En primer lugar las promesas exigen en general ser aceptadas. Los únicos supuestos claros de promesas obligatorias que no exigen aceptación son (i) las donaciones (deed) –que no es necesario que conozca el beneficiario– pero que se entienden como un tipo de transmisión de la propiedad, aunque no como contrato...⁷

Los comentaristas al aludir al *Common Law* hacen referencia a la donación como ejemplo claro de promesa obligatoria que no precisa ser aceptada. La mezcla de estos dos planos, a saber, la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones y como mecanismo de transmisión de titularidades jurídico-reales, más concretamente de la propiedad, se explica por la necesidad de acoger en estos textos la configuración no contractual de las atribuciones patrimoniales gratuitas propias de los sistemas del *Common Law* y que nosotros encajamos en el contrato de donación.

Es decir, para este texto, la promesa unilateral puede tener eficacia sin necesidad de aceptación y podría provocar una vinculación del emisor en dos planos distintos: por un lado, la promesa solo genera obligaciones si el promitente ha querido comprometerse como deudor a realizar una determinada prestación o si ha querido transmitir un crédito frente a tercero del que era titular; por otro lado, si ha querido transmitir una titularidad jurídico-real, su promesa producirá dicha transmisión sin que medie aceptación.

La necesidad de contemplar estas dos realidades y la mezcla de los dos planos mencionados marca mucho más el contenido del DCFR en el que se intenta conjugar la articulación de las atribuciones patrimoniales gratuitas por la vía contractual (contrato de donación), y al margen de la realidad contractual por el cauce de los actos jurídicos unilaterales y/o de las promesas vinculantes sin aceptación.

2. DCFR: PROMESAS VINCULANTES Y ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES⁸

Al analizar cómo se ha contemplado la promesa unilateral y pública de prestación en el DCFR encontramos dos focos en los

⁷ DÍEZ PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, Encarna/MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, edit. Civitas, Madrid, 2002, p. 219.

⁸ Las referencias que en este trabajo se hacen al DCFR son del siguiente texto: Christian VON BAR, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE (editores), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the

que centrar la atención, por un lado la referencia a las promesas unilaterales vinculantes y, por otro, los artículos referidos a los actos jurídicos unilaterales⁹.

A) Promesas unilaterales vinculantes sin aceptación: artículo II.1:103 (2) DCFR

En las tablas de correspondencia de artículos entre los PECL y el DCFR se hace constar que el artículo correspondiente al 2:107 de los PECL es el artículo II.1:103 (2) del DCFR conforme al cual¹⁰:

II. 1:103: Binding effect

- (1) A valid contract is binding on the parties.
- (2) A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.
- (3) This Article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law.

Los comentarios a estos preceptos, en particular al número (2) coinciden sustancialmente con los efectuados al artículo 2:107 de los PECL recurriéndose a los mismos ejemplos, de modo que si bien tiene razón quien entiende que puede afirmarse que en este precepto se han querido incluir las promesas unilaterales vinculantes sin aceptación¹¹, lo cierto es que, por los comentarios y como ocurre con los efectuados al artículo 2.107 de los PECL, en este texto también tienen cabida las atribuciones patrimoniales gratuitas propias de los sistemas de *Common Law*.

Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, European Law Publishers, Munich, 2009. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf

⁹ Hay otra sede en la que se alude a esta figura y es en los Comentarios al artículo 4:201 del DCFR y al artículo 2:201 de los PECL referidos a la oferta y en los que se menciona expresamente la «recompensa», aludiendo a artículos como el artículo 459 del Código Civil portugués –promessa pública–, el artículo 1989 del Código Civil italiano –promessa al público– o al artículo 657 del BGB, que regula la promesa vinculante. *Cfr. DCFR Full edition*, p. 323 y *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, edit. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 227. En los comentarios al artículo II.4:201 del DCFR se alude a la recompensa para evidenciar que en algunos países su ofrecimiento se equipara a la oferta en el sentido de que el cumplimiento del acto para el que se ofrece la recompensa viene a cumplir el rol de la aceptación. Los preceptos de los Derechos nacionales mencionados también son referidos en las Notas al artículo II.1:103 DCFR que, como hemos dicho, regula los negocios de los que se derivan efectos vinculantes.

¹⁰ *DCFR Outline Edition*, Munich, 2009, p. 103.

¹¹ SIMÓN MORENO, Héctor, «Comentario al artículo II.1:103 del DCFR», en VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve/SÁNCHEZ GÓNZALEZ, María Paz, *Derecho Europeo de los Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, edit. Atelier, Barcelona, 2012, p. 90.

B) Actos jurídicos unilaterales: II.4:301 a 303 del DCFR

Otro foco al que hay que atender en el DCFR es el II.4:301 a 303 que se refiere a los actos jurídicos unilaterales, debiendo considerarse uno de ellos la declaración unilateral de voluntad y, en particular, la promesa pública y unilateral de prestación o recompensa objeto de este estudio. El contenido de estos preceptos es el siguiente:

Section 3: Other juridical act.

II.4:301: Requirements for a unilateral juridical act.

The requirements for a unilateral juridical act are: (a) that the party doing the act intends to be legally bound or to achieve the relevant legal effect; (b) that the act is sufficiently certain; and (c) that notice of the act reaches the person to whom it is addressed or, if the act is addressed to the public, the act is made public by advertisement, public notice or otherwise.

II.4:302: How intention is determined.

The intention of a party to be legally bound or to achieve the relevant legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the person to whom the act is addressed.

II.4:303: Right or benefit may be rejected.

Where a unilateral juridical act confers a right or benefit on the person to whom it is addressed, that person may reject it by notice to the maker of the act, provided that is done without undue delay and before the right or benefit has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued.

El artículo II.1:101 del DCFR opone los conceptos de contrato y de acto jurídico. Sin embargo, en la única parte en que se mencionan específicamente «Otros actos jurídicos» es en el capítulo IV relativo a la formación del contrato, que, además, solo regula los actos jurídicos unilaterales. Este conjunto normativo está formado por los artículos II.4:301 a 303 cuya ubicación sistemática parece estar contraponiendo el acto jurídico unilateral a las nociones de oferta y aceptación como vía de formación del contrato. Es decir, se concibe que ciertos efectos vinculantes, como el nacimiento de obligaciones o la transmisión de derechos de crédito y de derechos reales, pueden producirse por dos cauces distintos: el contrato y los actos jurídicos unilaterales.

a) ATRIBUCIONES PATRIMONIALES GRATUITAS Y UNILATERALES

Para concretar qué supuesto o supuestos de hecho se han querido contemplar en los artículos II.4:301 a 303 del DCFR, es muy relevante lo dispuesto en el último de los que conforman el bloque, concretamente el artículo II.4:303 DCFR según el cual:

II.4:303: Right or benefit may be rejected.

Where a unilateral juridical act confers a right or benefit on the person to whom it is addressed, that person may reject it by notice to the maker of the act, provided that is done without undue delay and before the right or benefit has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued.

Se propone, en este artículo, otorgar al beneficiario la facultad de rechazar el derecho o beneficio que se le ha conferido a través del acto jurídico unilateral¹². Lo cual es indicativo de que se están contemplando actos unilaterales que confieren, por sí solos, derechos o beneficios a determinados sujetos.

Parece que se está aludiendo a la transmisión del derecho de propiedad de un bien pero, claro, como no se dice expresamente sino que se alude genéricamente a un beneficio o derecho, habrá que entender que ese beneficio o derecho que se atribuye pueda ser un derecho de crédito (cuya adquisición puede ser derivativa –el emisor o autor del acto jurídico unilateral es titular de un crédito frente a otra persona y tiene intención de transmitirlo–, u originaria –el emisor o autor del acto jurídico unilateral asume como deudor una obligación frente al o a los destinatarios–) o un derecho de propiedad o cualquier otro derecho real¹³. En ambos casos se atribuye un beneficio o derecho que el destinatario debería poder rechazar. Ahora bien:

Cuando *lo que se atribuye es un derecho de crédito*, es decir, cuando del acto jurídico unilateral o de la declaración unilateral de voluntad surge una obligación a cargo del emisor beneficiando al destinatario (o se transmite un derecho de crédito del que este sujeto

¹² BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Comentario a los artículos II.4:301 y ss. del DCFR», en VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve/SÁNCHEZ GÓNZALEZ, María Paz, *Derecho Europeo de los Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, edit Atelier, Barcelona 2012, p. 338 dice al respecto que: *Entendemos más razonable interpretar el precepto en el sentido que lo que debe rechazarse es la atribución derivada de la promesa, no la promesa en sí.*

¹³ En el mismo sentido: BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *op. cit.*, p. 337: *el artículo II.4:303 no limita el acto jurídico unilateral a una eficacia obligacional (por ejemplo, una promesa de premio o recompensa), sino que alcanza también a los de eficacia real, como sería el caso de la donación.*

era titular), no parece plantearse como excesivamente problemática la adquisición de dicho beneficio por el destinatario. Es cierto que el derecho de crédito que se le atribuiría en su caso y la acción que tendría para reclamarlo pasaría a engrosar su patrimonio y es cierto también que, en puridad, esto no puede ocurrir si el beneficiario no acepta esa situación. Sin embargo, es dable observar que la facultad de rechazar el beneficio conferido a través de un promesa pública y unilateral de prestación o recompensa no se menciona ni regula en ninguno de los Derechos nacionales que contemplan la promesa pública –ni en el BGB, ni en el Código Civil italiano, ni en el portugués ni en el suizo de las obligaciones– entendida ésta como fuente de obligaciones. Sin embargo, en el DCFR sí se contempla expresamente. Acaso cuando el acto unilateral solo genera obligaciones, y no se contempla como vía de transmisión de titularidades jurídico-reales, todos los problemas que puede plantear al beneficiario la adquisición de un derecho de crédito se solucionen no reclamando su cumplimiento. En cualquier caso resulta llamativo, en contraste con la regulación del DCFR, que no se contemple la facultad de rechazar el beneficio en ninguno de los Derechos nacionales.

Por el contrario, cuando nos encontramos ante actos jurídicos unilaterales que provocan por sí solos –es decir, sin aceptación del destinatario– *la transmisión del derecho de propiedad*, parece haber más rigidez con el principio de que nadie puede ser obligado a la adquisición de un beneficio en contra de su voluntad. Por ello, en estos casos, acaso tenga más sentido otorgar al beneficiario la facultad de rechazar el incremento patrimonial. En los Comentarios a este precepto del DCFR, se pone como ejemplo de razones que pueden llevar al destinatario a rechazar el beneficio, precisamente el siguiente: «The owner of certain types of property may well come under certain duties or burdens of a public law nature»¹⁴.

Estas son las razones que nos llevan a considerar que en este precepto se está aludiendo a atribuciones patrimoniales unilaterales y gratuitas al beneficiario, es decir, declaraciones unilaterales de voluntad que incorporan al patrimonio del destinatario titularidades jurídico-reales, más concretamente del derecho de propiedad sobre un bien. Solo así parece necesario indicar expresamente que el beneficio se puede rechazar.

El hecho de que se hayan querido contemplar atribuciones patrimoniales nos obliga a tener en cuenta la donación. En los países del ámbito del *Civil Law*, la transmisión gratuita de bienes y derechos la concebimos encajada irremediabilmente en el marco contractual, mientras que en los países del *Common Law* la perspectiva desde la que se atiende es distinta. Estas dos visiones deben reflejarse en el DCFR y, por ello, se reconoce la eficacia del acto jurídico unilateral como mecanismo que por sí solo puede transmitir eficazmente

¹⁴ DCFR Outline edition, cit., Comentario al artículo II.4:303, p. 371.

la titularidad de derechos al destinatario¹⁵ y, además, se atiende la concepción contractual de la donación regulándola como contrato. De este modo se acoge la doble construcción dogmática de la misma, evitando predeterminar o limitar el cauce por el que debe articularse jurídicamente. En definitiva, no se la ha querido reducir al cauce contractual admitiendo la transmisión de titularidades mediante un acto jurídico unilateral y por ello se contemplan en el artículo II.4:303 DCFR¹⁶; por otro lado, podían entenderse ya incluidas en el artículo II.1:103 (2) del mismo texto, como hemos dicho.

El respeto a esa doble posibilidad de articulación de la transmisión gratuita de bienes y derechos tiene sus consecuencias a la hora de estructurar las propuestas de regulación y determina, entre otras cosas, que:

1. En sede de contrato de donación, se prevea que la regulación de dicho contrato se aplicará –con las adaptaciones pertinentes– a las promesas unilaterales (*cf.* art. IV-H-1:104 DCFR¹⁷), aludiendo –entendiendo– a las declaraciones unilaterales de voluntad o actos jurídicos unilaterales que, por sí solos, provocan atribuciones patrimoniales gratuitas.

Además, la intención de querer viabilizar las dos perspectivas desde las que puede construirse la atribución patrimonial gratuita o donación es coherente con el hecho de que, entre los requisitos formales del contrato de donación, se centre la atención en la forma en que debe materializarse el consentimiento del donante, no aludiéndose en modo alguno a cómo debe encauzarse formalmente el del donatario.

2. La doble perspectiva desde la que se regula el contrato de donación exige, por otro lado, que en otra sede diferente a la regulación del mismo, se haga referencia a los actos jurídicos o declaraciones de voluntad unilaterales que, por sí solos, tienen virtualidad para provocar la transmisión o atribución de un derecho, es decir, una atribución patrimonial gratuita. Y ese es el papel que desempeñan estos preceptos de los que nos estamos ocupando y que regulan los actos jurídicos unilaterales en el DCFR.

¹⁵ BOSCH CAPDEVILA, Esteve «Comentario a los artículos II.4:301 y ss del DCFR», en *op. cit.*, p. 337.

¹⁶ SCHMIDT-KESSEL, Martin, « At the frontiers of Contract Law: Donation in European Private Law», en VAQUER ALOY, Antoni, *European Private Law beyond the Common Frame of reference*, Groningen, 2008, pp. 79 y ss.

¹⁷ Draft Common Frame of Reference

IV. H.1:104: Application to unilateral undertakings and immediate donations.

This Part applies with appropriate adaptations where the donor gratuitously, with an intention to benefit the donee:

(a) unilaterally undertakes to transfer the ownership of goods to the donee; or
(b) immediately transfers the ownership of goods to the donee.

Llegados a este punto, por lo dicho es evidente que, en estos preceptos se contemplan actos o declaraciones unilaterales de voluntad susceptibles de provocar, por sí solos, la transmisión de titularidades; entiendo que se ha querido recoger la de titularidades jurídico-reales y más especialmente la del derecho de propiedad.

Ahora bien, la cuestión que debemos seguidamente abordar es si, además, hay que entender comprendidos en estos artículos del DCFR actos o declaraciones unilaterales de voluntad –entre las que estaría la promesa pública– de los que solo surgen obligaciones, es decir, derechos de crédito.

b) ¿SE CONTEMPLA EN ESTA SEDE LA PROMESA UNILATERAL DE PRESTACIÓN O RECOMPENSA?

En la medida en que la promesa pública y unilateral de prestación o recompensa es un acto jurídico unilateral parece que *a priori* habrá que partir, ya no de que la misma tenga cabida en el artículo II.4:301, sino de que, además, probablemente se la haya querido incluir en esta sede.

Cuando se alude a un beneficio en estos preceptos probablemente se hayan querido contemplar, no solo transmisiones unilaterales de derechos de propiedad o de derechos reales, sino también de derechos de crédito, ya sea contra el emisor o autor del acto jurídico unilateral (transmisión originaria porque asume como deudor la obligación de llevar a cabo una prestación), ya sea contra un tercero (transmisión derivativa de un derecho de crédito del que él era acreedor frente a un tercero).

Sin embargo, son muchas las razones que nos llevan a dudar de que efectivamente se esté contemplando aquí esta figura.

De entrada, algunos de los aspectos que son esenciales de la figura de la promesa pública en los Derechos nacionales –el carácter público de la declaración, la necesidad de obtener un resultado o cumplimentar una acción– no se mencionan en estos preceptos y, si aparecen, lo hacen de tal manera que se desdibujan o difuminan, como expondremos con más profundidad en la segunda parte de este estudio.

Por otro lado, en los Comentarios a dichos artículos no se menciona la promesa pública; tampoco entre las notas sobre los Derechos nacionales se refiere ningún precepto de Derecho nacional regulador de la promesa pública, salvo una mención de pasada al artículo 457 del Código Civil portugués¹⁸.

¹⁸ DCFR, cit..., pp. 339 y ss.

No sé si es razonable afirmar que en los artículos II.4:301 a 303 del DCFR no se está contemplando la promesa pública, pero creo que las consideraciones expuestas permiten dudarlo fundadamente¹⁹. Y en la segunda parte de este estudio, podremos comprobar cómo la ausencia de referencia a algunos de los presupuestos que son esenciales de la figura en los Derechos nacionales proporciona argumentos que, al menos, ahondan la incertidumbre.

Recapitulando, diremos que el tratamiento que a la promesa unilateral y pública de prestación o recompensa otorga el DCFR es muy confuso debido a que se quieren integrar las atribuciones patrimoniales gratuitas propias del *Common Law*. Hemos examinado dos sedes de este texto que guardan –o pueden guardar– relación con la promesa pública:

– con respecto a una de ellas, el artículo II. 1:103 (2) DCFR (que coincide con lo previsto en el artículo 2:107 de los PECL), puede concluirse que está recogiendo las promesas unilaterales y públicas vinculantes sin aceptación tanto si son fuente de obligaciones como si son cauce para transmitir titularidades jurídico-reales.

– con respecto a la otra sede (II.4:301 a 303 del DCFR), creo que es claro que está contemplando los actos jurídicos unilaterales como vía de transmisión de titularidades jurídico-reales –más particularmente de la propiedad–, siendo más dudoso que se puedan entender incluidas en dichos preceptos las promesas unilaterales y públicas de prestación o recompensa que solo atribuyen o generan derechos de crédito.

3. LA PROMESA PÚBLICA EN EL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS DE LA ACADEMIA DE PAVÍA

En el Código europeo de contratos elaborado en el marco de la Academia de iusprivatistas europeos bajo la dirección del profesor Gandolfi²⁰ y que tiene su sede en Pavía, también se contienen una serie de artículos relacionados con el tema que nos ocupa. La promesa pública se contempla expresamente en el artículo 23 que remite a su vez al artículo 13.2 donde se la intenta diferenciar de la oferta y de la publicidad. Ambos artículos se ubican en sede de formación del contrato donde, además, el artículo 20 alude a los

¹⁹ BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Comentario a los artículos II.4:301 y ss. del DCFR», en *op. cit.*, p. 333 aunque en sus Comentarios alude en alguna ocasión a la promesa pública tampoco afirma con rotundidad y claridad que la misma se está contemplando en dichos preceptos.

²⁰ La página web de la Academia es <http://www.eurcontrats.eu/acd2/> y en ella puede seguirse la evolución de los trabajos.

actos unilaterales, a los que también se refiere el artículo 4 incluido en las disposiciones preliminares del Código²¹.

Este es el único texto de los tres que se examinan que permite equiparar sin dificultades la promesa pública que contempla en el artículo 23 a la que regulan los Derechos civiles nacionales que hemos mencionado. No obstante, se percibe en el Código de Pavía y en lo atinente a la promesa pública cierta confusión conceptual en relación a la oferta y, más particularmente, a la oferta al público. Se aprecia –como no podía ser de otro modo– una marcada influencia del Derecho italiano cuyo Código Civil regula estas figuras de confines siempre imprecisos.

Veamos específicamente cada uno de los artículos referidos directa o indirectamente a la institución que nos ocupa.

Con respecto al artículo 4 referido a los actos unilaterales, hay que descartar que su ubicación –en las disposiciones preliminares–

²¹ Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas de Pavía:

Artículo 4. Reglas aplicables a los actos unilaterales.

Salvo disposición contraria de este Código o comunitaria o en vigor como regla imperativa en los Estados miembros de la Unión europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben ser observadas, en tanto en cuando sean ellas compatibles, en relación a los actos unilaterales que tengan lugar en orden a la estipulación de un contrato o en el curso de la relación que de él deriva, aun cuando tenga por fin provocar su extinción o invalidación.

Artículo 13. Nociones de oferta y de invitación a hacer una oferta

1. Una declaración dirigida a la conclusión de un contrato tiene valor de oferta si contiene todas las condiciones del contrato a estipular o indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido, en modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse vinculado en caso de aceptación.

2. Una declaración que no responde a las condiciones del párrafo precedente o que, dirigida a personas indeterminadas, presenta el carácter de una comunicación publicitaria no constituye una oferta y no es, por tanto, susceptible de ser aceptada. Ella constituye una invitación a hacer una oferta, salvo si formula una promesa a favor del que cumpla una acción o revele la existencia de una situación determinada; en ese caso constituye una promesa al público a los fines y para los efectos previstos en el artículo 23.

Artículo 20. Actos unilaterales.

Las declaraciones y los actos unilaterales recepticios producen los efectos que de ellos puedan derivar en virtud de la ley, de la costumbre y de la buena fe, a partir del momento en que llegan a conocimiento de la persona a la que van destinados, y aún cuando el emittente les declare irrevocables, pueden ser retirados hasta ese momento.

Artículo 23. Promesa al público.

1. La promesa dirigida al público, prevista en el artículo 13, párrafo segundo, vincula al que la hace desde que se hace pública y se extingue a la expiración del plazo que en ella misma se indica o que pueda deducirse de su naturaleza o de su finalidad, o un año después de su emisión si no llega a tener lugar la situación en ella prevista.

2. La promesa al público puede ser revocada antes de que transcurran los plazos mencionados en el párrafo precedente bajo la misma forma que la promesa, pero en tal caso el que la revoque debe abonar una justa indemnización a los que por ésta misma promesa han sido inducidos de buena fe a efectuar gastos, a menos, sin embargo, que pruebe que el resultado esperado no hubiera tenido lugar.

suponga un reconocimiento de su virtualidad para generar obligaciones, pues se limita a decir que les son aplicables las normas de los contratos en cuanto haya compatibilidad. El texto no deja lugar a dudas ya que se refiere a *actos unilaterales que tengan lugar en orden a la estipulación de un contrato o en el curso de la relación que de él deriva*.

Por su parte, el artículo 20 también se refiere a los actos unilaterales, pero solo se están contemplando las declaraciones de voluntad unilaterales que intercambian los protagonistas del proceso de formación de un contrato, más concretamente, la oferta y la aceptación, las cuales se configuran como declaraciones de voluntad recepticias –art. 14 para la oferta y art. 16.2 para la aceptación–.

El artículo 23 sí alude explícitamente a la promesa pública y se conecta con el artículo 13.2 que también la menciona²². Según el artículo 23 la promesa pública «vincularía» al emisor. La referencia explícita que se hace a que el emisor queda vinculado se hace –entendiendo– admitiendo que puede generar obligaciones a cargo del emisor; aunque también es cierto que la vinculación del promitente no tiene por qué suponer necesariamente que surjan obligaciones a su cargo, ya que hay vinculación cuando debe mantenerse esa promesa durante un lapso de tiempo y también cuando, en caso de revocación anticipada, como se proyecta en este Código, el promitente deba indemnizar a quienes de buena fe hayan podido ser inducidos a efectuar gastos (*cf.* art. 23.2). No obstante, creo que, probablemente, se ha querido caracterizar la promesa pública como fuente de obligaciones, siendo un argumento favorable a esa interpretación el que en ninguno de los artículos que se proponen para la oferta se dice que su emisor queda vinculado y se puede considerar que esta no genera, en principio, obligaciones.

Este artículo 23 debe completarse con el artículo 13.2 que también se refiere a la promesa pública. De sendos textos pueden deducirse los elementos que en este Código se exigen a la promesa y las consecuencias jurídicas de la misma. El análisis de uno y otro aspecto lo hacemos al hilo del estudio del diseño normativo que para la misma se contiene en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión General de Codificación.

²² Sobre el contenido de las discusiones que tuvieron lugar en la Academia al hilo de la redacción del artículo 23 puede consultarse GANDOLFI, Giuseppe (coord.), *Code Européen des Contrats, Avant-projet. Livre premier*, Dott. A Giuffrè editore, Milano, 2002, pp. 138 y 139. En la doctrina española han analizado la cuestión de la promesa pública: LALANA DEL CASTILLO, Carlos, «Formación del contrato», en *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavia* (dir. GARCÍA CANTERO, Gabriel), edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 124 a 127; también ROGEL VIDE, Carlos, «En torno a la conclusión de los contratos», en *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Vol. 1, pp. 207 a 226.

SEGUNDA PARTE. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO DE LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA PROMESA UNILATERAL Y PÚBLICA DE PRESTACIÓN EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

En este epígrafe vamos a analizar la propuesta normativa de modernización del Derecho español de obligaciones en lo que se refiere a la promesa pública y a contrastarla con la regulación de la misma en los Códigos nacionales referidos y, además, con las menciones que a los actos jurídicos unilaterales, a las promesas vinculantes sin aceptación y a la promesa pública hacen los distintos textos de Derecho contractual europeo que hemos analizado en la primera parte del estudio. En un primer apartado veremos los elementos que conforman el supuesto de hecho y, después, las consecuencias jurídicas.

La PM no alude a promesas vinculantes, ni a negocios jurídicos unilaterales como los PECL o el DCFR, sino que se refiere directa y específicamente a la promesa unilateral y pública de prestación, siguiendo así el modelo de los Códigos civiles europeos que regulan esta figura (BGB, italiano, portugués y Código suizo de las obligaciones), que es a su vez el acogido en el Código de Pavia y, consecuentemente, no responde al esquema ofrecido para las promesas vinculantes o para los actos jurídicos unilaterales por aquellos textos (PECL y DCFR). Además, el artículo 1092 de la PM española recoge la terminología del artículo 1989 del Código Civil italiano y del artículo 458 del Código Civil portugués que se refieren el primero a promesa al público (art. 1989) y el segundo (art. 459) a promesa pública y, además, los dos se refieren a promesa *de prestación* y no de recompensa como el par. 657 BGB.

1. SUPUESTO DE HECHO DE LA PROMESA PÚBLICA DE PRESTACIÓN O RECOMPENSA

Para que una declaración unilateral de voluntad pueda considerarse un supuesto de promesa pública y unilateral de recompensa o prestación se exige que reúna una serie de elementos perfectamente delimitados en los Códigos nacionales, que también aparecen en la PM española. Veámoslos.

A) **Voluntad de vincularse**

Es necesario que quien emite la declaración unilateral tenga voluntad efectiva o intención de vincularse jurídicamente. Los

Ordenamientos extranjeros en que se regula esta figura no suelen aludir explícitamente a este presupuesto que hay que entender implícito en el término *compromiso* o promesa que aparece en todos ellos al designar la figura, y lo mismo ocurre en el artículo 1093 de la PM.

Y si el presupuesto de la voluntad o intención de obligarse en el emisor no se marca en exceso en dichos textos, justamente lo contrario ocurre en el DCFR en cuyas dos ubicaciones estudiadas se menciona explícita y destacadamente este requisito [en el art. II.1:103 2 del DCFR se dice *if it is intended to be legally binding*; en el art. II. 4:301 a) DCFR se exige al autor del acto jurídico unilateral que se vincule legalmente o quiera alcanzar efectos jurídicamente relevantes]. Este mismo texto, en el artículo siguiente (art. II.4:302) especifica que dicha voluntad se valorará de acuerdo con sus declaraciones o conducta tal como serían interpretadas razonablemente por la persona a la que el acto va dirigido. Es decir, la apreciación de si se da este elemento subjetivo o volitivo debería hacerse en base a datos objetivos que revelaran, llegado el caso, su concurrencia.

B) **Carácter público de la declaración de voluntad**

En todos los cuerpos normativos nacionales vigentes se exige que la declaración unilateral de voluntad a través de la que se hace el ofrecimiento de la prestación sea pública²³. En consonancia con dichos Ordenamientos, el artículo 1093 PM alude literalmente a la promesa realizada *mediante anuncio público*. También el Código de Pavía incide en el carácter público de la promesa en el artículo 23 y especialmente en el artículo 13.2 donde, precisamente, se la intenta diferenciar de la publicidad.

El carácter público que se exige a la promesa unilateral para que sea vinculante es explicado por Martínez de Aguirre para el cual trae causa de la necesaria indeterminación del destinatario, bien porque quien emite la declaración unilateral de voluntad no sabe quién puede conseguir el resultado que persigue, bien porque pretende que ciertos sujetos compitan entre sí. Si el emisor de la promesa conociera a algún destinatario que pudiera alcanzar el resultado de modo satisfactorio a sus intereses le haría una oferta

²³ Se exige el requisito del carácter público de la declaración de voluntad en el párrafo 657 BGB –Quien se compromete públicamente...–, en el artículo 1989 Código italiano –«Colui che, rivolgendosi al pubblico...»– o en el artículo 8 del Código suizo de las obligaciones –«Celui qui promet publiquement...». También el artículo 459.1 del Código Civil portugués: «Aquele que, mediante anúncio público...».

de contrato, dice este autor. Al no saber a quién dirigirse o querer dirigirse a un conjunto amplio para promover la competencia es ineludible el carácter público de la declaración. Sólo así –dice– pueden cumplirse los fines específicos de la figura²⁴. Se llega a considerar el carácter público de la declaración unilateral como *requisito formal esencial* de esta figura²⁵. Tanta relevancia se da a este presupuesto que se admite la posibilidad de que la promesa vaya dirigida a una determinada categoría de personas, pero no se contempla la posibilidad de que vaya dirigida a un solo sujeto.

Sin embargo, ni el artículo 2:107 PECL, ni el II.1:103 del DCFR se refieren a este presupuesto, aunque en los Comentarios a dichos artículos se hace constar que la promesa puede ir dirigida al público o a una persona concreta. Por su parte, el artículo II.4:301 DCFR distingue cuando el acto jurídico unilateral va dirigido a una sola persona o al público en general: en el primer caso, se considera suficiente que alcance a la persona a la que va dirigida, mientras que, si va dirigida al público en general, este texto dispone que debería hacerse público mediante anuncio, noticia pública o de cualquier otro modo.

La explicación de que este presupuesto no aparezca en PECL y pierda su protagonismo en el DCFR permitiendo actos jurídicos unilaterales vinculantes destinados a una sola persona es que en estos dos últimos textos se están queriendo contemplar, como hemos dicho, las atribuciones patrimoniales gratuitas, por ello deben admitir la posibilidad de que el acto jurídico unilateral vaya dirigido únicamente a un sujeto concreto. Mientras que en los Derechos nacionales tomados en consideración la transmisión gratuita de titularidades se cubre mediante el contrato de donación, de modo que el ofrecimiento a un solo sujeto se encauzaría en principio por dicha vía.

C) Situación en que debe incurrir el destinatario de la promesa

En los Derechos nacionales que regulan la promesa pública y unilateral de prestación o recompensa, para que su destinatario adquiera el derecho a la prestación que ofrece, es necesario que se encuentre en una determinada situación fijada por el promitente o que obtenga un resultado o desarrolle cierta actividad.

²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *La promesa pública de recompensa*, edit. Bosch, Barcelona, 1985, pp. 99 y ss.. No obstante, considero que habría que valorar si esta necesidad también podría ser cubierta mediante una oferta al público.

²⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op cit.*, p. 122.

No obstante, es diversa la configuración de este presupuesto en los distintos Derechos nacionales diferenciándose lo dispuesto en el parágrafo 657 del BGB de lo previsto en el resto de Derechos nacionales y en la PM²⁶. Así, mientras en el BGB se dice por la *ejecución de una acción, especialmente por la realización de un resultado*, el resto de Derechos nacionales permiten también que el emisor de la promesa resulte vinculado jurídicamente frente a quien se encuentra en una determinada situación. Esta última es la tendencia que sigue el artículo 1093 de la PM que dice: *en favor de quien realice determinada actividad, obtenga un concreto resultado o se encuentre en cierta situación...*

La configuración del supuesto de hecho en que debe encontrarse el beneficiario de la promesa es objeto de controversia puesto que se puede discutir si el hecho de que el mismo pueda ser «que el beneficiario se encuentre en cierta situación» permite articular un acto de liberalidad²⁷ que –entiendo– debería cumplir los requisitos formales de constitución de la donación para vincular jurídicamente a su autor. Pese a las voces autorizadas que consideran que, en este caso, debe admitirse *tal posibilidad*²⁸, entiendo que su legitimidad dependerá de lo que se prevenga para la formación del contrato de donación.

Frente al argumento aducido en pro de su legitimidad, del Derecho italiano y del portugués, puede oponerse en contra lo previsto por el Derecho alemán. Y, para desmontar el argumento de que *las situaciones en que pueda encontrarse el beneficiario pueden ser calificadas de meritorias*, hay que afirmar que este tipo de relaciones se articulan en nuestro Ordenamiento a través de la donación remuneratoria contemplada en el artículo 619 del Código Civil y, para la cual, no se excepcionan las rígidas exigencias formales necesarias para la perfección de dicho contrato. Ha de tenerse en cuenta que, cuando se regula la perfección del contrato de donación, se tiende a proteger la posición del donante; la admisión de esta posibilidad vía promesa pública, podría suponer burlar tal protección.

En cuanto a los textos de Derecho contractual, el Código de Pavía que en esta materia está influido por los Derechos nacionales del ámbito del *Civil Law*, también recoge la necesidad de que el destina-

²⁶ En cuanto a la configuración de lo que se espera del destinatario para obtener la prestación prometida el parágrafo 657 BGB alude a *la ejecución de una actuación, especialmente por la realización de un resultado*; el artículo 1989 Código Civil italiano se refiere a: *a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione...* y, por último el artículo 459 del Código Civil portugués dice que «...prometer uma prestação a quem se encontré em determinada situação ou pratique certo facto, positivo ou negativo...».

²⁷ Así parece entenderlo también BOSCH CAPDEVILA, *op. cit.*, p. 335.

²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 122 a 129.

tario de la promesa para ser beneficiario deba cumplir una acción o revelar la existencia de una situación determinada (art. 13.2). Sin embargo en DCFR y en PECL nada se dice sobre si el destinatario de la promesa o del acto unilateral debe ejecutar una acción, obtener un resultado o encontrarse en una determinada situación, lo cual también se explica esta vez por su mayor preocupación por integrar las atribuciones patrimoniales gratuitas que la promesa pública de prestación o recompensa, puesto que jurídicamente son irrelevantes los motivos que llevan a un sujeto a transmitir gratuita o altruistamente a otro la titularidad sobre una cosa o un derecho. Cuando el desplazamiento de titularidades se opera a través de un contrato –donación–, la causa sería el acuerdo de voluntades. Si el sistema jurídico admite la atribución unilateral la causa sería la voluntad o intención del transmitente –como en DCFR–. Sin embargo, en aquellos ordenamientos en los que la transmisión gratuita de titularidades o la atribución gratuita de derechos se opera necesariamente vía contrato de donación, la admisión de un desplazamiento patrimonial por voluntad de un solo sujeto requiere algo más que lo fundamente jurídicamente, que lo *causalice* –si se me permite la expresión– y esa función la cumple la situación en que debe encontrarse el beneficiario o el resultado que debe obtener o la prestación que debe cumplir. Como en DCFR se está pensando en las atribuciones unilaterales gratuitas del *Common Law* que no se operan por acuerdo, no precisa más causa que la voluntad o intención del emisor del acto jurídico unilateral por eso no se alude a la exigencia de que el beneficiario cumpla una acción, obtenga un resultado o se encuentre en cierta situación.

2. CONSECUENCIA JURÍDICA

En cuanto a las consecuencias jurídicas derivadas del supuesto de hecho que conforma la promesa pública, deben diferenciarse dos fases: la anterior y la posterior al momento en que su destinatario alcanza el resultado, se encuentra en la situación o realiza la acción requerida por el promitente, según el caso.

A) Fase de pendencia

a) ACERCA DE SI LA PROMESA OBLIGA EN ESTA FASE

Esta fase se extiende desde que se emite la declaración de voluntad unilateral que es la promesa hasta que algún destinatario obtiene el resultado esperado por el promitente o realiza la con-

ducta que éste pretende o se halla en la situación descrita por el promitente.

La regulación específica de la figura en un Ordenamiento jurídico, en principio, solo tiene sentido si se le va a reconocer virtualidad para ser fuente de obligaciones en esta fase, de modo que, por ejemplo, en Derecho portugués la declaración unilateral de voluntad (la promesa unilateral de una prestación) no es fuente de obligaciones salvo en los casos previstos en la ley (art. 457 Código Civil portugués); la regulación de la promesa se configura como una excepción a dicha regla y, por tanto, se entiende que genera obligaciones desde que la promesa se hace pública²⁹.

Aunque también puede ocurrir como en el Código Civil francés recientemente reformado donde se contempla la promesa de contrato³⁰. Por su parte, en Derecho holandés parece equipararse este supuesto al de una oferta y se la denomina así en el artículo 6:220 Offer for a reward (made to the public), rechazando así otorgar a lo que conocemos como promesa virtualidad para generar obligaciones en la fase de pendencia.

En los Ordenamientos en los que no existe regulación específica de la figura se discute acerca de si debe atribuírsele eficacia para generar obligaciones en esta fase o no y, por lo tanto esa discusión también existe con respecto al Derecho español vigente como hemos dicho en el planteamiento de este trabajo. Situación que es comparable a la que se daba en Francia antes de la reforma del Código Civil³¹.

²⁹ Cfr. VARELA, Antunes, *Das Obrigações em geral*, Volume I, edit. Almedina, Coimbra, 10.^a edic. 2000, pp. 441 núm 123. DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12.^a edic., edit. Almedina, Coimbra, 2013, pp. 468 y ss.

³⁰ En Francia se ha reformado el Código Civil a través de la Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, –en vigor desde el 1 de octubre de 2016–. Actualmente se regula la promesa unilateral de contrato en el artículo 1124 incardinándola en el molde contractual. Este artículo dice:

Artículo 1124. La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

³¹ En relación al Derecho francés en el que el Código Civil no contemplaba antes de la reforma la eficacia como fuente de obligaciones de las declaraciones unilaterales de voluntad, las reticencias a atribuirle tal virtualidad se apreciaban en expresiones que se hacen en los Manuales como que la admisión de la promesa pública como fuente de obligaciones *semble aller dans le vent de l'histoire* (CABRILLAC, Remy, *Droit des obligations*, edit. Dalloz, Paris 1998, p. 130). Este mismo autor dice, en contraste con el contrato, que: *l'acte unilatéral ne peut jouer qu'un rôle subsidiaire*.

No obstante, hay ordenamientos como el italiano en el que, pese a encontrarse regulada la promesa pública y decirse en el artículo 1989 del Código Civil que el emisor è *vincolato dalla promessa non appena questa è resa pubblica*, se duda acerca de si genera obligación antes de que el destinatario cumpla los requisitos exigidos por el emisor³².

Hay que suponer que la propuesta de modernización española de la Comisión General de Codificación al incluir una regulación de la promesa entiende que en esta fase ya genera obligaciones, aunque –si esta es la opción normativa que se adopta, que es discutible– debería haber hecho este reconocimiento de manera más rotunda y es que el artículo 1093 dice que la promesa *obliga al promitente frente a quien haya realizado la conducta, producido el resultado o venido a encontrarse en la situación contemplada*; obsérvese que se usa el pretérito perfecto de subjuntivo, como si solo hubiera obligación cuando ya se ha realizado la conducta, obtenido el resultado o encontrado en una situación determinada; ese tiempo verbal se usa para hacer referencia a acciones finalizadas.

Se admite generalmente –y ello aunque se sostenga que la promesa genera obligaciones en la fase de pendencia– que su emisor no tiene obligación de realizar la prestación comprometida durante este lapso de tiempo (salvo que el resultado, la actividad o la situación hayan sido cumplidas por el destinatario antes de la emisión de la promesa). Pese a que se entienda que esto es así y a tratarse la promesa de un negocio jurídico unilateral del que, por tanto, debería predicarse su libre revocabilidad, el promitente debe mantener su promesa en el tiempo, no pudiendo revocarla, ni modificarla libremente; en este sentido todos los Ordenamientos jurídicos que

Por otro lado se explica que *l'admission de l'engagement unilatéral, à côté du contrat, aboutirait sans doute à introduire dans le cadre juridique une innovation dont l'utilité générale n'est pas établie, car la pratique n'offre guère d'hypothèses que l'on ne puisse expliquer avec les notions traditionnelles de contrat, de délit, d'enrichissement sans cause*. WEILL, Alex, TERRÉ, François, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 1986, p. 32.

El que más decididamente se muestra contrario a considerar fuente de obligaciones a la declaración unilateral de voluntad es CHABAS, François, en *Leçons de Droit civil, Obligations, théorie générale* de MAZEAUD, Henri/LÉON, Jean, edit. Montchrestien, Paris, 1991, 8.ª edit. pp. 331 a 339.

³² En Derecho italiano hay autores que admiten que la promesa al público genera obligaciones desde que se hace pública en base a la literalidad del artículo 1989 (GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, edit. Cedam, Padova, 11.ª edic., 2001, p. 388); sin embargo, otros diferencian entre efectos sustanciales y procedimentales y reconducen la promesa a los segundos situándola en el inicio de un proceso que conduce al nacimiento de la relación negocial querida por el emisor (SBISA, Giuseppe, «Promessa al pubblico», en 2010, *Enciclopedia del Diritto*, IX edit. Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1-14). Otros (SACCO, Rodolfo, «La conclusione dell'accordo», en *Il contratto in generale*, T. I., a cura de GABRIELLI, E., edit. Utet, Torino, 1999, p. 70) reconducen la promesa al público al mecanismo del contrato y consideran que le sería aplicable lo previsto en los artículos 1333 (contrato con obligaciones a cargo del proponente) y el artículo 1336 (oferta al público).

regulan la figura limitan la facultad de revocación de una u otra forma.

Para apoyar la consideración de que es acertado entender y, por tanto, regular que el promitente está vinculado por una obligación en la fase de pendencia se suele argumentar que afirmar lo contrario –que el promitente no está obligado– supondría admitir la posibilidad de que se frustraran las expectativas de quien o quienes actúan confiando en la declaración unilateral e incluso de quien, no motivados por dicha declaración, se encuentran en condiciones de aceptarla. Se entiende que el Ordenamiento jurídico debe amparar las expectativas de estos sujetos y también que esa necesidad se cubre afirmando la irrevocabilidad de la promesa. Y solo en tal sentido y para evitar la libre revocabilidad por el promitente se afirma la necesidad de decretar su eficacia *vinculante*. Se establecen una serie de requisitos para que esa revocación pueda darse y ser eficaz, lo que implica que –no dándose los presupuestos para la revocación– se está reconociendo cierta eficacia vinculante a la declaración unilateral de voluntad que es la promesa, en tanto en cuanto el emisor debe mantenerla.

Entre los que sostienen la postura contraria, Albaladejo insiste en que no nos encontramos ante una verdadera obligación en sentido técnico, sino ante un deber de quien se ha comprometido unilateralmente a mantener su promesa que puede fundarse en la buena fe, en que nadie puede ir contra sus propios actos; para este autor, *la obligación no nace de la sola promesa*³³. Simplemente existe un deber de mantenerla, pero no una obligación que vincule a dos sujetos, la cual solo existe desde que alguien obtiene el resultado o realiza el comportamiento requerido por el promitente.

Los textos de Derecho contractual europeo analizados coinciden en reconocer eficacia vinculante a la promesa o negocio jurídico unilateral desde que se emite y alcanza al destinatario. El Código de Pavía en el artículo 23 dice que el promitente queda *vinculado* por su declaración de voluntad, siendo muy significativo –como ya hemos dicho– que en ninguno de los preceptos dedicados a la oferta –que también es una declaración unilateral de volun-

³³ ALBALADEJO, Manuel, en *Derecho civil II, Derecho de Obligaciones*, 14.^a edic., edit. Edisofer, Madrid, 2011, p. 296: *Pero una cosa es esa vinculación jurídica o deber jurídico de mantener la promesa (o la presunción de que ésta no se retiró), y otra muy distinta el haber contraído la obligación de cumplir la prestación prometida. Ésta sí sería una obligación en sentido técnico –vínculo entre dos personas, en cuya virtud el sujeto pasivo debe ejecutar la prestación y el activo tiene derecho a exigirla–, y, entonces, la promesa sería fuente de obligaciones. Pero aquél deber jurídico por el que el promitente está vinculado, no es una obligación en sentido técnico (no es un vinculum iuris con deuda y crédito correlativos), y, desde luego no es la obligación de realizar la prestación prometida.*

tad— se diga que el oferente queda *vinculado*³⁴. Los PECL hablan de promesas vinculantes sin aceptación de modo que admiten que en la fase de pendencia la promesa es ya eficaz —como fuente de obligaciones y como cauce de transmisión de titularidades jurídico-reales—. Más claro todavía en el reconocimiento de la eficacia de la promesa desde que se emite y la recibe el destinatario es el DCFR que dice en el artículo II.4:303 que cuando un acto unilateral confiere un beneficio o derecho a una persona, éste puede rechazarlo, de modo que se reconoce la eficacia —como vía de transmisión de derechos reales y de crédito y, en su caso, como generadora de obligaciones— de la misma al margen de la voluntad o comportamiento del destinatario. Esto se puede explicar, entre otras razones, porque en estos artículos no se exige como elemento del supuesto de hecho que el destinatario deba cumplir unos requisitos para tener derecho al beneficio, debido esto, a su vez, a la preocupación por integrar las atribuciones patrimoniales unilaterales gratuitas como ya ha quedado explicado.

b) PLAZO DE VIGENCIA

Otra cuestión problemática en relación con la promesa es la fijación del tiempo que debe transcurrir hasta que el cumplimiento por algún destinatario de lo requerido por el emisor no genere una obligación para el promitente, es decir, su plazo de vigencia.

El Código Civil italiano es el único que dispone que la promesa al público es necesariamente limitada en el tiempo. El artículo 1989.2 del Código Civil italiano prevé que si no se ha fijado plazo —entendido que por ley o por voluntad del emisor—, o si no puede deducirse de la naturaleza u objetivo de la misma, en última instancia, será de un año desde que la misma se formula.

El resto de Códigos no fija un plazo para la efectividad de la promesa, tampoco lo hacen los textos de Derecho contractual europeo, ni la PM española³⁵. Ahora bien, no puede entenderse vigente indefinidamente la promesa. Cuando nada hay previsto, ni se deduce de las circunstancias, la revocación por el emisor determinaría su caducidad como previene el artículo 460 del Código Civil portugués, conforme al cual parece necesaria la revocación para que la

³⁴ No obstante, podría plantearse la duda de si efectivamente se entiende que surge una obligación en la fase de pendencia, del mismo modo que se plantea esa duda con respecto al Derecho italiano.

³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 241, propone como solución la fijación de un plazo *ex lege* en defecto del fijado por el autor de la declaración, de manera que en dicho plazo la promesa fuera irrevocable y, transcurrido dicho plazo, la promesa fuera ya ineficaz.

promesa pierda eficacia³⁶. Me parece más adecuada la solución que pasa por considerar que, en algunos casos, la propia naturaleza de la promesa o las circunstancias que la rodean permitirían afirmar su caducidad aunque no mediara revocación por parte del emisor. La ausencia de mención al plazo en la PM española permitiría tal interpretación.

En cuanto al período de vigencia de la promesa nada dicen los PECL; el DCFR tampoco previene nada. Como venimos diciendo esto tiene su explicación en que se acogen en esta sede las atribuciones patrimoniales unilaterales y gratuitas en las que la efectividad inmediata de la transmisión hace que no quepa facultad de revocación y que lo relevante sea la facultad de rechazarlo por el beneficiario, cuestión que sí está contemplada en esta sede, concretamente en el artículo II.4:303, aunque tampoco se fija plazo para ello.

El Código de Pavía, recogiendo lo previsto en el Código Civil italiano sobre el particular, sí proyecta en su artículo 23.1 que la promesa pueda tener un plazo fijado voluntariamente, que se deduzca de la naturaleza o de su finalidad, y en defecto de todo ello, el plazo de duración será de un año desde su emisión³⁷, salvo que el supuesto de hecho ya estuviera cumplimentado con antelación.

c) FACULTAD DE REVOCACIÓN DE LA PROMESA

En principio, la promesa pública en cuanto que es una declaración de voluntad unilateral debería, en principio, concebirse como libremente revocable, sin embargo, se limita la libertad del promitente para ello.

Primeramente, sobra decir que no cabrá revocación o modificación desde el momento en que la conducta, el resultado o la situación previstos se hubieren ya realizado (*cf.* art. 1093 PM, par. 658.1 BGB).

Por otro lado, también incide en la facultad de revocación, la fijación de un plazo de vigencia de la promesa, de modo que, o bien se niega la posibilidad de revocación durante dicho plazo (par. 658.2 del BGB), o bien solo se permite ejercitar dicha facultad si media justa causa (*cf.* art. 1990 del Código Civil italiano y art. 460 del Código Civil portugués). La PM española también requiere justa causa en este supuesto para poder revocar.

³⁶ DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12.^a edic., edit. Almedina, Coimbra, 2013, p. 470: *A promessas em prazo de validade manter-se-à até à revogação pelo promitente...*

³⁷ Destaca la coincidencia de lo previsto al respecto en el Código de Pavía con el Código Civil italiano LALANA DEL CASTILLO, Carlos, «Formación del contrato», en *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía* (dir. GARCÍA CANTERO, Gabriel), edit. El Justicia de Aragón, 2005, p. 127.

Siendo factible la revocación, solo será eficaz si se hace pública del mismo modo que la promesa o en forma equivalente. Esta exigencia está presente en el artículo 461 del Código Civil portugués, en el parágrafo 658.2 del BGB, y en el artículo 1990 del Código Civil italiano.

En cuanto a los textos de Derecho contractual europeo, de nuevo se repite el mismo esquema que hemos venido plasmando: mientras en el Código de Pavía se contempla esta cuestión, nada aparece previsto en el DCFR. La explicación vuelve a ser la misma: como las atribuciones patrimoniales unilaterales y gratuitas que se quieren incluir en esta sede son eficaces desde el primer momento, no tiene sentido plantear la facultad de revocación por el transmitente; lo relevante en este caso vuelve a ser el plazo con el que cuenta el beneficiario para rechazar la atribución pero tampoco se establece en el artículo II.4:303 que recoge esta facultad.

En el artículo 23.2 del Código de Pavía, sin embargo no se vincula el plazo a la posibilidad de revocar la promesa, ya que se propone que la promesa pública que tenga indicado un plazo de duración se puede revocar antes de que venza, siempre que se haga de la misma forma en que se hizo la promesa y siempre que se pague una indemnización por los gastos en que hayan podido incurrir de buena fe quienes han sido llevados por la misma (salvo que se demuestre que el resultado no se habría obtenido).

B) Fase posterior al cumplimiento de los requisitos por el destinatario

a) OBLIGACIÓN DE CUMPLIR LA PRESTACIÓN O DE DAR LA RECOMPENSA PROMETIDA

Una vez que alguien obtiene el resultado pretendido por el autor de la promesa, o bien desarrolla la conducta por él esperada o se encuentra en la situación descrita –según el caso–, este asume, ya sin lugar a dudas, la obligación jurídica de ejecutar la prestación comprometida.

En esta fase adquiere relevancia que la prestación o recompensa ofrecida sea concreta (presupuesto exigido en el artículo II.4:301 DCFR). En efecto, la prestación comprometida deberá ser posible, lícita y estar suficientemente determinada o ser determinable sin necesidad de una nueva declaración de voluntad o de acuerdo.

El cumplimiento por un tercero de los presupuestos fijados por el promitente se equipara a la aceptación de una oferta, de modo que en ese momento la relación se reconduce al fenómeno contrac-

tual³⁸. La misma consideración cabe hacer cuando alguien reclama el cumplimiento de lo unilateralmente comprometido.

En este sentido, la STJCE de 20 de enero de 2005, aunque es un tanto confusa sobre el particular, contiene el siguiente pronunciamiento: *La acción judicial mediante la cual un consumidor solicita que se condene, en virtud de la legislación del Estado contratante en cuyo territorio tiene su domicilio, a una sociedad de venta por correo, establecida en otro Estado contratante, a la entrega de un premio aparentemente ganado por él es de naturaleza contractual, en el sentido del artículo 5, número 1, de dicho Convenio –27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil– siempre que, por una parte, dicha sociedad, con el fin de incitar al consumidor a celebrar un contrato, le hubiera remitido nominalmente un envío que podía dar la impresión de que se le atribuiría un premio en cuanto remitiera el «bono de pago» incluido en dicho envío y que, por otra parte, el consumidor acepte las condiciones estipuladas por el vendedor y reclame efectivamente el pago del premio prometido*³⁹.

b) CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS POR UNA PLURALIDAD DE DESTINATARIOS

Para el caso de que la obtención del resultado previsto sea debida a la actuación de varias personas, la PM española dispone que se dividirá entre ellas la prestación prometida en proporción a la participación de cada uno en el resultado. Se sigue en esto lo previsto en el artículo 462 del Código Civil portugués, y parágrafo 660 del BGB alemán.

Pero la PM no contempla el problema que puede suscitar una ejecución múltiple. Este supuesto está previsto por el parágrafo 659 BGB conforme al cual tendrá derecho a la recompensa el primero de los destinatarios que cumpla los requisitos; si varios la han ejecutado a la vez, se divide la recompensa por partes iguales, siempre que sea posible, si no lo es, será el azar el que decida a quién se le atribuye la recompensa. Quizás hubiera sido conveniente que la PM española incluyera un precepto similar a este.

³⁸ En este sentido puede consultarse la STS de 20 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8988). En nuestra doctrina y por todos *cfr.* LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, Volumen primero, *Parte general, Teoría General del Contrato*, edit. Dykinson, Madrid, 2003, p. 134: *y que el hallazgo (la búsqueda o la realización de la actividad prevista, suponen aceptación, naciendo así la obligación en sentido técnico –deber de prestación– de la voluntad bilateral, aunque la aceptación sea tácita o implícita.*

³⁹ Sobre esta sentencia puede verse: Antoni VAQUER ALOY, Antoni, RIVERA SALAZAR, María, «La promesa unilateral y la sentencia Engler. Algunas consideraciones en vistas al marco común de referencia (Sentencia TJCE de 20 de enero de 2005, asunto c-27/02), en *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, n.º 9, 2006, pp. 455 a 468.

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Es claro que la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación al proponer una regulación de la promesa pública y unilateral de prestación sigue a los textos de Derecho nacionales que la habían regulado con anterioridad (BGB, Código Civil italiano, Código Civil portugués, y Código suizo de las obligaciones). No obstante, no se introducen aspectos presentes en algunas de estas normativas como el plazo de un año de vigencia que establece el Código Civil italiano para el caso de que no se haya fijado el mismo voluntariamente o no se deduzca de las circunstancias o naturaleza de la propia promesa. Tampoco se propone una solución para el caso de ejecución múltiple por parte de varios destinatarios regulado en el BGB o en el Código portugués. Y aunque la propuesta de regulación de la promesa puede suponer que se le quiere reconocer virtualidad como fuente de obligaciones en la fase de pendencia, lo cierto es que la formulación literal del precepto podría haber sido más contundente en este sentido como ha quedado expuesto. La discusión sobre el particular puede seguir abierta como ocurre respecto al Derecho italiano en el que la formulación literal del artículo 1989 del Código Civil sobre la promesa al público parece más clara que la de la PM española y, sin embargo, la discusión sobre si es fuente de obligaciones en la fase de pendencia sigue viva.

Por otro lado, al contrastar la Propuesta española con los textos de Derecho contractual europeo es dable observar que coincide más con lo previsto en el Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas de Pavía (que, a su vez, y como la propuesta española, está marcado por los Derechos nacionales que regulaban con anterioridad la promesa pública), mientras que en dicha Propuesta no se aprecia en absoluto el esquema normativo previsto en PECL y en DCFR. Hay que tener en cuenta que estos dos textos no están tan preocupados en recoger las exigencias del supuesto de hecho de lo que en el Derecho continental reconocemos como promesa pública y unilateral de prestación o recompensa como en integrar lo que se conoce como *atribuciones patrimoniales unilaterales y gratuitas* propias de los países del *Common Law*. Esto explica que la propuesta normativa para los actos jurídicos unilaterales en el DCFR no aluda a que el destinatario deba realizar una actividad, obtener un resultado o encontrarse en determinada situación, que se difumine la necesidad del carácter público de la declaración de voluntad unilateral contemplando la posibilidad de que se destine el público o a una persona concreta. Esto explica tam-

bién que señaladamente se quiera dejar claro que la eficacia del acto unilateral se produciría desde que se emite, que se insista en la necesaria concurrencia de voluntad de vinculación por parte del emisor y que se proponga la posibilidad del destinatario de rechazar el beneficio obtenido. La ausencia de referencia a esos extremos permite hasta llegar a dudar muy fundadamente de que en los artículos referidos a los actos jurídicos unilaterales haya que entender contemplada la promesa pública de prestación o recompensa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Revista de Derecho Privado*, 1977, pp. 3 y ss.
- *Derecho civil II, Derecho de Obligaciones*, 14.^a edic., edit. Edisofer, Madrid, 2011.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el derecho español*, edit. Marcial Pons, Barcelona, 1998.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Comentario a los artículos II.4:301 y ss. del DCFR», en VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve/SÁNCHEZ GÓNZALEZ, María Paz, *Derecho Europeo de los Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, pp. 333 a 338, edit. Atelier, Barcelona, 2012.
- CABRILLAC, Remy, *Droit des obligations*, edit. Dalloz, Paris 1998.
- CHABAS, François, en *Leçons de Droit civil, Obligations, théorie générale de MAZEAUD, Henri, Léon, Jean*, edit. Montchrestien, Paris, 1991, 8.^a edit.
- DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12.^a edic., edit. Almedina, Coimbra, 2013.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «De nuevo sobre la declaración unilateral de voluntad. Sentencia del T. S. de 6 de marzo de 1976», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 30, N.º 4, 1977, pp. 938-951.
- DI MARZO, Claudia, «Promessa al pubblico. Commentario artículo 1988-1991», en *Commentario al Codice civile, artículos 1987-2042* (a cura de CENDON, Paolo), Giuffrè editore, Milano 2009, p. 59 a 95.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, *Las relaciones obligatorias*, edit. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 6.^a edic. 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, Encarna/MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, edit. Civitas, Madrid, 2002.
- GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, edit. Cedam, Padova, 11.^a edic., 2001.
- GANDOLFI, Giuseppe (coord.), *Code Europeen des Contrats, Avant-projet. Livre premier*, Dott. A Giuffrè editore, Milano, 2002.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, vol. 59, n.º 9, pp. 801 a 826.
- LALANA DEL CASTILLO, Carlos, «Formación del contrato», en *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía* (dir. GARCÍA CANTERO, Gabriel), edit. El Justicia de Aragón, 2005, pp. 101 a 131.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián, «Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2011» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 90/2012, pp. 15 a 32.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRRE, Carlos, *La promesa pública de recompensa*, edit. Bosch, Barcelona, 1985.
- Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, edición española a cargo de BARRES BENLLOCH, Pilar, EMBID IRUJO, José Miguel, MARTÍNEZ SANZ, Fernando, edit. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- ROGEL VIDE, Carlos, «En torno a la conclusión de los contratos», en *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (coord. VATTIER FUENZALIDA, Carlos/DE LA CUESTA SÁENZ, José María/CABALLERO LOZANO, José María). Vol. 1, pp. 207 a 226.
- SACCO, Rodolfo, «Formation of contracts», en *Towards an European Civil Code*, 4.º edit. 2011, pp. 483 y ss.
- «La conclusione dell'accordo», en *Il contratto in generale*, T. I., a cura de Gabrielli, E., edit. Utet, Torino, 1999, p. 70.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 661 y ss.
- SBISÀ, Giuseppe, «Promessa al pubblico», en 2010, *Enciclopedia del Diritto*, IX edit. Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1-14.
- SCMIDT-KESSEL, Martin, «At the frontiers of Contract Law: Donation in European Private Law», en VAQUER ALOY, Antoni, *European Private Law beyond the Common Frame of reference*, Groningen, 2008.
- VAQUER ALOY, Antoni, «Comentario a los artículos IV. H.1.101 y ss. del DCFR», en VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve/SÁNCHEZ GÓNZALEZ, María Paz, *Derecho Europeo de los Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, pp. 1801 y ss., edit. Atelier, Barcelona, 2012.
- VAQUER ALOY, Antoni, RIVERA SALAZAR, María, «La promesa unilateral y la sentencia Engler. Algunas consideraciones en vistas al marco común de referencia (Sentencia TJCE de 20 de enero de 2005, asunto c-27/02)», en *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, n.º 9, 2006, pp. 455 a 468.
- VAQUER ALOY, Antoni, «Actos y contratos unilaterales», en *Negociación y formación de los contratos*, VVAA, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 169 a 198.
- VARELA, Antunes, *Das Obrigações em geral*, Volume I, edit. Almedina, Coimbra, 10.ª edic. 2000.
- WEILL, Alex, TERRÉ, François, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 1986.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. Primero, *Parte general, Teoría General del Contrato*, edit. Dykinson, Madrid, 2003.
- SIMÓN MORENO, Héctor, «Comentario al artículo II.1:103 del DCFR», en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *Derecho Europeo de los Contratos, Libros II y IV del Marco Común de referencia*, Tomo I, edit. Atelier, Barcelona, 2012.
- VON BAR, CH., CLIVE, E. and SCHULTE-NÖLKE, H. (editores), *Principles, Definitions and model rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Contract Law (Acquis Group), based in part on a revised of the Principles of European Contract Law, European Law Publishers, Munich, 2009. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia

LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ
Profesora contratada
Doctora de la Universidad de Vigo

RESUMEN

La promulgación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha supuesto la renovación del sistema de protección a la infancia y adolescencia en el ámbito estatal. Mediante las mismas, se han introducido importantes cambios legislativos en las medidas de protección a los menores de edad, procediéndose a la creación de nuevas figuras y la reforma de otras ya existentes. Pretenden además, ser el marco de referencia para la aprobación de las normativas de las Comunidades Autónomas en un intento de dotar de uniformidad a la regulación de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, dada la complejidad existente en la actualidad por la diversidad de normas autonómicas aprobadas. Debido a la amplitud de los cambios normativos introducidos, en las siguientes líneas nos centraremos en aquellos que afectan a las medidas de riesgo, desamparo y guarda, reguladas fundamentalmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y en el Código Civil, poniendo de manifiesto las modificaciones operadas en estos textos legales respecto a su anterior redacción y realizando un juicio crítico, en su caso, sobre la idoneidad de las novedades del nuevo régimen jurídico.

PALABRAS CLAVE

Protección de menores, riesgo, desamparo, guarda, principio de reintegración familiar.

ABSTRACT

The promulgation of the Organic Law 8/2015, of July 22 and of the Law 26/2015, of July 28, has supposed the renovation of the protection system to the infancy and adolescence in the state area. By means of the same

ones, important legislative changes have got in the protection measures to the minors, coming to the creation of new figures and the reform from already existing others. They try in addition, to be the frame of reference to the approval of the regulations of the Autonomous Communities in an attempt of providing with uniformity to the regulation of this matter in our juridical classification, given the existing complexity at present for the diversity of autonomous approved procedure. Due to the extent of the normative introduced changes, in the following lines we will centre on those that concern the measures of risk, abandonment and guard, regulated fundamentally in the Organic Law 1/1996, of January 15 and in the Civil Code, revealing the modifications produced in these legal texts with regard to his previous draft and realizing a critical judgment, in its case, on the suitability of the innovations of the new juridical regime.

KEY WORDS

Minor's protection, risk, abandonment, guard, principle of family reintegration.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La situación de riesgo.* 1. Obligaciones del órgano público competente. 2. Conceptualización. 3. Proyecto de intervención familiar. 4. Procedimiento para su declaración.—III. *La situación de desamparo.* 1. Definición y circunstancias generadoras de la declaración de desamparo. 2. Determinación del órgano competente en la protección de menores en los supuestos de traslado del menor dentro de España y al extranjero. 3. Efectos jurídicos de la declaración de desamparo. 4. Procedimiento para la declaración de desamparo.—IV. *Revocación y oposición a las medidas de protección adoptadas por la Administración.* 1. Revocación de la declaración de desamparo. 2. Derecho de oposición a las medidas de protección adoptadas por la entidad pública.—V. *La guarda.* 1. La guarda provisional. 2. La guarda voluntaria o administrativa. 3. La guarda judicial. 4. El ejercicio de la guarda y de la tutela automática. 4.1 Priorización del acogimiento familiar frente al residencial. 4.2 El principio de reintegración familiar. 4.3 Deber de contribución de los progenitores o tutores a los gastos de los menores en desamparo o guarda.—VI. *Conclusiones.*—VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se pretende la exposición detallada de la regulación de las figuras de riesgo, desamparo y guarda tras las reformas legales operadas en el régimen de protección jurídica del menor mediante la promulgación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22

de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹ y su homónima, la Ley 26/2015, de 28 de julio².

La necesidad de actualizar el sistema de protección de los menores de edad en el ámbito estatal es la *ratio legis* de la aprobación de esta nueva normativa, como se recoge en el Preámbulo de las citadas normas. Además, pretende uniformar la regulación de esta materia en el territorio nacional, configurándose como el nuevo marco jurídico a seguir por las Comunidades Autónomas en la aprobación de sus respectivas legislaciones. Se debe señalar que desde hacía años, se habían dado pasos en ese sentido, como veremos a continuación.

Con anterioridad a su exposición, consideramos conveniente realizar un sucinto resumen de la atención del legislador hacia esta materia. La protección del menor y, en particular, la referida a los menores en situación de riesgo o conflicto social, ha sido objeto de especial preocupación por los organismos internacionales que se ha plasmado en la promulgación de diversas normas que regulan dicha problemática. Durante el pasado siglo distintos fueron los documentos que reconocieron la autonomía personal, social y jurídica del menor: Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948); Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1959); La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), que fue ratificada por más de 90 estados, entre ellos España en fecha de 30 de noviembre de 1990.

Con posterioridad, y en el mismo sentido, se dictó por el Parlamento Europeo la Resolución A3-012/92, que aprueba la Carta Europea de los Derechos del Niño, así como dos Convenios impulsados por el Convenio de la Haya de Derecho Internacional Privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de noviembre de 2010.

Por otro parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre

¹ BOE de 23 de julio de 2015, n.º 175.

² BOE de 29 de julio de 2015, n.º 180.

de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Por último, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

La influencia de los textos internacionales anteriormente citados se aprecia de forma nítida en la normativa promulgada sobre la materia en el ámbito estatal. A su vez, cabe afirmar que si bien es cierto que la protección al menor de edad en situación de abandono ha sido objeto de atención por parte del legislador español desde la publicación del Código Civil, no es sino con la legislación especial dictada en estos últimos lustros cuando el menor alcanza la protección de forma activa e integral.

En este sentido, la Constitución de 1978, en el Capítulo III del Título I –al regular los principios rectores de la política social y económica–, recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de esta, de modo muy singular, la de los menores, artículo 39. El cumplimiento del mandato constitucional puede considerarse el primordial causante de esa legislación precisa para superar las situaciones de desprotección de los menores de edad.

En la legislación estatal, es preciso señalar que fue, de forma indudable, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción³, la que ocasionó la definitiva renovación del régimen protector del menor de edad imperante hasta ese momento.

Esta norma incorpora significativas novedades en relación a la regulación de la adopción y otras formas de protección de menores. En orden a estas últimas, es de destacar la introducción de instituciones jurídicas protectoras de nueva creación. Otras, ciertamente, ya existían en el ámbito legislativo, pero son reformadas por la norma citada con distinto grado de profundidad. Centrándonos en las figuras objeto de este estudio –riesgo, desamparo y guarda–, se debe mencionar que esta norma determina la desaparición del concepto de abandono y su sustitución por el de desamparo –el producido «(...) de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (...)»–.

³ BOE de 17 de noviembre de 1987, n.º 275.

De igual modo, se dota de contenido jurídico a una figura hasta entonces desconocida en el ordenamiento español: la tutela que por ministerio de la ley es otorgada a la entidad pública cuando el menor se encuentre en una situación de desamparo. Asimismo, se permite a los sujetos que ostentan la potestad sobre el menor solicitar al órgano competente que asuma la guarda sobre este, siempre que justificadamente no puedan atenderlo por «(...) enfermedad u otras circunstancias graves (...)» o cuando así lo determine el Juez «(...) en los casos que legalmente proceda (...)».

Con posterioridad, se produjo la promulgación de la referida Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, actualmente en vigor pero que ha sido objeto, como se comentó, de una sustantiva reforma mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, que ha afectado, entre otras, a la citada Ley Orgánica y al Código Civil⁴, culminando un proceso normativo que ha propiciado la renovación del ordenamiento jurídico en esta materia.

Sin perjuicio de las modificaciones operadas por las normas anteriormente citadas, es conveniente comentar que la LO 1/1996,

⁴ De forma específica, la Ley Orgánica 8/2015, ha modificado la mencionada Ley Orgánica 1/1996; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* de 8 de enero de 2000, n.º 7; la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* 2 de julio de 1985, n.º 157; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE* de 15 de noviembre de 2002, n.º 274 y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *BOE* de 29 de diciembre de 2004, n.º 313.

Por su parte, la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha reformado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil; el Código Civil, Real Decreto 24 de julio de 1889, *Gaceta* 25 de julio de 1889, n.º 206; la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 de diciembre de 2007, n.º 312; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, *BOE* de 14 de julio de 1998, n.º 167; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, *BOE* de 15 de noviembre de 2002, n.º 274; el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *BOE* de 29 de marzo de 1995, n.º 75; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, *BOE* de 13 de abril de 2007, n.º 89; la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, *BOE* de 19 de noviembre de 2003, n.º 277; la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la Calidad Educativa, *BOE* de 10 de diciembre de 2013, n.º 295; la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, *BOE* de 30 de diciembre de 2006, n.º 312; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *BOE* de 15 de diciembre de 2006, n.º 299; el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, *BOE* de 15 de diciembre de 2006, n.º 299; el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, *BOE* de 29 de junio de 1994, n.º 154; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto 14 de septiembre de 1882, *Gaceta* de 17 de septiembre de 1882, n.º 260; la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, *BOE* de 11 de octubre de 2011, n.º 245, que han culminado un proceso normativo que ha propiciado la renovación del ordenamiento jurídico en esta materia.

en su redacción original, siguió el camino iniciado por la Ley 21/1987, pero, con un intento por parte del legislador, de subsanar las deficiencias de aquella y mejorar la técnica jurídica empleada. Como novedad, cabe destacar la introducción del concepto de riesgo, caracterizado «(...) *por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar (...)*».

En referencia al concepto de desamparo, la mencionada norma mantiene la misma definición que su predecesora, pero se regula el procedimiento para su declaración; asimismo, se determina que la asunción de la tutela *ope legis* por parte de la Administración supondrá la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, aunque los actos de contenido patrimonial realizados por progenitores o tutores serán válidos si redundan en beneficio del menor. En relación a la institución de la guarda, las modificaciones operadas con respecto a la Ley 21/1987, no son sustanciales; aunque sí destacable la restricción exclusiva de su solicitud al órgano público, a los padres o tutores, cuando existan circunstancias graves que así lo aconsejen.

Como decíamos, fueron varios los intentos legislativos para actualizar el sistema de protección al menor de edad. Se puede considerar el primero de ellos, la creación de una Comisión Especial del Senado para analizar la problemática de la adopción nacional y los temas afines relacionados con ella, como el desamparo, el acogimiento familiar y residencial y la adopción, aprobada por unanimidad de los senadores presentes por el Pleno del Senado el 1 de octubre de 2008⁵. En la última sesión de la Comisión, que tuvo lugar el día 15 de noviembre de 2010, fue aprobado, por unanimidad, el citado Informe sobre la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. En él se recogen las principales cuestiones abordadas y propuestas planteadas por los intervinientes, estableciéndose al final las conclusiones y recomendaciones de la propia Comisión⁶.

«(...) *Siguiendo las propuestas formuladas por el Defensor del Pueblo, por la Fiscalía General del Estado o por el Comité de los*

⁵ Su finalidad era estudiar «(...) la forma en que las Comunidades Autónomas están solventando los principales problemas que plantea; su relación con la adopción internacional, para conocer si el impacto de su crecimiento en los últimos años ha podido condicionarla; la situación y perspectivas de institucionalización de menores desamparados; la eficacia de las diferentes modalidades de acogimiento; la cooperación entre las distintas administraciones competentes; los efectos de la dilatada institucionalización de los menores en su desarrollo personal; la suficiencia de la normativa actual para hacer frente a los procesos de acogimiento y adopción nacional; y cuantos aspectos afecten directa o indirectamente al interés superior del menor, bien jurídico fundamental a proteger (...)».

⁶ *BOCG* Senado, Serie I, de 17 de noviembre de 2010, n.º 545, p. 3.

Derechos del Niño, y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (...)», el 7 de julio de 2011 se aprobó el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia y el Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria al mismo. No obstante, dichos textos legislativos no fueron objeto de tramitación parlamentaria debido a la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria anticipada de elecciones para el 20 de diciembre de ese mismo año. Pese a ello, deben ser considerados el antecedente legal más cercano a las posteriores textos legislativos aprobados y que dieron como resultado las mencionadas LO 8/2015 y Ley 26/2015.

De esta forma, el 28 de abril de 2014 se publicaron el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia y el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección a la Infancia que siguieron la línea de reforma recogida en los citados Anteproyectos del 2011. Como se recoge en el Preámbulo de ambas normas, y en el mismo sentido que lo establecido en los precedentes Anteproyectos, el marco legal imperante hasta el momento en materia de protección de menores se sustenta en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, junto a lo estipulado en el Código Civil, garantizando una protección uniforme en todo el territorio español y que ha sido el referente para la aprobación de la normativa en las diferentes CCAA. No obstante, el transcurso de 18 años desde su promulgación y los cambios sociales producidos desde entonces que han incidido de forma especial en la situación de la infancia, hacen necesaria una mejora y actualización de las medidas de protección a los menores de edad siguiendo, como los Anteproyectos del 2011, los postulados del Defensor del Pueblo, de la Fiscalía General del Estado...

Tras su conversión en Proyecto de Ley y su tramitación parlamentaria, se promulgaron las citadas Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, procediendo a una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Es conveniente señalar que en los Preámbulos de ambas normas, fundamentalmente en la Ley 26/2015, se indica que la actualización del sistema de protección al menor de edad se realiza en consonancia con los últimos convenios ratificados por España, en concreto el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 25 de enero de 1996, la Convención de derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y el Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 27 de noviem-

bre de 2008⁷. Asimismo y como habían declarado los Anteproyectos anteriormente mencionados, se pretende la unificación de las distintas legislaciones existentes en el territorio nacional, y que las presentes normas sirvan de marco jurídico de referencia en la aprobación de las correspondientes normativas autonómicas.

En las líneas siguientes, se analizarán las modificaciones operadas en la Ley Orgánica 1/1996 y en el Código Civil por la nueva normativa en relación a las instituciones de riesgo, desamparo y guarda.

II. LA SITUACIÓN DE RIESGO

Las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015 en la Ley Orgánica 1/1996 respecto a la situación de riesgo tienen por finalidad la consecución de una regulación más detallada de la misma. De esta forma, el legislador procede al desarrollo integral de esta institución así como el procedimiento para su declaración. Hay que señalar que esta medida de protección no fue regulada en la Ley 21/1987, siendo introducida por la citada Ley Orgánica. En su Preámbulo se establece que las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. No realizaba la norma un desarrollo legal expreso de la figura, aunque dedicaba los artículos 12 a 18 a ciertos aspectos de la misma.

Puede considerarse la ratio *legis* de la situación de riesgo el intento por parte del legislador de evitar el rigor derivado de la declaración de desamparo. Como decíamos, no fue recogida por la Ley 21/1987 que sí reguló el desamparo que, como se expondrá, implica la asunción automática de la tutela *ex lege* del menor por parte de la entidad pública y la separación de su familia de origen. La aplicación práctica de dicha norma puso de manifiesto que, en

⁷ Como destaca LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, n.º 2185, enero 2016, p. 7. Recogen este mismo postulado, ALVÁREZ OLALLAY, M. P., «Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia», *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2.º, n.º 4, 2014, p. 39; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, Save the Children, Málaga, 2015, p. 12 y UREÑA MARTÍNEZ, M., «Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 15, 2015, p. 145.

determinadas ocasiones, la declaración de desamparo de un menor, cuando la problemática familiar no era lo suficientemente grave, provocaba efectos muy perjudiciales en las relaciones familiares pudiendo incluso suponer el alejamiento definitivo de aquel de su entorno familiar. Así, a través de esta figura se permite la intervención familiar por parte de la entidad pública evitando que la situación se agrave y deban adoptarse medidas más traumáticas como la separación del menor de su familia.

1. OBLIGACIONES DEL ORGANISMO PÚBLICO COMPETENTE

La reforma introducida por la Ley 26/2015 afecta a diversos artículos que regulan la medida de riesgo. El primero de ellos es el art. 12 que establece una serie de actuaciones de protección que debe realizar el órgano público. En el primer punto, se dispone que la protección de los menores será realizada por los poderes públicos mediante «(...) *la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin (...)*». Asimismo, la modificación operada en el apartado 1.º del artículo 13 indica la obligación de toda persona o autoridad, especialmente aquellos que por su profesión o función detecten cualquier situación de maltrato, riesgo o posible desamparo, de comunicarlo a las autoridades competentes, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato necesario. Por otro lado, en el nuevo apartado 5 del artículo 13 se determina que para el ejercicio de profesiones o actividades que supongan el contacto habitual con menores, será requisito no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, debiendo presentar el interesado certificado negativo del Registro Central de delincuentes sexuales.

Se impone también, en el artículo 14, a las autoridades y servicios públicos, la obligación «(...) *de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor (...)*»; de actuar si son competentes o dar traslado al órgano competente, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, de la entidad pública y del Ministerio Fiscal. Como principio rector, el artículo 15 dispone que en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia en la toma de decisiones sobre las medidas adecuadas evitando, en lo posible, la interferencia en su ámbito escolar, social o laboral. Asimismo, los órganos públicos competentes quedan obligados a

investigar y comprobar las denuncias recibidas y prestar la asistencia necesaria en cada caso específico, como recoge el artículo 16.

2. CONCEPTUALIZACIÓN

Es en el artículo 17 dónde se regula de forma expresa la situación de riesgo, que ha modificado de forma relevante el anterior contenido de este precepto de la Ley Orgánica 1/1996⁸. Como se comentó, procede el legislador a una regulación más detallada que incluye, entre otros, aspectos como su conceptualización, programa de intervención administrativa, procedimiento para su declaración, situaciones de posible riesgo prenatal... Asimismo, cabe destacar el protagonismo que se otorga a los servicios sociales municipales y su importancia, junto con los servicios sanitarios y educativos, en la detección, recepción y análisis de los supuestos de desprotección infantil. Además, se incide en la necesaria colaboración entre los distintos organismos intervinientes.

Respecto a su definición, el apartado 1 del artículo 17 del citado texto legal establece que «(...)se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos y de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afecten y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar (...)»⁹.

⁸ LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico*, n.º 111, junio 2015, pp. 20 y ss., destaca que con la nueva norma «(...) la situación de riesgo mejora notablemente su regulación (...)», dado que la anterior redacción, pese a que contemplaba la existencia de la situación de riesgo y la diferenciaba de la de desamparo, no procedía a su definición.

⁹ La conceptualización realizada por el legislador está en consonancia con lo establecido con anterioridad por la doctrina civilista. Así, ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores», *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, Barcelona, 2011, p. 10, describe la situación de riesgo como «(...) aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia del entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo, sea precisa la intervención de la Administración pública. De acuerdo con la definición anterior, las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar (...)». En esta línea de principio, BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15 (El menor ante el Derecho en el

En este punto, cabe realizar las siguientes matizaciones. La modificación operada no ha superado la falta de concreción sobre las circunstancias generadoras de una situación de riesgo de la que adolecía la anterior redacción del citado artículo¹⁰. Si bien es cierto que se establece como indicador de riesgo, «(...) entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma notable (...)», sigue manteniéndose la generalización que, como señala la doctrina, supone importantes dificultades de interpretación, otorgando a la entidad pública un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de una hipotética situación de riesgo¹¹. En un intento de limitar esta generalidad conceptual, la jurisprudencia ha venido estableciendo las causas desencadenantes de esta situación¹². No obstante, se debe señalar que la reforma ha acotado los efectos negativos que podían provocar situaciones de precariedad laboral o económica en la familia puestos de manifiesto por el sector doctrinal¹³, al disponerse que «(...) la concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará un indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar (...)».

En virtud de lo expuesto, consideramos necesaria la determinación legal en una norma estatal de las causas que puedan dar lugar a una declaración de riesgo¹⁴, en aras a evitar posibles decisiones administrativas arbitrarias, habiéndose perdido una oportunidad

Siglo XXI), Madrid, 2011, pp. 20 y ss., considera que las situaciones de riesgo son «(...) aquellas que, perjudicando el desarrollo personal o social del menor, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley (...)».

¹⁰ A juicio de BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», ob. cit., pp. 20 y ss., en el estudio realizado antes de la reforma «(...) la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (...) no define ni detalla (...) las situaciones de riesgo (...)».

¹¹ GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», *La Ley* n.º 1, 1996, p. 1693, entiende que en las declaraciones de riesgo, se produce una «(...) omnímoda discrecionalidad de la Administración (...)», circunstancia, entendemos, no subsanada tras la nueva regulación.

¹² Así, la SAP de Lérida de 25 de octubre de 2004, ponente POCINO MOGA, J. M., *J. U. R.* 2005, marg. 7910, determina de forma específica aquellas situaciones consideradas como «nivel de alto riesgo», citando textualmente «(...) la falta de medidas de salud e higiene (tanto de la madre como del menor), en parte derivados de la falta de domicilio en condiciones, la falta de sustento económico, la desestructuración del núcleo familiar, y otras derivadas (...), falta de estímulos del menor (...)».

¹³ NÚÑEZ MUÑIZ, C., «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley* n.º 1, 1996, p. 1487. La autora, en su comentario sobre la redacción de la Ley Orgánica anterior a la reforma, afirma que en ocasiones se produce la declaración de riesgo o incluso de desamparo, cuando existen en la familia situaciones de precariedad laboral o económica que no implican desatención ni perjuicio importante para el menor. Consideración que, en nuestra opinión, la nueva regulación ha conseguido superar.

¹⁴ Como se recoge, por ejemplo, en el artículo 49 de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la convivencia de la familia en Galicia, *BOE* de 30 de julio de 2011, n.º 182.

con ocasión de la presente modificación de la legislación de protección de los menores de edad.

Por otro lado, es importante incidir en el hecho de que el legislador, al igual que lo dispuesto con anterioridad a la reforma, sigue considerando que la situación de riesgo no tiene la entidad suficiente para proceder a la separación del menor de su núcleo familiar, hecho que sí ocurre cuando se procede a la declaración de desamparo, dada su mayor gravedad¹⁵.

3. PROYECTO DE INTERVENCIÓN FAMILIAR

Respecto a la intervención familiar de la administración pública competente, exige la ley, en el apartado 2 del antedicho artículo, que garantice los derechos del menor y se oriente a la disminución de los «(...) *indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra (...)*». Dispone la norma que este programa de intervención deberá llevarse a cabo en coordinación con los centros escolares, servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras competentes o con cualquier otro órgano público.

En relación a los efectos, la nueva regulación otorgada al artículo 17.4 de la LO 1/1996, es suficientemente explícita al declarar que la situación de riesgo implicará la elaboración por parte de la administración pública de un proyecto de intervención multidisciplinar que abarcará aspectos sociales, educativos y de cualquier otro tipo que afecten a la familia¹⁶. Se deben establecer «(...) *los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a este [al menor] en su medio familiar (...)*». Se observa, pues, la pretensión del legislador de que el proyecto de intervención sea lo más completo posible, buscando su efectividad práctica y evitando su limitación a una mera declaración de intenciones. De especial interés nos parece la preceptividad en el establecimiento de los objetivos a

¹⁵ Resaltado por la doctrina, entre otros, ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo (...)», ob. cit., pp. 17 y ss., «(...) las situaciones de riesgo no alcanzan la entidad, intensidad o persistencia suficiente como para aconsejar la separación del menor del núcleo familiar. En cambio, las situaciones de desamparo, al revestir una mayor gravedad, sí aconsejan tal separación. Por lo tanto, la consecuencia jurídica que se deriva es distinta, esto es, las medidas en orden a paliar el riesgo o el desamparo serán diferentes, habida cuenta de que la necesidad de protección de partida tiene distinto alcance (...)».

¹⁶ Cuestión ya recogida en distintas resoluciones judiciales; entre otras, el AAP de Tarragona de 23 de octubre de 1997, ponente JAREÑO CORTIJO, F., A. C. 1997, marg. 2277. En la misma línea de entendimiento, cabe citar el AAP de Vizcaya de 3 de febrero de 1999, ponente AYALA GARCÍA, J. M., A. C. 1999, marg. 3911 y el AAP de Cádiz de 8 de junio de 2001, ponente RODRÍGUEZ ROSALES, P. M., J. U. R. 2001, marg. 237044.

alcanzar, pese a no realizar, desafortunadamente, una estipulación expresa de los mismos¹⁷, es decir, qué se pretende con esa intervención y la previsión de plazos para su consecución evitando, de este modo, la cronificación de estas situaciones y el incumplimiento del principio de búsqueda de soluciones estables para el menor.

Por otro lado, no podemos obviar una cuestión que, en nuestra consideración, no ha sido resuelta por la nueva normativa. Es la referida a la especificación de las medidas a aplicar en estos casos, tampoco contemplada con anterioridad a la modificación legislativa. En este sentido, consideramos procedente el establecimiento expreso en un texto legal de las diversas actuaciones a efectuar por la administración pública para la superación de la problemática familiar¹⁸. En caso contrario, serán los propios órganos públicos, administrativos o judiciales, los que deban establecer la tipología de las mismas, como ocurría con anterioridad a la reforma¹⁹.

La norma pretende que el proyecto pueda ser consensuado con los progenitores, tutores, guardadores o acogedores del menor, por lo que se solicitará su participación activa como se dispone en el artículo 17.4 de la mencionada LO. En cualquier caso, se tendrá en cuenta su opinión y la del menor si tiene suficiente madurez y en todo caso, a partir de los doce años. El documento de intervención deberá ser firmado por los representantes legales del menor y en caso de que se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en su desarrollo, se procederá a la declaración de riesgo, informándoles de las consecuencias de la misma y de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo. A nuestro entender, nos parece un acierto del legislador estipular la necesidad del consenso con la familia y con el menor para lograr el éxito del programa de intervención.

4. PROCEDIMIENTO PARA SU DECLARACIÓN

En el punto 6 del artículo 17 LO 1/1996 se dispone que el órgano público declarará la situación de riesgo mediante resolución

¹⁷ En este sentido, es específica la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, al recoger en su artículo 51 la tipología de dichos objetivos.

¹⁸ A modo ilustrativo, véase el artículo 20 de Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, *BOE* de 24 de junio de 1998, n.º 189 que, a nuestro entender, contiene una relación sistemática de las medidas preventivas y de ayuda a las familias declaradas en situación de riesgo.

¹⁹ Como se contempla, entre otras, en la SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2003, ponente ANGALDA FORS, E., *J. U. R.* 2004, marg. 5232, en la que se dispone de forma taxativa las medidas a cumplir para que el menor permanezca en el seno de la familia. En el mismo sentido, se expresa la SAP de Las Palmas de 9 de diciembre de 2009, ponente MORDÉS MIRAT, J., *J. U. R.* 2010, marg. 139123.

administrativa, previa audiencia de los progenitores, tutores, guardadores y acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y en todo caso, a partir de los doce años²⁰. La exigencia de un procedimiento administrativo para la declaración del riesgo no se recogía en la anterior regulación estatal, por lo que su inclusión aporta seguridad jurídica²¹ y supera la laguna legal existente con anterioridad en este aspecto. Como se comentó, se deberán recoger todas las medidas y actuaciones que el ente público adoptará para superar la problemática familiar, estipulando los deberes de los responsables del menor. Contra dicha resolución, cabe la interposición de recurso conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Indica el artículo 17.8 del citado texto legal que si la administración pública competente en la intervención de las situaciones de riesgo, considera que existe una desprotección del menor que exige su separación de su entorno familiar o cuando tras la conclusión del programa no se hayan alcanzado los cambios necesarios en la actuación de los representantes del menor que garanticen su necesaria asistencia moral y material, lo notificará a la entidad pública competente para que valore la posible declaración de desamparo del menor, comunicándola al Ministerio Fiscal. Cuando la entidad pública considere que no procede la declaración de desamparo pese a la propuesta de la administración pública, lo pondrá en su conocimiento y en el del Ministerio Fiscal. Este órgano público deberá supervisar la situación del menor, pudiendo recabar información de los centros educativos, servicios sociales y sanitarios o cualquier otro.

Respecto a esta cuestión, conviene realizar las siguientes aclaraciones. En concordancia con uno de los principios rectores de la actuación administrativa «(...) *el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés (...)*», recogido en el artículo 11.2 b de la LO 1/1996, se exige a la Administración que intente de forma rigurosa no separar al menor de su núcleo familiar, utilizando para la consecución de este objetivo todos los medios disponibles. El principio de integración familiar solo puede

²⁰ En relación al derecho del menor a ser escuchado, véase el «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia realizado por el Defensor del Pueblo», MIC, Madrid, 2014, pp. 16 y ss. En el mismo, se declara que «(...) el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tomen en serio debe también entenderse como un principio esencial para la determinación del mejor interés del niño, considerado un interés superior (...)». Considera de tal importancia dicho derecho que sostiene que «(...) siempre deberá producirse la escucha del menor salvo renuncia de éste o constatación de la ausencia de juicio propio (...)», especificando que «(...) debe partirse de la presunción de que todo niño está en condiciones de formarse un juicio propio (...)» y que «(...) la aplicación automática de criterios de edad para inhibir el acto de escucha resulta improcedente (...)».

²¹ LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», ob. cit., pp. 22 y 23.

ser quebrado cuando los esfuerzos realizados en ese sentido por el ente público competente sean infructuosos e ineficaces y se hayan agotado todas las vías para su consecución, derivando la situación en un evidente riesgo lesivo para el menor²². Por lo tanto, en estos casos en que la aplicación de las medidas no consigan la rehabilitación de los progenitores, bien por no haber seguido las directrices marcadas por la entidad pública o por agravarse las condiciones iniciales, la protección del menor exige que sea retirado de su entorno para evitar le sean ocasionados mayores perjuicios²³.

Se introducen, asimismo, en el apartado 7 de la LO 1/1996, los mecanismos de protección para los menores que se trasladen dentro del territorio nacional, circunstancia silenciada en la precedente normativa y que entendemos necesaria y acertada. Así, en los supuestos en que la administración pública que esté desarrollando este programa, tenga conocimiento de que el menor va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial, comunicará a la administración de destino las actuaciones que está realizando para su continuación, si esta lo considera procedente. En el caso que desconociese el paradero del menor, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que procedan a su averiguación. Tras su localización, dará traslado al expediente del menor al órgano público correspondiente para que sean adoptadas las medidas pertinentes.

Se añade otra cuestión, en el artículo 17.9 de la mencionada norma, a nuestro juicio importante, relativa a la protección del *nasciturus*, estableciéndose que la administración competente en las situaciones de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas necesarias para la prevención, intervención y seguimiento en las situaciones de posible riesgo prenatal para evitar daños al feto así como una posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. Considera la norma como riesgo prenatal «(...) *la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adicti-*

²² De forma análoga a lo establecido en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. A propósito de la protección que el Derecho internacional ofrece al menor frente a los abusos que pueda infligirle su propia familia, *vid.*, el interesante estudio realizado por TRINIDAD NÚÑEZ, P., «La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia», *La Ley*, n.º 3, 2004, pp. 1783-1794.

En esta línea de principio, se manifestaba la jurisprudencia en la aplicación de la norma con anterioridad a la reforma y a nuestro entender, este postulado sigue vigente tras las modificaciones operadas por la Ley 26/2015. A título ilustrativo, *vid.* la SAP de Orense de 31 de marzo de 2004, ponente CARVAJALES SANTA EUFEMIA, *J. U. R.* 2004, marg. 142323 y la SAP de Islas Baleares de 29 de octubre de 2009, ponente FERNÁNDEZ ALONSO, M. P., *J. U. R.* 2010, marg. 9416.

²³ Así lo declaran, entre otros, el AAP de Soria de 14 de diciembre de 2000, ponente CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, R. M., *J. U. R.* 2001, marg. 79466 y la SAP de Valencia de 9 de junio de 2004, ponente MANZANA LAGUARDA, M. P., A. C. 2004, marg. 2237.

vo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por esta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido (...)». Serán los servicios de salud y los profesionales sanitarios los que deban comunicar esta situación a la administración y al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento, se mantendrá la intervención con el menor y su núcleo familiar para, si fuese necesario, proceder a su declaración de riesgo o desamparo.

En el último punto del artículo, se dispone que se considerará situación de riesgo la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar consentimiento a los tratamientos médicos para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor. En tales casos, las autoridades sanitarias lo pondrán en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para la adopción de la decisión conveniente para la defensa del interés del menor.

En líneas generales, es preciso señalar que el informe emitido por el Consejo del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que, por su semejanza sustantiva y formal con la definitiva Ley 26/2015, permite su equiparación en algunos aspectos, destaca que la reforma efectuada sobre la situación de riesgo recoge los postulados manifestados por los Tribunales y, en general, alaba la potenciación que se ha otorgado al Ministerio Fiscal en materia de protección de menores y en especial en la referida a la situación de riesgo.

III. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

Respecto a la declaración de desamparo, conviene señalar que las modificaciones introducidas afectan a los artículos 18 Ley Orgánica 1/1996 y 172 Código Civil.

1. DEFINICIÓN Y CIRCUNSTANCIAS GENERADORAS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

En referencia a su conceptualización, se mantiene la definición recogida con anterioridad a la reforma al señalar en ambos preceptos que se considerará «(...) *situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por*

las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

De este premisa se infiere la necesaria relación causal entre el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes legales de la guarda de los menores y la privación de la asistencia moral o material sufrida por el menor para proceder a declarar su desamparo, cuestión que ya había sido puesta de relieve por la jurisprudencia²⁴.

Como novedad, en el apartado 2 del artículo 18 L. O. 1/1996 se declara también que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la declaración de desamparo²⁵; asimismo, sigue disponiendo el citado precepto que en ningún caso, se procederá a la separación del menor de sus progenitores por causa de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos²⁶. Además añade, en el mismo sentido que lo dispuesto respecto a la declaración de riesgo, que se considerará un indicador de desamparo el que un hermano esté declarado en esta situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente²⁷.

No obstante, y al contrario que en la situación de riesgo, en el citado apartado 2 del artículo 18 de la antedicha norma legal se establecen, de forma primigenia en una normativa de rango estatal, las circunstancias que determinan la declaración de desamparo,

²⁴ Entre otras, véase, la SAP de Pontevedra de 18 de octubre de 2012, ponente MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., *J. U. R.* 2012, marg. 372010, la SAP de Almería de 29 de enero de 2014, ponente PEDRO PUERTAS, A., marg. *J. U. R.* 2014, marg. 95936, En el mismo sentido, la SAP de Almería de 29 de enero de 2014, ponente PEDRO PUERTAS, A., marg. *J. U. R.* 2014, marg. 95936.

²⁵ Con anterioridad a la reforma, los pronunciamientos jurisprudenciales eran antagónicos sobre esta cuestión. Por un lado, en algunas resoluciones judiciales no se consideraba la única circunstancia para proceder a dicha declaración; así, entre otras, la SAP de Toledo de 21 de abril de 2015, ponente BUCETA MILLER, E., *J. U. R.* 2015, marg. 132338. Por el contrario, otras resoluciones judiciales sí entendían como factores que imposibilitaban la reunificación familiar, la inexistencia de recursos económicos suficientes, como se recoge en la SAP de Asturias de 9 de abril de 2001, ponente AVELLÓ ZAPATERO, R. *J. U. R.* 2001, marg. 163406.

Como crítica a este último criterio jurisprudencial, *vid.* el interesante estudio de CARRASCO PERERA, A., «Desamparados», *Actualidad Jurídica, Aranzadi*, n.º 583 (Tribuna), Pamplona, 2003, p. 48, cuando considera que «(...) el supremo interés del niño eleva cada día más el nivel de exigencias materiales, sociales, espirituales, cuya carencia se acredita como desamparo. Y hay una clase social que normalmente no podrá satisfacer esa exigencia. Como tampoco hay un mercado de niños (¡y con qué frivolidad se maldice a la mujer hindú que vendió a su hija por unas piastras!), éstos acaban siendo transferidos, en un procedimiento sinuoso y opaco, de las clases miserables a las acomodadas. Defendámonos de esta dictadura de la buena conciencia social. Dejad a los pobres en su pobreza; dejad a los niños con sus padres. ¡O dejad al menos que sean ellos quien los vendan! (...).»

²⁶ Cuestión ya contemplada por la STS de 14 de noviembre de 2011, ponente ROCA TRÍAS, E., *R. J.* 2012, marg. 3390.

²⁷ Circunstancia ya tenida en cuenta y avalada por los tribunales en sentencias como la STS de 31 de julio de 2009, ponente XIOL RÍOS, J. A., *R. J.* 2009, marg. 4581.

siendo considerado una de las mayores novedades de la citada reforma²⁸ y dando respuesta a una de las observaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño/a a España²⁹. A nuestro juicio, supone una de los mayores aciertos del legislador por lo que exponemos a continuación.

La introducción de estas circunstancias determinantes del desamparo ha provocado dos importantes efectos. En primer lugar, ha intentado paliar la indeterminación de la declaración del mismo³⁰ imperante hasta la promulgación de la Ley 26/2015. Por otro lado, ha contribuido a resolver, en parte, la falta de seguridad jurídica de la que adolecía la regulación anterior, permitiendo discernir y definir, por exclusión, cuándo concurre una situación de riesgo y cuándo existe una situación de desamparo³¹.

La lectura del antedicho artículo 18 introducido por la Ley 26/2015, pone de relieve que el legislador ha considerado procedente la declaración de desamparo en aquellos supuestos en que la gravedad de las circunstancias existentes ponen en peligro la estabilidad física y/o moral del menor; así, entre otros, cuando

²⁸ Como se establece en el Preámbulo de la Ley 26/2015, se pretende así la clarificación y unificación de criterios para su declaración.

²⁹ El requerimiento para que el Estado adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las regulaciones administrativas en todas las Comunidades Autónomas sean completamente acordes con los principios y disposiciones de la Convención y con sus dos Protocolos Facultativos.

³⁰ Existente, a juicio, de BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», ob. cit., pp. 21 y ss. en la anterior normativa, consideración que compartimos.

³¹ En este sentido, la doctrina con anterioridad a la reforma había establecido distintas pautas para su diferenciación; *vid.*, DE PAÚL OCHOTORRENA, J. y ARRUBARRENA MADARIAGA, M. I., *Manual de Protección Infantil*, ed. Masson, Barcelona, 2007, MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil. Una revisión del sistema de protección*, ed. Psicología Pirámide, Madrid, 2005, p. 24.

Se debe resaltar que, antes de la modificación legislativa, era frecuente la existencia de diferencias de criterio entre las entidades administrativas de protección de menores y los Tribunales sobre cuando era procedente la declaración de riesgo o la de desamparo. Se observan entre otras, en las siguientes resoluciones jurisprudenciales: SAP de Cantabria de 5 de diciembre de 2003, ponente ARROYO GARCÍA, M. J., *Aranzadi* 2003 marg. 66876, SAP de Jaén, de 10 de enero de 2002, ponente JURADO CABRERA, M. J., A. C. 2002 marg. 166, STS de 14 de noviembre de 2011, ponente ROCA TRÍAS, E., *R. J.* 2012 marg. 3390. Es de desear que tras el establecimiento de las circunstancias generadoras del desamparo por la Ley 26/2015, se evite esta discordancia.

A mayor abundamiento sobre esta cuestión, Cita MOREDA BENAVENTE, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores...», ob. cit., p. 19, los distintos estudios doctrinales que han estudiado esta materia. Así, ESCRIBANO TORJADA, P., «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», *Actualidad Civil*, n.º 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2009, tomo I, p. 1357; GARCÍA PASTOR, M., *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, tomo I, artículo 172, MIGUEL PASQUAU LIAÑO (dir.), ed. Comares, segunda edición, 2009, pp. 171 y ss; SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil Español*, ed. Fundación universitaria española, Madrid, 2004, pp. 133 a 198; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 48; CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 49-51.

exista abandono, malos tratos, abuso sexual, negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud, inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo...

Es preciso apuntar que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial venían señalando como factores desencadenantes de la declaración de desamparo el incumplimiento de los deberes relativos al contenido personal de la patria potestad o tutela³², que coinciden de forma palmaria con los supuestos recogidos en la Ley 26/2015.

En este sentido, y para atemperar las perjudiciales consecuencias de tal declaración, el propio Tribunal Constitucional³³ ha determinado retiradamente que la declaración de desamparo ha de estimarse siempre de forma restrictiva, siendo únicamente procedente cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos en el ejercicio de la guarda sobre los menores pues, aunque es primordial y preferente el interés del menor, también lo son el derecho de los progenitores a tener consigo a su hijo así como el derecho del propio menor a crecer en el seno de su familia de origen. Entendemos que tras la aprobación de la mencionada reforma, esta interpretación constitucional sigue teniendo plena validez.

2. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN LA PROTECCIÓN DE MENORES EN LOS SUPUESTOS DE TRASLADOS DEL MENOR DENTRO DE ESPAÑA Y AL EXTRANJERO

En los puntos 4, 5 y 6 del artículo 18 de la LO 1/1996 se regulan, por primera vez, los criterios para determinar la entidad

³² IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 169; LLEBARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, ed. Bosch., Barcelona, 1990, p. 49.

En relación a los pronunciamientos jurisprudenciales que recogen este postulado, cabe señalar, entre otras, la SAP de Barcelona de 15 de julio de 2015, ponente PEREDA GÓMEZ, F. J., A. C. 2015, marg. 1447, STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2015, ponente SAAVEDRA RODRÍGUEZ, P., R. J. 2015, marg. 1237STJS de Aragón de 26 julio de 2013, ponente MARTÍNEZ LASIERRA, I., R. J. 2013 marg. 8304, ATJS de Cataluña de 7 de febrero de 2013, ponente VALLS GOMBAU, J. F., R. J. 2013, marg. 3656, ATSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2012, ponente BASSOLS MUNTDA, N., R. J. 2012, marg. 11178, SAP de Islas Baleares de 20 de octubre de 2009, ponente ARTOLA FERNÁNDEZ, M. A., A. C. 2010, marg. 17.

³³ STC de 28 de febrero de 2011, ponente ASUA BATARRITA, A., R. T. C. 2011, marg. 11, STC de 18 de octubre de 1993, ponente CRUZ VILLALÓN, R. T. C. 1993, marg. 298, STC de 26 de septiembre de 1990, ponente LEGUINA VILLA, R. T. C. 1990, marg. 143.

pública competente para la protección de menores cuando éstos se trasladen dentro del territorio nacional o cuando los menores españoles se encuentren en el extranjero, hecho que refuerza el régimen jurídico de protección del menor evitando así que, en estos supuestos, la normativa sea inoperante, como ocurría con anterioridad. De esta forma, cuando el menor, sujeto a una medida de protección, sea trasladado de forma permanente de una Comunidad Autónoma a otra, la Comunidad Autónoma de destino deberá asumir aquella medida de protección o adoptar la que corresponda en el plazo máximo de tres meses desde que fue informada del traslado. No obstante lo dispuesto, si la familia permanece en la Autonomía de origen y se prevé la reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la entidad pública receptora deberá colaborar en el seguimiento de su evolución. Por el contrario, en los casos de traslado temporal de un centro sito en otra Comunidad o cuando se establezca el acogimiento con una familia residente en ella, no será necesaria la adopción de nuevas medidas si existe acuerdo entre ambas comunidades.

Por otro lado, determina la norma que cuando se detecte una posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre en el extranjero, la Administración General del Estado se encargará de su traslado a España. La competencia para su protección desde su llegada a nuestro país corresponderá a la entidad pública de la Comunidad Autónoma donde residan los progenitores o tutores del menor. En su defecto, será competente el órgano público autonómico donde el menor o sus familiares tuvieran mayores vínculos. Si conforme a tales criterios, no pudiera determinarse la competencia, la ostentará la entidad pública de la Autonomía en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia. En todo caso, si el menor hubiese sido objeto de una medida de protección previa a su desplazamiento, será competente el órgano público que ostente su guarda o tutela.

En el último punto del artículo 18 del citado texto legal, se dispone que las medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero y que deban cumplirse en España, se regirán por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 221/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, o norma europea que lo sustituya. En los supuestos no regulados por la legislación europea, se aplicará lo dispuesto en los Tratados y Convenios internacionales en vigor en España y, en

especial, al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, o Convenio que lo sustituya. En defecto de normativa internacional, se estará a lo establecido en las normas españolas sobre eficacia en España de medias de protección de menores.

A nuestro juicio, ha sido un acierto legislativo imponer la coordinación que debe existir entre los órganos competentes en materia de protección de menores de las distintas Comunidades Autónomas, dado que anteriormente los traslados del menor dentro de nuestro país implicaban, en numerosas ocasiones, su desprotección. Asimismo, nos merece una valoración positiva la regulación establecida para proteger al menor cuando se encuentre en el extranjero, evitando de este modo que su salida de España provoque la ineficacia del sistema de protección.

3. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

En el mismo sentido que lo dispuesto con anterioridad a la promulgación de la Ley 26/2015, los efectos derivados de la declaración de desamparo se mantienen al establecer el artículo 18.1 LO 1/1996 y el artículo 172.1 CC que la entidad pública asumirá la tutela del menor por ministerio de la ley, debiendo adoptar las medidas procedentes y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Únicamente se ha añadido en este precepto del Código Civil que también debe ser comunicada al «(...) *Juez que, en su caso, haya acordado la tutela ordinaria (...)*». Sigue indicando el artículo 172.1 CC que la declaración de desamparo implica la automática asunción de la tutela *ex lege* por parte de la entidad pública, suspendiendo la patria potestad o tutela siendo solo válidos los actos de contenido patrimonial realizados por los progenitores y tutores si redundan en beneficio del menor³⁴.

³⁴ LASARTE ALVÁREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia.*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 375 y ss., destaca que «(...) la tutela automática se encuentra regulada en el número 1 del artículo 172, pasaje normativo bastante extenso del que conviene destacar que se trata de una norma de carácter imperativo que tiene por objeto procurar la inmediata tutela del menor desamparado por parte de la entidad pública correspondiente (...)». Añade que la consecuencia fundamental de la denominada tutela automática «(...) es determinar la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria que en su caso se hubiere constituido, vista la desatención de que es objeto el menor en cuestión y la situación de desamparo en que se encuentra (...)», postulado que sigue teniendo plena vigencia.

La reforma añade, en el antedicho artículo, que el órgano público o el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela ordinaria. La inclusión de esta premisa nos parece acertada, dado que cuando los incumplimientos de los progenitores o tutores en sus funciones de guarda son muy graves, se debe instar la privación de la patria potestad o tutela y no la declaración de desamparo.

Se regulan en el artículo 172.5 CC, de forma novedosa, las causas de finalización de la tutela de los menores declarados en desamparo, que consideramos positiva por la seguridad jurídica que aporta. La entidad pública procederá a su cese cuando constate, mediante los correspondientes informes, la concurrencia de alguno de los supuestos que dan lugar a la extinción de la tutela ordinaria, remitiendo a lo contemplado en los artículos 276 y 277.1 CC (este último no había sido incluido en el Anteproyecto)³⁵. El citado artículo declara, asimismo, que también deberá ser cesada cuando puedan comprobarse alguna de las circunstancias establecidas en el mismo.

4. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

En relación al procedimiento para su declaración y adopción de las medidas pertinentes, indica el citado apartado 1 del artículo 172 CC que se realizará mediante resolución administrativa debiendo ser notificada, en forma legal, a los progenitores, tutores o guardadores, y al menor afectado si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. Serán informados de forma inmediata, sin que se pueda superar el plazo máximo de 48 horas, y la información aportada será clara, comprensible y comunicada de manera accesible y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. La información incluirá las causas que dieron lugar a la declaración, así como los efectos de las medidas adoptadas. Siempre que sea posible, esta información se facilitará de forma presencial. Respecto a la anterior redacción, se ha incluido al menor de suficiente madurez o mayor de doce años como sujeto al que, preceptivamente, se ha de informar de la situación de desamparo así como cualquier medida que se pretenda adoptar, modificación que, en nuestra consideración, era necesaria.

³⁵ Algunas de estas causas ya habían sido consideradas por la doctrina, *vid.*, VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario Derecho Civil*, 1991, p. 666.

IV. REVOCACIÓN Y OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN

1. REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Respecto al procedimiento para la revocación y oposición a las decisiones adoptadas por la entidad pública en materia de protección del menor, se han introducido ciertas modificaciones. En el artículo 172.2 CC se mantiene la legitimación de los progenitores y tutores suspendidos de la patria potestad o tutela para solicitar, en el plazo de dos años, la revocación de la declaración de desamparo si consideran que, por cambio de las circunstancias, se encuentran en condiciones de asumirla nuevamente. Transcurrido dicho plazo, decaerá su derecho, solo pudiendo informar a la entidad pública o al Ministerio Fiscal de cualquier cambio en las circunstancias que dieron lugar a la declaración del mismo³⁶. Se añade respecto a la precedente regulación, la exclusiva legitimidad del Ministerio Fiscal para oponerse a cualquier resolución de la entidad pública, tras el transcurso de los dos años.

Una de las novedades más significativas incluidas en la nueva regulación, es la relativa a la posibilidad de que el órgano público, ponderando la situación, adopte la medida de protección que considere más adecuada durante dicho plazo (dos años desde la declaración de desamparo), incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de irreversibilidad del retorno del menor a su familia de origen³⁷, debiendo ser notificada al Ministerio Fiscal como se dispone en el último apartado del artículo 172.2 CC. A nuestro entender, es un acierto legislativo dado que es preceptivo buscar siempre la alternativa más estable para el menor y no tiene sentido esperar dos años si se considera imposible la reunificación familiar. Por otro lado, se ha suprimido el inciso recogido en el Anteproyecto relativo a la improcedencia para la adopción de cualquier medida en tanto esté pendiente de resolución la oposición

³⁶ Una de las primeras resoluciones judiciales que ha aplicado este precepto es la SAP de Palencia de 22 de octubre de 2009, ponente RAFOÉS PÉREZ, I. J., A. C. 2010, marg. 121.

³⁷ Esta posibilidad ya había sido contemplada por Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *J. U. R.* 2009, marg. 24418, p. 4, al determinar que en aquellos supuestos en que se constatase la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente a sus hijos –entre otros, por enfermedades graves y crónicas, problemas de drogadicción...– no se debiera esperar el transcurso de los dos años para instar la constitución de la adopción o en su caso, el acogimiento familiar preadoptivo.

contra la declaración de desamparo; en nuestra opinión, era una premisa claramente innecesaria dado que ya la propia norma exige la existencia de un pronóstico fundado de imposibilidad de la reintegración familiar, circunstancia que no se produciría en tanto no hubiese resolución firme sobre la idoneidad de la situación de desamparo, por lo que consideramos coherente su no inclusión en la Ley 26/2015.

La potestad para revocar la declaración de desamparo y decidir el retorno del menor a su familia en cualquier momento sigue correspondiendo a la entidad pública, de oficio o a instancia de parte (Ministerio Fiscal, persona o entidad interesada), si lo considera adecuado para su interés³⁸ debiendo ser notificado al Ministerio público, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo (anteriormente recogido en el apartado 8 del art. 172 CC).

2. DERECHO DE OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS POR LA ENTIDAD PÚBLICA

Más acusadas son las modificaciones introducidas en el derecho de oposición a las medidas de protección adoptadas por el órgano público. En primer lugar, se suprime el párrafo 2.º del punto 3 del artículo 172 CC que permitía a los padres o tutores oponerse en el plazo de dos meses a la resolución de constitución del acogimiento, si consideraban que la modalidad acordada no era la más conveniente para el menor o cuando existiesen personas más idóneas en el entorno familiar que las designadas.

Por el contrario, se sigue manteniendo que los progenitores o tutores podrán oponerse en el plazo de dos años a cualquier decisión administrativa adoptada respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo, decaerá su derecho, solo pudiendo ser impugnadas por el Ministerio Fiscal, como expusimos en líneas precedentes.

La Ley 26/2015 ha suprimido el apartado 6 del artículo 172 CC, modificado los apartados 1 y 2 del artículo 780 LEC y añadido un nuevo apartado 5 al mismo. El punto primero de este precepto declara que no es preceptiva –como con anterioridad a la reforma–, la reclamación previa en vía administrativa. No obstante, unifica el plazo para presentar recurso a cualquier decisión administrativa (anteriormente, para la declaración de desamparo era de tres meses y para las restantes resoluciones de la Administración dos), fijándose

³⁸ Respecto a la redacción precedente se ha suprimido, como causa para decretar la revocación de la declaración de desamparo, la falta de integración del menor de forma estable en otra familia.

en dos meses desde su notificación, modificación que avalamos en aras a la unificación de criterios y simplificación del procedimiento.

De forma específica, permite formular oposición a las citadas resoluciones administrativas a toda persona que tenga interés legítimo y directo en tal resolución: «(...) *los menores afectados por la resolución, los progenitores, los tutores, los acogedores, los guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Aunque no fueran actores podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones (...)*», estableciéndose de forma expresa lo que era una interpretación del precepto³⁹ y que, a nuestro juicio, aporta claridad al proceso. Asimismo, dicta que los menores tendrán derecho a ser parte y oídos en el proceso conforme a lo estipulado en la LO 1/1996. Ejercitarán sus pretensiones a través de sus representantes legales y si existiese conflicto de intereses, mediante la persona designada como su defensor para su representación.

En el apartado 2 del antedicho artículo 780 LEC se simplifica la iniciación del procedimiento, exigiéndose la presentación de un escrito inicial en el que de forma sucinta, el actor exprese la pretensión y la resolución a la que se opone. Se debe consignar expresamente la fecha de notificación de la resolución y manifestar si existen procedimientos relativos a ese menor. En el añadido apartado 5 de este texto legal, se dispone la acumulación de procedimientos de oposición a resoluciones administrativas a petición del Ministerio Fiscal, las partes o el Juez competente.

En líneas generales, nos parece muy adecuado el establecimiento de estos plazos para recurrir o revocar cualquier medida adoptada por la entidad pública, ya recogidos en la anterior redacción –con las variaciones comentadas, que nos merecen una valoración positiva– y que habían sido introducidos por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Y ello porque no era infrecuente que los padres recurriesen las decisiones administrativas años después de ser adoptadas por el órgano público, en numerosas ocasiones incluso cuando se estaba instando el procedimiento para la adopción del menor, con la consiguiente paralización del mismo y dilación en el tiempo en la toma de decisiones estables para aquel.

³⁹ En la citada Circular de la Fiscalía General del Estado, dada la imprecisión del texto legal, se entendía que la legitimidad para oponerse a las decisiones administrativas, se debía interpretar en un sentido amplio, concediéndola a todos aquellos que tenían un derecho o interés legítimo: padres, tutores, familiares que hubiesen convivido con el menor, guardadores, Fiscal..., p. 3.

V. LA GUARDA

Las modificaciones operadas en la guarda por la nueva normativa se pueden resumir en las siguientes: creación de una nueva modalidad, la guarda provisional, modificación de ciertos aspectos de la guarda voluntaria de menores, como su duración, e introducción de importantes variaciones en el ejercicio de la misma. No obstante, se debe resaltar que el legislador, al igual que en el texto anterior, no ha procedido a definir esta institución jurídica, a nuestro entender, requisito necesario en toda medida de protección y por tanto, esta omisión nos merece un juicio negativo.

1. LA GUARDA PROVISIONAL

Como decíamos, se introduce una nueva figura en el sistema de protección al menor de edad, la denominada guarda provisional. La Ley 26/2015, de 28 de julio, procede a su regulación en los dos cuerpos legales: la Ley Orgánica 1/1996 (art. 14) y el Código Civil (art. 172.4).

En el primero de ellos, se dispone la obligación de los órganos públicos de prestar atención inmediata a cualquier menor que la precise pudiendo asumir, para tal fin, la guarda provisional regulada en el artículo 172.4 CC. Se deberá poner en conocimiento los hechos a los representantes legales de este y, en su caso, a la entidad pública o al Ministerio Fiscal.

El artículo 172.4 CC establece que se formalizará mediante resolución administrativa cuando sea necesario prestar inmediata asistencia al menor sin necesidad de proceder a su declaración de desamparo. Se articula para situaciones de urgencia, en tanto se procede, como dictan ambos preceptos, «(...) *a practicar las diligencias precisas para la identificación del menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo (...)*». Por cuestiones de seguridad jurídica debe estar sujeta a límites temporales; no obstante, la norma solo exige que sea el plazo más breve posible. Al respecto, consideramos que se debería haber establecido una duración máxima de esta modalidad de guarda, pues el interés del menor exige la pronta definición de su situación y la máxima celeridad en la adopción de las medidas necesarias. En este sentido, es importante señalar que el Anteproyecto, en los citados artículos de la LO y del Código Civil, contemplaba una duración máxima de tres meses, circunstancia que desafortunadamente se excluyó en la redacción de la Ley 26/2015.

Como señala el mencionado artículo del Código Civil, durante ese tiempo se procederá bien a la declaración de desamparo del menor y la consiguiente asunción de la tutela *ex lege* por el órgano público o bien a la promoción de la medida de protección adecuada. Especifica el legislador que si existen personas idóneas para ejercer como tutores del menor, se inste el procedimiento para la constitución de la tutela ordinaria. Como garante del cumplimiento de estas obligaciones del ente público, se erige el Ministerio Fiscal quien deberá promover las acciones para adoptar las medias de protección adecuadas si la entidad pública no hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución en el plazo señalado⁴⁰.

A nuestro juicio, nos parece muy loable la regulación de esta modalidad de guarda dado que consigue evitar el rigor derivado de la declaración de desamparo de un menor en aquellos supuestos en los que la entidad pública no posea suficiente información sobre su situación real; como se señala desde los servicios de atención primaria, en ocasiones, existen muchas dificultades para establecer si un menor se encuentra en situación de riesgo o desamparo y, en la mayoría de los casos, se requiere un tiempo prudencial para el análisis de la situación y la adopción de la medida más adecuada. Antes de la aprobación de esta medida, la entidad pública en estos casos «sugería» a los progenitores o tutores la solicitud de la guarda voluntaria, para conseguir así la protección del menor y analizar con detenimiento la situación familiar. Actualmente, como se ha comentado, la regulación de la guarda provisional permite su declaración por parte de la entidad pública sin que sea necesaria petición por parte de los progenitores o tutores, como sí se exige para la guarda administrativa. Las causas de finalización de la tutela automática recogidas en el artículo 172.5 CC, mencionadas con anterioridad, son también aplicables a la guarda provisional.

El Consejo del Fiscal General ha emitido, al igual que el Consejo del Poder Judicial, un informe sobre el Anteproyecto precursor de la actual Ley 26/2015. Cabe asimismo su aplicación a los preceptos sobre los que no se han operado cambios significativos durante la tramitación parlamentaria de la mencionada Ley. En relación a esta figura de nueva creación, considera muy acertada su regulación por prestar atención inmediata a los menores, buscando una alternativa que no implique graves consecuencias para las relaciones familiares, aspecto, como se comentó, no contemplado en la anterior redacción.

⁴⁰ A nuestro entender, pese a la inexistencia de un plazo legal de duración de esta medida, la alusión en el citado precepto «(...) *al plazo señalado (...)*» puede interpretarse en que el mismo se deberá determinar en la resolución administrativa que declara la guarda provisional.

2. LA GUARDA VOLUNTARIA O ADMINISTRATIVA

La regulación de la guarda voluntaria o administrativa se recoge en los artículos 19 LO 1/1996 y 172 bis CC. La redacción contemplada en el primero de ellos «(...) además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la entidad pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda» es complementada por lo dispuesto en el artículo 172 bis apartado 1 CC «(...) cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad pública que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario (...)». Se detrae, por tanto, que solo cabe su constitución cuando no se observen otros factores que impliquen una posible situación de desamparo.

Al respecto y conforme a lo estipulado en la normativa anterior, conviene señalar que en estos supuestos, se requiere que los titulares de la patria potestad o tutela, por motivos ajenos a su voluntad, no puedan atender de forma adecuada al menor. Como señala la doctrina científica, es necesario que en estos casos no exista despreocupación, desinterés o descuido en el desempeño de las funciones paternas o tutelares⁴¹. A título ilustrativo se pueden citar como situaciones que permiten solicitar la guarda: la enfermedad grave de cualquiera de los guardadores, la necesidad de emigrar del país por motivos laborales, la existencia de una sentencia firme de prisión... A nuestro entender, hubiera sido conveniente la inclusión de las circunstancias motivadoras para la solicitud de la guarda administrativa, a semejanza de lo establecido para la procedencia de la declaración de desamparo. En todo caso, no se debe interpretar como una sanción al guardador por su falta de diligencia en el cuidado del menor, sino que se pretende la subsanación de una situación fáctica de desprotección evitando que derive en una declaración de desamparo.

En virtud de lo expuesto, se observa que la guarda convencional cumple una doble finalidad: de un lado, se trata de una función asistencial que permite a los particulares que ostentan la guarda recurrir a la delegación provincial competente para que, provisio-

⁴¹ VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autónoma e internacional*, ed. Comares, Granada, 1994, pp. 47 y 48.

nalmente, se haga cargo del menor; y de otro lado, es una medida de protección que permite atenuar el rigor derivado del carácter objetivo que se asigna al desamparo⁴². De esta forma, los padres o tutores que se encuentren en dificultades para cumplir con los deberes dimanantes de la patria potestad o tutela podrán evitar la declaración del mismo solicitando a la entidad pública que asuma la guarda del menor en tanto superan las circunstancias que dieron lugar a la misma. Porque como se sabe, la declaración de desamparo es procedente cuando existan circunstancias graves que hagan imposible el ejercicio de los deberes de guarda y custodia, con independencia de si la situación se debe a causas imputables a los progenitores o de fuerza mayor.

No obstante, uno de los mayores problemas que presentaba esta opción, sin duda a veces la más beneficiosa para todas las partes era que, en demasiadas ocasiones, el tiempo transcurrido hasta la adopción de una medida definitiva se alargaba de forma indefinida provocando los consecuentes perjuicios para la estabilidad del menor. Muy acertadamente, se ha introducido una importante modificación referida a su duración máxima que no podrá sobrepasar los dos años, como se dispone en los artículos 172 bis apartado 1 CC⁴³ y 19.2 Ley Orgánica 1/1996, salvo que excepcionalmente se considere conveniente su prórroga si el interés del menor lo aconseja o «(...) *por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (...)*», como rezan respectivamente los citados artículos. Añade este último que en estos supuestos será necesario el compromiso de la familia para someterse, en su caso, a la intervención profesional determinada por la entidad pública.

Como advierte el legislador en el Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, la finalidad de esta limitación temporal es evitar que se hagan crónicas situaciones de guarda del menor privándole de soluciones familiares estables y permanentes⁴⁴. Transcurrido dicho

⁴² Así lo entiende MORENO FLÓREZ, R., *Acogimiento Familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 118, al considerar que la guarda rogada puede suponer «(...) ponerse la venda antes de recibir la pedrada, porque en virtud de esta facultad concedida a los padres o al tutor, se evita la contingencia de que, aún por causa de fuerza mayor, el menor sea declarado en situación de desamparo con la consiguiente tutela por la entidad pública. En estos casos, por tanto, acudir con carácter previo a la guarda administrativa evitará que la entidad pública pueda dar al menor en régimen de acogimiento preadoptivo o en adopción (...)».

⁴³ Afortunadamente, se ha modificado la indeterminación de la duración de esta figura presente en la redacción del artículo 172 bis apartado 1 CC del Anteproyecto cuando estipulaba «(...) *que no podrá sobrepasar el previsto por la ley como plazo máximo de cuidado temporal del menor (...)*», si bien es cierto que el artículo 19 LO del citado Anteproyecto declaraba expresamente la duración máxima de dos años.

⁴⁴ Circunstancia puesta de manifiesto con anterioridad a la reforma por la doctrina jurisprudencial. *Vid.*, la SAP de Zaragoza de 21 de julio de 2004, ponente SOLCHAGA LOITEGUI, *J. U. R.* 2004, marg. 217648.

plazo, el menor deberá volver con su familia o ser declarado en desamparo, conforme a lo establecido en el mencionado precepto del Código Civil⁴⁵.

En relación a los cambios propuestos en el Anteproyecto y finalmente incluidos en la Ley 26/2015 respecto a la figura de la guarda, en el citado informe del Consejo Fiscal se considera positiva la fijación de una duración máxima de dos años desde su constitución, salvo en aquellos supuestos en los que sea procedente su prórroga «(...) por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (...)». Asimismo, juzga adecuada la previsión sobre la necesidad del compromiso de la familia para someterse, en su caso, a una intervención profesional. A su entender, el momento adecuado para su determinación sería el momento de formalización de esta medida protectora.

En relación al procedimiento para su constitución apenas se han realizado variaciones, dado que la entrega se realizará por escrito, dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen ostentando sobre los menores y que la misma se ejercerá mediante el acogimiento familiar o residencial como indica el artículo 172.1 bis segundo párrafo CC. Se añade que la entidad pública garantizará, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de cualquier otro si fuera necesario. El órgano público queda obligado a fundamentar y comunicar la guarda voluntaria, y cualquier variación que pudiera producirse en su ejercicio, a lo progenitores, tutores y al Ministerio Fiscal. En ambos casos, se excluye de este deber de notificación al menor de doce años o al que tenga suficiente madurez⁴⁶.

Asimismo, distintos autores habían incidido en esta cuestión; IGLESIAS REDONDO, J. I., al señalar que la expresión «(...) durante el tiempo que sea necesario (...)» alude al necesario requisito de la temporalidad de la medida, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ob. cit., p. 137. En el mismo sentido, DE ROMÁN PÉREZ, R., «Tutela, curatela y guarda de menores», en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, pp. 118-119.

⁴⁵ Pese a no recogerse de forma explícita en la anterior redacción de la norma, no era infrecuente que las entidades públicas, avaladas en numerosas ocasiones por los órganos judiciales, acordasen la declaración de desamparo tras el ejercicio de la guarda o incluso detectasen una situación de desamparo tras la solicitud de la guarda por sus progenitores o tutores. A título ilustrativo, *vid.*, AAP de Toledo de 13 de diciembre de 2001, ponente DE LA CRUZ MORA, A. C. 2002, marg. 378; SAP Madrid de 23 de mayo de 2002, ponente Hernández Hernández, R., A. C. 2002, marg. 1351; SAP de Valencia de 30 de abril de 2002, ponente MANZANA LAGUARDA, M. P., J. U. R. 2002 marg. 185690; SAP de Girona de 12 de julio de 2002, ponente FERNÁNDEZ PONT, J. M., A. C. 2002, marg. 1156.

⁴⁶ Hecho que podría ser contrario a lo recogido en el artículo 9.1 de la LO 8/2015, que especifica el derecho del menor a ser oído «(...) tanto en el ámbito familiar como en cualquier otro procedimiento administrativo, judicial o de medicación en que este afecta-

Por otro lado, no se recogen en el citado precepto, ni en la Ley Orgánica 1/1996, las causas de cesación de la guarda, establecidas anteriormente en el apartado 5 del artículo 172 CC, trasladándose su contenido al artículo 173 de este cuerpo legal, dedicado a la figura del acogimiento familiar. En su nueva redacción, se permite al menor, al acogedor o acogedores, al Ministerio Fiscal, a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela⁴⁷ o cualquier persona interesada⁴⁸ solicitar a la entidad pública su remoción cuando surgieren graves problemas de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda. Es preciso señalar que se ha ampliado las personas legitimadas para su solicitud –frente a la anterior redacción«(...) *aquel [el menor] o persona interesada (...)*»–. No obstante, sorprende que no se exija el requisito de tener doce años o suficiente madurez al menor. Además, a nuestro entender, cabría la aplicación analógica de las causas de extinción dispuestas respecto a la tutela y guarda provisional en el actual artículo 172.5 CC (con la excepción del apartado c) y no limitar su finalización a los posibles problemas de convivencia.

3. LA GUARDA JUDICIAL

Los artículos 19 LO 1/1996 y el 172.2 bis CC estipulan que la entidad pública deberá asumir la guarda cuando así lo declare el Juez en los casos en que legalmente proceda, concretando este último que el órgano público deberá adoptar la medida protectora idónea.

La indeterminación del legislador sobre los supuestos legales en los que la autoridad judicial debe decretar la misma, desafortunadamente no resuelto por la nueva redacción, ha propiciado la existencia de divergentes interpretaciones doctrinales sobre este aspecto de la institución que siguen teniendo validez. Por un lado, se defiende que solo cabe su aplicación en los casos previstos en el

do y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (...)».

⁴⁷ Con anterioridad a la reforma, la doctrina ya consideraba que cabría su finalización cuando los padres o tutores lo solicitasen alegando y justificando que podían cuidar del menor y la entidad pública así lo considerase. *Vid.*, IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ob. cit., pp. 146 y ss.

⁴⁸ Entiende LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», ob. cit., p. 39, que con esta expresión cabría la inclusión de la familia extensa del menor.

Código Civil⁴⁹; por otro, en una interpretación menos restrictiva, se considera que procederá su constitución en todo supuesto en que los progenitores o tutores no puedan proporcionar la asistencia necesaria al menor por cualquier circunstancia⁵⁰. En nuestra opinión, el propósito del legislador es la protección del menor de una forma integral, por lo que no nos parece acertado subsumir las actuaciones protectoras únicamente a las situaciones recogidas en el Código Civil, debiendo ampliarse este amparo a todos los supuestos en los que el menor se encuentre en un contexto de desprotección. Además, se entiende que cabe la solicitud judicial de constitución de la guarda asistencial cuando la entidad pública deniegue su formalización tras la petición realizada por los padres o tutor cuando, por diversas circunstancias, no puedan ejercer de forma temporal sus funciones de forma idónea⁵¹. A nuestro entender, hubiera sido deseable que el legislador hubiese indicado las causas determinantes para su formalización en el nuevo texto legal, para evitar así interpretaciones doctrinales dispares sobre este aspecto de esta modalidad de guarda.

El régimen de la guarda quedará establecido en la resolución jurisprudencial y podrá ser modificado por el órgano jurisdiccional competente; dicha medida estará sujeta a control judicial a través de los medios procesales previstos en el procedimiento en cuestión. En relación al régimen de finalización de la guarda instada judicialmente, hay que señalar que la normativa en vigor no contempla las causas para su cesación. Se entiende que se producirá en virtud de resolución judicial dictada en el proceso en que se hubiese acordado cuando, tras el examen de las circunstancias existentes, se considere procedente la adopción de cualquier otra medida o, por el contrario, sea posible la reunificación familiar por superación de la problemática originaria. Asimismo, por resolución judicial al recurso presentado por los progenitores tras la negativa de la entidad pública a su finalización en vía administrativa. En el mismo sentido a lo comentado con anterioridad, consideramos necesario que se hubiesen regulado las circunstancias determinantes del cese de esta institución, evitando así su indeterminación legal y la necesidad de recurrir a criterios interpretativos. En virtud de lo expuesto, entendemos que la regulación de la guarda judicial contemplada

⁴⁹ Defendida esta tesis, entre otros, por BENITO ALONSO, F., «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda», en «jurisdicción voluntaria», *La Ley*, n.º 6, 1997, pp. 1742 y ss.; GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 823, concretados fundamentalmente en los supuestos contemplados en los artículos 103.1.º y 158.2.º CC.

⁵⁰ VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores...*, *vid. ob. cit.*, p. 66.

⁵¹ IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege...*, *ob. cit.*, p. 136.

en la nueva normativa no ha aportado novedades relevantes respecto a la anterior redacción y no ha solventado las lagunas jurídicas que esta presentaba.

4. EL EJERCICIO DE LA GUARDA Y DE LA TUTELA AUTOMÁTICA

Respecto a este aspecto de ambas instituciones, el legislador ha introducido importantes novedades que requerían una regulación específica que, en su conjunto, valoramos positivamente pese a que debería haberse profundizado con mayor detalle en determinadas cuestiones, como exponemos a continuación.

4.1 Priorización del acogimiento familiar frente al residencial

En relación al ejercicio de la guarda, se ha añadido el artículo 172 ter en el Código Civil señalando que se realizará mediante el acogimiento familiar o en caso que no sea posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. En el mismo sentido se expresa el artículo 11.b LO 1/1996 cuando establece que cuando no sea posible el mantenimiento en su entorno familiar, «(...) se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional (...)»⁵².

La legislación estatal anterior no establecía el carácter preferente del primero frente al segundo⁵³, aspecto subsanado por la

⁵² Esta premisa no se contemplaba en el Anteproyecto, por lo que su inclusión en la redacción final de la Ley 26/2015 determina claramente la pretensión del legislador de incidir en la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial.

⁵³ En el articulado del Código Civil no se recogía ninguna disposición de esta naturaleza; solo el artículo 21 LO 1/1996 declaraba «(...) la necesidad de que el menor tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurando que la duración del internamiento sea lo más breve posible (...)»

Por el contrario, la mayoría de las CCAA sí establecen este principio en sus respectivas normativas. Entre otras, la Ley 1/1998, de 20 de abril, que regula los derechos y la atención al menor de Andalucía, artículo 36.1; la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia de Aragón, BOE de 8 de agosto de 2001, n.º 189, artículo 66.1; la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores de guarda y protección de menores del Principado de Asturias, BOE de 20 de abril de 1995, n.º 94, artículo 61.1; la Ley 3/1999, de 31 de marzo, que regula las competencias en materia de menores de Castilla-La Mancha, BOE de 25 de mayo 1999, n.º 124, artículo 44.b; la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, BOE de 28 de junio de 2010, n.º 156, artículo 120; la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006, de 14 de junio, BOE de 11 de agosto de 2006 n.º 191, artículo 21; la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de Murcia, BOE de 2 de junio de 1995, n.º 131, artículo 29.1; la Ley 1/2006 de Protección de Menores de La Rioja, de 28 de febrero, BOE de 23 de marzo de 2006, n.º 70, artículo 87.3; la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de

Ley 26/2015 y que puede considerarse uno de los grandes aciertos de la reforma, consideración compartida por el Consejo Fiscal. Su plasmación legal era una de las peticiones más reiteradas por los profesionales de los distintos ámbitos dedicados a la protección de menores y consolida una práctica judicial unánime, pues son numerosas las resoluciones jurisprudenciales que se han expresado en este sentido⁵⁴.

A nuestro entender, la priorización en la formalización del acogimiento familiar frente al residencial, es sumamente positiva pues permite que el menor se integre en una familia en vez de un centro asistencial, lo que indudablemente le reportará importantes beneficios emocionales y afectivos⁵⁵. No obstante, en virtud del supremo interés del menor, el legislador también ha establecido la posibilidad de anteponer la constitución de un acogimiento residencial cuando las circunstancias así lo aconsejen⁵⁶. Por último, se debe apuntar que esta modalidad no solo es considerada subsidiaria respecto al acogimiento familiar, sino también en relación a las demás medidas de protección.

4.2 El principio de reintegración familiar

Una de las cuestiones sobre las que incide de forma especial la reforma es la relativa a la reunificación familiar. Es en el artículo 11 LO 1/1996 dónde se recogen los principios rectores en esta materia, ya contemplados en la anterior redacción del citado precepto, entre los que destaca la supremacía del interés superior del

atención y protección a la infancia y adolescencia del País Vasco, *BOE* de 14 de noviembre de 2011, n.º 274, artículo 76.1.

⁵⁴ Entre otras, SAP de Zaragoza de 29 de octubre de 2004, ponente NAVARRO PEÑA, E., *J. U. R.* 2004, marg. 297765; SAP de Navarra de 15 de febrero de 2005, ponente GOYENA SALGADO, F. J., *J. U. R.* 2005, marg. 85280; SAP de Asturias de 19 de septiembre de 2005, ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, E., *J. U. R.* 2005, marg. 236955; SAP de Asturias, de 19 de septiembre de 2005, ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, E., *J. U. R.* 2005, marg. 236955; SAP de Navarra, de 15 de febrero de 2005, ponente GOYENA SALGADO, F. J., *J. U. R.* 2005, marg. 85280.

⁵⁵ En esta línea de principio, *vid.*, NÚÑEZ CASTILLO, A., «El sistema de protección de menores», en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, dirigido por GARCÍA GARNICA, M. C., coordinado por MORILLAS FERNÁNDEZ, M. y QUESADA PÁEZ, A., ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 208, que entiende que es mucho más beneficiosa la modalidad de acogimiento familiar frente al residencial pues es en la familia «(...) donde se produce una mayor estimulación, una continuidad en los cuidados, unas relaciones más intensas y un trato más individualizado y personal y, por tanto, es en este contexto donde se cubren de una manera más eficaz y saludable las necesidades tanto físicas como, y sobre todo, emocionales de los niños (...)».

⁵⁶ En relación a los criterios defendidos por la jurisprudencia y la doctrina científica sobre los supuestos en los que es preferente la constitución del acogimiento residencial frente al familiar, con anterioridad a la reforma, *vid.*, NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código Civil y en el Derecho Civil de Galicia*, ed. Colegio Registradores de la Propiedad, Madrid, 2010, pp. 239 y ss.

menor y en tanto no sea incompatible con este, «(...) *el mantenimiento en su familia de origen* (...)»⁵⁷. En concordancia, el apartado 2.º del artículo 172 ter CC, determina que se buscará el interés supremo del menor y se priorizará cuando no sea contrario al mismo, «(...) *su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a la misma institución o persona para que permanezcan unidos* (...)». Además, se exige la revisión cada seis meses al menos, del régimen de visitas y cualquier otra forma de comunicación entre el menor y su familia.

Al respecto, se ha introducido un nuevo artículo 19 bis en la LO 1/1996 titulado disposiciones comunes a la guarda y tutela. En el mismo, se dispone la obligación de la entidad pública de elaborar un plan individualizado de protección para cada menor en guarda o tutela en el que se establecerán los objetivos, previsión y plazo de las medidas a adoptar «(...) *incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar* (...)»⁵⁸. Asimismo, se indica que cuando un menor presente algún tipo de discapacidad, se deberán mantener los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de aquellos que sean adecuados para sus necesidades. Esta modificación legislativa nos parece muy loable por dos razones; la primera de ellas, porque uno de los mayores problemas de los que adolecía la anterior regulación era la relativa a la ausencia de un proyecto específico para cada menor, lo que en la práctica provocaba la indefinición de su situación. Y la segunda, porque no se hacía mención expresa al programa de reunificación familiar. Incide en este punto el apartado 2.º del citado precepto al establecer que «(...) *cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la entidad pública aplicará el programa de reintegración familiar* (...)». Además, cuando la entidad pública decreta la reunificación familiar, deberá realizar un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor.

⁵⁷ Véase, CORRAL GARCÍA, E., «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos», *Revista General de Derecho*, n.º 682, 2001, pp. 6709 y ss.

⁵⁸ No recogido en la anterior redacción, pero sí señalado por la doctrina científica y jurisprudencial. *Vid.*, PÉREZ ALVÁREZ, M. A., «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor*, Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi, A Coruña, 1997, pp. 28-30; Díez GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 7, marzo-abril 2003, p. 176; LÓPEZ SÁNCHEZ, F./LÓPEZ GÓMEZ DE CÁDIZ, B./FUERTES ZURITA, J./SÁNCHEZ REDONDO, J. M. y MERINO MUÑOZ, J., *Necesidades de la infancia y protección infantil*, ed. Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1995, p. 58.

Asimismo, son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales dictados en este sentido; entre otras, SAP de Asturias de 19 de septiembre de 2005, ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, E., *J. U. R.* 2005, marg.; SAP de Granada de 23 de febrero de 2005, ponente GALLO ERENA, A., *J. U. R.* 2005, marg. 135049.

Otra cuestión pendiente en la anterior regulación era la relativa a las condiciones que debía cumplir la familia para posibilitar la reunificación familiar. En realidad, el problema residía en determinar cuando los factores existentes en la misma eran irreversibles⁵⁹. A nuestro juicio y sin pretender ser exhaustivos, cabría citar como causas inhabilitantes para el ejercicio de la patria potestad de difícil solución: los malos tratos físicos o psíquicos infringidos al menor de forma continuada, los abusos sexuales, las enfermedades mentales graves e irreversibles de los progenitores, los problemas crónicos de drogodependencia o alcoholismo...

Actualmente, la propia norma, sin llegar a estipular expresamente los supuestos en que es factible la reintegración familiar del menor desamparado, lo que hubiera sido deseable, ha dado un paso importante al establecer en el apartado 3.º del citado artículo 19 LO 1/1996 que para su determinación «(...) *será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico (...)*».

En relación a lo establecido sobre la reunificación familiar en el Anteproyecto y que coincide de forma palmaria con lo dispuesto en la Ley 26/2015, por lo que cabe su aplicación, el Consejo Fiscal ha realizado las siguientes consideraciones. Por un lado, entiende que la regulación llevada a cabo por el prelegislador es muy acertada pues aunque en el anterior texto legal ya se contemplaba este principio, también señala que se guardaba «(...) un criticable silencio sobre cómo articularlo, silencio al que responde el Anteproyecto (...)». Sin embargo, no está de acuerdo la Fiscalía General del Estado con la redacción otorgada al ap. 3.º artículo 19 bis pues a su entender es defectuosa, aunque se muestra conforme con el contenido sustantivo del precepto⁶⁰.

⁵⁹ Así lo expresa Díez GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», ob. cit., pp. 180 y 181, cuando considera que si bien es cierto que es muy difícil determinar si el menor podrá reintegrarse en su núcleo familiar, se debería atender a la transitoriedad de la situación de desamparo y a las causas que la ocasionaron.

⁶⁰ Su propuesta es la siguiente: «(...) para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya constatado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor. En la toma de decisión sobre el retorno deberá ponderarse el tiempo transcurrido, la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma (...)».

Por otro lado, en el apartado 3 del artículo 172 ter CC se dispone la posibilidad de acordar por parte de la entidad pública, que el menor en acogida familiar o residencial pueda realizar estancias, salidas de fin de semana o de vacaciones con familias o instituciones idóneas, tras ser escuchado si tiene suficiente madurez o si es mayor de doce años. Esta medida será comunicada a los progenitores o tutores en tanto no hayan sido privados de la patria potestad o removidos de la tutela.

4.3 Deber de contribución de los progenitores o tutores a los gastos de los menores en desamparo o guarda

Como importante novedad, se señala en el artículo 172.4 ter CC. que en los casos en que el menor esté en situación de desamparo o de guarda, el órgano público podrá establecer la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores «(...) en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por los actos realizados por los mismos».

Esta premisa solventa un debate nada pacífico sobre la posibilidad de que los progenitores o tutores, pese a que su hijo o tutelado esté bajo la tutela *ex lege* o la guarda de la entidad pública mantengan, respecto a él, determinadas obligaciones. Así lo establecen los artículos 110 y 111 CC que disponen que la exclusión o no ostentación de la patria potestad no exime a los padres de su deber de alimentar y velar por sus hijos. En referencia al tutor, el artículo 269.1.º CC impone que procure alimentos a su tutelado. No obstante, las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre este aspecto con anterioridad a la reforma eran claramente contradictorias, abogando en algunos casos por el mantenimiento de dichas obligaciones⁶¹ y en otros por su supresión⁶².

⁶¹ EGEA FERNÁNDEZ, J., «La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de junio, de protecció de menors. L'acolliment», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, vol. 86, 1987, p. 330; HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *El acogimiento convencional de menores*, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales). (Formularios), ed. Montecorvo, Madrid, 2002, p. 265; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., «Visión general del acogimiento familiar», *Actualidad Civil* n.º 5, 2000, p. 1690; EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al artículo 173 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 104; VATTIER LAGARRIGUE, C. J., «Contribución al estudio del acogimiento», en *Instituciones protectoras del menor...*, ob. cit., p. 159.

En el mismo sentido, se manifiestan la SAP de Orense de 28 de febrero de 2003, ponente CARVAJALES SANTA EUFEMIA, A., *J. U. R.* 2003, marg. 129209 y SAP de Asturias de 27 de julio de 2005, ponente CASERO ALONSO, J. L., *J. U. R.* 2005, marg. 24993.

⁶² Argumento recogido, con matices, por RUIZ RICO-RUIZ, J. M., «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)», *Actualidad Civil*, n.º 1, 1988, p. 155; RODRÍ-

La aclaración introducida por la reforma nos parece necesaria y acertada dotando de seguridad jurídica a un aspecto importante de la protección de menores. No obstante, consideramos casi nula su aplicabilidad práctica dado que en escasas ocasiones los progenitores o tutores cuyos hijos o tutelados están en situación de desamparo o guarda, tienen recursos económicos suficientes para proceder a su manutención⁶³.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha expuesto, la reforma del sistema de protección del menor se ha realizado mediante la promulgación de dos normas: la Ley 26/2015, de 28 de julio, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que han introducido modificaciones en diversas normativas legales, entre ellas el Código Civil y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. En términos generales, se puede afirmar que los cambios operados son significativos, dotando de mayor seguridad jurídica a este régimen jurídico de la que existía en la legislación anterior, mas no supone una auténtica renovación de dicho sistema porque no regula nuevas medidas de protección al menor de edad, salvo contadas excepciones. En cualquier caso, era necesaria esta actualización legislativa porque el transcurso del tiempo había dejado obsoletos o sin aplicación práctica ciertos institutos jurídicos recogidos en las normas anteriores, además de adolecer desde su aprobación de importantes carencias y defectos que se han intentado –y en algunos casos–, conseguido superar con la publicación de la nueva normativa.

Respecto a la situación de riesgo, nos parece acertada la actual regulación. En especial, consideramos muy positiva la regulación del procedimiento para su declaración, silenciado en la anterior redacción por la seguridad jurídica que aporta. No obstante, como se comentó, en nuestra opinión es necesaria una mayor concreción de aquellas situaciones generadoras de una declaración de riesgo

GUEZ SOL, L., «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley* n.º 1, 1993, pp. 1113 y 1114.

En el ámbito judicial, defienden esta postura, entre otras, la SAP de Cáceres de 5 de julio de 2000, ponente ESTEFANI LÓPEZ, M. R., *J. U. R.* 2000, marg. 285533; la SAP de Murcia de 7 de noviembre de 2006, ponente PACHECO GUEVARA, A., *J. U. R.* 2007, marg. 23814.

⁶³ Como ya lo señalaban con anterioridad a la reforma, EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al art. 173 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, ob. cit., p. 104; PÉREZ MARTÍN, A. J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Comentarios. Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y Formularios*, ed. Lex nova, Valladolid, 1998, p. 367.

para evitar una posible discrecionalidad en su declaración, así como la estipulación legal de las medidas que en estos supuestos debe aplicar la Administración.

En relación a la situación de desamparo, se incluye el deber de la entidad pública de informar al menor de la situación de desamparo y de cualquier otra medida a adoptar que, como se expuso, nos parece un acierto del legislador. Cabe resaltar como una de las novedades más importantes de la reforma la estipulación de las circunstancias generadoras de desamparo que, como se ha comentado, ha contribuido a paliar la indeterminación que existía en torno a este instituto jurídico. Asimismo, nos parece adecuada la inclusión de una regulación específica que determine el órgano público competente para la protección del menor cuando se traslade dentro del territorio nacional, así como cuando se encuentre en situación de desamparo en el extranjero, para evitar así situaciones de desprotección en estos supuestos.

Las modificaciones introducidas en los derechos de oposición y revocación de los progenitores a las decisiones de la entidad pública, entendemos, mejoran su regulación. En nuestra opinión, una de las innovaciones más importantes incluidas en este apartado es la relativa a la que permite que el órgano público pueda instar cualquier medida que considere adecuada, incluso iniciar el proceso para la adopción, si fundamentadamente se considera inviable el retorno del menor a su familia, premisa que, como dijimos, nos merece una valoración positiva en aras a la estabilidad del menor.

Una de las pocas figuras creadas por la nueva regulación es la referente a la guarda provisional para aquellos supuestos en los que sea preciso prestar asistencia inmediata a un menor y al mismo tiempo, disponer de un tiempo prudencial para estudiar su situación familiar. Como se comentó, compartimos plenamente el criterio del legislador sobre la oportunidad de su regulación, evitando que en estos supuestos se declare directamente al menor en situación de desamparo, sin tener suficientes elementos de juicio. Sin embargo, se silencia el tiempo máximo de duración de esta medida que, a nuestro juicio, sería importante determinar para evitar el alargamiento innecesario de esta modalidad de guarda.

Respecto a la guarda administrativa o voluntaria, se debe indicar que la única novedad introducida, pero de indudable significación, es la relativa a la estipulación de un plazo máximo de dos años de duración, manteniéndose los demás criterios en cuanto a su formalización y procedimiento.

Otro acierto legislativo incluido en la nueva normativa ha sido establecer, de forma primigenia en una normativa estatal, la priori-

dad en la formalización de la medida del acogimiento familiar en detrimento del residencial. Por otro lado, se ha resaltado la importancia del principio de reunificación familiar y, si bien no se han explicitado expresamente las condiciones que ha de cumplir la familia para permitir el regreso del menor a su seno, el legislador sí ha establecido una serie de condicionantes para que sea efectivo.

Por último, se recoge la obligación que siguen manteniendo los progenitores o tutores de prestar alimentos a los menores en guarda o desamparo, pese a que como comentamos, en principio no parece una medida operativa precisamente por la escasez de recursos materiales que, en general, presentan estas familias.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores», *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, Barcelona, 2011, 1-25.
- ALVÁREZ OLALLAY, M. P., «Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia», *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2.º, n.º 4, 2014, pp. 37-49.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15 (El menor ante el Derecho en el Siglo XXI), Madrid, 2011, pp. 15-62.
- BENITO ALONSO, F., «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda, en «jurisdicción voluntaria», *La Ley*, n.º 6, 1997, pp. 1727-1749.
- CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, ed. La Ley, Madrid, 2008.
- CARRASCO PERERA, A., «Desamparados», *Actualidad Jurídica, Aranzadi* n.º 583 (Tribuna), Pamplona, 2003, pp. 25-60.
- CORRAL GARCÍA, E., «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos», *Revista General de Derecho*, n.º 682, 2001, pp. 6709-6742.
- DE PAÚL OCHOTORRENA, J. y ARRUBARRENA MADARIAGA, M. I., *Manual de Protección Infantil*, ed. Masson, Barcelona, 2007.
- DE ROMÁN PÉREZ, R., «Tutela, curatela y guarda de menores», en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, pp. 79-126.
- DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 7, marzo-abril 2003, pp. 166-208.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., «La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de junio, de protecció de menors. L'acolliment», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, vol. 86, 1987, pp. 301-338.

- «Comentario al artículo 173 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 88-111.
- ESCRIBANO TORJADA, P., «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», *Actualidad Civil*, n.º 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2009, tomo I, pp. 10-42.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., «Visión general del acogimiento familiar», *Actualidad Civil*, n.º 5, 2000, pp. 1685-1695.
- GARCÍA PASTOR, M., «Artículo 172», en *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, tomo I, Miguel PASQUAU LIAÑO (dir.), ed. Comares, segunda edición, Granada 2009, pp.240-285
- GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, n.º 1, 1996, pp. 1690-1693.
- HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *El acogimiento convencional de menores, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales). (Formularios)*, ed. Montecorvo, Madrid, 2002.
- IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996.
- LASARTE ALVÁREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia.*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico*, n.º111, 2015, pp. 17-23.
- LLEBARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, ed. Bosch. Barcelona, 1990.
- LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, n.º 2185, enero 2016, pp. 3-89.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, F./LÓPEZ GÓMEZ DE CÁDIZ, B./FUERTES ZURITA, J./SÁNCHEZ REDONDO, J. M. Y MERINO MUÑOZ, J., *Necesidades de la infancia y protección infantil*, ed. Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1995.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil. Una revisión del sistema de protección*, ed. Psicología Pirámide, Madrid, 2005.
- MORENO FLÓREZ, R., *Acogimiento Familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: guía para profesionales y agentes sociales*, Save the Children, Málaga, 2015.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código Civil y en el Derecho Civil de Galicia*, ed. Colegio Registradores de la Propiedad, Madrid, 2010.
- NÚÑEZ CASTILLO, A., «El sistema de protección de menores», en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, dirigido por GARCÍA GARNICA, M. C., coordinado por MORILLAS FERNÁNDEZ, M y QUESADA PÁEZ, A., ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 203-209.
- NÚÑEZ MUÑOZ, C., «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, n.º 1, 1996, pp. 1483-1490.

- PÉREZ ALVÁREZ, M. A., «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor*, Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi, A Coruña, 1997, pp. 23-37.
- RODRÍGUEZ SOL, L., «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley* n.º 1, 1993, pp. 1097-1116.
- RUIZ RICO-RUIZ, J. M., «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)», *Actualidad Civil*, n.º 1, 1988, pp. 137-160.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil Español*, ed. Fundación universitaria española, Madrid, 2004.
- TRINIDAD NÚÑEZ, P., «La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia», *La Ley*, n.º 3, 2004, pp. 1783-1794.
- UREÑA MARTÍNEZ, M., «Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 15, 2015, pp. 145-148.
- VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario Derecho Civil*, 1991, pp. 611-695.
- *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autónoma e internacional*, ed. Comares, Granada, 1994.
- VATTIER LAGARRIGUE, C. J., «Contribución al estudio del acogimiento», en *Instituciones protectoras del menor Especial referencia a la normativa de Castilla y León*, Universidad de Burgos, 1999, pp. 127-171.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

Libros*

ARROYO AMAYUELAS, Esther/SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (dirs.): *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 145 pp.

La editorial Marcial Pons publica el libro *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, fruto de la colaboración entre el Colegio de Notarios de Cataluña y la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado de la Universidad de Barcelona. Se recogen en él los resultados de las Jornadas que, bajo el mismo título, tuvieron lugar los días 16 y 17 de julio de 2016 en el Colegio de Notarios de Cataluña. Ello explica el carácter un tanto heterogéneo de algunas de las aportaciones, aunque existe un hilo conductor común: la influencia que tiene el Derecho europeo en la armonización del Derecho privado.

I. El libro comienza con la aportación del Prof. Reiner Schulze, titulada «Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales». El trabajo se centra en los nuevos retos que la revolución digital está planteando en las categorías clásicas del Derecho contractual. La Unión Europea reaccionó inicialmente en 2011 con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común sobre la compraventa europea (CESL), que incluía dentro de los tipos contractuales, el suministro de contenidos digitales. Tras su retirada, se ha presentado en 2015 una propuesta de Directiva sobre determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales, que constituye un polo de discusión sobre el futuro desarrollo del Derecho contractual europeo, que evite una fragmentación entre los diferentes sistemas jurídicos. Sobre esta base, el autor va analizando los retos de los que se ocupa esta Propuesta de Directiva Digital.

Se comienza con un análisis de los cambios que está experimentando el Derecho contractual, a partir de la creciente influencia en todos los países del contenido Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. Así ocurre con la admisión de la validez del acuerdo al margen de otros requisitos (como la causa), y especialmente con la regulación de los concepto de conformidad y falta de conformidad, como presupuesto del ejercicio de los remedios jurídicos. En el desarrollo de estas cuestiones, el Derecho europeo ha ampliado su campo de aplicación a los contratos de consumo, y ha tenido en cuenta la utilización cada vez mayor del comercio electrónico, de manera especial en relación con el suministro de contenidos digitales.

* El *TDC* se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

A partir de aquí se van desgranando algunas materias de Derecho civil que necesitan una nueva regulación ante los avances tecnológicos. Esta necesidad aparece desde el mismo proceso de formación del contrato, que en ocasiones no se concluye directamente entre dos personas, sino entre dos máquinas previamente programadas, lo que obliga a replantear conceptos clásicos como el error o la anulabilidad del contrato. Igualmente se manifiesta en la necesidad de obtención de licencia para el suministro de contenidos digitales (lo que entronca con otros problemas sobre propiedad intelectual). Y de manera especial en la manera de organizar la posible responsabilidad de terceros, al margen de su relación contractual con el suministrador (programadores o diseñadores). En este sentido, el autor plantea incluso la posibilidad de extender la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos a la mala calidad de los datos, ya que es necesario deslindar la parte de que es responsable el desarrollador del contenido digital, y la de la empresa que ejerce un control sobre el suministro. Se analiza también en profundidad el propio concepto de contenido digital, como objeto de contrato, que incluye la prestación de servicios. Y se hace un análisis novedoso de la normativa de protección de datos, por el alto significado económico que pueden tener para el proveedor de contenidos digitales, hasta el punto de poder considerar los datos como una auténtica contraprestación contractual, como una nueva categoría entre los derechos de la personalidad y los derechos patrimoniales.

Seguidamente es objeto de estudio la necesidad de adaptar conceptos del Derecho contractual europeo a estos nuevos planteamientos innovadores. El autor se centra en el concepto de conformidad del contrato y en la estructura de los remedios jurídicos. El nuevo enfoque de la conformidad del contrato exige distinguir entre la entrega de una cosa y el suministro de contenidos digitales, ya que estos serán conformes al contrato cuando cumplan, entre otros, los requisitos de funcionalidad, interoperatividad, accesibilidad, continuidad y seguridad acordados. Y ello porque los contenidos digitales presentan unos caracteres que los hacen diferentes: lo habitual será que se suministren de forma continuada en un período de tiempo (lo que lo aproxima a una prestación propia de un contrato de servicios), por lo que la conformidad deberá exigirse tanto en el momento inicial, como durante todo el plazo de suministro de tales contenidos (ello hace que deba modificarse la normativa tradicional sobre transmisión del riesgo). Por otro lado, se presenta un problema jurídico nuevo, que es el relativo a la necesaria actualización (*updating*) de los contenidos digitales, que solo serán conformes al contrato cuando se puedan actualizar de acuerdo a los pactado (lo que plantea si la actualización forma parte del suministro).

La especialidad de los contenidos digitales como objeto de contrato obliga igualmente a replantear la estructura de los remedios ante la falta de conformidad, porque no se trata de mercancías, de ahí que no tenga sentido regular la reparación o sustitución. Y ofrece igualmente singularidades en cuanto a la resolución del contrato. En definitiva, la nueva manera de enfocar los contenidos digitales obliga a combinar elementos nuevos con enfoques que pueden considerarse tradicionales en el Derecho de contratos, y particularmente referidos al contrato de compraventa. La aportación del Prof. Schulze es ambiciosa y sumamente sugerente en este sentido, ya que ofrece las bases dogmáticas necesarias para dar coherencia al Derecho contractual europeo.

II. La profesora Judith Rochfeld titula su aportación «La réglementation des contrats de fourniture de contenus numériques: l'appréciation des aspects numériques». En ella parte del rápido aumento del comercio electró-

nico en el mercado europeo, lo que provocó que la Comisión Europea adoptara en 2015 la Estrategia para el Mercado Único Digital, como una de las prioridades para generar un mayor crecimiento en Europa [COM (2015) 192 final], y la posterior Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Social Europeo «Contratos digitales para Europa. Liberar el potencial del comercio electrónico» [COM (2015) 633 final]. Como es sabido, tras el abandono del CESL, dentro de esta estrategia se publicaron dos Propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo: la relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes [COM (2015) 635 final], y la relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [COM (2015) 634 final]. Paralelamente se estaba tramitando en el momento de la publicación de este libro, el posteriormente aprobado Reglamento UE 2017/1128, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior.

El trabajo de la profesora Rochfeld se centra de manera especial en la Propuesta de Directiva sobre contratos de suministro de contenidos digitales (Directiva Digital), destinada, como la otra Propuesta, a la protección de los consumidores, entendiendo por tales las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Se analiza, por un lado, lo que la autora califica como «misteriosa» definición de lo que constituye «contenido digital», que critica por su imprecisión al incluir realidades muy diferentes (suministro en formato digital, en soporte duradero o no, de audio, video, música, etc., al lado de realidades como Skipe, Youtube o servicios de almacenamiento en línea como Dropbox), que dificultan un tratamiento unitario, al mezclar soportes tangibles con formatos diferentes como el *streaming*, que se va imponiendo y sustituyendo a los anteriores. Estos últimos plantean peculiaridades propias como objeto de contrato que, por sus contornos difusos, pueden provocar que sean a la vez objeto de la Propuesta de Directiva de compraventa en línea.

Se trata igualmente en profundidad el concepto de «proveedor», y los problemas que suscita que éste pueda suministrar los contenidos digitales directamente a un consumidor, o bien a un tercero que disponga de una instalación física o virtual, y que ponga los contenidos digitales a disposición del consumidor, o que permita que éste tenga acceso a los mismos (lo que incluye la posibilidad de enfocar la cuestión desde la perspectiva de la economía colaborativa). Pero es especialmente sugerente el estudio que se realiza sobre el concepto de contraprestación en este tipo de contratos, ya que la Directiva Digital admite directamente que ésta no sea monetaria, y que pueda consistir en permitir el acceso del proveedor a datos personales u otro tipo de datos. Ello plantea la aplicación concurrente con la normativa sobre protección de datos. Finalmente, la autora analiza las particularidades que ofrece la contraprestación consistente en la cesión de datos, en los supuestos de resolución contractual. No procede aquí plantear un reembolso del precio, sino que el proveedor ya no podrá utilizar tales datos y cualquier otra información que el consumidor haya facilitado a cambio de los contenidos digitales. Paralelamente deberá adoptar todas las medidas necesarias para cumplir la normativa sobre protección de datos eliminándolos o transformándolos en anónimos, de forma que el consumidor no pueda ser identificado por ningún medio. Igualmente, desde la perspectiva del consumidor, la resolución implica que este deberá abstenerse de seguir utilizando los contenidos digitales. De nuevo

aquí se vuelven a plantear el problema, tratado por la autora, del propio concepto de «contenido digital», porque necesariamente a efectos de la resolución es preciso diferenciar que los contenidos digitales se hayan suministrado o no en soporte duradero.

III. La profesora Miriam Anderson realiza un amplio estudio de «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español». No estamos ante un trabajo puramente descriptivo, sino profundo, en el que se analiza cada uno de los problemas que suscita el desarrollo de la Directiva, y se aportan ideas muy sugerentes sobre la regulación de los contratos de crédito inmobiliario. La autora se muestra sumamente crítica con la finalidad de la Directiva que, aunque va referida a la protección de los consumidores, en algunos aspectos parece más bien destinada a proporcionar estabilidad al sistema financiero y dar seguridad al *lobby* bancario.

La Directiva 2014/17/UE no define lo que son inmuebles de uso residencial, a pesar de constituir su objeto directo. En este sentido, acaso hubiera sido deseable en el trabajo tratar con más profundidad este concepto, dado que en España existe un amplio abanico de normas destinadas a proteger exclusivamente la vivienda habitual, con las que tendrá que convivir la futura ley que desarrolle la Directiva. Por otro lado, la Directiva limita su ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores (entendiendo por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial). En el momento de la publicación acababa de aparecer el primer Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al que se hacen las oportunas referencias, que ahora se ha presentado como Proyecto de Ley, el 17 de noviembre de 2017, con bastantes modificaciones respecto al borrador inicial. El Proyecto de Ley va más allá de la previsión de la Directiva, y extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores, evitando los problemas que se han suscitado en la jurisprudencia en torno a si el prestatario reúne o no la condición de consumidor. Se sigue así la misma línea que la recogida en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que va referida en general al «cliente de servicios bancarios». Con ello se ha querido incluir en el ámbito subjetivo de aplicación de la futura Ley a los trabajadores autónomos. Pero deliberadamente se excluye a las personas jurídicas, que sí están incluidas en el artículo 3 TRLGDCU. El cambio de perspectiva respecto a la Directiva es importante y afecta, a mi juicio, al propio concepto de inmueble de uso residencial, porque es indiferente que se use como residencia, o como segunda vivienda, o que se adquiera para habitarla, arrendarla, cederla como alojamiento turístico, o como inversión.

Resultan particularmente interesantes las consideraciones que realiza la profesora Anderson sobre el contenido de la Directiva relativo a la información precontractual, que gira en torno a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Se trata de un documento de información precontractual personalizada y estandarizada en toda la UE, cuya finalidad es garantizar la transparencia y proporcionar al consumidor toda la información pertinente para que pueda decidir con libertad, comparando la oferta que se le realiza con las de otros competidores. La FEIN es objeto de un amplio tratamiento en el Proyecto de Ley, que además viene a considerarla como oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato. La autora pone de relieve los peligros del exceso de información, que puede conducir a una ausencia de la misma. En efecto, no se trata de impartir a los consumidores un curso acelerado de finanzas y Derecho Bancario, sino de

que puedan emitir un consentimiento libre, después de haber sido convenientemente informados. Lo contrario no es otra cosa que utilizar el exceso de información con carácter defensivo por parte de las entidades bancarias. Por este motivo la autora plantea que en lugar de estandarizar la información, se establezca un contenido mínimo en todos los contratos. Parece que el guante se ha recogido en el Proyecto de Ley, cuya Disposición Final Undécima prevé, dentro del desarrollo reglamentario de esta Ley, que el Gobierno pueda «fijar las cláusulas que los contratos de préstamo habrán de tratar o prever de forma expresa». La misma previsión se contiene en la modificación proyectada del artículo 5.1.a) de la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en cuanto a los contratos referentes a servicios o productos bancarios típicos.

Por otro lado, la autora se centra de manera especial en otros dos aspectos de la Directiva que considera de particular relevancia. Por un lado el control de solvencia (y las consecuencias de su incumplimiento). Y por otro, las medidas que deberían adoptar los Estados para propiciar que los acreedores muestren una «tolerancia razonable» ante el incumplimiento. La autora se muestra muy crítica con los términos excesivamente vagos con que se regula en la Directiva el control de solvencia, si bien considera positivo que únicamente se pueda conceder el crédito si se ha superado dicho control. La cuestión se recoge en los mismos términos en el artículo 9 del Proyecto de Ley, y contrasta con el principio de libertad contractual que proclama el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, en relación con la evaluación de la solvencia. Los problemas aparecen en cuanto a las consecuencias que puede tener la concesión de crédito cuando el control de solvencia arroja un resultado negativo. La Directiva descarta la nulidad del crédito o préstamo, ya que prevé en su artículo 18.4 que los Estados miembros velarán por que en estos casos «el prestamista no anule o modifique ulteriormente dicho contrato en detrimento del consumidor». Aunque la autora se muestra esperanzada en cuanto a la opción a adoptar por el legislador español, lo cierto es que el artículo 9.4 del Proyecto de Ley reitera en este punto el contenido de la Directiva. En el trabajo se ofrecen consecuencias alternativas: sanciones administrativas, pérdida de los intereses remuneratorios, exoneración de los intereses moratorios, e incluso la imposibilidad de acudir a la vía ejecutiva por vencimiento anticipado de la deuda. Aunque no se refiere directamente a esta cuestión, en esta línea cabe citar la reciente STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª) de 16 de septiembre de 2017, conforme a la cual, la Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil.

Se analiza finalmente el contenido del artículo 28 de la Directiva. Dentro de la llamada a una tolerancia razonable por parte de las entidades de crédito, la autora se centra, entre otras muchas cuestiones, en la deuda residual que puede quedar tras la ejecución, y propone varias medidas para conseguir el mayor precio posible dentro de los diversos sistemas de realización del valor. Además destaca que la Directiva toma como referencia el valor de mercado del bien hipotecado al tiempo de la ejecución, por lo que critica con diversos argumentos que en nuestro sistema de ejecución hipotecaria la finca salga a subasta por el valor de tasación inicial.

IV. La profesora Esther Arroyo Amayuelas desarrolla un amplio capítulo con el título «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del Derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo». Se trata de un estudio serio y novedoso en sus planteamientos, que parte del artículo 6.1

Directiva 93/13, conforme al cual las cláusulas abusivas se tienen por no puestas. Ello equivale a considerar que tales cláusulas no vinculan al consumidor, habiendo optado el legislador español por declararlas nulas de pleno derecho. A pesar de tratarse en estos casos de una nulidad parcial, los jueces no solo pueden, sino que tienen el deber de actuar de oficio, como se ha destacado por el TJUE, y como se desprende del artículo 83 TRLGDCU, que utiliza la expresión «el juez (...) declarará la nulidad». En cualquier caso, la nulidad solo protege a una de las partes, el consumidor adherente, y no puede ser invocada por el predisponente. En este punto, se analizan los planteamientos doctrinales en cuanto a si estamos ante una nulidad absoluta o una nulidad relativa, en relación con los conceptos de «orden público» e «interés público». De entender que estamos ante supuestos de nulidad relativa y que lo que subyace en la Directiva 93/13 es solo el «interés público», se podría admitir que el consumidor renunciara a la protección.

La autora considera que la necesidad de salvaguardar las normas fundamentales en el sistema económico, como son las dirigidas a proteger al consumidor, exige en todo caso una declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, de manera que no se permita la impugnación por el predisponente, ni se haga depender de que lo haga el consumidor. Esta manera de enfocar las cosas se ha visto confirmada plenamente con posterioridad por la STS de 16 de octubre de 2017, referida a una cláusula suelo, que se había considerado abusiva por falta de transparencia, pero en un caso en que el consumidor había negociado un nuevo suelo, por lo que en la instancia se consideró que se había sanado el vicio inicial de la cláusula, con base en los artículos 1208 y 1311 CC. Por el contrario, para el TS estamos ante una nulidad absoluta, apreciable de oficio, y no ante una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor. Incluso, de considerar que se trata de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, sino únicamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios. Por ello, se considera que no existe obstáculo para que posteriormente puedan solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco hubiera percibido indebidamente por su aplicación.

Seguidamente, se pasan a analizar en profundidad los problemas que se plantean desde un punto de vista procesal. La autora es consciente de que la UE no tiene competencia sobre esta materia, pero insiste en que sin un Derecho Procesal eficaz los ciudadanos no pueden ejercer los derechos que el legislador europeo les reconoce. Desde esta perspectiva se estudian los principios de efectividad y equivalencia, a partir de los cuales se analiza cómo la jurisprudencia del TJUE ha ido poniendo a prueba los principios por los que se rige el Derecho procesal en los Estados miembros, y en concreto en el caso español (*v. gr.*, cómo encajar, con el principio dispositivo, la apreciación de oficio impuesta por el TJUE, y la necesidad de audiencia de las partes). Ello ha conducido a reformar algunos preceptos de la LEC, como ocurre con las cláusulas de atribución de competencia territorial. Dentro del análisis que realiza la autora, creo que es de destacar, por su profundidad, el relativo a la apreciación de oficio del posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales en todo tipo de procedimientos: ejecución de títulos extrajudiciales (de manera particular, la ejecución hipotecaria), ejecución de laudos arbitrales y procedimiento monitorio.

Se pasa después al estudio de las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, en lo que considero la parte más brillante del trabajo. En ella se analiza la subsistencia del contrato y cómo cubrir la laguna que provoca la nulidad de una cláusula (el estudio se centra básicamente en las cláusulas de intereses moratorios), pero paralelamente se ofrece un planteamiento original en cuanto a las funciones que cumplen las normas dispositivas, como posible derecho supletorio aplicable en estos casos. Como destaca la autora, la línea que separa la reducción conservadora de la validez (moderación) y la interpretación integradora es delgada. El TJUE ha prohibido claramente la primera, pero no está tan claro que se haya pronunciado en contra de la segunda, a pesar de que parte de la doctrina estima que el TJUE no permite a los jueces la labor de ajustar el contrato a los parámetros de la justicia conmutativa. En principio parece que si el Derecho dispositivo se aplica con independencia de la voluntad de los contratantes, está llamado a cubrir esa laguna del contrato cuando la cláusula se declara nula, pudiendo los jueces limitar sus efectos sobre la base de la buena fe. Así se desprendería de la anterior redacción del artículo 83 TRLGDCU, que se remitía expresamente al artículo 1258 CC. Pero esta remisión ha desaparecido con la nueva redacción del citado artículo 83, fruto de la confusa STJUE (C-618/10) de 14 de junio de 2012 (que prohíbe claramente la moderación, pero no aclara con la misma nitidez si procede la integración del contrato).

A partir de aquí la autora analiza si se puede eliminar la aplicación del Derecho supletorio en los casos en que, como ocurre con los intereses moratorios, la cláusula va referida a un elemento no esencial. Y ello, porque una respuesta afirmativa podría en una situación más favorable al deudor incumplidor. Desde luego, la finalidad de la Directiva 93/13, como ha destacado en reiteradas ocasiones el TJUE, no es sancionar al predisponente, sino restablecer el equilibrio material en los derechos y obligaciones de los contratantes. A la hora de restablecer ese equilibrio estudia la autora la posibilidad de realizar una interpretación integradora del contrato, en función de los pactos a los que hayan podido llegar las partes, y de la evolución de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que ha culminado en la sorprendente doctrina de considerar abusivo el interés de demora pactado en un préstamo con consumidores cuando supere en dos puntos el interés remuneratorio previsto en el contrato. El problema es que en estos casos la declaración de nulidad no va referida a la cláusula entera, sino a los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del remuneratorio. La autora se muestra muy crítica con este planteamiento y hace un análisis exhaustivo de las diversas maneras de enfocar esta solución, porque todo conduce a interpretar que lo que finalmente se hace es moderar la cláusula de intereses moratorios, aunque este último sea negado por el Tribunal Supremo.

Estamos a la espera de lo que decida el TJUE, tras la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo en Auto de 22 de febrero de 2017. Para la autora, acaso el TJUE esté yendo demasiado lejos al tratar de proteger al consumidor mediante una sanción unilateral al empresario, porque insiste –idea que comparto plenamente– en que la finalidad de la Directiva 91/13 no es sancionar al predisponente, sino restablecer ese equilibrio en los derechos y obligaciones de los contratantes. Sería deseable que la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas aportara la necesaria claridad en este punto, en vez de plantear nuevos interrogantes.

V. El notario Ángel Serrano de Nicolás presenta un completo trabajo sobre el «Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipote-

carios». El estudio se centra en analizar cómo y hasta dónde puede el notario controlar y, en su caso, denegar, la autorización de una escritura. A su juicio el problema aparece de manera particular referido a tres tipos de cláusulas: la cláusula suelo, las que fijan los intereses moratorios y las de vencimiento anticipado en caso de impago. Partiendo de esta base se analizan pormenorizadamente los caracteres jurídicos que configuran los préstamos hipotecarios. El autor destaca la problemática que se suscita en los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual, porque no estamos ante una operación autónoma, sino coaligada económica y jurídicamente con la adquisición (y en ocasiones, combinada con una subrogación). Desde luego, en esta situación, el plazo de tres días que prevé el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, para que el cliente examine el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario, resulta insuficiente (además se prevé que el cliente pueda renunciar expresamente al citado plazo, lo que no pocas veces ocurre en la práctica). La normativa notarial exige en estos casos que el Notario de fe de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. Lo que ocurre es que el cumplimiento de este deber, contenido en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado y en el artículo 147 del Reglamento Notarial, se produce en un momento en que, en la práctica no existe una verdadera posibilidad de rechazar el préstamo hipotecario, tratándose de contratos bajo minuta. No obstante, se hace un estudio riguroso de las obligaciones que impone al Notario el artículo 147 del RN, para pasar después a analizar la evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto al control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos o créditos hipotecarios.

El autor pasa luego a analizar la normativa sectorial bancaria sobre la materia, y de manera particular las obligaciones que impone la Orden EHA/2899/2011, para concluir que el cumplimiento de esta normativa no basta para ver colmada la protección de los consumidores y usuarios. A su juicio debe prevalecer la protección a los consumidores frente a las normas de la citada Orden dirigidas en general al «cliente de servicios bancarios». Teniendo en cuenta lo anterior, el estudio se centra en comparar la sanción de nulidad prevista en el Código, con la nulidad regulada por la legislación consumerista, que no se centra en los vicios del consentimiento, y que solo puede ser solicitada por el consumidor. Para ello se centra, por un lado, en la declaración de abusividad de la cláusula referida a los intereses moratorios, y en la problemática planteada por la jurisprudencia en cuanto a la posibilidad de aplicar como Derecho supletorio el artículo 1108 CC; y por otro, en la polémica generada en torno a la STS de 25 de marzo de 2015 sobre la retroactividad limitada en el tiempo de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

El autor defiende con diferentes argumentos el control notarial de abusividad de las cláusulas que sean claramente nulas y de las que consten inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En este sentido, en la futura reforma del artículo 84 TRLGDCU, contenida en el Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario de 2017, se dispone que notarios y registradores no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas, no solo –como hasta ahora– declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, sino que se añaden igualmente las «cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribu-

nal Supremo con valor de jurisprudencia». No obstante, Serrano de Nicolás entiende que la función notarial no puede extenderse al control de transparencia material, ya que en este caso debe ser el juez el que valore todo el proceso de contratación en su conjunto, mientras que el Notario solo interviene en la fase final (como viene a reconocer la STS de 8 de junio de 2017). Sin embargo, en la STS de 9 de marzo de 2017 el tribunal tiene muy en cuenta la intervención del Notario para considerar que una cláusula suelo no era abusiva: «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia».

Aunque se cita en repetidas ocasiones la Directiva 2014/17/UE, lo cierto es que en momento de publicarse el trabajo no se tenía noticia del proyectado desarrollo de la misma. El Proyecto de Ley de crédito inmobiliario de 2017 incide directamente en esta cuestión en su artículo 13 al otorgar al Notario un papel relevante precisamente en el control de transparencia material. Así, se prevé que el prestatario comparezca ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en dicho precepto, que termina con un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario. La trascendencia de este asesoramiento se pone de relieve en el artículo 13.5, conforme al cual «el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material». El control notarial en esta fase final me parece muy positivo. En cambio me parece criticable la presunción referida, que espero que sea objeto de supresión o modificación a lo largo del *iter* parlamentario. La presunción solo beneficia al predisponente, cuando en realidad debería ser éste el que demostrara en su caso que la información suministrada ha sido completa y transparente. Como destaca el propio Serrano de Nicolás, la valoración en estos casos debe ser claramente judicial y no notarial, «pues la información, una vez más, no puede ser únicamente al momento final o del otorgamiento, sino que debe ser ya en el inicial de los tratos preliminares».

VI. El libro se cierra con un estudio del profesor Dieter Krimphove, titulado «The Europeanization of Commercial Agency Law», en el que, partiendo de postulados del análisis económico del Derecho, propone aplicar metodologías económicas con el objeto de alcanzar una armonización entre diferentes legislaciones, analizando la eficacia y oportunidad de la europeización de los Derechos nacionales. Para ello se parte del principio de subsidiariedad, recogido en el artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea, que implica que la UE, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Y se toma como punto de referencia la regulación de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, a la que aplica un método comparado (Comparative Economie of law).

Dentro de estas metodologías económicas destacan los «institutes», como herramientas para minimizar los costes de transacción, y para analizar las normas aplicables con la finalidad de valorar sus consecuencias económicas. A lo largo del trabajo se van analizando varios ejemplos concretos, que ponen de relieve la conveniencia o no, según los casos, de una europeización de la regulación del contrato de agencia, en función de que se reduzcan o no los costes de transacción. Igualmente toma en consideración la influencia que pueden tener las reglas del Derecho Internacional Privado, como el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuyo artículo 3 consagra el principio de libertad de elección de la ley aplicable. Y ello porque considera que las partes normalmente elegirán un sistema jurídico con el que están familiarizados, lo que a su juicio permite también a los contratantes economizar los costes de transacción. Resultan sumamente sugerentes las ideas desarrolladas, que ponen de relieve la trascendencia de aplicar estas metodologías económicas, si bien me parece algo limitado el objeto de estudio a los contratos a que se refiere la Directiva 86/653.

VII. Estamos, en suma, ante un libro que recoge un enfoque novedoso de cuestiones clásicas del Derecho Privado, analizándolas con rigor y huyendo de visiones puramente descriptivas. Las aportaciones de los diferentes autores son muy sugerentes, porque ofrecen soluciones reales a problemas concretos, y abren nuevas líneas de investigación. Imprescindible para entender la deriva de la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas abusivas, y para enfocar adecuadamente el desarrollo de la Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho internacional privado*, vol. I, 17.^a edición, Comares, Granada, 2017, 1004 pp.; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 17.^a edición, Comares, Granada, 2017, 1644 pp.

Ve la luz con el inicio del curso académico 2017/2018 la decimoséptima edición de una obra que, sin duda, puede ya calificarse como un clásico de la bibliografía del Derecho internacional privado en España. Y me atrevería a decir que no solo en España. Se trata del Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, de nuevo en dos volúmenes y que esta vez ocupan, en total, más de dos mil seiscientas páginas.

Se trata de un estudio omnicompreensivo de Derecho internacional privado, y eso es evidente desde que el libro se abre y se maneja someramente.

El carácter más destacable de este libro es su enfoque europeísta. Los autores distinguen, con toda claridad y coherencia expositiva, entre el Derecho internacional privado español y el Derecho internacional privado europeo. Aunque ambos ordenamientos jurídicos coexisten pacíficamente en España integrados en un sistema legal coherente, se trata, cierto es, de dos

ordenamientos jurídicos bien distintos. Con valores diferentes, con objetivos propios cada uno de ellos, ambos ordenamientos se conectan en virtud de un mecanismo de «vasos comunicantes». En este sentido, el Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González muestra con convicción, que el DIPr. español, todavía anclado mayoritariamente en normas preconstitucionales encapsuladas, por ejemplo, en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil y en el artículo 22 y colindantes de la LOPJ («normas zombis», decía Carrascosa en la conferencia que le escuché en la Academia Matritense del Notariado hace unos meses), se encuentra en proceso de declive generalizado. Sus normas apenas se aplican hoy día y en su lugar, las normas del Derecho internacional privado europeo son las que determinan, en los casos internacionales, cuáles son los tribunales competentes, cuál es la Ley aplicable y qué resoluciones extranjeras pueden surtir efectos legales España. El sistema de Derecho internacional privado aplicable en España se ha europeizado y la obra aquí recensionada se muestra convencidamente europeísta, en línea con la realidad. El Derecho internacional privado europeo presenta más calidad que el español, acoge soluciones más modernas y, quizás lo que resulte más definitivo, es que los criterios seguidos por las normas europeas de DIPr. proporcionan una Justicia más acabada que garantiza la eficiencia en la solución de las cuestiones jurídicas que plantean la situaciones privadas internacionales.

El Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González muestra también la inconcusa potencia del Derecho internacional privado en el siglo XXI. El Derecho internacional privado de nuestros días cubre todas las esferas del ser humano: desde su nacimiento y su nombre, hasta su sucesión *mortis causa* pasando, naturalmente por una vida azarosa en lo personal y emocionante en sus negocios. No existen ya espacios vacíos de práctica legal en Derecho internacional privado, y esta obra se ocupa de ofrecer un panorama completísimo de toda la normativa de Derecho internacional privado aplicable, sea europea o española, a la vida internacional de los particulares en nuestros días. En esta línea, este Derecho internacional privado es una obra de Derecho positivo. Las normas que se estudian son normas vigentes, son las normas que se aplican por los tribunales de justicia en el momento presente. Las consideraciones de *lege ferenda* se encuentran con frecuencia en el texto, pero son reflexiones que no ocultan en ningún caso que lo que la obra explica son normas de Derecho positivo. Es el Derecho que se aplica, y en ella lo que hay son razonamientos jurídicos, para que sea el lector quien, tras encontrar la solución a cada caso, lleve a cabo las divagaciones morales, sociológicas o de otra naturaleza, que le parezca oportuno y conveniente. Y le aseguro a ese lector que serán muchas las que se sentirá tentado de hacer, a partir de los datos empíricos que se relatan. Para los que somos especialistas en responsabilidad civil, es un gusto poder leer, para poner en evidencia la complejidad de la cuestión cuando hay implicaciones internacionales, que «la inmensa mayoría de los automóviles y ordenadores que se venden y comercializan en España no están fabricados en España y/o contienen componentes fabricados en China, Corea, Singapur, Malasia, Taiwan, Indonesia y otros lejanos países». Pensemos en la STS de 13 enero 2015, que puso de manifiesto las diferencias de protección que pueden existir en función de la ley aplicable. Se trataba de un accidente aéreo ocurrido en el lago Constanza por un defecto del sistema anticolidión de los aviones, donde fallecieron todos los ocupantes –casi todos rusos– que viajaban desde Moscú a Barcelona. Los familiares de las víctimas reclamaban

responsabilidad extracontractual a las empresas norteamericanas, en cuanto diseñadoras, fabricantes, vendedoras, distribuidoras y/o responsables del servicio de información, técnico y postventa del sistema anti-colisión. Pero lo hicieron ante los tribunales españoles al haber prosperado la doctrina del «forum non conveniens». Y los órganos jurisdiccionales españoles tuvieron que aplicar el Derecho de Nueva Jersey y de Arizona, donde tenían su sede social las empresas fabricantes, si bien el Tribunal Supremo tuvo también que razonar en sede de Derecho suizo, pues también se alegó por los demandantes, sin éxito, el mal funcionamiento de los responsables del control aéreo en el área de Zúrich. Es éste un simple ejemplo, pero es que el tono del tratamiento de los miles de ejemplos que ofrecen los autores ofrece siempre al lector tesisuras semejantes.

La obra presenta al Derecho internacional privado como un sector del Derecho de alta velocidad, en el que el presente, cual singularidad cuántica, ha llegado ya al futuro. La vida actual de las personas, inmersas en sociedades líquidas, se mueve a gran velocidad. El cambio, la movilidad, la libre circulación, son las señas de identidad de este tiempo. En ese sentido, esta obra enseña un DIPr. diseñado para dar solución a las cuestiones legales intrínsecamente internacionales de las personas, de los protagonistas de la vida internacional actual. Cuestiones complejas y poliédricas, sí, pero también intelectualmente fascinantes. Entre tales cuestiones, merece la pena destacar algunas que son abordadas con especial énfasis, profundidad y elegancia. La gestación por sustitución, germen de discusiones eviternas, es presentada de forma muy particular, arraigada en los valores y en los principios que presiden el sistema jurídico español y europeo. Ello permite ofrecer interpretaciones muy valiosas ancladas en el interés del menor. La competencia judicial en el sector de los contratos y de la responsabilidad extracontractual también se estudia con máximo detalle. Ello hace que sea posible percibir la riquísima realidad de hipótesis contractuales y de daños en el escenario internacional. También el tema dedicado al divorcio y demás supuestos de crisis matrimoniales explora hasta los particulares más recónditos, lo que produce la sensación de contemplar toda una galaxia con un ojo de halcón. Y ésa es una sensación que transporta una estética jurídica y eleva el espíritu a través del Derecho. Desde luego, no se puede exigir a ninguna obra que sea exhaustiva en los ejemplos, y menos en esta materia. Pero la sensación para el que la consulta es la del que tiene la seguridad de que el ejemplo concreto que le haga falta, sea de la materia que sea, ahí va a estar. Acompañado de su sentencia, pues la actualización anual de esta obra, que con tanto mimo hacen los autores, desemboca precisamente en esa sensación. Y eso se agradece.

En realidad, el Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González es una obra renacentista. Y es que se trata, en efecto, de un estudio de Derecho internacional privado pero que no solo enseña Derecho internacional privado, sino historia, Derecho comparado, arte, economía y literatura. Por eso es una obra renacentista. Los sucesivos temas presentan los antecedentes históricos de las regulaciones actuales, explican los cambios legislativos más importantes, la evolución de las normas. Del mismo modo, las soluciones jurídicas son exploradas con las correctas dosis de Derecho comparado, pues se muestra lo que otros legisladores nacionales hacen y aplican en la materia. Las normas jurídicas de Derecho internacional privado ocupan siempre el cénit de la pirámide y son objeto de máxima atención, pero el arsenal de argumentos empleados para su exposición y razonamiento bebe en fuentes muy diversas. Es una obra que, por renacentista y

plural, es diversa, completa y multidimensional. Una obra que enriquece al que la consulta y que cuantas más veces la consulta, más enriquece.

Un rasgo especialmente atractivo de esta obra radica en la importancia dada, en el seno de la llamada Parte Especial del Derecho internacional privado, al Derecho patrimonial. Durante décadas, dicha Parte Especial ha estado dominada por el Derecho de familia: el vértigo del estatuto personal estaba también presente en los libros. Las lecciones y temas dedicadas a la persona y a la familia eran siempre más extensas y profundas que las consagradas al Derecho patrimonial. No es así en el Derecho internacional privado de Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. Resultan impresionantes los cuatro temas dedicados a la contratación internacional. En ellos se estudian más de noventa figuras contractuales distintas propias de la contratación internacional, y ello con intensidad, rigor y disciplina. El escenario final es realmente exhaustivo (esta vez sí) y embriagador. El Derecho Patrimonial dispone, en esta obra, del espacio que se merece. Allí el lector encontrará reflexiones sobre temas tan variados como el trust anglosajón, los efectos de las escrituras públicas extranjeras en España, una exploración completa sobre las propiedades especiales en el ámbito internacional, el tratamiento legal de una pléyade de daños distintos de todo género, clase, tipo y condición, y muchas más cuestiones propias del Derecho regulador de los negocios internacionales.

Particularmente atractivo resulta el presente estudio desde el punto de vista de la aplicación práctica del Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado ya no es un grupo de normas esotéricas, extrañas e incomprensibles sobre las que teorizar era posible pero aplicarlas no lo era. La obra enseña Derecho internacional privado. Un Derecho internacional privado útil, que sirve para que los aplicadores prácticos del mismo, —jueces, notarios, registradores, abogados, autoridades consulares, etc.—, puedan consultar y calibrar el sistema vigente para proporcionar soluciones justas a problemas jurídicos reales de la realidad jurídica internacional. Se trata, justo es decirlo, de un libro lleno de casos prácticos, de un libro enfocado a la práctica del Derecho internacional privado. Es, en verdad, un libro empleado en los tribunales y en los despachos de abogados dedicados al Derecho internacional privado. Sin embargo, ello no empece su extraordinario valor para aquellos que tienen la inmensa fortuna de estudiar Derecho internacional privado por primera vez en la vida. Los estudiosos, primerizos o expertos, del Derecho internacional privado encontrarán en esta obra una exposición formativa que ayuda a forjar un modo de pensar en Derecho. Un modo argumentativo en el que cada regla y norma legal y cada interpretación del sistema se justifica en su adecuada argumentación jurídica: las mejores reglas son las que se hallan mejor argumentadas, las que, en definitiva, ponen en práctica y sintonizan mejor con los principios y valores que presiden el sistema jurídico y que se encuentran en la Constitución española y en los Tratados que conforman el Derecho europeo originario.

Este Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González es también, a la vez, un libro conflictualista y un libro de marcado tinte procesal. En esta obra, la atención prestada al Derecho procesal civil internacional es muy notable. La mayor parte de los problemas legales de Derecho internacional privado, justo es admitirlo, se resuelven en el plano de la competencia internacional de los tribunales y demás autoridades españolas. Del mismo modo, las cuestiones suscitadas por los efectos legales que surten en España las resoluciones extranjeras disponen de una atención

muy cuidada. Por otro lado, la obsesión por estudiar tipos de normas reguladoras del Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales, un rasgo característico de las obras generales de DIPr. desde 1950 hasta finales de siglo, queda ampliamente superada en este Derecho internacional privado de Calvo Caravaca y Carrascosa González. En la obra, las normas de conflicto ocupan el lugar que se merecen: el centro. La inmensa mayoría de normas de Derecho internacional privado son normas de conflicto y ello no es el resultado de una tradición heredada de la Edad Media o de un capricho de profesores elevados en su inalcanzable *turris eburnea*. Es producto de la eficiencia jurídica. Esta obra defiende, con sólidos argumentos, que la norma de conflicto es el tipo normativo que mejor hace justicia entre los particulares en el escenario internacional. Es la norma que permite ofrecer soluciones jurídicas al menor coste posible, del modo más rápido y sobre todo, de la manera más equilibrada. La ponderación está presente en la norma de conflicto, un tipo normativo no chauvinista sino internacionalista, que ofrece oportunidades de aplicación a todos los Derechos estatales por igual. Es el ideal kantiano transformado en norma jurídica, ideal que conecta con la más clásica tradición del mejor Derecho internacional privado representado por F. K. von Savigny y tantos otros cultivadores de este sector del Derecho que siempre creyeron en la norma de conflicto como instrumento técnico de la mejor Justicia.

Este libro constituye también un homenaje y una declaración de fe en la libertad. Decía Friedrich August von Hayek que «la fe en la libertad se basa en la convicción de que libera más fuerzas para el bien que para el mal». Esta obra deja traslucir que la libertad de las personas para cambiar de país de residencia, hacer negocios en otros países, buscar el amor fuera en lejanos lugares, encontrar trabajo en otras sociedades, es la libertad que hace del mundo un lugar mejor. Esta obra es una apuesta por la libertad y también un ejemplo de libertad. Pero, sobre todo, ante todo y por encima de todo, el Derecho internacional privado de Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González es una gran obra jurídica que proporciona un perspicuo placer a los amantes del mejor Derecho.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SCHWEIZER, Urs: *Spieltheorie und Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 344 pp.

La teoría de los juegos es –como resulta bien conocido para los estudiosos de la economía– una disciplina que se dedica al estudio de modelos matemáticos de conflicto y cooperación entre sujetos inteligentes que toman decisiones racionales. En esta disciplina matemática se denomina «juegos» a esos modelos que describen estructuras formalizadas de incentivos en la toma de decisiones estratégicas. La teoría de los juegos se originó en los años 40 y 50 del siglo xx con la obra pionera de los matemáticos John von Neumann, Oskar Morgenstern y John Nash, pero con algunos precedentes remotos ya desde el siglo xviii (James Waldegrave y James Madison). No es casual su aparición en esa época, justamente la de la Guerra Fría, en la que la

posibilidad de un conflicto armado de destrucción mutua garantizada entre las dos superpotencias alcanzó su punto álgido, y las necesidades de la estrategia militar demandaban nuevos análisis para las situaciones de enfrentamiento y recelo mutuo. De ahí que las primeras aplicaciones de la teoría estuvieran ligadas a la industria militar. Pero pronto se vio que la potencialidad de sus análisis era tal, que podía ser aplicado en muchas otras áreas, ya que como un «juego matemático» puede contemplarse una gran variedad de situaciones, desde las más obvias, como una partida de ajedrez o de póker, hasta las más complejas, como el desarme nuclear o una subasta de suministro de energía. En la actualidad la teoría de los juegos se usa en muchas otras disciplinas, además de la economía (particularmente en el campo de la teoría microeconómica y el estudio de mercados competitivos), como es el caso de la biología, la psicología, la cibernética y la computación, y las ciencias sociales en general (*vid.* al respecto, v. gr. J. Fernández Ruiz, «La teoría de los juegos en las ciencias sociales», *Estudios sociológicos* XXII/66 [2004], pp. 624-646). Era prácticamente inevitable, por tanto, que acabara por extenderse igualmente al ámbito jurídico, en el marco de lo que viene llamándose en los últimos años análisis económico del Derecho o *Law and Economics* (sobre el tema puede verse un estudio introductorio general bastante claro en J. Barragán, «Las reglas de la cooperación», *Doxa* 6 [1986], pp. 329-384).

Un terreno particularmente abonado para este modelo de análisis es el del Derecho de obligaciones (*cf.* v. gr. R. Barcia Lehmann, «Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del Derecho», *Cuadernos de análisis jurídico* 1 [2004], pp. 127-169; L. M. R. Garrido Cordobera, «La negociación contractual y el análisis económico», *Pensar* [Fortaleza, Brasil] 13/1 [2008], pp. 21-28). Considerando que la teoría de los juegos se ocupa de los conflictos entre sujetos racionales que recelan el uno del otro, o el enfrentamiento entre competidores que interactúan y se influyen mutuamente, de modo que la decisión que tome uno de los sujetos influye necesariamente en la decisión que adoptará el otro, y el resultado del conflicto se determina a partir de todas las decisiones tomadas por todos los intervinientes, es obvio que, dentro del Derecho civil, el ámbito que mejor se adapta ese cuadro es el del Derecho de obligaciones, particularmente el Derecho contractual, donde sin duda se encuentran numerosas situaciones engañosas y segundas intenciones en toda negociación (el *dolus bonus*, apuntado ya por los juristas romanos), pero también el Derecho de daños, donde el «juego» entre aseguradoras y damnificados puede ser objeto igualmente de análisis formal (*vid.* un ejemplo de estudio al respecto en F. Gómez Pomar, «El asunto Preysler y la teoría de los juegos», *InDret* 1 [2002], pp. 1-13).

La obra que aquí comentamos constituye, a mi juicio, una excelente introducción al problema de la utilización de la teoría de los juegos al ámbito obligacional. El libro aborda todos los problemas fundamentales del Derecho de obligaciones que son susceptibles de un análisis de este tipo, sin ahorrar al lector las dificultades formales que encierra este campo de la investigación. El autor es un decidido partidario del uso del formalismo matemático para este tipo de estudios, mostrándose escéptico respecto de la posibilidad enfocar un análisis riguroso de los problemas sociales desde la óptica de la teoría de los juegos son recurrir a un instrumental matemático, aunque sea básico. La razón de ello, a su juicio, es que esta teoría parte de una acusada modelización, que exige necesariamente el uso de un lenguaje formalizado para no resultar ambigua o incompleta (en este sentido, el autor critica la conocida obra de Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambrid-

ge [Mass.]/London, 2004, que fue un intento de presentar algunos de estos problemas sin recurrir al formalismo matemático, a fin de hacer el análisis más comprensible para el jurista medio). Con todo, debe decirse a su favor que ha intentado reducir el instrumental matemático del libro a lo más elemental posible, y asimismo el último capítulo del libro (10) es justamente un apéndice en el que resume y aclara los conceptos matemáticos utilizados y los resultados de su estudio.

El libro es una recopilación actualizada de trabajos previos del autor (profesor de Economía Política en la Universidad de Bonn), resultado de diversos seminarios interdisciplinarios en su Universidad dedicados a estas cuestiones (algunos de ellos ya previamente publicados, como v. gr. Urs Schweizer, *Spieltheorie und Schuldrecht-Der Ersatz reiner Vermögensschäden*, Padeborn, 2005). La actual publicación comprende nueve capítulos y un apéndice, precedidos de una introducción en la que expone las principales características del método utilizado, y con una serie de ejercicios resueltos al final del libro de aplicación de los conocimientos desarrollados previamente, de manera que la obra presenta un carácter híbrido entre monografía especializada y libro de texto introductorio. En cualquier caso, el libro dista de ser una mera recopilación de conceptos y doctrinas de general conocimiento, sino que expone puntos de vista propios y originales que, sin duda, pueden resultar muy sorprendentes para el jurista estándar, poco acostumbrado en nuestros días al modo de razonamiento matemático. El libro tiene además la ventaja para el lector europeo-continental de que aborda las cuestiones tratadas sobre la base del Derecho civil alemán (§§ 241-853 BGB), y no desde el enfoque habitual de los estudios de *Law and Economics*, generalmente escritos en inglés y demasiado focalizados en el Derecho norteamericano.

A lo largo de sus nueve capítulos, el autor va desgranando los diversos temas del Derecho de obligaciones que mejor pueden ser abordados por la teoría de los juegos. Los cinco primeros capítulos tratan de la cuantificación de la indemnización por daños en un modelo estandarizado de accidente. El primer capítulo se dedica al tipo más simple, la versión unilateral del modelo, en la que el deudor decide unilateralmente sobre la cuantía de los gastos de atención que ha de abonar, mientras que el acreedor permanece pasivo. En ese capítulo se describe el «principio de compensación» (*Kompensationsprinzip*, que se remonta a la teoría de Friedrich Mommsen de mediados del siglo XIX) que es utilizado frecuentemente en los capítulos posteriores y se remite a diversas aplicaciones del mismo, con un amplio tratamiento de la discusión sobre los requisitos de la causalidad. La base normativa de ese concepto está en los párrafos 249 (clases y ámbito de la indemnización por daños), 251 (indemnización en dinero) y, especialmente, 823 (la obligación de indemnizar) del BGB. A juicio del autor, el principio de compensación contenido en esa descripción contiene una condición suficiente (pero no necesaria) para proporcionar incentivos suficientes al cumplimiento de la obligación.

El segundo capítulo describe una comparación en intensidad de los incentivos cuando resultan lesionadas las condiciones suficientes referidas en el capítulo anterior. En este capítulo se introduce un principio complementario del anterior –el «principio de intensidad» (*Intensitätsprinzip*)–, que también tiene una amplia aplicación. Según este principio, la intensidad de los incentivos al cumplimiento se puede comparar inequívocamente, en la medida en que la diferencia de las funciones de objetivos puede representarse a través de una función monótona creciente de los gastos de cuidado y curación de

la víctima del daño. En este capítulo se analiza la situación planteada en el § 831 BGB sobre la responsabilidad del dueño del negocio por actuaciones de sus auxiliares.

El tercer capítulo amplía la estructura de decisiones unilaterales desarrollada hasta ese momento, y presupone que también el acreedor puede influir activamente en lo que vaya a acontecer. En caso de daño se plantea lógicamente la cuestión de la posible concurrencia de culpas por parte del acreedor. El principio de compensación bilateral, según el autor, indica suficientes condiciones para que el equilibrio de Nash (uno de los principales conceptos técnicos de la teoría de los juegos) producido por un deudor y un acreedor racionales coincida con la solución de referencia, esto es, que ambas partes tengan incentivos suficientes para el cumplimiento. La base normativa de este capítulo son los §§ 254, 421 y 426 BGB.

El capítulo cuarto se ocupa de los daños puramente patrimoniales, que en el Derecho alemán a menudo no son compensables. Los daños puramente patrimoniales se producen sobre todo si un comportamiento prohibido de un deudor potencial influye en las condiciones del mercado. En opinión del autor, resulta difícilmente justificable desde un punto de vista económico que no se tengan en consideración los daños puramente patrimoniales. En todo caso, los daños puramente patrimoniales sí se tienen en cuenta en el Derecho alemán cuando el causante del daño atenta contra una norma dirigida a la protección de la otra parte (§ 823 II BGB) o si causa daños intencionadamente a la víctima de un modo que atenta las buenas costumbres (§ 826 BGB).

A su vez, el capítulo quinto se refiere las partes que tienen una aversión al riesgo y se da una fundamentación para el hecho de que en los demás capítulos se presuponga la neutralidad de todos los actores con relación al riesgo. Se trata de un capítulo de transición, que se centra en un aspecto muy particular de la teoría y que no resulta imprescindible en el desarrollo completo de la obra.

Si en la primera parte de la obra el protagonismo ha correspondido al Derecho de daños (probablemente el territorio estrella del análisis económico del Derecho, *cf.* v. gr. S, Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard [Mass.]/London, 2007), los tres capítulos siguientes se dedican, a su vez, a los recursos jurídicos en el marco del Derecho contractual. El primero de ellos (cap. 6) parte de un negocio jurídico binario: el acreedor hace una inversión en la confianza del cumplimiento de la otra parte, y suscribe un contrato simple que presume un cumplimiento incondicionado a un precio fijo. En caso de una eventual lesión de los deberes contractuales, entran en juego los remedios previstos en el ordenamiento para los casos de ruptura de la confianza de la otra parte. El análisis conduce a la conclusión de que la mayoría de los remedios legales llevan a unas excesivas expectativas en las inversiones del acreedor. Los textos normativos a los que se alude en este capítulo abarcan una gran cantidad de cuestiones jurídico-obligacionales (§§ 122, 241, 249, 250-251, 275, 280-282, 284, 340, 343 BGB).

El capítulo séptimo introduce un modelo de decisiones de cumplimiento estables que también permite tematizar el cumplimiento parcial y defectuoso de las obligaciones contractuales. En conexión con los remedios jurídicos que el ordenamiento proporciona a la parte perjudicada por el comportamiento de la otra, surge entre ambas partes una interesante interacción estratégica que puede reconducirse a unos eficientes incentivos al cumplimiento de una y otra. La base normativa de este capítulo es la misma que en el capítulo anterior.

El capítulo octavo, a su vez, se ocupa de las inversiones con efectos externos (también llamadas inversiones cooperativas), que son aquellas en que las actuaciones del acreedor ya no influyen en los beneficios propios derivados del cumplimiento, sino en los costes del cumplimiento por el deudor. Los resultados de este análisis se distinguen cualitativamente de aquellos que se derivan de las inversiones con efecto sobre uno mismo, de manera que una serie de remedios jurídicos, en diversas combinaciones, ofrecen incentivos eficientes para la inversión al menos para una de las partes, siempre que se trate de inversiones de carácter cooperativo. La base normativa de este capítulo es la misma que en los dos capítulos anteriores.

Por fin, el capítulo noveno es el único que trata de la problemática precontractual, y encuadra dentro de la misma el clásico problema económico denominado «problema del hold-up», que se refiere a una situación en la que dos partes están dispuestas a realizar un negocio que requiera inversiones específicas de una u otra de las partes. El problema surge cuando una de las partes se arriesga a perder la inversión realizada en ese negocio por culpa de un comportamiento oportunista de la otra parte producido a consecuencia de la conclusión del mencionado negocio. En el texto se comparan especialmente los incentivos para facilitar información a la otra parte con y sin deber de transparencia. A juicio del autor, el Derecho alemán proporciona solo soluciones rudimentarias a los problemas derivados de una información asimétrica entre las partes contratantes (acción de nulidad por dolo del §123 BGB y anulabilidad por error del §123 BGB).

El último capítulo, como ya se ha indicado más arriba, es un apéndice con los conceptos matemáticos que resultan imprescindibles para la comprensión del «principio de compensación» y el «principio de intensidad».

En resumen: el libro es una obra densa, compleja, muy exigente pero de apasionante lectura, ciertamente no apta para todos los paladares, pero que está llamada a constituir un texto de referencia para todos los interesados en los modernos avances del análisis económico del Derecho y de la progresiva formalización del lenguaje jurídico, cuyos primeros pasos, a juicio de quien suscribe, por el momento solo acertamos a atisbar en el horizonte, pero que se acercan irremisiblemente a medida que el predominio de la máquina sobre las decisiones humanas va siendo cada vez más evidente en nuestras sociedades postindustriales.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Valladolid

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Contratos mercantiles.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La “eficacia territorial” del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 35 ss.

AMAT LLOMBART, Pablo: «La competencia legislativa en materia de derecho civil del artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española: Disfunciones en torno al derecho civil valenciano e interpretación del Tribunal Constitucional», en *InDret*, núm. 4, 2017.

ARZO SANTIESTEBAN, Xabier: «La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 149 ss.

BELADÍEZ ROJO, Margarita: «La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares: Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 75 ss.

BILBAO UBILLOS, Juan María: «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *drittwirkung*: una visión de conjunto», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 43 ss.

CEBRIÁN SALVAT, María Asunción: «Ley aplicable a la celebración del matrimonio en la Unión Europea», en *InDret*, núm. 4, 2017.

- CRUZ VILLALÓN, Pedro: «La incidencia de la carta (DFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la ineficacia horizontal de las directivas: De Küçükdeveci a Dansk Industri», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 101 ss.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 1 ss.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «El proyecto de reforma de la casación francesa», en *InDret*, núm. 3, 2017.
- SARMIENTO, Daniel: «El efecto horizontal de las libertades de circulación de la Unión Europea», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 121 ss.
- TOMUSCHAT, Christian: «Efectividad y legitimidad del derecho internacional en el mundo contemporáneo», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 25 ss.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Tendencias del derecho comparado hacia el reconocimiento de la obligatoriedad general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales (1)», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 177 ss.
- VALIÑA ARCOS, Alejandro: «La suerte del Derecho civil valenciano tras los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional», en *RCDI*, núm. 761, 2017, pp. 1253 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ABAD KOEFOED, Enrique: «La inseminación artificial casera en España: Consideraciones jurídicas y éticas», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 385 ss.
- AHUMADA RUIZ, Marian: «Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 307 ss.
- ÁLVAREZ MEDINA, Silvina: «La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 145 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del Pilar: «Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de Facebook para su utilización en un medio de información. Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 302)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 445 ss.
- ARZOZ SANTIESTEBAN, Xabier: «La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 149 ss.
- BELTRÁN PEDREIRA, M.^a Elena: «Mi cuerpo ¿de quién es? Propiedad y derechos sobre el cuerpo humano», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 197 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Vuelta de tuerca contra la discriminación por razón de sexo», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 23 ss.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «Un problema actual de enorme trascendencia jurídica en España: las personas curateladas como posibles beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1675 ss.

- CONTRERAS MAZARIO, José María: «El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-157/15 y C-188/15», en *RDCE*, núm. 57, 2017, pp. 577 ss.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego: «Los retos de la protección de dato en internet: Caso Google Spain y derecho al olvido (1)», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 221 ss.
- FARRANDO MIGUEL, Ignacio: «Publicidad de las sanciones graves y muy graves impuestas a personas físicas conforme al TRLMV», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 13 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «El equilibrio entre los derechos a la libertad de expresión y a la propiedad intelectual en la carta de derechos fundamentales de la unión europea: El caso de la parodia con finalidad de crítica política», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 265 ss.
- HERRERA, Marisa: «¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 73 ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La nacionalidad española de las personas nacidas en la antigua provincia española del Sahara ¿reconocimiento por posesión de estado o recuperación?», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2017, pp. 28 ss.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Tobias Mc Fadden contra Sony Music y otras sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de ponderación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos a la protección de datos personales y de la intimidad, la libertad de empresa y la libertad de expresión e información», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 249 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados», en *RCDI*, núm. 761, 2017, pp. 1151 ss.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «Fundaciones y agrupaciones de interés económico, a vueltas con la actividad económica de las fundaciones», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 13 ss.
- QUICIOS MOLINA, M.^a Susana: «Protección en España de las niñas en riesgo de sufrir mutilación genital», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 29 ss.
- «Inseminaciones artificiales domésticas: Cuestiones contractuales y de filiación», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 363 ss.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: «El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia del paradigma de la patología a la autodeterminación», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2017, pp. 42 ss.
- «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del Libro II del Código Civil de Cataluña: (arts. 211-3 y 211-5)», en *InDret*, núm. 3, 2017.

- RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana: «Consentimientos informados en las técnicas de reproducción humana asistida», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 235 ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: «Protección de datos personales: información, consentimiento y transparencia. Nuevas exigencias jurídicas comunitarias», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2017, pp. 1 ss.
- TORRE, Natalia de la: «Técnicas caseras de inseminación en Argentina: Cómo resolver la filiación», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 323 ss.
- UNDURRGA VALDÉS, Verónica: «¿Existe un derecho a tener hijos? Una respuesta desde el Derecho Constitucional Chileno sobre autonomía y acceso a técnicas de reproducción asistida», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 115 ss.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Tendencias del derecho comparado hacia el reconocimiento de la obligatoriedad general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales (1)», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 177 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado», en *CDC*, núm. 67, 2017, pp. 83 ss.
- «Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», en *RJC*, núm. 1, 2017, pp. 31 ss.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno núm. 171/2017, de 9 marzo (RJ 2017, 977))», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 475 ss.
- ALMARCHA JAIME, Jesús: «La cláusula que aplica un baremo indemnizatorio para el caso de invalidez es limitativa y el asegurado debe aceptarla expresamente también en los seguros colectivos. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núms. 541/2016 y 543/2016, de 14 de septiembre (RJ 2016, 4109 y RJ 2016, 4825)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 129 ss.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Interpretación del concepto de jubilación como causa de extinción del arrendamiento de local de negocio de la DT 3.^a LAU. Comentario a la STS de 15 de junio de 2016 (RJ 2016, 2776)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 33 ss.
- ARAGONÉS SEIJO, Santiago y FERNÁNDEZ SERRA, Lidia: «El proceso adecuado para la restitución de la fianza arrendaticia», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2680 ss.
- ARIJA SOUTULLO, Carmen: «El principio de no presunción de solidaridad en las obligaciones con pluralidad de deudores», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 31 ss.

- AZOFRA VEGAS, Fernando: «Cambio de deudor, cancelación y posposición de garantías reales, limitación del recurso al valor del “colateral” y otras herramientas atípicas de refinanciación», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 255 ss.
- BELLO TORRES, Leticia y FARIÑA, Rebeca: «Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobradas por los bancos. ¿Derecho de contratos o cobro indebido?», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 153 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Retransmisión de emisiones de programas de radio y televisión a través de una red de cable local que permite el acceso a un máximo de 500 abonados: artículos 3.1 y 5.3.0) de la Directiva 2001/29/CE. Comentario a la STJUE, Sala 8.^a, de 16 de marzo de 2017 (JUR 2017, 113120)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 525 ss.
- BOTANA, Gema: «Protección de los consumidores», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2017, pp. 48 ss.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «Facultades del acreedor para velar por la conservación del patrimonio del deudor», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 2037 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Sobre los efectos de la STJUE que declara contraria al derecho de la UE la limitación de la eficacia retroactiva de la nulidad de las cláusulas contractuales nulas por defectos de transparencia», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 43 ss.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos», en *Indret*, núm. 4, 2017.
- CARRANCHO HERRERO, M.^a Teresa: «Concepto y extensión del riesgo cubierto por las garantías legales de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, en los casos en que no alcanza el contrato su fin. En particular, la concurrencia de infracciones urbanísticas. Comentario a la STS de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 75 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Sobre la nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2017, pp. 64 ss.
- «Nuevas fórmulas de cesión crediticia y legitimación activa en el procedimiento ejecutivo especial sobre bienes hipotecados», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 389 ss.
- CORBERÁ MARTÍNEZ, José: «Contrato de suministro “just in time”. Naturaleza y alcance de la compra de stock de la suministrada tras resolución del contrato. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 593-2016, de 5 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4874)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 163 ss.

- CORDERO LOBATO, Encarna: «Hipoteca de garantía de intereses moratorios no pactados ni renunciados. Comentario a la RDGRN, de 7 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6050)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 229 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito», en *InDret*, núm. 3, 2017.
- DESIMONE DASERO, Luciana: «Responsabilidad de la empresa en el acceso indebido de datos a ficheros de morosos», en *InDret*, núm. 3, 2017.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Inmoderabilidad ex artículo 1154 CC de la cláusula penal punitiva cuando el incumplimiento previsto es el que se ha producido ¿Abre el T. S. un camino para moderar las penas desproporcionadas con respecto a los daños producidos? Comentario a la STS, de 24 de febrero de 2017 (RJ 2017, 821)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 461 ss.
- DÍAZ LLAVONA, Covadonga: «La venta cruzada de productos financieros a la luz de la última normativa europea y comparada en la materia», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 307 ss.
- DÍAZ REVORIO, Enrique: «Contrato de compraventa de participaciones sociales», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 62 ss.
- FERNÁNDEZ-GALLARDO, Javier Ángel: «La rebeldía del tercero civil responsable en el proceso penal», en *RGLJ*, núm. 2, 2017, pp. 223 ss.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «Condiciones generales y control de transparencia (Ariadna y el laberinto del minotauro)», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2017, pp. 26 ss.
- FERRER TAPIA, Belén: «Tratamiento de las cláusulas suelo a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (gran sala) de 21 de diciembre de 2016», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 163 ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «La delimitación del periodo de responsabilidad del porteador en el transporte aéreo internacional de mercancías. Comentario a la STS de 25 noviembre de 2016 (RJ 2016, 5741)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 321 ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «De nuevo con la firma electrónica y otras cuestiones: Reglamento UE núm. 910/2014», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 113 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Prenda de créditos y tercería de mejor derecho. Preferencia de la prenda aunque el crédito garantizado no haya vencido y sea líquido al tiempo de la interposición de la tercería. Comentario a la STS 609/2016, de 7 de octubre (RJ 2016, 4901)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 185 ss.
- «Prenda de créditos simple o puramente futuros y resistencia al concurso. Interpretación del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal. Comentario a la STS 180/2017, de 13 de marzo (RJ 2017, 981)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 4907 ss.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «El plazo máximo de pago en las operaciones comerciales. Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5728)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 267 ss.

- HERAS GARCÍA, Manuel de las: «Aspectos civiles del arbitraje de consumo y sus inminentes reformas», en *RDP*, núm. 5-6, 2017, pp. 3 ss.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Relaciones de representación y agencia de deportistas profesionales y de sociedades gestoras de derechos de imagen. Una aproximación a las relaciones de derecho y de hecho nacidas entre las partes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 24 de febrero de 2017», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 793 ss.
- HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: «El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía», en *Indret*, núm. 4, 2017.
- IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: «Pérdida irreparable de preembriones criopreservados y daño moral de la viuda», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1943 ss.
- ÍÑIGUEZ ORTEGA, Pilar: «Los deberes de información de las entidades comercializadoras de servicios financieros “MiFID” II como medio de protección del inversor no profesional», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 229 ss.
- ITURMENDI MORALES, Gonzalo: «¿Hacia la responsabilidad civil punitiva?», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2017, pp. 4 ss.
- JUAN GÓMEZ, Mateo C.: «Nulidad parcial por vicios del consentimiento: una leyenda urbana», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 43 ss.
- KINDL, Johann: «La contratación mediante formularios en el Derecho privado alemán de consumo», en *Indret*, núm. 3, 2017.
- LASO BAEZA, Vicente: «La renovación de la afección registral al cumplimiento de la obligación de urbanizar y el tercer adquirente de finca reparcelada no subrogado en el pago de las cargas pendientes», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2768 ss.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada: «La prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda residencial», en *RGLJ*, núm. 2, 2017, pp. 249 ss.
- LÓPEZ ALONSO, Luis y GUILLÉN MONJE, Patricia: «Evolución legal en los deberes de conducta y de información en materia de contratación de productos de inversión», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 51 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «Ventas de viviendas a consumidores y préstamos hipotecarios dirigidos a su financiación: ¿conexión contractual relevante?», en *Indret*, núm. 3, 2017.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: «Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. (LÓSSEAR)», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2349 ss.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier: «Consideraciones sobre la diferenciación entre cláusulas delimitadoras y limitadoras del riesgo, con especial mención a las cláusulas lesivas o sorpresivas. Comentario a las SSTs,

- núms. 541 y 543/2016, de 14 septiembre 2016 (RJ 2016, 4109 y 4825)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 103 ss.
- MACANÁS VICENTE, Gabriel: «El contrato de suministro eléctrico entre comercializador y cliente», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2217 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La prohibición de autoindemnización por daños en bienes propios con origen en bienes que pertenecen a varias personas y al perjudicado», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2017, pp. 62 ss.
- MANRIQUE PLAZA, Javier: «Firma electrónica y consentimiento», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 95 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Dos cuestiones sobre el artículo 15 de la Ley 7/1995, de crédito al consumo: el concepto de «previa reclamación contra el proveedor» y el ejercicio contra el prestamista de «los mismos derechos» que el consumidor tiene frente al proveedor. Comentario a la STS de 24 noviembre 2016 (RJ 2016, 5652)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 293 ss.
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición del consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTS de 18 de enero de 2017, de 30 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2784 ss.
- MARTÍN ESCRIBANO, Celia: «El tratamiento judicial de las cláusulas suelo: una historia sin final», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2017, pp. 33 ss.
- MENDOZA LOSANA, Ana Isabel: «Responsabilidad de comercializadores y distribuidores por la mala calidad del suministro eléctrico. STS, Sala de lo Civil, número 624/2016, del 24 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4970)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 203 ss.
- MILÁ RAFEL, Rosa: «Solidaridad entre agentes de la edificación responsables por vicios constructivos y distribución de los daños en las relaciones internas: el promotor, condenado en el primer pleito, no asume en el regreso una parte alícuota de la deuda si no intervino materialmente en la obra. Comentario a la STS, Primera, de 28 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5740)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 339 ss.
- MOCHOLI FERRÁNDIZ, Ester M.: «Beneficios del negocio de cesión de solar a cambio de obra. Protección del cedente», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1725 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Contrato de leasing y derivado financiero (swap). Deberes de información previstos en el art. 79 bis LMV. Nulidad total o parcial del contrato. Apreciación del error vicio. Comentario a la STS, de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017, 389)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 383 ss.
- PÉREZ-CABALLERO ABAD, Pedro: «La responsabilidad del proyectista por la intervención de otros técnicos en el proceso de la edificación», en *Indret*, núm. 4, 2017.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas», en *RCDI*, núm. 761, 2017, pp. 11907 ss.
- «Tribunal de Justicia de la Unión Europea – La incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual. Comentario de la sentencia de 21 diciembre 2016, Gutiérrez Naranjo», en *RDCE*, núm. 57, 2017, pp. 671 ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «Los indicios en la prueba de la simulación contractual», en *InDret*, núm. 3, 2017.
- PINO ABAD, Manuel: «La protección jurídica de vendedores y financiadores en las compraventas a plazos de bienes muebles», en *CDC*, núm. 67, 2017, pp. 15 ss.
- PIZARRO MORENO, Eugenio: «¿Modifica el tipo de deporte la estructura general de la responsabilidad civil?: montañismo y culpa extracontractual: Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 2 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 879)», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 233 ss.
- QUICIOS MOLINA, M.^a Susana: «Inseminaciones artificiales domésticas: Cuestiones contractuales y de filiación», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 363 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La imperatividad de los plazos de pago en la Ley medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su tratamiento en los contratos internacionales», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 2075 ss.
- «El plazo de prescripción ante la nulidad de las cláusulas abusivas», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2750 ss.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la LEC», en *RJC*, núm. 1, 2017, pp. 13 ss.
- SOLÉ FELIU, Josep: «La compensación de deudas: Propuestas de reforma del derecho español a la luz de los textos de *soft law* europeos», en *InDret*, núm. 3, 2017.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Agrupaciones de interés urbanístico. Preferencia de la autonomía privada en las obligaciones entre particulares. Comentario a la STS de 8 febrero 2017 (RJ 2017, 478)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 425 ss.
- VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara de la: «Responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del deficiente suministro de energía eléctrica: el comercializador responde frente a los consumidores sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2704 ss.
- VIGLIANISI FERRARO, Angelo: «El daño no patrimonial en Italia, entre la previsión normativa del Código Civil y la interpretación creativa del Tribunal Supremo», en *RDP*, núm. 5-6, 2017, pp. 107 ss.

ZUBIAURRE GURRUTXAGA, Amaia: «Protección del consumidor en la compra-venta de bienes a través de páginas web según la legislación española tras su adaptación a la normativa europea», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 91 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado», en *CDC*, núm. 67, 2017, pp. 83 ss.

ANDERSON, Miriam: «La supresión de barreras arquitectónicas y la exoneración de contribución de los locales en propiedad horizontal. Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5608)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 249 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Retransmisión de emisiones de programas de radio y televisión a través de una red de cable local que permite el acceso a un máximo de 500 abonados: arts. 3.1 y 5.3.0) de la Directiva 2001/29/CE. Comentario a la STJUE, Sala 8.ª, de 16 de marzo de 2017 (JUR 2017, 113120)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 525 ss.

BOTELLO HERMOSA, Pedro: «El usufructo y la sustitución fideicomisaria: la importancia actual de saber diferenciar dos figuras jurídicas muy similares, pero diferentes», en *RDP*, núm. 5-6, 2017, pp. 93 ss.

CANDELARIO MACÍAS, M.ª Isabel: «El modelo de utilidad en la Ley 24/2015», en *RDP*, núm. 7-8, 2017, pp. 65 ss.

CASTELLÓ CASTRO, Paula: «Problemas de legalidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 83 ss.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Nuevas fórmulas de cesión crediticia y legitimación activa en el procedimiento ejecutivo especial sobre bienes hipotecados», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 389 ss.

CORDERO LOBATO, Encarna: «Hipoteca de garantía de intereses moratorios no pactados ni renunciados. Comentario a la RDGRN, de 7 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6050)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 229 ss.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Las obras realizadas por el comunero sobre un elemento común en la propiedad horizontal y el transcurso del tiempo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 540/2016 de 14 septiembre (RJ 2016, 4108)», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 247 ss.

FORTEA GORGE, José Luis: «El nuevo régimen de la hipoteca mobiliaria de propiedad», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 71 ss.

GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Sobre la disposición derogatoria y el ámbito temporal de aplicación de la Ley 13/2015, de Modificación de la Ley Hipotecaria, en la doctrina de la DGRN», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1475 ss.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Prenda de créditos y tercería de mejor derecho. Preferencia de la prenda aunque el crédito garantizado no haya vencido y sea líquido al tiempo de la interposición de la tercería. Comentario

a la STS 609/2016, de 7 de octubre (RJ 2016, 4901)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 185 ss.

- «Prenda de créditos simple o puramente futuros y resistencia al concurso. Interpretación del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal. Comentario a la STS 180/2017, de 13 de marzo (RJ 2017, 981)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 4907 ss.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «El equilibrio entre los derechos a la libertad de expresión y a la propiedad intelectual en la carta de derechos fundamentales de la unión europea: El caso de la parodia con finalidad de crítica política», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 265 ss.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La efectividad de la garantía hipotecaria en evidente detrimento», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 2006 ss.

- «Determinación del derecho de habitación», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2646 ss.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Derecho de separación de la masa activa y adquisición a non domino», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 2053 ss.

- «La anotación preventiva de concurso», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2724 ss.

LASO BAEZA, Vicente: «La renovación de la afección registral al cumplimiento de la obligación de urbanizar y el tercer adquirente de finca reparcelada no subrogado en el pago de las cargas pendientes», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2768 ss.

LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «Ventas de viviendas a consumidores y préstamos hipotecarios dirigidos a su financiación: ¿conexión contractual relevante?», en *InDret*, núm. 3, 2017.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La calificación registral de la representación gráfica de las fincas», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 61 ss.

MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Tobias Mc Fadden contra Sony Music y otras sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de ponderación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos a la protección de datos personales y de la intimidad, la libertad de empresa y la libertad de expresión e información», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 249 ss.

- «Análisis sobre la protección de los catálogos de productos de la propiedad intelectual y la normativa de competencia desleal. Comentario a la STS, 64/2017, de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017, 454)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 399 ss.

MOLINA BALAGUER, Francisco: «¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2393 ss.

PANIZA FULLANA, Antonia: «La propiedad de la espada Tizona del Cid Campeador: entre el Derecho sucesorio y la usucapión», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 117 ss.

- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «Análisis crítico de las medidas cautelares en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes», en *RJC*, núm. 1, 2017, pp. 51 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Protección de los derechos de tercero a la extinción del usufructo por consolidación», en *InDret*, núm. 3, 2017.
- RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno: «La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en el Derecho español», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 63 ss.
- SALAS CARCELLER, Antonio: «La copia privada y la compensación: estado de la cuestión en España», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2017, pp. 4 ss.
- SUÁREZ, José Antonio: «Evolución legislativa de la propiedad intelectual», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2017, pp. 16 ss.
- TIRADO ESTRADA, Jesús J.: «Los delitos relativos a la propiedad intelectual en la era digital. Especial referencia al tipo base nuclear y el nuevo tipo de facilitación del acceso y localización en internet de contenidos protegidos (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2017, pp. 22 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Conflicto filio-parental y alimentos. Interpretación jurisprudencial de la causa de extinción de la obligación de alimentos de padres a hijos mayores de edad basada en el “maltrato” de los hijos a sus progenitores: Comentario a la Sentencia AP Córdoba 18 mayo 2016» (AC 2016,1121).
- ALGABA ROS, Silvia: «El acuerdo de mediación familiar: su singularidad», en *InDret*, núm. 4, 2017.
- ÁLVAREZ MEDINA, Silvina: «La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 145 ss.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio: «Pensiones de alimentos y convenio regulador», en *InDret*, núm. 3, 2017.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: «Acogimiento familiar de menores y responsabilidad civil», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 135 ss.
- BERIAIN FLORES, Irantzu: «La determinación judicial tardía de la filiación paterna y el retraso desleal de la madre al reclamar el reembolso de la obligación de manutención del hijo mayor de edad. Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4457)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 145 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1964 ss.
- «Efectos patrimoniales en el régimen de separación de bienes», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2606 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana: «Introducción de un tercero en la vivienda familiar cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores: aplicación del

- juicio de proporcionalidad para rebajar la pensión del progenitor no custodio al beneficiarse el nuevo núcleo familiar así conformado de conceptos cubiertos por la suma originariamente fijada: Comentario a la STS de 19 de enero de 2017 (RJ 2017, 754)», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 313 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida: Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2017», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 21 ss.
- CEBRIÁN SALVAT, María Asunción: «Ley aplicable a la celebración del matrimonio en la Unión europea», en *InDret*, núm. 4, 2017.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar: Revisión y puesta al día», en *InDret*, núm. 4, 2017.
- «Los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: *The Uniform Premarital and Marital Agreement Act* (2012)», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 3 ss.
- COBAS COBIELLA, M.^a Elena: «La llamada reproducción asistida *post mortem*. Algunas reflexiones», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2017, pp. 68 ss.
- DÍAZ PARDO, Gloria: «Ejercicio del derecho de visitas del menor respecto al progenitor recluido», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2017, pp. 16 ss.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «Aspectos registrales del régimen económico matrimonial después de la reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil: pasado y presente», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1695 ss.
- FLORES HERNÁNDEZ, Begoña: «La investigación biológica de la paternidad y su aplicación jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2165 ss.
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: «Algunas cuestiones sobre los diferentes intentos de elusión del progenitor obligado al pago de alimentos y el interés superior del menor», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2595 ss.
- LAMBEA RUEDA, Ana: «Los deberes de los menores en la Ley 26/2015: ¿deberes, principios o derechos?», en *RDP*, núm. 7-8, 2017, pp. 31 ss.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «La inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos por gestación por sustitución: análisis jurisprudencial», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 33 ss.
- «Las cargas derivadas del traslado de un menor de edad como consecuencia del ejercicio del derecho de visitas por el progenitor no custodio: análisis jurisprudencial», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2017, pp. 30 ss.
- MERINO Y HERNÁNDEZ, José Luis: «Renuncia y recuperación del derecho de viudedad aragonés», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 121 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Leyes aplicables a los efectos económicos del divorcio: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Sentencia núm. 730/2016, de 20 diciembre (RJ 2016, 5992)», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 297 ss.

- PALACIOS GONZÁLEZ, M.^a Dolores: «El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 95 ss.
- PERAL LÓPEZ, M.^a del Carmen: «Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2017, pp. 16 ss.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «La prueba en los procedimientos de familia: una visión práctica», en *RDF*, núm. 76, 2017, pp. 27 ss.
- Modificación de medidas: de la custodia individual a la custodia compartida», en *RDF*, núm. 77, 2017, pp. 31 ss.
- POLO SABAU, José Ramón: «Una reciente propuesta de reforma del sistema matrimonial inglés: El informe de la “Law Comission” de 17 de diciembre de 2015», en *RCDI*, núm. 761, 2017, pp. 1333 ss.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Inseminaciones artificiales domésticas: Cuestiones contractuales y de filiación», en *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 363 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona», en *RDF*, núm. 75, 2017, pp. 53 ss.
- «Las pensiones alimenticias: especial referencia al cónyuge separado», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 469 ss.
- SÁNCHEZ CANO, M.^a Jesús: «La conversión de la adopción simple en plena tras las reformas legales del 2015», en *RDF*, núm. 75, 2017, pp. 27 ss.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Impugnación de la paternidad por reconocimiento de complacencia. Comentario a la STS de 15 de julio de 2016 (RJ 2016, 3196)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 49 ss.
- TORRELLES TORREA, Esther: «Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación», en *RDP*, núm. 5-6, 2017, pp. 57 ss.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «La nueva figura de la adopción abierta en el Ordenamiento jurídico español: Aproximación a la regulación de las *open adoptions* en el Derecho anglosajón», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 1 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «Un problema actual de enorme trascendencia jurídica en España: las personas curateladas como posibles beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1675 ss.
- «El usufructo y la sustitución fideicomisaria: la importancia actual de saber diferenciar dos figuras jurídicas muy similares, pero diferentes», en *RDP*, núm. 5-6, 2017, pp. 93 ss.

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «¿Puede el conviviente de hecho del heredero ser testigo en un testamento abierto?: Entre la analogía y la interpretación ¿extensiva o restrictiva?: Comentario a la STS (en Pleno) de 19 octubre 2016 (RJ 2016, 4938)», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 335 ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Igualdad de los hijos en sucesiones abiertas (pero no agotadas) antes de la entrada en vigor de la Constitución», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 61 ss.
- «La cláusula testamentaria prohibitoria de intervención judicial», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 485 ss.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio: «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», en *InDret*, núm. 4, 2017.
- MALDONADO RUBIO, Socorro: «Nuevas causas de desheredación en el Código Civil español. Especial referencia al maltrato psicológico como causa de desheredación», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 611 ss.
- OLMEDO CASTAÑEDA, Francisco Javier: «La legítima en el Derecho común: ¿supresión o reducción?», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 543 ss.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «La propiedad de la espada Tizona del Cid Campeador: entre el Derecho sucesorio y la usucapión», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 117 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Testamentos ológrafo y cerrado en braille en el derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual», en *RDP*, núm. 7-8, 2017, pp. 3 ss.
- PONS-ESTEL TUGORES, Catalina: «La actualidad de la “prohibición de confesores” (art. 752 del Código Civil)», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 117 ss.
- QUINTANA DAIMIEL, Alberto: «La sucesión abintestato del Estado en el País Vasco», en *RCDI*, núm. 761, 2017, pp. 1241 ss.
- TOFIÑO PADRINO, Alejandro: «Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria: su efecto determinativo o especificativo según la jurisprudencia del TS», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2661 ss.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: «De la revocación de las disposiciones testamentarias», en *RGLJ*, núm. 2, 2017, pp. 309 ss.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Acerca del fundamento de la legítima», en *InDret*, núm. 4, 2017.
- VITERI ZUBIA, Ibon: «Aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación a relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución por el acaecimiento de distintas vocaciones hereditarias y delaciones de la herencia. Comentario a la STS de 1 junio 2016 (RJ 2016, 2319)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 15 ss.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código Civil», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 55 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- CALVO VÉRGEZ, Juan: «Resultados de las pruebas de estrés a la banca europea en 2016: algunas consideraciones», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 289 ss.
- CANDELARIO MACÍAS, M.^a Isabel: «El modelo de utilidad en la Ley 24/2015», en *RDP*, núm. 7-8, 2017, pp. 65 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito», en *InDret*, núm. 3, 2017.
- ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «*Shadow banking*» y financiación sindicada», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 205 ss.
- FARRANDO MIGUEL, Ignacio: «Publicidad de las sanciones graves y muy graves impuestas a personas físicas conforme al TRLMV», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 13 ss.
- FERNÁNDEZ CÁMARA, Cristina: «Marcas olfativas, «sensory branding» y reglamento UE 2015/2424», en *CDC*, núm. 67, 2017, pp. 135 ss.
- GALLACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «*Crowdfunding* y *shadow banking*: plataformas de financiación participativa (PFPS) y la protección de los inversores», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 173 ss.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La nulidad de las conductas anticompetitivas», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2263 ss.
- PASTOR SEMPERE, M.^a del Carmen: «Transferencias de empresas a los trabajadores organizados en cooperativa: segunda oportunidad y pymes», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 175 ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «Análisis crítico de las medidas cautelares en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes», en *RJC*, núm. 1, 2017, pp. 51 ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 181 ss.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «El empeoramiento de la «situación privilegiada» de los créditos bancarios en el concurso», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 155 ss.
- VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «El sistema de garantías de las entidades de contrapartida central», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 81 ss.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «Integración vertical en el mercado eléctrico español», en *InDret*, núm. 3, 2017.

DERECHO DE SOCIEDADES

- BRENES CORTÉS, Josefa: «El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: la entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 37 ss.
- «La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica», en *RDS*, núm. 50, 2017, pp. 113 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «De nuevo sobre la irregularidad societaria (repa-so de un tema clásico desde las últimas novedades legales y jurisprudenciales)», en *CDC*, núm. 67, 2017, pp. 157 ss.
- CAÑABATE POZO, Rosario: «La defensa del socio minoritario por falta de distribución de dividendos», en *RDS*, núm. 50, 2017, pp. 153 ss.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «El código alemán de gobierno corporativo y su permanente adaptación a la realidad jurídico-económica. Modificación aprobada en 2017», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 303 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje administrado (alcance, lógica e implicaciones de una relación controvertida)», en *RDS*, núm. 50, 2017, pp. 2 ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «Delimitación del grupo de sociedades en el concurso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) número 190/2017, de 15 de marzo», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 773 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Las llamadas “cláusulas de duelo” (*Shoot-out clauses*) y las de subasta como mecanismos estatutarios para remediar las situaciones de bloqueo societario», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 219 ss.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Abel: «Retribución de administradores: la nube que terminó en tormenta», en *CDC*, núm. 67, 2017, pp. 215 ss.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «El derecho de oposición como técnica de protección de los acreedores sociales en la fusión de sociedades mercantiles», en *RDS*, núm. 50, 2017, pp. 193 ss.
- GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «El código de gobierno corporativo británico: perspectiva de cambio», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 335 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El régimen tributario de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea de un Estado miembro a otro de la unidad europea», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 667 ss.
- GIMENO BEVIÁ, Vicente: «El complemento a la convocatoria de la junta general y la doctrina de los actos propios (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 2016)», en *RDS*, núm. 50, 2017, pp. 295 ss.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª Belén: «Reglas de legitimación e impugnabilidad: El conflicto entre mayorías y minorías inmanente en la impugnación de acuerdos», en *RDS*, núm. 50, 2017, pp. 67 ss.

- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima: responsabilidad por negligencia de los administradores de la sociedad dominada», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 115 ss.
- JUSTE MENCÍA, Javier: «El deber de abstención del socio-administrador en la junta general. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017, 396)», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 213 ss.
- LAGOS RODRÍGUEZ, Begoña: «Simplificación europea de los modelos societarios destinados a la pequeña empresa: la SRL en el derecho italiano y español de sociedades», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 85 ss.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Ángel: «Los derechos al dividendo y de separación a la luz del art. 348 bis de la ley de sociedades de capital: una revisión general», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 27 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora y RECALDE CASTELLS, Andrés Juan: «La doctrina del Tribunal Supremo en relación con la cancelación registral de la sociedad de capital con pasivos insatisfechos», en *RDS*, núm. 50, 2017, pp. 273 ss.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «La extinción de las sociedades de capital. Régimen post-cancelación», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2309 ss.
- NAVARRO FRÍAS, Irene: «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 151 ss.
- PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Comentarios a la RDGRN de 15 de noviembre de 2016 sobre determinación estatutaria del valor de participaciones (RJ 2016, 6056)», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 227 ss.
- PÉREZ PUEYO, Anunciación: «Modificación en Francia del código de buen gobierno de las sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 233 ss.
- PUETZ, Achim: «Sobre la posibilidad de nombrar un consejero por cooptación en una sociedad limitada y el principio de legitimación del Registro Mercantil», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 29 ss.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «La pretendida resistencia de la escisión parcial a la rescisión concursal (a raíz de la STS de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2065, 5668)», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 251 ss.
- RUIZ NÚÑEZ, Mariola: «Artículo 348 bis de la LSC: interés individual vs interés social», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 199 ss.
- SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín: «Informe de auditoría con opinión denegada y admisión del depósito de las cuentas anuales. Contenido material del informe de auditoría con opinión denegada que impide el cierre del Registro. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de marzo de 2017», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 819 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Deber de asistencia del administrador a la junta general (sentencia núm. 255/2016, de 19 de abril, del Tribunal Supremo/RJ 2016, 3848)», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 281 ss.

- VAL TALENS, Paula del: «El ejercicio de las facultades de los administradores con fines adecuados: análisis del artículo 228.a) LSC», en *RDS*, núm. 50, 2017, pp. 225 ss.
- YANES YANBES, Pedro: «Sobre la prohibición de aportación de capital de un “stock de 214 sociedades preconstituidas” nota crítica a la RDGRN de 3 de enero de 2017 (RJ 2017, 308)», en *RDS*, núm. 49, 2017, pp. 239 ss.
- ZAPATA BENITO, Ignacio: «Causas de exoneración de la responsabilidad ex artículo 367 LSC (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 27/2017, de 18 de enero)», en *RDS*, núm. 50, 2017, pp. 325 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado», en *CDC*, núm. 67, 2017, pp. 83 ss.
- ALMARCHA JAIME, Jesús: «La cláusula que aplica un baremo indemnizatorio para el caso de invalidez es limitativa y el asegurado debe aceptarla expresamente también en los seguros colectivos. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núms. 541/2016 y 543/2016, de 14 de septiembre (RJ 2016, 4109 y RJ 2016, 4825)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 129 ss.
- AZOFRA VEGAS, Fernando: «Cambio de deudor, cancelación y posposición de garantías reales, limitación del recurso al valor del “colateral” y otras herramientas atípicas de refinanciación», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 255 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Sobre los efectos de la STJUE que declara contraria al derecho de la UE la limitación de la eficacia retroactiva de la nulidad de las cláusulas contractuales nulas por defectos de transparencia», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 43 ss.
- CORBERÁ MARTÍNEZ, José: «Contrato de suministro “just in time”. Naturaleza y alcance de la compra de stock de la suministrada tras resolución del contrato. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 593-2016, de 5 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4874)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 163 ss.
- DÍAZ LLAVONA, Covadonga: «La venta cruzada de productos financieros a la luz de la última normativa europea y comparada en la materia», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 307 ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «La delimitación del periodo de responsabilidad del porteador en el transporte aéreo internacional de mercancías. Comentario a la STS de 25 noviembre de 2016 (RJ 2016, 5741)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 321 ss.
- GIMENO RIBES, Miguel: «La exclusión voluntaria de la cotización bursátil», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 91 ss.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «El plazo máximo de pago en las operaciones comerciales. Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5728)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 267 ss.

- ÍÑIGUEZ ORTEGA, Pilar: «Los deberes de información de las entidades comercializadoras de servicios financieros “MiFID” II como medio de protección del inversor no profesional», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 229 ss.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: «Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. (LOSSEAR)», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2349 ss.
- MACANÁS VICENTE, Gabriel: «El contrato de suministro eléctrico entre comercializador y cliente», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2217 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Dos cuestiones sobre el artículo 15 de la Ley 7/1995, de crédito al consumo: el concepto de “previa reclamación contra el proveedor” y el ejercicio contra el prestamista de “los mismos derechos” que el consumidor tiene frente al proveedor. Comentario a la STS de 24 noviembre 2016 (RJ 2016, 5652)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 293 ss.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «El embargo preventivo de buques», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 137 ss.
- MARTÍNEZ MULERO, Víctor: «Entidad de contrapartida central, compensación y liquidación del contrato bursátil y gestión de incumplimientos, fallos e incidencias», en *RDBB*, núm. 146, 2017, pp. 263 ss.
- MENDOZA LOSANA, Ana Isabel: «Responsabilidad de comercializadores y distribuidores por la mala calidad del suministro eléctrico. STS, Sala de lo Civil, número 624/2016, del 24 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4970)», en *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 203 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados», en *RCDI*, núm. 761, 2017, pp. 1151 ss.
- PÉREZ GUERRA, Miguel Ángel: «Operaciones de derivados y estructurados: comisiones implícitas y sobreprecios ocultos», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 29 ss.
- PINO ABAD, Manuel: «La protección jurídica de vendedores y financiadores en las compraventas a plazos de bienes muebles», en *CDC*, núm. 67, 2017, pp. 15 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La imperatividad de los plazos de pago en la Ley medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su tratamiento en los contratos internacionales», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 2075 ss.
- VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara de la: «Responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del deficiente suministro de energía eléctrica: el comercializador responde frente a los consumidores sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2704 ss.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Los préstamos participativos», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 305 ss.

DERECHO CONCURSAL

- CERVERA MARTÍNEZ, Marta: «Contratos y concurso. Compraventa, suministro y arrendamiento», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 117 ss.
- COHEN BENCHETRIT, Amanda: «Liquidación concursal e hipoteca: criterios judiciales», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 145 ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «Delimitación del grupo de sociedades en el concurso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), número 190/2017, de 15 de marzo», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 773 ss.
- FACHAL NOGUER, Nuria: «El hipotecante no deudor y deudor no hipotecante en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 42, 2017, pp. 43 ss.
- FLORES SEGURA, Marta: «La homologación de los acuerdos de refinanciación de grupo», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 219 ss.
- FUENTES DEvesa, Rafael: «La calificación concursal en caso de convenio. Especial referencia a los supuestos de incumplimiento de convenio e insolvencia sobrevenida», en *ADCon*, núm. 42, 2017, pp. 11 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Derecho de separación de la masa activa y adquisición a non domino», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 2053 ss.
- «La anotación preventiva de concurso», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2724 ss.
- MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de: «Reestructuración e insolvencia transfronteriza: claves del nuevo reglamento europeo», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 69 ss.
- MORENO LISO, Lourdes: «El Concurso de Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente y la Ley de Segunda Oportunidad», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 199 ss.
- MORENO VÁZQUEZ, Pedro: «La pieza de calificación y el proceso concursal: Comentario a la STS 202/2017, [1.ª], de 29 de marzo», en *RdPat*, núm. 43, 2017, pp. 435 ss.
- PASTOR SEMPERE, M.ª del Carmen: «Transferencias de empresas a los trabajadores organizados en cooperativa: segunda oportunidad y pymes», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 175 ss.
- PENADÉS FONs, Manuel Alejandro: «El brexit y los concursos internacionales de empresas», en *ADCon*, núm. 42, 2017, pp. 113 ss.
- PÉREZ TROYA, Adoración: «¿Resistencia de la escisión parcial a la acción de rescisión concursal?», en *RDM*, núm. 305, 2017, pp. 437 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «*Holdout accionarial*, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 43 ss.
- ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel: «La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva», en *ADCon*, núm. 42, 2017, pp. 99 ss.

- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Enajenación de unidad productiva en concurso y cesión de contratos de seguro», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 87 ss.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan: «Acreedores financieros y administradores de hecho. (Financiación empresarial y operaciones de reestructuración)», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 29 ss.
- SERRANO ANTÓN, Fernando: «Aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias en situación de concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 161 ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María: «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 Ley Concursal): algunos aspectos controvertidos», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 101 ss.
- VELA TORRES, Pablo José: «Especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa», en *RDCP*, núm. 27, 2017, pp. 17 ss.
- VERCHER MOLL, Francisco Javier: «Las situaciones de deterioro financiero de las entidades de seguros y de reaseguros», en *ADCon*, núm. 42, 2017, pp. 143 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUADO PUIG, Alfonso: «El principio de integración en el Derecho Internacional: de la Declaración de Estocolmo a la Agenda 2030», en *RDA*, núm. 37, 2017, pp. 217 ss.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «El marco normativo comunitario de la energía diseñado por la Comisión Europea: situación actual y perspectivas de futuro», en *RDA*, núm. 37, 2017, pp. 99 ss.
- COMINGES CÁCERES, Francisco: «Los efectos de la anulación judicial de un plan general. La necesaria modulación de la equiparación de planes urbanísticos y disposiciones reglamentarias. Propuestas de mejora del sistema», en *RDU*, núm. 314, 2017, pp. 45 ss.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio: «El derecho de acceso a la información ambiental y su adaptación a la normativa general sobre transparencia administrativa: algunos casos controvertidos», en *RDA*, núm. 37, 2017, pp. 131 ss.
- DÍAZ LEMA, José Manuel: «La reserva de suelo destinado a vivienda protegida, nuevo paradigma del urbanismo español», en *RDU*, núm. 316, 2017, pp. 17 ss.
- DOMÍNGUEZ VILA, Antonio: «Turismo, Derecho comunitario y doctrina del Tribunal Constitucional», en *RDU*, núm. 316, 2017, pp. 69 ss.
- EMBID IRUJO, Antonio: «Aproximación a una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos», en *RDA*, núm. 37, 2017, pp. 51 ss.

- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «¿Es libre el justiprecio fijado por mutuo acuerdo?», en *RDU*, núm. 314, 2017, pp. 17 ss.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Ángeles: «Marco jurídico y actuaciones administrativas sobre la eficiencia energética de los edificios», en *RDU*, núm. 316, 2017, pp. 141 ss.
- GUARDIA HERNÁNDEZ, Juan José: «El Derecho urbanístico ante la multiculturalidad y pluriconfesionalidad. El caso de la Región de Lombardía: ¿un modelo para España?», en *RDU*, núm. 316, 2017, pp. 179 ss.
- IBORT FRANCH, Alberto y PARDO SIEIRO, Paz: «La regulación de los montes y los parques nacionales a propósito del centenario de la primera Ley de Parques Nacionales y de la última modificación de la Ley de Montes», en *RDU*, núm. 314, 2017, pp. 141 ss.
- IRLES TORRES, José Antonio: «Manifestaciones de los principios de igualdad y equidistribución de beneficios y cargas en el ámbito urbanístico», en *RDU*, núm. 315, 2017, pp. 53 ss.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «El requisito de firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística», en *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 2092 ss. LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Jane Jacobs y la diversidad urbana», en *RDA*, núm. 37, 2017, pp. 21 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «La renovación de la afección registral al cumplimiento de la obligación de urbanizar y el tercer adquirente de finca reparcelada no subrogado en el pago de las cargas pendientes», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2768 ss.
- MARTÍN PAPIOL, Joan Francesc: «Supuestos de demolición con la aparición de terceros de buena fe», en *RJC*, núm. 1, 2017, pp. 93 ss.
- Estudio sobre la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de un inmueble, por incumplimiento de normas urbanísticas, y las normas que tutelan a los terceros de buena fe.
- MERINO MATA, Francisco: «Nuevas reflexiones sobre la valoración del suelo rural, a la vista de las reformas efectuadas por la nueva Ley de Carreteras, y de que, con una de ellas, parece haberse encontrado la solución definitiva a la controversia sobre la tasación de los terrenos que se encuentran en situación básica rural y tienen asignado aprovechamiento urbanístico (... aunque en insólita oposición a la Ley de Suelo)», en *RDU*, núm. 314, 2017, pp. 83 ss.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar y MORENO REBATO, Mar: «Nuevas medidas locales de lucha contra el cambio climático, especialmente en Andalucía», en *RDU*, núm. 316, 2017, pp. 113 ss.
- PALLARÈS SERRANO, Anna: «Estudio sobre las fortalezas y debilidades de la planificación de montes», en *RDU*, núm. 314, 2017, pp. 97 ss.
- RICO LENZA, Juan: «Excesos y defectos en las legislaciones del suelo (Estado) y urbanismo (CC. AA.)», en *RDU*, núm. 315, 2017, pp. 17 ss.

- SANZ LARRUGA, Francisco Javier: «La planificación ambiental se vuelca en el mar: la nueva ordenación del espacio marítimo», en *RDA*, núm. 37, 2017, pp. 13 ss.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «Tratamiento de la reversión expropiatoria en los proyectos de equidistribución», en *RDU*, núm. 315, 2017, pp. 169 ss.
- SORO MATEO, Blanca: «Sobre el alcance de la anulación de planes urbanísticos por defectos de forma: La anulación de la revisión del PGOU de Cartagena», en *RDU*, núm. 315, 2017, pp. 107 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- AGUILERA MORALES, Marien: «Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión», en *REDE*, núm. 63, 2017, pp. 111 ss.
- BUSTOS GISBERT, Rafael: «La desnudez de la Constitución Británica. Crónica marciana de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Reino Unido de 24 de enero de 2017», en *REDE*, núm. 62, 2017, pp. 13 ss.
- CONTRERAS MAZARIO, José María: «El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-157/15 y C-188/15», en *RDCE*, núm. 57, 2017, pp. 577 ss.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: «La incidencia de la carta (DFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la ineficacia horizontal de las directivas: De Küçükdeveci a Dansk Industri», en *AFDUAM*, núm. 21, 2017, pp. 101 ss.
- FERNÁNDEZ CÁMARA, Cristina: «Marcas olfativas, “sensory branding” y reglamento UE 2015/2424», en *CDC*, núm. 67, 2017, pp. 135 ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «De nuevo con la firma electrónica y otras cuestiones: Reglamento UE núm. 910/2014», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 113 ss.
- LIADOU, Marianna: «Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights», en *REDE*, núm. 62, 2017, pp. 127 ss.
- IRURZUN MONTORO, Fernando: «¿La cuestión de interpretación ante el Tribunal arbitral de la Alta Silesia (1922-1937) como antecedente de la cuestión prejudicial europea?», en *REDE*, núm. 63, 2017, pp. 13 ss.
- MARTÍN ARRIBAS, Juan José: «La aplicación del Reglamento Dublín III por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 63, 2017, pp. 75 ss.
- MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de: «Reestructuración e insolvencia transfronteriza: claves del nuevo reglamento europeo», en *RDCEP*, núm. 27, 2017, pp. 69 ss.
- MOLINA BALAGUER, Francisco: «¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación

vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2393 ss.

POLO SABAU, José Ramón: «Las relaciones Iglesia-Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *cuius regio eius religio*», en *REDE*, núm. 63, 2017, pp. 47 ss.

QUINTAS SEARA, Alberto: «El traslado transfronterizo de la sede social: la necesidad de articular una respuesta desde la óptica del derecho societario europeo», en *RDCE*, núm. 57, 2017, pp. 517 ss.

— «La Directiva 2005/56/CE como eje central del proceso de armonización del Derecho societario europeo en materia de fusiones transfronterizas: una reflexión acerca de su origen, importancia y cuestiones sobre las que todavía existe un margen de mejora», en *REDE*, núm. 62, 2017, pp. 47 ss.

RUCCIA, Nicola: «The role of the private sector in resolution for banks», en *RDCE*, núm. 57, 2017, pp. 615 ss.

SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la LEC», en *RJC*, núm. 1, 2017, pp. 13 ss.

DERECHO PROCESAL

ARAGONÉS SEIJO, Santiago y FERNÁNDEZ SERRA, Lidia: «El proceso adecuado para la restitución de la fianza arrendaticia», en *RCDI*, núm. 763, 2017, pp. 2680 ss.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Nuevas fórmulas de cesión crediticia y legitimación activa en el procedimiento ejecutivo especial sobre bienes hipotecados», en *RJNot*, núm. 102-103, 2017, pp. 389 ss.

HUALDE LÓPEZ, Ibon: «El proyecto de reforma de la casación francesa», en *Indret*, núm. 3, 2017.

MARTÍN PAPIOL, Joan Francesc: «Supuestos de demolición con la aparición de terceros de buena fe», en *RJC*, núm. 1, 2017, pp. 93 ss.

Estudio sobre la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de un inmueble, por incumplimiento de normas urbanísticas, y las normas que tutelan a los terceros de buena fe.

MATE SATUÉ, Loreto Carmen: «Estudios de doctorandos: La libertad de expresión del abogado en defensa de los intereses encomendados», en *RGLJ*, núm. 2, 2017, pp. 333 ss.

SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la LEC», en *RJC*, núm. 1, 2017, pp. 13 ss.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ACM	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
DPC	Derecho Privado y Constitución
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades
RDU	Revista Aranzadi de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
Indret

www.indret.com

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **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), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Universidad de las Palmas de Gran Canaria)

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Prescripción extintiva: interrupción del plazo de prescripción de la acción civil por tramitación de proceso de responsabilidad penal de menores ante jurisdicción manifiestamente incompetente. Patria potestad: representación en juicio del menor por un solo progenitor con consentimiento tácito del otro. Culpa de la víctima y deber de vigilancia de los progenitores: inexistencia de prueba de que la conducta del menor

lesionado fuera concausa del daño, y de que sus padres conocieran que iba a realizar la actividad peligrosa. *Quantum indemnizatorio: puntuación y valoración separada de secuelas fisiológicas y estéticas.*—Es doctrina reiterada de la Sala que la prescripción debe interpretarse de forma restrictiva al no estar fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del Derecho y en el de la seguridad jurídica (STS de 20 de octubre de 2016 y las que cita). Igualmente, es jurisprudencia constante que, de acuerdo con los artículos 111 y 114 LECrim., en relación con el artículo 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos pospone el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción civil, al suponer un obstáculo legal a su ejercicio (STS de 13 de enero de 2015 y las que cita). Dicha doctrina no atiende al resultado del proceso penal, que puede culminar con su archivo. A los procesos de responsabilidad penal de menores les resulta aplicable el principio de prejudicialidad penal a los efectos de interrupción del plazo de prescripción de la acción civil, por lo que se asimilan a los procesos penales ordinarios (STS de 14 de enero de 2009 y las que cita). La posibilidad de conocer *ab initio* el fracaso de la acción penal por causas que no precisen de valoración por el tribunal priva al proceso penal de efecto interruptivo (STS de 20 de octubre de 2016). No obstante, se producirá tal efecto si, en atención a las circunstancias concretas y al principio de buena fe, la actora desconociera previamente tales causas manifiestas y obrase de forma diligente. Así fue, dado que la madre del menor demandante, lega en derecho, denunció los hechos ante la Guardia Civil quien remitió el atestado a la Fiscalía de Menores sin informarle de su incompetencia dada la edad del menor denunciado inferior a 14 años.

Los artículos 156 y 162 CC permiten a uno de los progenitores ejercitar acciones en nombre del menor con el consentimiento tácito del otro, máxime cuando se actúa en interés del menor y sin existir intereses contrapuestos.

No consta probado que la conducta del menor lesionado fuera con causa del resultado, ni tampoco negligencia de sus padres al no resultar acreditado que conocieran que su hijo realizaría prácticas de tiro en el domicilio del menor causante del daño.

Tras la entrada en vigor de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, se impone la puntuación y valoración económica por separado de las secuelas fisiológicas y estéticas (SSTS de 20 de julio, 10 de octubre y 23 de noviembre de 2011, 30 de marzo, 30 de abril y 13 de septiembre de 2012, 18 de febrero de 2015 y 10 de marzo de 2016. **(STS de 5 de diciembre de 2016;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Una madre, en nombre propio y como representante legal de su hijo menor, ejercita acción de responsabilidad contra los padres y abuelo de otro menor de 10 años, y una aseguradora, en reclamación de una indemnización por los daños ocasionados por escopeta de perdigones mientras el segundo menor apuntó al primero en la vivienda del referido abuelo. Los demandados opusieron la falta de representación del procurador, la prescripción de la acción por haberse interpuesto la demanda prácticamente transcurridos dos años desde el siniestro, negaron que la causa de las lesiones fuera el disparo del menor sino un rebote en la diana, y alegaron la incorrecta indemnización reclamada. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en lo concerniente a la indemnización

solicitada en nombre del menor, y condena a los demandados solidariamente a su pago. Se desestimó la prescripción por razón de las diligencias seguidas por la Fiscalía de Menores, archivadas a la postre por ser menor de 14 años. De acuerdo con el artículo 1903 CC se consideraron responsables a los padres demandados por no guardar el arma de su propiedad en un lugar seguro. Interpuestos recursos de apelación, la Audiencia Provincial absuelve al abuelo del menor que efectuó el disparo, mantiene la condena de los progenitores, y reduce la cuantía de la condena solidaria de la aseguradora. Los padres del menor autor del disparo, interponen recurso de casación por infracción de los artículos 1.968.2, 1.969, 1.902 y 1.903 CC, y alegan interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Argumentan que las diligencias practicadas por la Fiscalía de Menores no tenían efectos prejudiciales y, por tanto, no interrumpieron la prescripción de la acción civil porque al menor, por razón de su edad inferior a 14 años, no le resulta aplicable la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Asimismo la recurrente alegó la infracción de los artículos 156 y 162 CC, y la existencia de interés casacional por no constar el consentimiento expreso ni tácito del otro cónyuge a la representación del menor por la madre. Por otro lado, la recurrente esgrimió la vulneración de los artículos 1902 y 1903 CC, así como interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo. Argumenta la ruptura del nexo de causalidad por la conducta de los padres del menor lesionado, quienes, según sostiene la recurrente, conocían que iba a realizar prácticas de tiro, así como una conducta negligente del menor. Por último, se pretende que se valoren y puntúen por separado las secuelas fisiológicas y estéticas. Se alega una incorrecta interpretación de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, e interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo. Aunque lleva razón la recurrente, y en casación sea revisable la aplicación de la regla determinante de la indemnización, el criterio de la recurrente conllevaría una *reformatio in peius* al arrojar unas cantidades algo superiores a las que fue condenada en la instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (F. S. N.)

2. La interrupción de la prescripción en las obligaciones nacidas de solidaridad impropia.—La sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003, reiterando doctrina jurisprudencial de las anteriores de 21 de octubre de 2002 y 23 de junio de 2002, reconoció junto a la denominada *solidaridad propia* (regulada en los arts. 1137 ss CC), que viene impuesta, con carácter predeterminado, *ex voluntate o ex lege*, otra modalidad de la solidaridad, llamada *impropia* u *obligaciones in solidum* que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, sin que a esta última especie de solidaridad le sean aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974, párr. 1.º, CC; precepto que únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencio-

nal, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente; sin perjuicio de aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

A partir de estas resoluciones, la Sala 1.^a ha aplicado el acuerdo de una manera uniforme, de la que son testimonios las sentencias de 6 de junio 2006, 28 de mayo y 19 de octubre de 2007, y 19 de noviembre 2010 que expresan la doctrina consolidada de esta Sala de acuerdo con que *si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y solo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes.*

Los plazos de prescripción no pueden derogarse por vía de interpretación, son inderogables y no susceptibles de una interpretación extensiva.—Ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS de 22 de febrero de 1991 y 16 de marzo de 2010). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS de 27 de septiembre de 2005, 16 de marzo de 2010 y 29 de febrero de 2012, entre otras muchas). **(STS de 25 de noviembre de 2016;** ha lugar.) [Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Regina demandó a la Comunidad de propietarios, a su aseguradora y a la persona que empleaba al conserje que realizó labores de pintura, por las lesiones sufridas al caerse cuando salía de su domicilio y se dirigía a los aparcamientos de la Comunidad con intención de coger su vehículo. La caída se produjo en una zona propiedad de la Comunidad de propietarios por estar recién pintado el suelo, sin señal o cartel de aviso de la pintura. Quedó probado que las reclamaciones extrajudiciales se hicieron exclusivamente a la Comunidad de propietarios y a su aseguradora y que, hasta la demanda, no se ejerció acción contra la última persona demandada.

El Juzgado condenó solidariamente a los tres demandados a pagar a la actora la cantidad de 87.807,13 euros. La audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal Supremo admite el recurso de casación planteado por el tercer demandado al que absolvió por prescripción de la acción.

NOTA.—La sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003 tuvo un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Un sector de la doctrina ha considerado equivocado el criterio mantenido por el TS en esta sentencia, véase ALBALADEJO, M., *La prescripción extintiva* (Madrid 2004) pp. 266 a 285 y BERCOVITZ, R., en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por el mismo autor (Cizur Menor-Navarra 2009) p. 2157. (*I. D.-L.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho de la persona. Orden de los apellidos de un menor existiendo desacuerdo de los progenitores, cuando la paternidad se establece mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad no matrimonial. El interés superior del menor como criterio determinante de la decisión.—El superior interés del menor exige que la ponderación sobre cuál de los apellidos, si el paterno o el materno, ha de figurar primero, visto que inicialmente había sido inscrito con el materno dado que era la única filiación reconocida en esos momentos, acredite si concurre o no alguna circunstancia que, siempre bajo ese superior interés, aconseje el cambio de apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento. La interrogante que ha de responderse en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor. (STS de 10 de noviembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Don M. ejerció acción de reclamación de paternidad no matrimonial contra E, respecto de los menores F y J (este último fallecido días después de nacer). La demandada se allanó a la petición principal pero reconvino solicitando que se mantuvieran los apellidos tal y como se inscribieron originariamente, esto es, figurando el apellido materno como primero de los dos que debían portar. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y desestimó la reconvencción; declaró que el actor era el padre biológico de los menores y dispuso la rectificación registral de los apellidos, debiendo ser inscritos como primer apellido el paterno y como segundo el materno. La Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso de apelación de la demandada, al entender aplicable la doctrina jurisprudencial que entendía que la conservación como primero del apellido materno exigía una duración más o menos prolongada de su uso, siendo así que el menor afectado tenía solamente cuatro meses y medio por lo que no podía afirmarse el uso social, escolar y familiar del apellido materno. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

4. Recurso de casación sobre derechos fundamentales.—Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, el Tribunal Supremo no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que tiene que realizar una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados. No obstante, lo anterior no significa: 1) que el Alto Tribunal no pueda aceptar la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida; 2) que esté obligado a realizar una nueva valoración de la prueba en su conjunto para proponer una nueva calificación sobre la base de dicha revisión. Entender lo contrario desvirtuaría la naturaleza del recurso de casación. (STS de 10 de octubre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—D interpone demanda contra F, persona conocida y pública por ser escritora de renombre y por su participación en diversos espacios culturales, solicitando que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho al honor por el contenido de las publicaciones realizadas en varias páginas web. En dichas publicaciones se informaba sobre los antecedentes penales de la demandante. Alega D que, tras una fuerte discusión con la demandada que acabó con agresiones posteriormente denunciadas, D se vio obligada a abandonar el piso propiedad de F, sin poder retirar sus enseres personales, entre los que se encontraba una sentencia de la que se derivaba la información señalada. Posteriormente, F habría publicado la información en varios blogs y páginas web.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al no quedar acreditado que el contenido de una de las páginas web fuera un blog escrito por la demandada. Además, señaló el Juez que la información objeto de controversia adquirió interés general desde el momento en que la propia demandante apareció en varios medios de comunicación, refiriéndose a la agresión sufrida en el domicilio de la demandada, situándose ella misma en el foco del interés general. En el juicio de ponderación de los derechos en conflicto, el derecho al honor de la actora no debe prevalecer, pues la información relativa a su condena fue veraz y en las publicaciones no se emplearon expresiones injuriosas o vejatorias.

D interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial con los siguientes argumentos: a) fue la demandante la que acudió a los medios de comunicación para contar el altercado en el piso de la demandada; b) no consta que la demandada acudiera a los medios ni que publicara los artículos a que hace referencia la actora; c) el hecho de que se haya revelado que la demandante tenía antecedentes penales, aunque estén cancelados, no supone una intromisión ilegítima en su honor, puesto que fue ella misma la que reveló el suceso a los medios de comunicación dándole la trascendencia pública que después alcanzó.

La actora interpuso recurso de casación, persistiendo en sus alegaciones. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, señalando que, tras el examen de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, que se acepta en la medida en que son fruto de un juicio de valoración lógico, racional y adecuado. Concluye que no se ha acreditado que la demandada fuera la autora de las publicaciones que la demandante considera lesivas para su derecho al honor, lo que conduce a negar cualquier intromisión en su derecho.

NOTA.—Sobre la valoración de la prueba en recursos de casación que tienen que ver con la infracción de derechos fundamentales, *vid.* las SSTs de 7 de diciembre 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, 25 de febrero de 2008, 2 de junio de 2009, 15 de noviembre de 2010, 22 de noviembre de 2011 y 17 de marzo de 2016. (S. L. M.)

5. Protección del derecho a la propia imagen respecto de imágenes de mujeres en topless.—Con carácter general, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo como constitutivo de intromisión ilegítima el uso no consentido de la imagen de una persona carente de notoriedad o proyección pública para fines propios de una actividad empresarial, sea o no de comunicación. En relación con la imagen de una mujer en topless, la doctrina jurisprudencial ha distinguido según se trate de personas con notoriedad o proyección pública o no, y en función del lugar en que se encontraran. Se ha considerado legítima la publicación, con base en el artículo 8.2.a) de la LO 1/1982, si el lugar era una playa pública y normalmente concurrida, salvo en el caso de una menor por aplicación prevalente en tal caso de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. En cambio, se ha tratado como ilegítima si se trata de un recinto privado, de una playa o una cala recónditas o de un espacio buscado a propósito para sustraerse a la mirada ajena. En cualquier caso, lo que la jurisprudencia viene manteniendo constante y reiteradamente es que hay intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen cuando se publica o difunde la imagen en topless de quien no haya prestado su consentimiento y carece de notoriedad o proyección pública. (**STS de 21 de diciembre de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—F fue grabada en vídeo mientras tomaba el sol en la playa en topless, sin que tuviera conocimiento de ello y sin que hubiera dado su consentimiento a la captación de su imagen. La imagen de vídeo, que permitía su identificación, fue utilizada después, también sin su consentimiento, para hacer un vídeo-montaje que fue emitido en la cadena de televisión LS, como uno de los contenidos humorísticos del programa EI. El vídeo fue también incluido en la página web del programa. Fue retirado a consecuencia del requerimiento realizado por la actora, si bien una imagen seguía estando accesible al público. En el momento de emitirse el vídeo, consta que en alguna ocasión la demandante publicó en su perfil de Facebook imágenes tomando el sol en la playa sin la parte superior del bikini, pero de espaldas y sin que pudiera verse su cara.

F interpuso una demanda contra la cadena en ejercicio de la acción de protección de su derecho a la propia imagen, solicitando que se declarase la existencia de intromisión ilegítima y se condenara a la demandada a satisfacer una indemnización por daño moral, conforme al artículo 9.3 LO 1/1982. La demandada alegó: a) que el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, sino un derecho cuyo contenido viene delimitado por los usos sociales, los cuales contemplan como algo normal y aceptado la práctica del topless; b) que este derecho también viene delimitado por los propios actos y comportamientos previos del titular, y en este caso consta que la demandante era habitual practicante del topless en la playa, además de mostrarse en esta pose ante las personas que pudieran verla en ese momento; c) la demandante tiene cierta notoriedad por haber actuado en algún espectáculo, gozando de proyección local y regional; d) la indemnización es improcedente por no haberse producido ningún daño moral. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la existencia de intromisión ilegítima pero desestimando la pretensión de indemnización. En el juicio de ponderación entre la libertad de expresión,

información y creación artística y el derecho a la propia imagen, razonó lo siguiente: a) que ese uso no se encuentra amparado por la libertad de expresión e información, dado que el reportaje no tenía valor informativo y que se podía haber conseguido la misma finalidad (montaje humorístico) sin el uso de la imagen de una persona que no había prestado su consentimiento; b) que no cabía excusarse en que la demandante era bailarina y pudiera ser conocida en su entorno, ni el hecho de que ocasionalmente subiera fotos en las redes sociales, pues esto es una práctica habitual en la sociedad actual que no equivale a que se consienta el uso de su imagen por parte de terceros; c) no procedía conceder ninguna indemnización porque su concreción había tenido lugar de forma extemporánea en el acto de la vista, incumpliendo el artículo 219 LEC y el principio de orden público procesal.

La actora interpuso recurso de apelación, en el que la Audiencia Provincial concedió a F una indemnización en concepto de daño moral. Señaló lo siguiente: 1) no es obstáculo para la concesión de la indemnización que en la fase de conclusiones, tras la práctica de la prueba, se especificase la cuantía de la indemnización que se reclamaba por la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales, pues, como la excepción procesal de defecto formal fue desestimada en la audiencia previa, se produciría indefensión al demandante si no se le permitiese fijar la cuantía en el momento en el que se determinó por el juzgado; 2) que la cuantía reclamada como indemnización era una suma razonable y ponderada en relación al daño moral sufrido.

La demandada interpuso recurso de casación, cuestionando el juicio de ponderación de la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo desestima el recurso, indicando, en primer lugar, que la demandante carecía de notoriedad o proyección pública, pues el hecho de que tuviera un perfil en Facebook o que fuera bailarina más o menos conocida en su zona de residencia no la convertía en personaje público. En segundo lugar, el artículo 2.1 LO 1/1982 tampoco podía legitimar la intromisión en el derecho a la propia imagen por las siguientes razones: 1) las fotos subidas por la demandante a su perfil de Facebook la muestran de espaldas y no se le ve la cara; 2) porque incluso aunque las fotos subidas por la actora fueran de ella haciendo topless, esto no equivaldría a un consentimiento, que tiene que ser expreso y, además, es revocable en cualquier momento; 3) la alegación de que los usos sociales toleran la práctica del topless en las playas confunde que sea legítimo practicarlo con que los usos sociales legitimen la publicación o difusión no consentidas de imágenes de las personas que practican el topless. En tercer lugar, la imagen de la demandante no se captó con ocasión de un suceso o acontecimiento público, por lo que su carácter accesorio o no accesorio resulta irrelevante a los efectos del artículo 8.1 LO 1/1982. En cualquier caso, no tuvo un carácter accesorio en el vídeo cuestionado, sino que resulta un elemento esencial para conseguir el efecto cómico. En cuarto lugar, cabe la posibilidad de imágenes inocuas o no ilegítimas de personas sin proyección pública en topless, como podrían ser las de un informativo o un reportaje sobre la temporada playera con planos generales que no permitan identificar a las per-

sonas, pero ninguno de estos casos concurre aquí. Finalmente, respecto a la indemnización por daño moral, destaca: a) la cuestión sobre la indeterminación de la cuantía de la indemnización en la demanda es estrictamente procesal, por lo que tendría que haberse planteado mediante un recurso extraordinario por infracción procesal; b) la impugnación de su cuantía habría exigido un motivo aparte, fundado en la infracción de la correspondiente norma de la LO 1/1982; c) la revisión en casación de la cuantía fijada en la instancia se limita a los casos de desatención a los criterios del artículo 9.3 LO 1/1982 (error notorio, arbitrariedad o desproporción manifiesta), ninguno de los cuales cabe predicar de la cuantía fijada por el tribunal sentenciador, habida cuenta de la elevada audiencia y el horario estelar del programa en el que se emitió el vídeo.

NOTA.—Sobre intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen al estar ante personas carentes de notoriedad o proyección pública, *vid.* las SSTs de 9 de mayo de 2003, 17 de junio de 2004 o 2 de julio de 2004. Respecto a intromisiones ilegítimas por captarse la imagen en recintos privados o recónditos, *vid.* las SSTs de 18 de noviembre de 2008, 12 de junio de 2009 o 15 de febrero de 2011. Y en cuanto a la publicación de fotografías de mujeres en topless como intromisiones ilegítimas por no contar con el consentimiento de la persona y carecer de notoriedad pública, *vid.* las SSTs de 6 de mayo de 2002, 18 de mayo de 2007 y de 6 de junio de 2011. (*S. L. M.*)

6. Conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor y la propia imagen.—Como regla general, la libertad de información debe prevalecer, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que sean de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, por contribuir a la formación de la opinión pública. No obstante, todo medio de comunicación, antes de publicar una noticia que pueda afectar al honor de alguna persona, debe emplear un específico y razonable deber de diligencia en la comprobación de su veracidad.

En relación al requisito de la veracidad de la información, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han declarado que no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en la información. Se trata, más bien, de negar la protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente o irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente. En consecuencia, por veracidad hay que entender el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada. Sobre el error admisible en estos casos, hay que entender que la veracidad que exige el artículo 20.1.d) CE no queda excluida por la utilización de expresiones aisladas desafortunadas, los

errores circunstanciales o las inexactitudes que no afectan a la esencia de lo informado.

Respecto a la diligencia exigible a un profesional de la información, no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso. A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios a tener en cuenta para el cumplimiento de este requisito. Entre los elementos a tener en cuenta: 1) que la noticia que se divulga pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere; 2) la trascendencia de la información, que puede exigir un mayor cuidado en su contraste; 3) la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado será también una cuestión que deberá tenerse en consideración, pues los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad; 4) el objeto de la información, pues no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia que la transmisión neutra de manifestaciones de otro. Por otro lado, la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero. Se ha llegado a apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el honor en casos de informaciones no debidamente contrastadas que comportaban una falsa imputación penal y, en particular, en casos de publicación de fotografías erróneas ilustrando una noticia. O la vulneración del derecho al honor al asociarse erróneamente el rostro de una persona con una información sobre hechos infamantes.

En cuanto a la rectificación del medio, ésta no elimina la intromisión ilegítima en el honor del demandante causada por una inicial información errónea. El hecho de que el periódico publique la rectificación solicitada por el demandante no elimina la intromisión ilegítima porque el ejercicio de este derecho de rectificación no suplanta la acción de protección del derecho al honor, aunque pueda influir en la cuantía de la indemnización, y ambas acciones son, por tanto, compatibles.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la publicación en el medio de comunicación de la sentencia de condena por intromisión ilegítima, recogida en el artículo 9.2 LO 1/1982, el órgano jurisdiccional deberá atender a las circunstancias concretas de cada caso y tendrá que valorar si la difusión de la sentencia es ajustada a la proporcionalidad del daño causado. Entiende el Tribunal Supremo que, por lo general, bastará con la publicación del encabezamiento y del fallo, especialmente si se trata de publicaciones impresas, pues la publicación íntegra de la sentencia puede ser innecesaria y excesiva si supera aquella finalidad reparadora del derecho lesionado, sobre todo si ya han sido satisfechos los daños morales. (STS de 10 de octubre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—En marzo de 2008, el diario EP publicó una gran fotografía a dos columnas, ocupando el 50% del total de una página, que ilustraba una noticia sobre un fiscal portugués acusado de homicidio, en cuyo pie aparecía el nombre de la persona fotografiada y el cargo. Realmente, la fotografía publicada no fue la del señor imputado, sino que erróneamente se publicó la fotografía del demandante R, que nada tenía que ver con la noticia. R ejerció el derecho de rectificación mediante escrito de marzo de 2008, dirigido al director de EP y remitido por correo ordinario. Al día siguiente, EP publicó en la sección de cartas al director una fe de errores corrigiendo el error.

Considerando que el escrito publicado por el diario en la sección de cartas al director no constituía una rectificación de la noticia publicada, R interpuso demanda sobre derecho de rectificación. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, ordenando la publicación de la rectificación solicitada por el actor, en la forma y plazos previstos en el artículo 3 LO 2/1984, es decir, con un titular a tres columnas, que encabece una de las páginas del cuadernillo de Madrid, junto a la que aparezca la misma fotografía del actor y al mismo tamaño que la que figuraba junto a la noticia de marzo de 2008, aclarando, tanto en el titular como en el texto, que la fotografía se corresponde a R, que en modo alguno se haya imputado en causa alguna. Afirma lo siguiente: 1) que la publicación conjunta del texto y la imagen de R provocó en el receptor de la información la convicción de que el demandante era el protagonista de la noticia; 2) la publicación de la fotografía afectó también a su derecho a la propia imagen; 3) el requisito de la veracidad no se cumplía respecto de la fotografía; 4) el medio de comunicación actuó con falta de diligencia al no comprobar la correspondencia de los hechos informados con la imagen que se estaba publicando; 5) para el restablecimiento del demandante del pleno disfrute de su derecho al honor y propia imagen habría de publicarse la sentencia con idéntica difusión a la que tuvo la intromisión sufrida; 6) se reduce la indemnización, en base al perjuicio acreditado.

EP recurrió la sentencia en apelación, donde la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia en su totalidad. La demandada interpuso recurso de casación. En primer lugar, alega la infracción del artículo 7 LO 1/1982, en relación con su artículo 2.1. Se señala que la sentencia de la Audiencia Provincial transgrede el derecho a difundir y recibir información veraz en beneficio de una protección desproporcionada de los derechos al honor y propia imagen del demandante. Insiste en la concurrencia del requisito de la veracidad, dado que la información publicada no era falsa, sino tan solo la fotografía que aparecía. Y añade que el error fue clarificado y atenuado por sus sucesivas rectificaciones. En segundo lugar, alega EP la infracción del artículo 9.2 LO 1/1982, por falta de proporción y pertinencia en la medida de difusión impuesta en la sentencia y por la que se le condena a publicar el texto íntegro de la misma. Aduce que el hipotético resarcimiento del actor no pasa porque los lectores del diario, ya informados repetidamente del error padecido, accedan a toda la problemática fáctica y jurídica debatida en el pleito, de escasa relevancia desde el

punto de vista informativo, y que dicha medida es injustificada-mente gravosa para el medio.

El primer motivo alegado por EP es desestimado en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar, la información gráfica enjuiciada transmitía al lector la convicción de que había sido R el protagonista de la información. En el caso, los demandados no realizaron ninguna actuación de comprobación de la veracidad de la información gráfica divulgada y publicaron la fotografía sin el conocimiento y consentimiento del demandante. En segundo lugar, apunta el Alto Tribunal que la publicación de la fotografía, sobre la identidad de uno de los acusados, no entra en el campo de los errores circunstanciales que pueden no afectar a la esencia de lo informado. Nuestra sociedad se desarrolla en un entorno eminentemente visual que dota a la fotografía de un esencial valor informativo. La fotografía del demandante, a gran tamaño y en color, ilustraba la noticia, de tal forma que el error en la identificación visual del presunto protagonista del hecho noticiable no fue circunstancial o accesorio, sino nuclear de la información. Finalmente, tampoco la posterior rectificación del medio eliminó la intromisión ilegítima en el honor del demandante, aunque la atenúa. De ahí que la rectificación de la información errónea por el medio informativo pueda incidir en la cuantía de la indemnización, cuyo importe no fue objeto de impugnación en casación.

La segunda cuestión a la que se enfrenta el Tribunal Supremo es la relativa a la publicación de la sentencia. Afirma que la concesión de la indemnización por daños morales aconseja, en orden a la reparación del lesionado y siguiendo un criterio de proporcionalidad, que esta publicación se limite al encabezamiento y fallo de la sentencia y no al texto íntegro. De ahí que el Alto Tribunal acabara estimando solo en parte el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la prevalencia de la libertad de información, *vid.* STS de 8 de mayo de 2015. En relación al requisito de veracidad, *vid.* SSTs de 2 de diciembre de 2013, 15 de enero de 2014, 24 de febrero de 2014 o 30 de julio de 2014. Y SSTC 6/1988, 105/990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 197/1991, 40/1992, 85/1992, 240/1992 o 1/2005. Respecto al nivel de diligencia exigible a los profesionales de la información, *vid.* SSTs de 13 de marzo de 2012 o 30 de julio de 2014. Y SSTC 171/1990, 219/1992, 240/1992, 178/1993, 173/1995, 28/1996, 192/1999, 136/2004 o 1/2005. En cuanto al error admisible en estos casos, *vid.* STS de 5 de mayo de 2015. Con relación al derecho de rectificación y su incidencia en la intromisión ilegítima, *vid.* SSTs de 5 de julio de 2004 o 23 de enero de 2014, y las SSTC 40/1992 y 52/1996. Otros casos de informaciones no debidamente contrastadas que comportaban una falsa imputación penal son los resueltos por SSTs de 11 de diciembre de 2003, 15 de septiembre de 2008, 21 de febrero de 2011, 3 de julio de 2012, 15 de enero de 2014 o 30 de septiembre de 2014. Sobre la publicación de la sentencia existe una amplia jurisprudencia que tiene que ver con: a) la idoneidad de la publicación de la sentencia como medida reparadora (SSTs de 21 de enero de 2013, 10 de julio de 2014 o 31 de octubre de 2014); b) la legitimación activa de la víctima para solicitarla (STS de 16 de febrero

de 1999); c) la necesidad de atender a las circunstancias concretas del caso (STS de 29 de abril de 2009); d) la valoración de si la difusión es ajustada a la proporcionalidad del daño causado (SSTS de 30 de noviembre de 1999 o 16 de octubre de 2009); e) la suficiencia, como regla general, de la publicación del encabezamiento y fallo de la sentencia (SSTS de 25 de febrero de 2009 o 9 de julio de 2009); f) lo innecesario y excesivo que puede resultar la publicación íntegra cuando se supera la finalidad reparadora del derecho lesionado (SSTS de 30 de noviembre de 1999 o 16 de octubre de 2009), sobre todo cuando ya se han satisfecho los daños morales (STS de 22 de mayo de 2015). (S. L. M.)

7. Ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información.—La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la *veracidad*, como resultado de una razonable diligencia por parte del informador para *contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales* ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009). Faltaría esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones.

La veracidad (art. 20.1 d) CE) no queda excluida por la utilización de expresiones aisladas desafortunadas, los errores circunstanciales o las inexactitudes que no afectan a la esencia de lo informado. No es exigible una veracidad entendida como una exactitud absoluta y plena, ha de atenderse a la esencia de los hechos, y dentro del ámbito de protección que otorga el derecho fundamental a la información caben errores o desviaciones que no alteren la verdad esencial de las afirmaciones.

Doctrina del reportaje neutral.—La veracidad de la información se matiza en los supuestos del *reportaje neutral*. La Sala 1.^a asume los postulados de la STC 139/2007 (F. J. 11.º y la jurisprudencia constitucional en ella citada) para declarar que la existencia de reportaje neutral depende de que concurren los siguientes requisitos: (i) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas. Se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones; y (ii) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. Si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral.

En el cumplimiento de ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido. Cuando se dan ambos requisitos el medio de comunicación ha de quedar exonerado de responsabilidad.

Además, el reportaje neutral o información neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Resultaría absurdo que, con el pretexto de tratarse de un reportaje

neutral, se pudiera difundir –reproduciéndola– una información sobre la que existe constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental.

La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la Constitución no reconoce un hipotético derecho al insulto (STC 112/2000, de 5 de mayo). (STS de 10 de octubre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.–El 5 de marzo de 2009 en la edición escrita del diario Información de Alicante y en su versión digital que gira bajo el dominio «información.es», se publicó una noticia firmada por D. Mario en la que se hacía referencia a que mandos de la policía local de Torreveja remitieron un escrito al periódico mostrando su malestar por lo que consideraban un trato de favor del departamento de personal, dirigido por la Secretaria Municipal Dña. Estrella, y secundado por el concejal de recursos humanos, hacia ciertos funcionarios y, en particular, hacia un funcionario de policía local que se decía haber sido perdonado tras ser expedientado por estar de baja no justificada cinco años, a pesar de existir una propuesta de suspensión de empleo de tres años.

Dña. Estrella interpuso demanda frente al diario de información y frente a D. Mario, como periodista, solicitando la protección de su derecho al honor frente a lo que consideraba una intromisión ilegítima en él. Lo hizo al amparo del artículo 18.1 CE y de los artículos 1.º, 2.º y 7.º de la LO 1/1982. En su demanda, alegaba que el supuesto escrito que se mencionaba en el artículo no existía y que la noticia era falsa e infundada, sin contrastar, emitida con la finalidad de cuestionar la honorabilidad, honradez y profesionalidad de la demandante. Además, sostenía Dña. Estrella que en el artículo se informaba de que, según el escrito remitido al diario, los sindicatos policiales habrían presentado escritos registrados en el Ayuntamiento denunciando tales tratos de favor y que, en algunas reuniones de la junta de personal, la demandante llegó a amenazar a determinados representantes de los sindicatos con denunciarlos, lo que tampoco habría sido cierto.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que se daban todos los requisitos del reportaje neutral. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial confirmó íntegramente el fallo del Juzgado. A juicio de la Audiencia, (i) el artículo periodístico se ajustaba a los requisitos constitucionalmente exigibles para la apreciación de la doctrina del reportaje neutral; y (ii) respecto a los particulares no cubiertos por el reportaje neutral, la información fue objetivamente veraz en cuanto que constaba suficientemente demostrada la realidad de la crispada situación existente, partiendo de la realidad de la causa penal seguida ante los tribunales, y los escritos registrados ante el Ayuntamiento por los sindicatos policiales.

Dña. Estrella interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

8. Incumplimiento del deber de información precontractual y error vicio en el consentimiento a inversores no profesionales.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo confirma su, ya inveterada doctrina, de que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato. Por el contrario, no vicia el consentimiento el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Con todo, la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite *presumir* en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por tanto, no es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo (STS núm. 560/2015, de 28 de octubre y, sobre todo, STS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014). (STS de 24 de octubre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En septiembre de 2004, el departamento de banca privada de Bankinter ofreció a D. Pascual y D. Modesto la posibilidad de adquirir diversos productos financieros. La hija de D. Pascual, Dña. Berta, mantuvo conversaciones con el empleado que ofreció los productos financieros. El 1 de octubre, se formalizó la compra para cada uno de 60.000 euros en participaciones preferentes de General Motors y 60.000 euros en participaciones preferentes de British Airways. El empleado de Bankinter que intervino en la operación reconoció que no facilitó la totalidad de la información sobre este producto, las preferentes, en atención al conocimiento que del producto tenía Dña. Berta. En cualquier caso, el producto se ofreció y contrató bajo la suposición de que el capital nominal estaba garantizado al 100% por cada emisor, y sin informar que la quiebra del emisor podía dar lugar a la pérdida de todo o parte de la inversión. General Motors devino en situación de insolvencia y el 1 de junio de 2009 se acogió al capítulo 11 de la Ley de Quiebras de Estados Unidos. D. Pascual y D. Modesto presentaron una reclamación ante la CNMV. El 13 de agosto de 2012, la CNMV emitió un informe en que se afirmaba que los productos que se les ofreció y finalmente adquirieron (participaciones preferentes de General Motors y British Airways) eran productos de riesgo; y que Bankinter no había acreditado ni justificado que dispusiera de información relativa a la situación financiera y a los objetivos de inversión de sus clientes, ni del nivel de riesgo que estaban dispuestos a asumir. También consideraba insuficiente la información escrita suministrada por Bankinter a sus clientes, Pascual y Modesto, mediante los faxes enviados, en los que además se hacía hincapié en que *«el capital está garantizado 100% por cada emisor»*. Esta afirmación es calificada por la CNMV de *«confusa»*, pues *«podría inducir a que los clientes pensasen que se trataba de inversiones sin riesgo de pérdida de capital, lo cual no se correspondía con la realidad»*.

D. Pascual y D. Modesto presentaron demanda contra Bankinter en la que solicitaban, en primer lugar, la nulidad de la compra de las participaciones preferentes formalizada entre Bankinter y los demandantes, por vicio en el consentimiento, con la consiguiente obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas. Subsidiariamente, los demandantes interesaban la resolución del contrato de compraventa de las participaciones preferentes, por incumplimiento de las obligaciones contractuales de la parte demandada, Bankinter, a quien se debía condenar a indemnizar los daños y perjuicios sufridos que ascendían a las siguientes sumas: 130.292,02 euros, respecto de don Pascual, y 128.979,89 euros respecto de Modesto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad por error vicio en el consentimiento de la orden de compra de las participaciones preferentes de General Motors y British Airways, y condenó a Bankinter a devolver a cada uno de los demandantes los 120.000 euros entregados en su día, más los intereses, con restitución a la demandada de los intereses percibidos por los demandantes, más el interés legal desde cada una de las fechas de ingreso.

Bankinter interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso por entender que la demandada carecía de legitimación pasiva respecto de las dos acciones ejercitadas. Estas acciones pretendían la nulidad del contrato de adquisición de las participaciones preferentes de General Motors y British Airways, y subsidiariamente, su resolución por incumplimiento contractual de Bankinter. La Audiencia razona que Bankinter no sería propiamente parte en la adquisición de las participaciones preferentes, sino que su intervención habría sido la de asesoramiento inversor. Consiguientemente, desestima la demanda y absuelve a Bankinter de las pretensiones de la demanda.

Frente a la sentencia de apelación, D. Pascual y D. Modesto formulan recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos y recurso de casación.

NOTA.—En este supuesto, merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que la entidad comercializadora de las participaciones preferentes informase a los suscriptores que *el capital estaba garantizado al 100%*. Una información así suministrada, más allá de fundamentar la creencia de los demandantes de que efectivamente contrataban un producto sin riesgo, permitiría también integrar el contenido contractual con las declaraciones positivas que la entidad formuló y que detonaron la confianza de los demandantes (art. 1258 CC). De este modo, se habría incorporado al contenido del contrato de compraventa de participaciones preferentes la garantía de que el capital estaba «al 100% garantizado». Con ello, el incumplimiento las declaraciones del banco se habría traducido entonces en un incumplimiento contractual, toda vez que el deber de prestación de la entidad deudora se ensanchó cuando ofreció una información en tales términos. Y este incumplimiento habría convertido en admisible una indemnización de daños por incumplimiento contractual que hubiese consistido en conceder a los inversores las ventajas que debiera haber procurado el cumplimiento del contrato, ya que el mismo les garantizaba que no iban a sufrir pérdidas. (A. I. R. A.)

9. Contratos. Error vicio: representación equivocada pero razonablemente cierta.—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.

Contratos. Error vicio: excusable.—El error ha de ser excusable, en este sentido, 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.

Acción de anulabilidad. Computo del plazo: requisito *actio nata*.—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, criterio recogido expresamente en los principios de derecho europeo de los contratos.

Contratos financieros complejos. Computo plazo anulabilidad: criterio interpretativo actual.—La interpretación hoy del artículo 1301 CC 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. En la fecha en que el artículo 1301 CC 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.

Contratos financieros complejos. Computo plazo anulabilidad: *dies a quo*.—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. Por ello, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será 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.

Contratos financieros complejos. Deber de informar: obligación fundamental.—La normativa del mercado de valores, incluso antes de la trasposición de la Directiva MiFID, (Markets in Financial Instruments Directive) por el RD 217/2008, de 15 de febrero, daba 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 esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata o las garantías existentes frente a su insolvencia, que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

Contratos financieros complejos. Deber de informar: información comprensible y adecuada.—El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las aportaciones financieras subordinadas, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos, muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

Contratos financieros complejos. Error por falta de conocimiento del producto contratado: alcance.—La jurisprudencia considera que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Contratos financieros complejos. Error por falta de conocimiento del producto contratado: presunción.—La falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo.

Contratos financieros complejos. Aportaciones financieras subordinadas: concepto.—La jurisprudencia considera que son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios. (STS de 1 de diciembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de don R. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao, demanda contra la entidad financiera B. SA, solicitando la nulidad de las órdenes de com-

pra de valores para la adquisición de aportaciones subordinadas de E. por error en el consentimiento a consecuencia del incumplimiento de los deberes de información que recaían sobre la entidad financiera. La representación procesal de la entidad demandada sostuvo su falta de legitimación pasiva, por ser mero comisionista, y la caducidad de la acción, pues habían transcurrido más de cuatro años desde la fecha de la adquisición de las aportaciones subordinadas. La sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de los órdenes de compra de valores y condenó a la demandada a la devolución de los capitales invertidos, actualizando su valor con aplicación del interés legal desde la fecha de su contratación, así como a la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados al demandante, rechazando las excepciones alegadas por entender que existía un vínculo jurídico contractual entre las partes, y la caducidad de la acción, pues el plazo de cuatro años debía computarse desde que se hubiera consumado el contrato, lo que equivalía al agotamiento de todas las obligaciones que se derivaban del contrato; en cuanto al fondo del asunto, consideró la sentencia de instancia que el actor no había sido informado sobre los concretos riesgos del producto que adquiriría, existiendo error en la adquisición de las aportaciones financieras. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del banco B. S.A., la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia admitió la excepción de caducidad de la acción y estimó el recurso de apelación absolviendo a la recurrente de todos los pedimentos del actor. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que las aportaciones financieras subordinadas son similares por su comportamiento, características y comercialización a las acciones preferentes, pero con la salvedad de que no son títulos de deuda de las entidades financieras, sino de las entidades emisoras que no pueden comercializarlas, por lo que lo realizan a través de la red de sucursales de las entidades financieras. Estas aportaciones financieras son títulos de deuda corporativa emitidas, en este caso, por cooperativas, pues éstas tienen prohibido emitir acciones, con la finalidad de ampliar su capital con el único propósito de conseguir financiación. Pero, no son participaciones sociales, pues son títulos de deuda perpetua y subordinada que llevan implícito un elevado riesgo, en caso de que la entidad emisora se declare en concurso, junto con su carácter subordinado que coloca al tenedor de las mismas en una situación de desventaja al ser el último en cobrar en caso de dificultades económicas. En el caso de la sentencia, al tratarse de una cooperativa de Euskadi, la emisión se había realizado al amparo de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi cuyo artículo 57.5, tras la reforma operada por la Ley 1/2000 establece que *«se consideran financiaciones subordinadas las recibidas por las cooperativas que, a efectos de prelación de créditos, se sitúen detrás de todos los acreedores comunes. Independientemente de su denominación o formalización jurídica, tendrá la consideración de capital social cualquier aportación financiera subordinada contratada por la cooperativa con socios o terceros cuyo vencimiento no tenga lugar hasta la aprobación de la liquidación de la misma»*. (N. D.-L.)

10. Deberes de información y error vicio en el consentimiento en los contratos de inversión.—Las previsiones normativas sobre la obligación de la entidad financiera de informar (incluso con anterioridad a la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFid) debidamente al cliente sobre los riesgos asociados al producto de inversión contratado, como parte del servicio de asesoramiento financiero prestado, se refieren a elementos *esenciales*. Ello porque se proyectan sobre las presuposiciones del cliente sobre la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre su responsabilidad y solvencia de aquellos con los que contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia). De este modo, se integran en la causa principal de la celebración del contrato y la ausencia de la información adecuada, aunque no determina por sí la existencia del error vicio, sí permite presumirlo (STS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, entre otras). Por lo que la previsión legal de estos deberes *puede incidir en la apreciación del error*, y más concretamente en su carácter excusable.

La contratación sucesiva del mismo producto no sufre las obligaciones de información de la entidad de servicios de inversión.—La sucesiva contratación del mismo producto de inversión, sin que en ninguna de ellas se cumpliera el estándar mínimo de asesoramiento e información legalmente exigible, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente que contrata.

Incumplimiento de los deberes de información y error vicio en la contratación de productos financieros. Excusabilidad del error.—El incumplimiento por la entidad del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes sea *excusable*. Quien ha sufrido el error merece 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 7 de octubre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Entre 2005 y 2009, Dña. Rafaela y D. Victorino realizaron sucesivas compras de obligaciones subordinadas con Bancaja. El 15 de marzo de 2012, la Dña. Rafaela aceptó y firmó una oferta de canje del total de las obligaciones subordinadas (nominal de 27.000 €) por acciones de Bankia, S. A. Con el documento de canje se firmó un anexo, en el que constaba que, conforme al test de conveniencia realizado al efecto, el producto financiero no resultaba adecuado para sus conocimientos y experiencia inversora. Dña. Rafaela y D. Victorino interpusieron demanda contra Bankia S. A., en la que solicitaban la nulidad de pleno derecho por falta de consentimiento de las órdenes de compra de las mencionadas obligaciones subordinadas, así como del contrato de canje y contratos vinculados con la citada compra; subsidiariamente, interesaron la nulidad por error en el consentimiento; y más subsidiariamente, la declaración de incumplimiento de las obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información con la consiguiente resolución contractual y restitución de las prestaciones.

El Juzgado de Primera Instancia juzgado estimó la demanda, al considerar resumidamente que los adquirentes no habían sido debidamente informados de las características y riesgos de los productos adquiridos, ni en su ofrecimiento había tenido en cuenta la entidad el perfil conservador y de escasa experiencia financiera de los inversores. Por lo que prestaron un consentimiento viciado por error. Como consecuencia de ello, declaró la nulidad de la operación de compra de obligaciones subordinadas de Bancaja y condenó a Bankia a restituir a los demandantes 27.000 euros, más intereses legales, con la deducción de las cantidades cobradas por los clientes.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por Bankia, revocó la resolución y desestimó la demanda interpuesta. En síntesis, consideró que los demandantes no pueden alegar desconocimiento cuando concertaron operaciones de adquisición hasta en siete ocasiones.

Frente a esta resolución, Dña. Rafaela y D. Victorino interpusieron recurso de casación. (A. I. R. A.)

11. Anulabilidad. Plazo: requisito *actio nata*.—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, criterio recogido expresamente en los principios de derecho europeo de los contratos.

Contratos financieros complejos. Plazo anulabilidad: criterio interpretativo actual.—La interpretación hoy del artículo 1301 CC 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. En la fecha en que el artículo 1301 CC 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.

Contratos financieros complejos. Plazo anulabilidad: *dies a quo*.—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. Por ello, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será 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 19 de diciembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de don E. y doña R. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao, demanda contra la entidad financiera B. SA, en la que solicitaba se dictara sentencia que declare la nulidad radical del contrato de bono estructurado Bacom emitido por L. B. T. Co. BV y garantizado por L. B. Holding Inc., cuyo subyacente estaba constituido por las acciones de B. SA y de F. T. SA que daba la posibilidad de obtener una rentabilidad muy elevada, pero con riesgo de pérdida total del capital invertido, con posterioridad, quebraron tanto el emisor como el garante del bono. La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda, considerando que la infracción de las normas de conducta impuestas por la normativa del mercado de valores, de haberse producido, no conllevaría la nulidad radical del contrato sin que existiera error sustancial y excusable que viciara el consentimiento. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don E. y doña R., la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia desestimó la apelación y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—La STS de 30 de octubre de 2015 estableció las siguientes reglas relativas a la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto. 3. La información, que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMV), es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. 5. En 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 cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa 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, permite 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 existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. (*N. D.-L.*)

12. Inicio del plazo del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad del contrato.—La Sala 1.^a reitera su doctrina sobre el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de anulabilidad en relaciones contractuales complejas, como las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato. El plazo no comienza a correr en tanto el cliente no haya podido tener conocimiento de la existencia del error o el dolo.

En el caso de participaciones preferentes, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no puede computarse desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las participaciones preferentes y se entregaron los títulos, sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las preferentes. Ello tuvo lugar cuando dicha entidad fue intervenida por el FROB, el 30 de septiembre de 2011.

Deber de información de la entidad que presta servicios de inversión y error vicio en el consentimiento.—El incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto (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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

Las empresas que operan en el mercado de productos y servicios de inversión están sometidas a elevados estándares en la información a suministrar a sus clientes potenciales o efectivos. Los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

Confirmación de los contratos viciados por error.—La confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con *conocimiento* del vicio que le afecta y habiendo *cesado* este (art. 1311 CC). En tal sentido, la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración (STS núm. 535/2015, de 15 de octubre). No puede entenderse que existe confirmación tácita de un contrato de adquisición de participaciones preferentes, antes de la demanda, si el acreedor no era todavía consciente de la dificultad de recuperar la inversión.

Alcance de los efectos restitutorios de la nulidad contractual.—Resulta innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, pues se trata

de una consecuencia directa e inmediata de la norma (SSTS núm. 102/2015, de 10 de marzo; y 716/2016, de 30 de noviembre).

No aplicación a la restitución de prestaciones derivada de la nulidad contractual de las reglas de la liquidación del estado posesorio.—La Sala 1.^a reitera su doctrina reciente. Considera que los artículos 1295.1 y 1303 CC se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC, ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate.

La restitución de los rendimientos percibidos por los clientes se refiere al importe bruto percibido.—La restitución de los rendimientos por parte de los clientes (*solvens* de la restitución) no se refiere al importe neto percibido (que no incluye la retención fiscal que le aplicó en su día la entidad en calidad de retentora), porque dichos rendimientos benefician o han beneficiado a los clientes en su totalidad (no solo en la parte neta). Y es que la retención es compensable al haber sido deducida por el pagador para ingresarla en la Administración Tributaria como anticipo de la cuota del IRPF. Como es sabido, la retención la realizan las entidades pagadoras como colaboradoras de la Administración Tributaria, pero el ingreso se hace por cuenta de la persona a quien se ha practicado la retención. (STS de 20 de diciembre de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El matrimonio compuesto por D. Raúl y Dña. Raimunda, quienes habían invertido a lo largo del año 2003 en productos financieros sin riesgo, recibieron la oferta de una entidad bancaria, Caixa Galicia, de adquisición de participaciones preferentes por importe de 753.000 euros. En 2004, el matrimonio también suscribió obligaciones subordinadas de Caixa Galicia, que vendieron posteriormente, y en 2005 compraron de nuevo participaciones preferentes serie A de la misma entidad. En septiembre de 2004, el matrimonio necesitó disponer de un capital y acudió a la entidad para rescatar esa parte de la inversión que tenían realizada en participaciones preferentes. Ante la imposibilidad de hacerlo, suscribieron una serie de préstamos y créditos, con un coste global de 71.977,55 euros. Durante la vigencia de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, los Sres. Raúl y Raimunda recibieron como rendimientos netos 157.366,58 €. El 10 de marzo de 2011, el Banco de España comunicó que la entidad emisora de las participaciones preferentes precisaba un capital adicional de 2.622 millones de euros, que debería tener antes del 30 de septiembre de 2011. Como no lo logró, tuvo que solicitar ayuda al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que amplió el capital social de NCG Banco, S. A., por un total de 2.465 millones de euros, mediante la emisión de 2.465 millones de acciones ordinarias de 1 euro de valor nominal, que fueron íntegramente suscritas y desembolsadas por el FROB, que pasó a ser titular del 93,16% del capital social, correspondiendo la titularidad del restante 6,84% a Nova Caixa Galicia.

El 28 de febrero de 2013, el matrimonio interpuso demanda frente a la entidad en la que solicitaron la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes por error vicio del

consentimiento, con restitución de las prestaciones; y, subsidiariamente, que se declarase la responsabilidad de la entidad financiera por las pérdidas sufridas y se la condenara a indemnizar los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la Nova Caixa Galicia a restituir a los demandantes 721.800 €, más el interés legal desde la fecha de la demanda y hasta la sentencia, incrementado en dos puntos desde la fecha de ésta.

Nova Caixa Galicia interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. A juicio de la Audiencia, la demandada no había acreditado haber indagado sobre la conveniencia del producto para el perfil inversor de los demandantes, ni haber informado sobre los riesgos propios de las participaciones preferentes, lo que provocó el error vicio en el consentimiento de los inversores. Como consecuencia de ello, declaró la nulidad del contrato, con los siguientes efectos: (i) la demandada debería abonar el capital invertido y no amortizado en las participaciones preferentes de 721.800 euros y 176.242,33 euros más por intereses devengados hasta el 29 de enero de 2013 al tipo del 3,5%; (ii) esta suma devengaría el interés legal desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución y desde entonces el interés del artículo 576 LEC; (iii) los demandantes deberían reintegrar a la entidad demandada, por intereses netos percibidos, 157.366,58 euros, más el interés legal desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución y desde entonces el interés del artículo 576 LEC; (iv) no haber lugar a computar a efectos del artículo 1303 CC el coste de préstamos y créditos concertados por el matrimonio con la entidad.

NOTA.—La Sentencia parece resolver, al menos de momento y por remisión a la STS núm. 716/2016, de 30 de noviembre, la (ya vieja) cuestión sobre si se pueden aplicar las normas que presiden la restitución de los frutos (arts. 451 a 455 CC) a la restitución de prestaciones derivada de la nulidad del contrato (art. 1303 CC). La reciente STS núm. 435/2017, de 11 de julio, confirma esta jurisprudencia que considera que las normas de los artículos 1295.1 y 1303 CC se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC (en línea con las SSTs de 9 de febrero de 1949, 8 de octubre de 1965 y 1 de febrero de 1974), ya que tales reglas se aplicarían cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen —continúa— por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate (SSTs núm. 439/2009, de 25 de junio y 766/2013, de 18 de diciembre). Asimismo, para reiterar dicha doctrina jurisprudencial, se añade que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido, como el que se anula por error, carecen de causa o fundamento jurídico (STS núm. 613/1984, de 31 de octubre); por lo que, cuando se han realizado prestaciones corresponsivas, el artículo 1303 CC —completado por el art. 1308— mantiene la reciprocidad de la restitución.

Ahora bien, esta no ha sido una cuestión pacífica, ni en la jurisprudencia ni entre nuestros autores (*vid.* LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, pp. 70-74). En efecto, puede mencionarse una línea jurisprudencial donde destaca la STS núm. 791/2000, de 26 de julio y (en menor medida) la STS núm. 289/2009, de 5 de mayo. Según la primera de las sentencias mencionadas, el artículo 1303 CC «*puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual, por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas de carácter complementario o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y ss.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (arts. 452 y ss.), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto*».

En nuestra doctrina, han sido Delgado Echeverría y Parra Lucán quienes se han mostrado más nítidamente a favor de completar el artículo 1303 CC con las normas que disciplinan la restitución de frutos (DELGADO ECHEVERRÍA, J./PARRA LUCÁN, M.^a A., *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 257-260). Carrasco, por el contrario, no ha discutido que el régimen posesorio sea de aplicación a las reglas de la invalidez, pero sí se ha cuestionado su aplicación congruente a los negocios sinalagmáticos (CARRASCO, Á., «Restitución de provechos (I)», *ADC*, 1987, p. 1118). (A. I. R. A.)

13. Facultad resolutoria y su ejercicio por el contratante incumplidor.—A la parte que previamente ha incumplido sus obligaciones en el contrato le está vedado el ejercicio de la facultad resolutoria (art. 1124 CC). Esta regla encuentra su fundamento tanto en la caracterización de la facultad resolutoria, como una facultad de configuración jurídica que la norma prevé como medio de defensa de la parte que cumple, como en el fundamento de la misma. Tal fundamento se deriva de la interdependencia de las obligaciones recíprocas y su especial articulación en la relación obligatoria sinalagmática; situando al cumplimiento de la obligación como el eje central de la dinámica resolutoria (SSTS núm. 121/2013, de 12 de marzo, y núm. 639/2012, de 7 de noviembre).

Interpretación contractual, significado gramatical de los términos, interpretación lógico-sistemática y voluntad real de las partes.—El contrato no es una mera suma de cláusulas. Por tanto, el análisis o la interpretación sistemática constituye un presupuesto lógico-jurídico de todo proceso interpretativo (también denominada canon hermenéutico de la totalidad, art. 1286 CC). Ello supone que el *carácter instrumental que presenta la interpretación literal del contrato* inferida del criterio gramatical (art. 1281 I CC) no pueda ser valorada como un fin en sí misma considerada, o como un dogma del proceso interpretativo, porque la atribución del sentido objeto de la interpretación sigue estando en la voluntad realmente querida por partes contratantes. De ahí la unidad lógica del artículo 1281, conforme a su segundo párrafo, que alude a la «*intención evidente*» de los contratantes (*vid.* STS núm. 243/2016,

de 13 de abril). (**STS de 10 de octubre de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—D. Romeo y Dña. Leocadia eran propietarios de dos fincas registrales en un polígono de Burgos. El 19 de diciembre de 1996, los referidos propietarios suscribieron con la entidad Gescobur, S. L., un contrato de permuta de suelo por obra construida en virtud del cual los propietarios de los terrenos objeto de transmisión, calificados como «fincas rústicas», recibían como contraprestación de cualquier aprovechamiento urbano o edificabilidad, el 23% de la superficie construida neta (es decir, la superficie construida una vez deducidas las cesiones de servicios generales y aprovechamientos a favor del Ayuntamiento). Elevado a escritura pública el contrato, el 30 de abril de 1997, se incluyó una condición suspensiva según la cual las transmisiones de las parcelas y la adquisición del 23% pactados no tendrán efectividad alguna si en el plazo máximo de ocho años a contar desde la fecha de esta escritura las fincas rústicas objeto de transmisión en la presente no llegaren a alcanzar la calificación de urbanizables ni pudieren ser objeto de actuación urbanística sobre las mismas que permitan la edificación de construcciones dedicadas a viviendas o cualquier tipo de departamentos individualizados.

Al objeto de adquirir suelo para construir un Hospital, con anterioridad a 1 de enero de 2002, el Insalud y el Ayuntamiento de Burgos acordaron su ubicación, entre otras, en los terrenos de las fincas rústicas litigiosas. A finales de 2002 el Ayuntamiento de Burgos convocó concurso para la adscripción en otro sector de los aprovechamientos urbanísticos de todas las fincas afectadas por el Plan Especial del Hospital de Burgos. Los aprovechamientos podían adscribirse a los sectores S-3, S-4 o Villimar. Dicho concurso fue resuelto a favor de la cesionaria, mediante Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos de fecha 29 de enero de 2003. El 17 de marzo de 2003 se suscribió entre el Ayuntamiento de Burgos y la cesionaria de las fincas (adjudicataria de los indicados aprovechamientos urbanísticos en virtud del concurso) un Convenio Urbanístico para adquirir suelo. Por tanto, en acta notarial de fecha 29 de abril de 2003 se dejó constancia del cumplimiento de la condición suspensiva.

Por otro lado, D. Romeo (cedente) había interpuesto petición solicitando que se declarase la nulidad del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 29 de enero de 2003 relativo a la adjudicación del concurso para adquirir suelo. Esta petición fue desestimada.

Sea de ello como fuere, mediante escritura pública de compraventa otorgada con fecha 14 de febrero de 2006, la cesionaria vendió las fincas rústicas a Fuente Odra, S. L. En dicha escritura se decía que las fincas eran suelo urbanizable del Sistema General Hospitalario; que la parte compradora conocía todas sus circunstancias; y que asumía expresamente cuantas obligaciones derivaran del título de los cesionarios-vendedores. Acto seguido, el 5 de octubre de 2006, Fuente Odra vendió dichas parcelas a la compañía Esbusa.

El 29 de mayo de 2008, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó la desestimación de la petición de D. Romeo. El Tribunal Superior de Justicia consideró que la condición suspensiva pactada era nula en atención a lo dispuesto en el artículo 1105 CC, pues su cumplimiento dependía de la exclusiva voluntad del deudor, quien no quiso concurrir al concurso que otorgaba un aprovechamiento urbanístico que permitía la edificación en las fincas. Esta sentencia devino firme.

Con fecha 26 de junio de 2009, el Ayuntamiento de Burgos certificó que, en la fecha de aprobación del expediente de reparcelación los terrenos de las fincas no podían ser objeto de actuación urbanística que permitiera la edificación de construcciones dedicadas a viviendas o a cualquier tipo de departamento individualizado, por no haberse culminado el proceso de urbanización de los terrenos ni ser posible la obtención de licencias urbanísticas. D. Romeo recurrió esta resolución ante el Tribunal Superior de Justicia, cuya sala de lo contencioso-administrativo dictó, el 1 de octubre de 2010, sentencia desestimatoria.

El 15 de marzo de 2011 el Ayuntamiento de Burgos acordó, dando fin a la vía administrativa, tener por adjudicadas las parcelas litigiosas a Esbusa, quien logró inscribirlas a su nombre en el Registro de la Propiedad el 4 de agosto de 2011.

Ante ello, el 5 de octubre de 2011 D. Romeo y Dña. Leocadia interpusieron demanda de contra la cesionaria, Fuente Odra, S. L., Esbusa y el Ayuntamiento de Burgos. En la demanda se la propiedad de las fincas cedidas y, consecuentemente, de los aprovechamientos debidos de entregar a cambio de ejecutar las obras de construcción del nuevo Hospital de Burgos. Asimismo, se interesaba la declaración del incumplimiento de la condición suspensiva incorporada a la escritura de permuta (con efectos respecto del Ayuntamiento de Burgos en cuanto a la determinación del justo precio que debería abonar por la obtención de los terrenos). También se ejercitó una acción resolutoria (respecto del contrato de permuta) y otra de reclamación de cantidad por la indemnización del valor de los terrenos cedidos (ante la imposibilidad de llevar a cabo su devolución), fijada en la suma de 3.185.653 euros, y del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a los actores por los demandados (a excepción del Ayuntamiento de Burgos).

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró el incumplimiento contractual de Esbusa por no haber cumplido las obligaciones impuestas a los cesionarios de las parcelas, que asumió al subrogarse en la posición de aquellos. Así, estimó la acción de cumplimiento contractual y condenó a Esbusa a entregar a los demandantes el 23% de la superficie total neta que les corresponda como contraprestación. La demanda fue desestimada en cuanto al resto de pretensiones al tiempo que absolvió a los codemandados restantes por falta de acción.

Frente a la sentencia interpuso recurso de apelación Esbusa, que fue impugnado por los demandantes. La Audiencia Provincial rechazó ambos recursos y confirmó la sentencia apelada en su tota-

lidad. Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación y extraordinario por infracción procesal tanto los demandantes como Esbusa. (A. I. R. A.)

14. Contratos. Resolución por incumplimiento. Está justificada cuando la falta de cumplimiento determina la frustración de la finalidad o fin práctico del contrato.—El cumplimiento de la obligación constituye el eje central de la resolución del artículo 1124 CC y, en consecuencia, el factor clave en la legitimación activa de su respectivo ejercicio. Legitimación que no puede amparar a la parte que incumple el contrato. Resulta acreditado el recíproco incumplimiento de ambas partes, que ha tenido lugar en el marco de una reglamentación contractual que no causalizaba los recíprocos cumplimientos obligacionales que han resultado no observados. El incumplimiento de la recurrente ha comportado la frustración de la finalidad o fin práctico que justificó la celebración del contrato, en atención al retraso de la obligación de la vendedora de proceder a la reparcelación y al inicio de las obras de infraestructuras. Obligación que sigue estando sin ejecutar ni previsión de llevarse a cabo. Por lo que ha quedado frustrada la finalidad o fin práctico del contrato, sin posibilidad de que un cumplimiento posterior pueda ser útil e idóneo para la satisfacción de las expectativas urbanísticas que informaron la celebración del contrato y su correspondiente ejecución (SSTS de 15 de junio de 2012 y de 11 de abril de 2013).

Doctrina jurisprudencial del mutuo disenso. No es aplicable al supuesto de incumplimiento con trascendencia resolutoria aunque provoca los mismos efectos cuando el incumplimiento es recíproco y provoca la frustración del fin del negocio.—La Sala tiene sentado que, ante el incumplimiento de las dos partes contratantes, y ante la apreciación de una voluntad resolutoria en ambas, se debe aplicar la doctrina de la resolución por mutuo disenso por disentimientos unilaterales concurrentes, que si cabe en cualquier contrato (SSTS de 5 de diciembre de 1940, 13 de febrero de 1965 y 30 de mayo de 1984), con más razón es admisible en los contratos de empresa o ejecución de obras, habida cuenta de los preceptos de los artículos 1594 y 1595.3 CC (STS de 2 de noviembre de 1999).

Cláusula penal. No cabe que sea invocada y aprovechada por la parte, debido a su incumplimiento, no está legitimada para instar la resolución contractual.—El derecho de la vendedora a retener las cantidades ya abonadas por la compradora en concepto de daños y perjuicios y de estipulación penal, queda sujeto a que dicha parte venga legitimada para ejercitar u optar por la resolución del contrato y, por tanto, que haya cumplido su contenido obligacional o esté en condiciones de cumplir (art. 1124 CC); circunstancia que no concurre en el presente caso, por lo que no resulta de aplicación la cláusula penal pactada. (STS de 4 de noviembre de 2016; no ha lugar). [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Las mercantiles IR, SL y DTCV, SL suscribieron en 2003 un contrato por el cual la primera vendía a la segunda una serie de fincas para edificar, pactando que la entrega de las mismas se haría completamente urbanizadas, con todos los servicios necesarios para obtener la condición de solar, y libres de cargas y gravámenes y de cualquier afección urbanística. Para ello se comprometía a promover e impulsar la aprobación de los correspondientes

proyectos de urbanización. A cambio, la compradora se obligaba a pagar la cantidad de diecisiete millones de euros, de los cuales el 20% se abonó a la firma del contrato y el 80% restante mediante una serie de pagarés que se satisfarían en los siete trimestres siguientes a partir de la aprobación definitiva del proyecto y realización de las obras de urbanización. La parte vendedora se reservaba el derecho a dar por resuelto el contrato, sin necesidad de requerimiento, para el caso de que la compradora no abonara cualquiera de las cantidades pendientes, haciendo suyas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, las sumas ya entregadas. Transcurridos unos años sin que las obras de infraestructura se hubieran iniciado ni tampoco se hubiera aprobado todos los proyectos correspondientes, DTCV, SL como compradora instó la resolución por incumplimiento. La demandada IR, SL se opuso y reconvino solicitando también la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la compradora al no haber abonado las cantidades debidas en los plazos acordados, así como que se declarase que eran suyas las cuantías ya percibidas en aplicación de la cláusula penal pactada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación de la actora y, a la vista del recíproco y tolerado incumplimiento de ambas partes y de la común solicitud de resolución contractual, estimó que era aplicable la doctrina jurisprudencial del mutuo disenso. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada-reconviniente.

NOTA.—El supuesto plantea una situación asaz problemática, cual es la respuesta que debe darse a las situaciones en las que ambos contratantes han incumplido sus obligaciones y, correlativamente, ambas se demandan solicitando la resolución del contrato e imputando a la contraria el incumplimiento sufrido. Si bien parte de la doctrina ha propuesto en alguna ocasión que se estime la resolución por imposibilidad sobrevenida de la ejecución del contrato, parece preferible la tesis de Díez-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II 6.ª edición, 2008, p. 840), en el sentido de indagar cuál de los cumplimientos ha de considerarse prevalente para pronunciar la resolución, pudiendo seguirse el criterio cronológico (el primero en el tiempo), el causal (el incumplimiento que es causa de los demás), o el de proporcionalidad (el que en mayor medida incida sobre el equilibrio sinalagmático o, en otras palabras, sobre la economía del contrato). Por lo demás, la equiparación de efectos de la resolución por incumplimientos recíprocos y el mutuo disenso no es nueva en la doctrina jurisprudencial, habiéndose hecho eco de ello en otras resoluciones: así, la STS de 4 octubre 2010 (v. MACÍAS CASTILLO, «Extinción contractual por mutuo disenso efectos en el ámbito de la compraventa», AC, 1, 2011, p. 94 y 95), o la de 8 octubre 2010 (ÁLVAREZ LATA, «Comentarios a la STS de 8 octubre 2010», CCJC, 87, 2011, p. 1563 y 1564). (L. A. G. D.)

15. Suspensión del plazo de caducidad de la acción rescisoria por pendencia de un proceso penal por alzamiento de bienes.—El Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo reitera su doctrina (STS núm. 422/2010, de 5 de julio) sobre la suspensión del plazo de caducidad de la acción de rescisión de un contrato (art. 1299 I CC) por pendencia de un proceso penal, por alzamiento de bienes (art. 40 LEC, arts. 111 y 114 LECrim). Considera el Pleno que no tiene justificación suficiente, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), obligar al perjudicado por un supuesto delito de alzamiento de bienes a promover un proceso civil paralelo que evite la caducidad de la acción rescisoria; proceso civil cuya suspensión además tendría lugar una vez el proceso penal estuviere pendiente solo de sentencia (art. 40.3 LEC).

Planteamiento de oficio por el Tribunal de la nulidad de la compraventa por su carácter delictivo.—El planteamiento de oficio de la nulidad en abstracto de la compraventa, por su carácter delictivo, forzaría de tal forma los principios de congruencia, contradicción y prohibición de la *reformatio in peius* que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. (STS de 10 de octubre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Don Matías se separó de doña Ascensión de muto acuerdo en virtud de sentencia que aprobaba un convenio regulador suscrito entre las partes y en cuyas cláusulas don Matías se obligaba a abonar 5.000 euros mensuales a doña Ascensión en concepto de pensión compensatoria y 3.000 en concepto de alimentos a dos hijos comunes. En un momento determinado, don Matías dejó de pagar las pensiones, ejercitando doña Ascensión procedimiento de ejecución ante el Juzgado fruto del cual se dictó providencia de embargo del 100% de las participaciones de la S. L. unipersonal de don Matías; ello a efecto de cubrir la deuda de don Matías en el procedimiento ejecutivo. Don Matías, en connivencia con Don Eduardo, vendió a la sociedad del segundo el único patrimonio de la sociedad de la que era el único titular (un inmueble). Por la venta, don Matías obtuvo una cantidad cercana a los 170.000 euros. Esta compraventa dejó, eso sí, sin valor real las participaciones sociales embargadas. Ante ello, doña Ascensión formuló querrela por un supuesto delito de alzamiento de bienes. El Juzgado de lo Penal dictó sentencia en la que condenaba a don Matías como autor de un delito de alzamiento de bienes y a don Eduardo como cooperador necesario. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia condenatoria. Ninguna de las dos instancias penales acordó la indemnización de daños y perjuicios solicitada por doña Ascensión ni la nulidad de la compraventa, como responsabilidad civil derivada del delito. En lo que interesa, la Audiencia (i) no concedió la indemnización porque la reparación civil no se produce a través de ésta; y (ii) no concedió la nulidad del contrato porque doña Ascensión no la solicitó, toda vez la retroacción de la venta habría dejado sin valor el embargo debido a la crisis inmobiliaria.

Por ello, doña Ascensión interpuso más tarde demanda civil contra la sociedad de don Matías y la sociedad compradora del inmueble. En la demanda, doña Ascensión interesaba la rescisión del contrato de compraventa por haber sido celebrado en fraude de

acreedores, así como la nulidad del asiento registral practicado en favor de la compradora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar caducada la acción rescisoria al entender que el plazo de caducidad de la acción rescisoria ejercitada no era susceptible de interrupción. Dña. Ascensión interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial, declarando rescindido el contrato de compraventa y la nulidad del asiento registral correspondiente. La Audiencia consideró que el alzamiento de bienes necesariamente conducía a que la compraventa hubiera sido celebrada en fraude de acreedores y fuese, por tanto, rescindible.

NOTA.—El Magistrado Fernando Pantaleón Prieto formuló voto particular a la Sentencia. El voto particular presentaba dos ejes. En primer lugar, el magistrado consideró que el Pleno de la Sala 1.^a debería haber declarado que el proceso penal no produjo la interrupción del plazo de caducidad de cuatro años (art. 1299 I CC). El voto se hizo eco de la Sentencia de la Audiencia Provincial en sede penal, según la cual doña Ascensión no instó la nulidad del contrato porque no se habría podido resarcir con suficiencia desde el punto de vista civil dada la situación de crisis inmobiliaria. Esta circunstancia constituye, para el magistrado que formula el voto, un poderoso argumento para no haber considerado que el proceso penal suspendió el plazo de caducidad de la acción rescisoria. A su juicio, la STS núm. 442/2010, de 5 de julio, cuya doctrina se reiteraría por el Pleno en esta oportunidad no permitía saber si la parte actora ejercitó o no la acción civil en el procedimiento penal, si se la reservó o si, simplemente, desistió de ejercitarla. Doña Ascensión no ejercitó la acción rescisoria en el caso objeto de extracto porque —señala Pantaleón— «no lo estimó conveniente a su interés». Si la facultad de rescindir un contrato es un derecho potestativo, sometido a plazo de caducidad, que el titular puede ejercitar extrajudicialmente (al igual que la resolución; PANTALEÓN, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, IV, pp. 1731 y 1733), no encuentra el magistrado disidente razón sólida para que Dña. Ascensión no hubiese comunicado fehacientemente a las partes del contrato rescindido su voluntad de rescindirlo.

En segundo lugar, el voto particular critica en cualquier caso la consideración de rescindible de un contrato que previamente ha sido declarado constitutivo de delito por sentencia penal firme. A juicio del magistrado, este contrato habría de ser declarado nulo de pleno derecho por ser ilícita su causa (STS núm. 395/2007, de 27 de marzo), no produciendo efecto alguno (art. 1275 CC). Y, si en un caso como el presente —continúa el magistrado— no puede la Sala 1.^a declarar de oficio la nulidad radical del contrato, porque no se ejercitó esta acción, entonces debería la Sala 1.^a declarar que, en sede de casación, nunca podrá declararse de oficio la nulidad de pleno derecho.

Hay que advertir que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha declarado que el fraude de acreedores puede constituir el fundamento de la acción de nulidad radical de un contrato por ilícitud de su causa (art. 1275 CC), cuando la finalidad del negocio efectivamente celebrado es defraudar a los acreedores de alguno de los contratantes.

Este razonamiento considera que el propósito fraudulento común a los contratantes puede perfectamente consistir en defraudar a los acreedores; y que esa intención común de las partes de defraudar al acreedor o acreedores se eleva a la categoría de causa ilícita, por ser contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) (*vid.* STS núm. 575/2015, de 3 de noviembre).

Sea de ello lo que fuere, quizá lo más apropiado habría sido ejercitar la acción derivada del artículo 111 CP, que consagra una pretensión de restitución basada en la nulidad del contrato delictivo contra cualesquiera terceros; lo que habría permitido la reintegración al patrimonio del deudor delinciente (don Matías) el bien que salió indebidamente de él y recuperando la situación de solvencia anterior a la comisión del delito de alzamiento. Ahora bien, otra cosa es si, en ese caso la contraparte de don Matías, también condenada como cooperador necesario, habría podido recuperar el dinero que entregó como contraprestación (art. 1305 CC). Pueden surgir dudas a mi juicio sobre la posibilidad de don Eduardo (comprador del inmueble) de recuperar el precio pagado en la hipótesis planteada, si se admite que la causa ilícita que impide la restitución aquí no se refiere al contrato, sino a la atribución realizada (causa de la atribución patrimonial); causa que, por lo demás, puede afectar a una sola de las partes (*vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J./PARRA LUCÁN, M.^a A., *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 296-297 y 326). (A. I. R. A.)

16. Requisitos para apreciar la subsidiariedad de la acción rescisoria por fraude de acreedores en caso de donación de inmueble.—El ejercicio subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores no requiere que la insolvencia del deudor se acredite de modo absoluto, siendo suficiente acreditar una significativa disminución de la garantía patrimonial del deudor que impida o haga especialmente difícil el cobro del crédito. No resulta necesario tampoco que el acreedor venga provisto de título ejecutivo, bastando la propia existencia y legitimidad de su derecho de crédito, ni que haya el acreedor realizado otras acciones posibles preventivas o ejecutivas que al tiempo de producirse la disposición patrimonial del deudor carezcan de utilidad para el cobro de su crédito.

Subsidiariedad de la acción rescisoria y obligación solidaria.—En supuestos de solidaridad, es la insolvencia del deudor (o del fiador, en caso de fianza solidaria) contra quien acciona el acreedor la que ha de ser tenida en cuenta. Ello con independencia, en su caso, del derecho del fiador de accionar a su vez contra el deudor principal y el resto de cofiadores; y siempre que concurren el resto de requisitos para el ejercicio de la acción, como son, para la Sala 1.^a, el propósito defraudador («*sciente fraudis*») y la insolvencia del deudor.

Anterioridad o preexistencia del derecho del acreedor en relación con la subsidiariedad del ejercicio de la acción de rescisión.—No puede aplicarse un criterio estrictamente cronológico, sino que, con carácter general, deben analizarse las circunstancias particulares de cada supuesto. Habrá casos donde el fraude intencionado pueda corroborarse por haber sido gestado con cierta anticipación al momento del nacimiento del derecho de crédito,

en atención a su próxima y segura existencia posterior. (STS de 21 de diciembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—BBVA e Inarglás, S. L., («Inarglás») suscribieron, el 10 de abril de 2001, una póliza de límite para la financiación y cobertura de operaciones bancarias multi-producto. El 2 de mayo de 2002, don Segismundo era propietario del 25% de Inarglás. Doña Blanca y don Segismundo, que entonces formaban matrimonio, afianzaron solidariamente a la sociedad deudora, junto con otras seis personas físicas. El 24 de mayo de 2010 doña Blanca, como cofiadora donó en escritura pública tres fincas de su propiedad a su hija, reservándose para sí el usufructo vitalicio. El 21 de diciembre de 2010 Inarglás entró en concurso voluntario de acreedores, pues arrastraba pérdidas importantes de los ejercicios 2008 y 2009. Doña Blanca y don Segismundo se separaron en 2010. El 13 de enero de 2011 BBVA cerró la cuenta especial objeto de la póliza de límite, con un saldo favorable de 38.187,51 euros. El 18 de mayo de 2011, BBVA notificó a doña Blanca, como cofiadora, dicho saldo deudor como paso previo a la ejecución. El 6 de octubre de 2011, se despachó ejecución contra los cofiadores de Inarglás por el citado importe. En el procedimiento de ejecución, si bien se afectaba inicialmente a 11 fincas, se terminaron designando 3 fincas, que incluían 2 de las donadas por doña Blanca. En sede de ejecución, la Audiencia consideró que la separación desde 2010 entre doña Blanca y don Segismundo no impidió a la cofiadora conocer la mala situación económica de Inarglás. También consideró acreditada la insolvencia de doña Blanca.

BBVA interpuso demanda contra doña Blanca solicitando la nulidad de la escritura de donación de los tres bienes inmuebles por haberse realizado en fraude de acreedores. Doña Blanca alegó que la donación fue anterior a la deuda reclamada por BBVA; deuda de la que no tuvo conocimiento hasta su reclamación en 2011. Además, esgrimió que su situación de insolvencia no estaba probada, pues conservaba el usufructo de las fincas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pues consideró que no concurrían los requisitos para ejercitar la acción rescisoria. El que la donación fuese anterior al cierre de la cuenta determinaba para el Juzgado la inexistencia de «*sciente fraudis*». También consideró que doña Blanca no era insolvente.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de BBVA y declaró la nulidad de la escritura de donación. Consideró la Audiencia que la cofiadora conocía la mala situación económica de la sociedad deudora y que, en consecuencia, existió propósito defraudatorio.

NOTA.—La Sala 1.^a declara señala como requisito para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores el *propósito defraudatorio* (al que alude como «*scientia fraudis*»), asumiendo la tesis de la Audiencia en este punto. Debe resaltarse, y esto es importante, que la acción rescisoria se fundamenta hoy, más bien, en el perjuicio para el acreedor. Es decir, se ha desplazado el centro de gravedad desde el elemento intencional de defraudar al *elemento*

objetivo de perjuicio para el acreedor. La defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores no tiene por qué ser dolosa o intencional, bastando para el éxito de la acción rescisoria que se produzca el perjuicio por mera negligencia o impremeditadamente, sin que se precise un «*animus nocendi*» (STS núm. 657/2005, de 19 de julio). En efecto, la exigencia del propósito defraudatorio, *consilium fraudis* para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. El «*consilium fraudis*» se entiende entonces de manera amplia como conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor. Basta que el deudor, enajenante, haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio. Se requiere la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata, pero para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio (SSTS núm. 575/2015, de 3 de noviembre; 406/2010, de 25 de junio). Con ello se alcanzan notas de casi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación. Importa la diligencia para conocer más que al exacto grado de conocimiento. *El elemento central de la acción pasa entonces a ser el daño*, consistente en el perjuicio del acreedor derivado de la minoración de la solvencia del deudor que le impide cobrar lo que éste le debe; en definitiva, la frustración del derecho de crédito (SSTS núm. 749/2006, de 17 de julio; 510/2012, de 7 septiembre).

La sentencia objeto de extracto parece querer reconocer, acaso sin percatarse, al propósito defraudatorio como requisito de la acción rescisoria por fraude de acreedores (F. D.º 3.º [3]). (A. I. R. A.)

17. Contrato de arrendamiento financiero. Contenido: autonomía de la voluntad.—En el arrendamiento financiero, en abstracto, derivan obligaciones recíprocas para arrendadora y arrendataria, la realidad demuestra que en numerosos casos la finalidad práctica perseguida por la arrendataria se centra en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que para la arrendataria supone acudir al mismo como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. Al primar el interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual, sobre el de la utilización por el tiempo pactado, permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil para decidir sobre la reciprocidad de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero en concreto, no cabe acudir a las obligaciones que por definición impone el contrato de arrendamiento. Desde la perspectiva civil, dejando al margen sus repercusiones tributarias, cabe que las partes, en el ejercicio de su libertad autonormativa, modulen o eliminen válidamente alguno de los elementos característicos del contrato típico. Al extremo de que, con los únicos límites fijados en el artículo 1255 CC, bajo la denominación de arrendamiento financiero pueden estipularse pactos que desnaturalicen los aspectos arrendaticios.

Contrato de arrendamiento financiero. Contenido: regla general.—Para identificar el contenido del derecho del arrendatario financiero y del correlativo deber de prestación de la entidad de leasing, es necesario estar a lo válidamente pactado y en defecto de pacto al contenido natural del contrato, para lo último, puede servir de modelo el arrendamiento de cosas, por su completa regulación. En general y como regla, cabe decir que el obligado onerosamente a mantener a otro en el uso de su cosa debe abstenerse de actuar en contra de lo pactado, garantía por hecho propio, debe defender al cesionario frente a las perturbaciones de los terceros, excepto de las de hecho; y debe efectuar las reparaciones necesarias para mantener la cosa en estado de servir al uso para el que fue destinada.

Concurso de acreedores. Reciprocidad: alcance.—La reciprocidad en el ámbito concursal no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.

Concurso de acreedores. Reciprocidad: apreciación.—La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o «*lex privata*». Pero, a los efectos de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas regulada en el artículo 61 LC, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas.

Concurso de acreedores. Contrato de arrendamiento financiero: interpretación.—La jurisprudencia sostiene que la interpretación que ha de darse a la nueva redacción del artículo 61.2 LC, y en concreto 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 de concurso, será aplicable el régimen previsto en dicho precepto para la resolución en interés del concurso del contrato de leasing pendiente de cumplimiento por ambas partes. Pero no puede entenderse que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de leasing la naturaleza de contrato de 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.

Concurso de acreedores. Contrato de arrendamiento financiero: apreciación del carácter sinalagmático.—Para poder conocer si la relación jurídica nacida del contrato de leasing financiero mobiliario sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes.

Concurso de acreedores. Créditos con cargo a la masa: exigencia obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.—La jurisprudencia requiere que, para que puedan ser considerados con cargo a la masa los créditos contractuales contra el concursado, es necesario que el deber de prestación de éste sea recíproco del asumido en el mismo contrato por el acreedor y que ambos estén pendientes de cumplimiento al declararse el concurso. (STS de 2 de noviembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad financiera B. E. S. S: A. Sucursal en España, interpuso demanda incidental de procedimiento concursal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Salamanca, contra la entidad concursada S. de F. S. A. y la administración concursal solicitando que las cuotas devengadas por el leasing financiero contratado entre ambas entidades y generadas con posterioridad a la declaración del concurso sean consideradas deuda de la masa. La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda incidental. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la entidad actora, la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Salamanca, estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia, declarando que las cantidades derivadas por las cuotas del contrato concertado entre ambas entidades y devengadas con posterioridad a la declaración del concurso han de considerarse créditos contra la masa, pagaderos a sus respectivos vencimientos, y que en la masa activa del concurso solo ha de incluirse el valor del uso de la parcela y la nave sobre ella construida. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

18. Concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal por constitución de garantías sobre bienes del deudor.—La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva un sacrificio patrimonial para la masa activa, porque implica una disminución, al menos cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen (art. 71.4 LC). Tal disminución se concreta en que el bien queda sujeto a una posible realización a favor del acreedor garantizado, mermando su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, y saliendo del patrimonio del garante si el deudor principal impaga la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito (SSTS núm. 58/2015, de 23 de febrero; 143/2015, de 26 de marzo; y 100/2014, de 30 de abril).

Inexistencia de perjuicio para la masa activa cuando se garantiza con hipoteca el pago de deudas futuras por recibir suministros imprescindibles.—No provoca perjuicio a la masa activa la garantía, mediante hipoteca, de deudas no preexistentes, sino futuras contraídas por la recepción de suministros imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial de la concursada. Esta garantía, lejos de perjudicar, contribuye a que subsista la empresa y a que siga funcionando, lo que de suyo conlleva la generación de nuevos activos con los que cumplir con el resto de sus acreedores. En ese caso, el sacrificio patrimonial que pudiere suponer la constitución del

gravamen tiene, como contrapartida, el aseguramiento del suministro durante un (largo) periodo de tiempo, estando entonces justificado.

No cualquier constitución de un gravamen debe ser considerado perjudicial para la masa activa.—Aunque, en términos generales, la hipoteca desvaloriza el activo de un deudor concursado, porque dificulta la enajenación del bien afectado o incluso su ofrecimiento en garantía si hiciese falta la obtención de crédito; debe comprobarse si ese sacrificio (la desvalorización) es justificado o no. La dificultad para enajenar el bien afectado, la sujeción directa del bien hipotecado al pago del crédito (art. 155 LC) y el privilegio al acreedor mediante un derecho —el de hipoteca— de ejecución separada (arts. 55 y 56 LC) son consecuencias comunes a cualquier gravamen hipotecario que no implican, *per se*, que este sea siempre perjudicial para la masa.

Cesión de créditos en pago de deudas vencidas y perjuicio para la masa activa del concurso.—La cesión de créditos en pago de deudas ya vencidas resulta perjudicial para la masa, cuando el deudor cumple una obligación vencida y exigible por un medio de pago (la cesión) sin contrapartida suficiente; medio que no es el inicialmente pactado e inusual en su tráfico ordinario. Ello supone, por un lado, privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa. Además, cuando se realiza la operación estando la deudora ya en situación de insolvencia, la cesión viene a poner de manifiesto su intención de realizar una discriminación de pagos a favor de un concreto acreedor en detrimento de otros.

En consecuencia, habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que, si no se hubiera producido el acto impugnado, la composición de la masa tendría un mayor valor (art. 71.4 LC).

Requisitos para que los actos realizados por el concursado queden exentos de la rescisión por ser actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 71.5 1.º LC).—Se exige una *doble condición* para que los actos realizados por el concursado queden exentos de la rescisión: (i) que sean *actos ordinarios* ligados a su actividad empresarial o profesional; y (ii) que se hayan realizado en condiciones normales. La consideración de «ordinarios» requiere que los actos —además de no ser extravagantes o insólitos— reúnan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional. La consideración de «normales» exige que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales (STS núm. 41/2015, de 17 de febrero). (STS de 26 de octubre de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 20 de marzo de 2010, la compañía mercantil Dipolack, S. L. («Dipolack») constituyó una hipoteca sobre una finca de su propiedad para garantizar el pago de una deuda contraída con la sociedad Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S. L. («Barnices»), derivado de las ventas de barnices y similares que desde el mismo día y durante siete años efectuara Barnices a Dipolack, hasta un máximo de 500.000 euros.

Por otro lado, 4 de enero de 2011, Dipolack otorgó escritura pública en la que reconoció adeudar a Barnices 306.909,91 euros, resultantes de facturas correspondientes a la venta de materias primas y mercancías durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010; y cedió a Barnices créditos por importe

de 219.049,29 €, para el pago de dicha deuda, quedando pendientes 87.860,62 €.

El 7 de enero de 2011, Dipolack solicitó la declaración de concurso voluntario, declarado por auto de 8 de marzo de 2011.

La administración concursal presentó demanda incidental de rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, contra Dipolack y Barnices, en la que solicitó la rescisión tanto de la hipoteca como de la cesión de créditos.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda incidental, por considerar que tanto la hipoteca como la cesión constituían perjuicio para la masa activa. Barnices interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. La Audiencia consideró que la hipoteca era un acto perjudicial para la masa, porque sin contraprestación económica a favor de la concursada, da lugar a la directa sujeción del bien hipotecado al pago del crédito y otorga al acreedor hipotecario un derecho de ejecución separada, de suerte que, además de privilegiar a un acreedor sobre la masa, tiene la consecuencia de minorar ésta en el valor del bien hipotecado. Además, entendió que la constitución de la hipoteca no es un acto ordinario de administración o disposición, porque aunque tiene relación con el objeto social de la concursada y con su actividad mercantil, implicó la constitución de una garantía real que no era necesaria para dicho tráfico, ya que con anterioridad las partes habían mantenido relaciones comerciales sin dicho requisito. Respecto de la cesión de créditos, se hizo tres días antes de la solicitud de concurso y para favorecer a un acreedor en detrimento de los otros, lo que no se justifica porque la favorecida fuera la principal proveedora y acreedora de la concursada.

Contra los pronunciamientos de la sentencia de apelación interpuso Barnices recurso de casación. (A. I. R. A.)

19. Compraventa de vivienda. Resolución del contrato por incumplimiento del vendedor. Extensión de la obligación de entrega de la vivienda.—El cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede verse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia.

La entrega de la vivienda sin el adecuado suministro eléctrico constituye incumplimiento esencial del contrato.—Se ha intentado entregar una vivienda con un mero suministro provisional de energía eléctrica, con acometida de obra, por tanto provisional, transitoriedad que no consta subsanada al día de hoy (siete años después), lo que genera un incumplimiento sustancial, pues como declaró la STS de 5 de noviembre de 2013 «la conclusión, por tanto, no es otra que la que correctamente expresa la sentencia: en la actuación de la vendedora existió propio y verdadero incumplimiento que afecta a la esencia de lo pactado, pues impide al comprador obtener el fin del contrato suscrito, o, como se viene diciendo, las legítimas aspiraciones de la

contraparte (STS de 16 de noviembre de 2005); de ahí que proceda la resolución contractual del artículo 1124 CC (STS de 4 de diciembre de 1983 y 17 de noviembre de 1995), con devolución de las cantidades entregadas a cuenta». En concreto, se produce incumplimiento contractual (art. 1124 CC), en cuanto se intentó entregar una vivienda sin las condiciones necesarias para obtener dicha calificación, pues no disfrutaba de algo tan esencial como una acometida de luz definitiva, carencia que impide entender que se ofreciese o entregase el objeto pactado.

Exceptio non adimpleti contractus.—Habiendo declarado esta Sala que la vendedora incumplió el contrato al no entregar el objeto pactado con las características propias de una vivienda, como es un suministro eléctrico definitivo, no puede imputarse al comprador la responsabilidad de la frustración del contrato, pues el comprador no incurre en mora si el vendedor no cumple con lo pactado. En este sentido, de acuerdo con los artículos 1100 y 1108 CC, no puede predicar la mora del contrario quien, como el vendedor, incumple sus propias obligaciones (SSTS 9 de octubre de 2010 y 28 de diciembre de 2015). **(STS de 10 de noviembre de 2016; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arrollo Fiestas.]

HECHOS.—La actora ejerce acción contra la promotora-vendedora instando la resolución del contrato privado de compraventa de un piso y dos plazas de garaje en un edificio cuya construcción promovía la demandada. Esta a su vez, también formuló demanda contra la primera solicitando el cumplimiento del referido contrato por parte de la compradora de la vivienda, su elevación a escritura pública y el pago de las cantidades no satisfechas. La sentencia de primera instancia estimó la resolución del contrato entre otras razones porque: a) la promotora se retrasó de manera injustificada en la entrega de la vivienda; b) la vivienda carecía de acometida definitiva de suministro eléctrico; y c) el edificio cuenta únicamente con luz de obra. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estima al entender que la falta de acometida definitiva del suministro eléctrico no afecta al contenido esencial del contrato y que en el momento en que se instó la resolución del contrato la demandante se encontraba incumpliendo el mismo al no haber acudido en el plazo pactado a otorgar escritura pública de la vivienda y no haber pagado el precio. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

20. Responsabilidad por vicios constructivos del artículo 1591 CC. Acción de repetición o regreso del constructor que abonó el coste de reparación de los defectos en un procedimiento anterior en que se declaró la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación por falta de determinación de su cuota de participación: exoneración del promotor en la relación interna por inexistencia de contribución en la producción de los defectos.—La condena solidaria de los agentes de la edificación frente a los adquirentes en un procedimiento previo por razón de la imposibilidad de fijar sus cuotas de responsabilidad, no condiciona el nuevo proceso en el que se ejercite la acción de repetición por parte del deudor solidario que abonó el coste de reparación de los defectos. Este pago realizado por el agente de la edificación no conlleva la subrogación en los derechos de los acree-

dores, sino el nacimiento de un nuevo derecho de repetición o regreso. Mediante su ejercicio el *solvens* podrá conseguir en un ulterior proceso la determinación de las cuotas de responsabilidad y, en su caso, recuperar el exceso abonado. En este proceso se discute la responsabilidad de los agentes de la edificación en sus relaciones internas con arreglo a los artículos 1145 y 1138 CC, mientras que el entablado por los adquirentes tiene por objeto la responsabilidad de los agentes con base en el artículo 1591 CC. Por ello, entre ambos procesos no existe eficacia de cosa juzgada material negativa. Los planos de responsabilidad externa e interna no pueden asimilarse de forma automática. El promotor responde solidariamente frente a los adquirentes en todo caso por su mera condición de tal, aunque no haya participado en las labores constructivas ni dado instrucciones al resto de agentes y se haya limitado a las actuaciones propias de la promoción inmobiliaria y a contratarlos. Por tanto, al quedar acreditada la falta de participación de la forma antedicha en el proceso constructivo, procede la exoneración del promotor en la relación interna frente a la acción de regreso del constructor. (STS de 28 de noviembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—En un proceso previo entablado por unas subcomunidades de garajes de un edificio se condenó a la empresa constructora, al aparejador y a la promotora a abonar el coste de reparación de los defectos constructivos que presentaba el edificio. Tal condena fue solidaria por imposibilidad de determinación de la cuota de participación de cada uno de los demandados. La entidad constructora abonó la totalidad de dicho coste, por lo que interpone demanda en ejercicio de la acción de regreso frente al aparejador y promotora con la pretensión de que se le reembolse a prorrata de sus cuotas de responsabilidad el pago realizado. El aparejador se allanó parcialmente a la demanda, y la promotora solicitó su desestimación y formuló reconvencción con el propósito de que se declarase su falta de responsabilidad en los defectos constructivos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a cada uno de los dos demandados a reembolsar un tercio de lo abonado por la actora, con fundamento en la vinculación de la sentencia dictada en el procedimiento previo que no pudo determinar la cuota de responsabilidad de los agentes, por lo que procedía conforme al artículo 1138 CC el antedicho reparto igualitario. Asimismo, desestimó la demanda reconvenccional interpuesta por la promotora porque su responsabilidad era una cuestión resuelta por la referida sentencia previa. Se formula recurso de apelación por la promotora, y la Audiencia Provincial estimándolo parcialmente, absuelve a la promotora y desestima la reconvencción. La Audiencia se apoya en que la responsabilidad del promotor frente a los adquirentes no le convierte en responsable internamente de los incumplimientos de los demás agentes condenados solidariamente, cuando no consta probado que haya contribuido de forma concreta a la génesis de los defectos constructivos. Se desestima la reconvencción porque posee el mismo objeto que la contestación a la demanda, esto es, la absolución de la promotora. La entidad constructora interpone recurso de casación por infracción del artículo 1145 CC, en relación con el artículo 1138 del mismo cuerpo legal, y alega interés casacional por jurisprudencia

cia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Argumentó que la sentencia recurrida no ha respetado la fuerza vinculante de la sentencia dictada en el procedimiento previo que declaró la responsabilidad solidaria de la promotora, y que le vincula en el procedimiento en que se ejercita la acción de regreso, frente a la cual no puede aquélla quedar exonerada. Se desestima el recurso de casación.

NOTA.—La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación no debe alterar la doctrina de esta Sentencia porque su artículo 17.3 consagra la responsabilidad solidaria del promotor como garante del proceso constructivo frente a los adquirentes al referirse a su responsabilidad «*en todo caso*». Sobre esta responsabilidad solidaria *vid.* SSTS de 2 de marzo y 18 de septiembre de 2012, y de 24 de mayo de 2013. No obstante, algunos autores han criticado que el condenado solidariamente por imposibilidad de individualización intente probar su falta de responsabilidad en el segundo procedimiento (*cf.* CORDERO LOBATO, E., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 403 y 408, y SEIJAS QUINTANA, J. A. y SACRISTÁN REPRESA, G., *Responsabilidad civil. Construcción y proceso*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, ed. Sepín, Madrid, 2007, p. 242).

La sentencia extractada se refiere como pronunciamiento aislado a la STS de 13 de marzo de 2007, que estableció el reparto igualitario previsto en el artículo 1138 CC al desestimar la acción de repetición de la compañía de seguros del arquitecto mediante la que pretendía la fijación de nuevas cuotas de responsabilidad frente a los agentes que intervinieron en el procedimiento previo. (*F. S. N.*)

21. Arrendamiento de servicios de duración indefinida. El desistimiento unilateral como principio general de aplicación en los contratos de duración indefinida.—La jurisprudencia viene entendiendo que los contratos para toda la vida son nulos y que en caso de contratos de duración, en principio indefinida, puede cualquiera de las partes desvincularse por su sola voluntad, si bien ateniéndose a determinadas obligaciones entre las que está asumir los daños y perjuicios que puedan originarse a la contraparte.

La buena fe como parámetro del ejercicio de la facultad de desistimiento y el preaviso. El deber de indemnizar los daños producidos a consecuencia del ejercicio abusivo de la facultad de desistimiento.—En los supuestos de relaciones obligatorias de duración indeterminada, la liberación de los contratantes mediante la resolución unilateral está condicionada por los parámetros de la buena fe (STS de 9 de octubre de 1997). Ese condicionante se encuentra estrechamente relacionado con la figura del preaviso, como término o plazo suspensivo de eficacia, para evitar una terminación por sorpresa de la relación, pudiendo la contraparte tomar medidas que protejan sus intereses. En este sentido, la STS de 15 de marzo de 2011, reiterando la STS de 16 diciembre de 2005 afirma que «es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, pero debe señalarse, si bien ello es así sin embargo sucede que un ejercicio de la facultad

resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurra en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios».

Distinción entre resolución contractual y desistimiento unilateral.—

La resolución del contrato, por incumplimiento de las obligaciones por una de las partes, como el desistimiento unilateral sin causa, son dos instituciones propias de los contratos sinalagmáticos pero que no son equiparables, como se ha ocupado de recalcar tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 8 de julio de 1983 y de 4 de febrero de 1997). En el primer supuesto la resolución es un remedio para quien sufre en una relación recíproca el incumplimiento grave de sus obligaciones de la otra parte, que le frustra sus expectativas contractuales, exigiéndose que él a su vez no haya incumplido las propias; mientras que el desistimiento unilateral, como se ha expuesto, es una facultad que no exige que concurra incumplimiento alguno.

Plazo de ejercicio.—La acción de desistimiento unilateral del contrato, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1583 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, por tener el carácter de indefinido es incuestionable que no está sujeta al plazo de prescripción establecido en el artículo 1964 CC. (**STS de 16 de noviembre de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda contra la entidad mercantil XX instando el cumplimiento del contrato celebrado entre ellas en 1995, de duración indefinida, por el que colaboraban en la captación de automovilistas a los que les proporcionaban servicios de asistencia en carretera. La entidad demandada se opone a la demanda y además reconviene solicitando la resolución del mencionado contrato por tres motivos: a) incumplimiento contractual; b) imposibilidad sobrevenida por cambio de circunstancias; y c) desistimiento unilateral. En la contestación a la reconvencción la parte que inició el proceso se opone a la resolución y subsidiariamente pide que se fije como fecha de expiración del contrato el 23 de diciembre de 2013. El Juzgado de Primera Instancia, estima la demanda y, a su vez, estima parcialmente la reconversión declarando que el contrato de 1995 quedará resuelto, por voluntad unilateral de la entidad mercantil XX, el 23 de diciembre de 2023. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. Interpuesto recurso de casación, por ambas partes, el TS estima parcialmente el recurso presentado por la entidad mercantil XX, declarando que el contrato de 1995 es de duración indefinida, por lo que cabe el desistimiento unilateral, pero que como dicho desistimiento ocasionó daños, sobre los que no se pronunció la instancia, acuerda devolver los autos a la Audiencia Provincial, a los solos efectos, de que ésta se pronuncie sobre la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados por el desistimiento. (*C. O. M.*)

22. Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo). Derechos ejercitables en los contratos de consumo y de crédito vinculados: ejercicio por el consumidor frente al financiador de los mismos derechos

que le corresponden frente al proveedor de los bienes o servicios. Cumplimiento del requisito de la previa e insatisfecha reclamación dirigida al proveedor, mediante la puesta en su conocimiento del incumplimiento contractual con exigencia de su remedio. Posible ejercicio de derechos frente al financiador por vía de excepción.—La exigencia impuesta por el artículo 15.1.e) LCC consistente en que el consumidor reclame previamente de forma judicial o extrajudicial, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido satisfacción, posee su fundamento en que el proveedor haya tenido oportunidad de remediar el incumplimiento, y éste no sea opuesto por primera vez frente a la reclamación del financiador. Por ello, y por la realidad social de los nuevos medios de relación entre consumidores y proveedores, ha de entenderse por rellenado tal requisito no solo cuando media una reclamación formal, sino cualquier conducta por la que se ponga en conocimiento del proveedor el incumplimiento y se exija su remedio. El consumidor puede ejercitar frente al financiador los derechos que le corresponden frente al proveedor tanto a través de acción y reconvencción, como mediante excepción, pues en ambos casos ejercita derechos concedidos frente al incumplimiento contractual, y la Exposición de Motivos de la Ley de Crédito al Consumo se refería a tal posibilidad. Mediante la excepción de contrato defectuosamente cumplido, cuando el incumplimiento alcanza determinada intensidad, se puede obtener la suspensión de las obligaciones nacidas del contrato de financiación. En cambio, la resolución del contrato requiere su planteamiento por vía de acción. (STS de 24 de noviembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Un consumidor adquirió un vehículo en un concesionario oficial y concertó un contrato de préstamo para financiar dicha compra en el mismo concesionario con una entidad diferente a la vendedora, que posteriormente sería absorbida por otra mercantil. El vehículo sufrió cuarenta y tres averías, de las que veinte eran importantes, desde su adquisición hasta que el comprador dejó de abonar las cuotas del préstamo. El adquirente llevaba a reparar el vehículo al concesionario en el que lo había comprado, y en él constaban registradas las reparaciones. Se interpone demanda por la entidad financiera en reclamación del principal pendiente del préstamo, intereses moratorios y comisiones, en la que alegaba que no se le podían oponer los defectos del vehículo. El demandado solicita con carácter principal la desestimación de la demanda por los graves defectos del automóvil. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que los contratos de compraventa y financiación son contratos vinculados y se cumplen los requisitos del artículo 15 LCC que permite al consumidor ejercitar frente al financiador los derechos que le corresponden frente al proveedor. La entidad financiera interpone recurso de apelación en el que argumenta que no se trata de contratos vinculados porque no constituían una unidad comercial desde el punto de vista objetivo; que las reclamaciones realizadas al concesionario no podían considerarse reclamaciones hechas al fabricante; que el demandado no había desistido del contrato de compraventa pues el vehículo continuaba en su poder, y tampoco había formulado reconvencción para solicitar la nulidad del contrato de compraventa, limitándose a no pagar con fundamento en defectos de fabricación ajenos a la recu-

rente. La Audiencia Provincial, aunque admite que se trata de contratos vinculados así como las deficiencias del vehículo, estima parcialmente el recurso condenando al principal reclamado. Se fundamenta en que no constaba que el consumidor hubiera reclamado del proveedor como exige el artículo 15.1 LCC, ni ejercitado acción de nulidad del contrato de compraventa frente al financiador. El consumidor interpone recurso de casación. Alega que la sentencia impugnada no declara, conforme al artículo 14.2 LCC, la ineficacia del contrato de financiación que conlleva la de la compraventa, al exigir indebidamente reconvencción para solicitar la nulidad del último de los contratos. Añade la recurrente que la Ley de Crédito al Consumo no requiere que se ejerciten los derechos por vía de acción o de reconvencción, puesto que permite solicitar la desestimación de la demanda a través de la excepción de contrato defectuosamente cumplido. El Alto Tribunal acoge esta alegación, y estima la existencia de la reclamación insatisfecha exigida por el artículo 15.1.e) LCC, al haberse llevado el vehículo en cuarenta y tres ocasiones al concesionario sin que se le suministrara otro que sustituyera al defectuoso ni se realizara una reparación que impidiera la aparición de nuevas averías. Por ello, no es exigible el pago de la cantidad debida en virtud del contrato de financiación. Se estima el recurso de casación y se casa la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo ha sido derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. El artículo 29 de la nueva norma permite al consumidor ejercitar frente al prestamista los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, siempre que los bienes o servicios no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato, y previamente el consumidor haya reclamado al proveedor sin resultado satisfactorio. (F. S. N.)

23. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico sujetos a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Nulidad del contrato por falta de determinación del alojamiento sobre el que recae el derecho.—En el caso nos encontramos ante la constitución de un derecho real limitado al que resulta de aplicación la necesidad de determinación contenida en el artículo 9.1. 3.º, en cuanto el objeto ha de ser un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Al no cumplir el contrato con tales exigencias, queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7. Criterio que ha quedado establecido como doctrina jurisprudencial en las SSTS de 15 de enero y de 8 de septiembre de 2015.

Efectos de la nulidad del contrato: devolución al adquirente de la totalidad de las cantidades satisfechas. Interpretación del artículo 1.7 LATBIUT de 1998 de acuerdo con su espíritu y finalidad. Deducción de la parte correspondiente al tiempo disfrutado.—Ciertamente el artículo 1.7 Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante dicha norma debe interpretarse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y

finalidad. Así, con esta regla se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato –normalmente de adhesión– que no cumple con las prescripciones legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, los demandantes han podido disfrutar durante ocho y cinco años de cada uno de los alojamientos que los contratos les ofrecían, por lo que el reintegro de cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años. En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada la que proporcionalmente corresponda. (STS de 21 de noviembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.–El matrimonio formado por los ciudadanos británicos B. y L. suscribieron en los años 2003 y 2007 sendos contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico con la entidad Anfi, S. A., en virtud de los cuales habían adquirido el derecho a alojamiento y servicios durante una semana al año en un apartamento o suite de lujo, en un complejo vacacional también de lujo. La modalidad suscrita era la denominada «semana flotante», que implicaba que el concreto apartamento no apareciera determinado en el contrato sino tan solo por sus características y condiciones, pudiéndoles ser entregado en cada año uno diferente de entre los varios que, de dicha categoría, poseía la vendedora; pactándose la duración del contrato por el máximo legal permitido de cincuenta años. Los adquirentes disfrutaron de su derecho durante varios años pero en 2010 presentaron demanda solicitando la declaración de nulidad de los contratos o, en su defecto, la resolución de los mismos, fundadas de un lado en la falta de información sobre las características del producto, y de otro en la indeterminación del objeto del contrato al no saberse cuál era el apartamento o suite que les correspondía. En ambos casos pedían también la devolución de las cantidades entregadas en pago de su adquisición. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda pero la Audiencia Provincial de Las Palmas, revocándola, estimó parcialmente la misma y declaró la nulidad parcial de las cláusulas que consideró afectadas de nulidad. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores y declaró la nulidad del contrato por indeterminación del objeto, con condena a devolver las sumas percibidas deducida la parte correspondiente al tiempo ya disfrutado.

NOTA.–El Alto Tribunal, desde las Sentencias 774/2015 y 775/2015, de 15 de enero y de la Sentencia 460/2015, de 8 de septiembre, viene siendo constante en afirmar que, excluida la modalidad de arrendamiento vacacional, el contrato de adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno de bien inmueble para uso turístico ha de tener un objeto cierto y determinado, de forma que no quepa duda, o se sepa en todo momento, cuál es físicamente el apartamento o alojamiento a ocupar, así como el periodo del año de ocupación. Esto ha tenido una indudable y, hasta ahora, costosísima repercusión en la modalidad negocial denominada «semana flotante», usualmente incorporada a un sistema de club o intercambio, en la que tanto el periodo como el apartamento pueden variar de un año a otro. Lo que se traduce, y así viene sucediendo con más

asiduidad de la deseable, en que los adquirentes de este producto, después de haber disfrutado de él durante el tiempo que les place (dentro de ese máximo legal de cincuenta años), puedan en un momento determinado y por un interés sobrevenido, solicitar y obtener la extinción del contrato, cuando ya han transcurrido con creces los periodos de desistimiento y resolución contemplados en la Ley, alegando la nulidad basada en una presunta indeterminación del objeto de aquél. Objeto, precisamente, como en el caso que nos ocupa, del que han estado disfrutando materialmente durante años (cinco y ocho en el supuesto de autos). Una crítica a este rígido criterio de apreciación de la nulidad puede verse en RODRÍGUEZ PERDOMO, E., *La regulación de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 4/2012. Un enfoque práctico y jurisprudencial*, tesis doctoral leída en la ULPGC en marzo de 2016, pp. 531 y ss. Y es que, a la luz de las propias palabras del Tribunal, resulta difícil concebir la existencia de una nulidad por falta de objeto, teniendo en cuenta que la sanción de nulidad, con la consiguiente obligación de devolver las cantidades percibidas, tiene por finalidad dejar indemne al adquirente de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato que no se ajusta a las prescripciones legales. Pareciera que tal situación se ha de dar respecto de quienes nunca llegaron a obtener lo adquirido, o lo entregado en cada periodo vacacional no se correspondiera en modo alguno con lo contratado. Pero no para quienes durante años han venido disfrutando a su entera satisfacción de lo querido y buscado al suscribir el contrato y, después, en un momento posterior, movidos por un interés ajeno al contractual, deciden unilateralmente desvincularse del acuerdo y, para más inri, recuperar las cantidades abonadas. En relación con esto último, el Alto Tribunal incorpora a su decisión una nueva regla que en las primeras sentencias no contemplaba, cual es la de descontar de la cantidad a devolver por la demandada la correspondiente a los periodos vacacionales efectivamente disfrutados. El criterio utilizado es meramente aritmético, consistente en dividir el precio total por el número de años del contrato. Si bien, no queda justificado el empleo de este sistema ni menos aún la justicia económica del mismo. De hecho, en el caso en concreto, el resultado final difiere poco de lo solicitado por las partes. En realidad, su aplicación tiene como consecuencia que el coste de la ocupación y uso de un alojamiento de lujo en un complejo hotelero de alto estándar, durante las semanas efectivamente disfrutadas, tenga un precio absolutamente irrisorio y completamente alejado de la realidad del mercado. Es una crítica frecuente a la aplicación de esta regla, que no se acompañe de un adecuado factor de corrección, como podría ser tomar en consideración los descuentos incorporados al precio final de adquisición derivados de la larga duración del contrato. (*L. A. G. D.*)

24. Irretroactividad de las normas, interpretación acorde a su espíritu y finalidad, y declaración de suelo contaminado.—No se vulnera la presunción de irretroactividad de las normas (art. 2.3 CC), porque la expresión «*si no dispusieren lo contrario*» (art. 2.3 *in fine* CC) no excluye que se

pueda deducir una cierta retroactividad (la que un sector de la doctrina denomina «retroactividad mínima») de la interpretación, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 CC). Así, la obligación de realizar las actuaciones necesarias para proceder a la limpieza y recuperación de un suelo (art. 27.2 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos) resultará aplicable a *cualquier declaración* de suelo contaminado producida durante la vigencia de la Ley 10/1998, es decir, desde el 12 de mayo de 1998 hasta que quedó derogada el 30 de julio de 2011, por la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Por tanto, la consecuencia jurídica del artículo 27.2 de la Ley 10/1998 se aplica también a las contaminaciones *ya producidas con anterioridad a su entrada en vigor*, sin que ello contravenga la presunción de irretroactividad de las leyes (art. 2.3 CC). Este efecto no contraviene la presunción de irretroactividad de las normas (art. 2.3 CC), pues resulta conforme con el espíritu y finalidad del artículo 27.2 de la Ley 10/1998 (art. 3.1 CC) la satisfacción del interés público en la limpieza y recuperación de los suelos contaminados.

Deudores solidarios y subrogación en la figura del acreedor.—Los deudores que son solidarios frente a su acreedor originario (art. 1137 CC) deberán serlo también frente a quien se subrogue en los derechos de aquel (art. 1212 CC).

Alteridad del daño como requisito de la responsabilidad extracontractual y posible alteración mediante negocios jurídicos.—No cabe admitir que la distribución de cargas y riesgos entre las partes contratantes que comporta el régimen, convencional o legal supletorio, de la responsabilidad contractual pudiera resultar desbaratada mediante el recurso a las normas de la responsabilidad extracontractual. Ello sucedería cuando el contrato —por ejemplo, la compraventa del suelo contaminado— se hubiere celebrado entre el demandante comprador y el demandado vendedor; pero, igualmente, cuando el demandado haya vendido el suelo contaminado en una de la cadena de compraventas que desembocó en la adquisición de ese suelo por el demandante. Tampoco es admisible que, mediante subrogación en el derecho atribuido a la Administración en virtud del artículo 27.2 de la Ley 10/1998, un comprador del suelo contaminado no causante de la contaminación vuelva a obtener, por vía de la responsabilidad extracontractual, lo que hubiera obtenido ya mediante un descuento en el precio por el que lo adquirió. Así sucedería, por ejemplo, si el coste de descontaminar la finca enajenada hubiese sido descontado del precio de adquisición del mismo. **(STS de 10 de octubre de 2016; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La compañía británica «The Tharsis» desarrolló desde 1934 en unos terrenos sitos en una finca (la «Finca»), entonces de su propiedad, diversas actividades mineras relacionadas con el mineral pirita, altamente contaminantes. The Tharsis actuaba en España mediante la sucursal Compañía de Azufre y Cobre de Tharsis. En 1979, The Tharsis aportó a la entidad Compañía Española el patrimonio industrial minero del que The Tharsis era titular, incluida la Finca. Tras solicitar la suspensión de pagos y quebrar, una compañía integrada por ex trabajadores de Compañía Española, Nueva Tharsis, S. A., se adjudicó mediante convenio de dación en pago de fecha 8 de enero de 1999 la Finca para el desarrollo de la actividad minera. Nueva Tharsis inició un plan de desmantelamiento.

to de las instalaciones relacionadas con la pirita ubicadas en la Finca. Por ello, el 8 de octubre de 1999 la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía le requirió que elaborara un plan de restauración de su espacio afectado por la actividad minera. El 23 de marzo de 2000, la Junta consignó que, después de las operaciones de desmantelamiento, el terreno deberá quedar exento de materiales piríticos. El 29 de noviembre de 2002 el uso de la Finca se cambió de industrial a residencial. El 2 de abril de 2003 Nueva Tharsis vendió la Finca a la entidad Solurban. Seguidamente, Solurban promovió ante el Ayuntamiento el proyecto de plan parcial residencial en la zona de la Finca. El 22 de mayo de 2003 Nueva Tharsis expidió una «carta de compromiso» en la que se comprometió a proceder a la mayor brevedad a la ejecución del proyecto de regeneración medioambiental de la finca. El 23 de mayo de 2003 Solurban vendió la Finca a la compañía Gómez Rubent. A su vez, el 14 de octubre de 2004 Gómez Rubent vendió la Finca a la compañía Santa Clara. El 31 de marzo de 2005 la Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente estableció un Inventario de Suelos Potencialmente Contaminados de Andalucía, entre los que se incluía la Finca como emplazamiento minero abandonado. La Consejería de Medio Ambiente incoó expediente de residuos, por el que, el 30 de octubre de 2005, requirió a Santa Clara que presentara un informe de situación de los terrenos y, posteriormente, un informe de caracterización medioambiental de suelos. Santa Clara presentó ambos informes. El 10 de octubre de 2007 la Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente declaró suelo contaminado la zona en la que se ubica la Finca.

El 10 de octubre de 2008 Santa Clara interpuso demanda contra The Tharsis (ignorando que en 2006 esta quedó extinguida), Compañía Española y Nueva Tharsis, en la que pidió que se declarase la responsabilidad solidaria de las codemandadas por los daños derivados de la contaminación de la Finca, y la consiguiente condena solidaria a pagar las cantidades siguientes: 3.882.155,31 euros en concepto de gastos de descontaminación del suelo; 135.680,76 euros en concepto de gastos de redacción de informes o estudios; y 1.088.006,32 euros en concepto de gastos de novación e intereses del préstamo hipotecario suscrito en relación con las obras de construcción de la urbanización proyectada, desde y durante todo el tiempo en que estas habían quedado paralizadas.

El 19 de noviembre de 2008 la Consejería de Medio Ambiente incoó expediente para la determinación de responsabilidades en relación con la contaminación de la Finca. Mediante resolución de 15 de diciembre de 2009, la Consejería de Medio Ambiente aprobó el Proyecto de Adecuación presentado por Santa Clara. En dicha resolución, se estableció un plazo de 22 semanas para la ejecución del Proyecto. Según la resolución, como quiera que Santa Clara había señalado igualmente su deseo de ejecutar los trabajos de descontaminación, la asunción de los costes de ejecución del Proyecto de adecuación por parte de Santa Clara sería a su riesgo. Aún no se habían determinado las responsabilidades.

En su sentencia, el Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda de Santa Clara. Este fallo fue confirmado en lo sustancial por la Audiencia Provincial en apelación. Contra la sentencia de la Audiencia se interpuso recurso de casación por Nueva Tharsis. (A. I. R. A.)

25. Responsabilidad médica. Consentimiento informado. Características. Contenido: tratándose de medicina curativa, no incluye todos y cada uno de los riesgos posibles, quedando excluidos los que no son típicos ni específicos del tratamiento aplicado.—El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y, como tal, forma parte de toda actuación asistencial (SSTS de 23 de julio de 2003, 15 de noviembre de 2006, 13 y 27 de mayo de 2011 y 23 de octubre de 2015), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente, a fin de que el paciente pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades. Según la jurisprudencia de la Sala, el consentimiento informado incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, aunque presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros, no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998, 17 y 30 de abril de 2007). En este sentido, el artículo 10.1 Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones.

Daño desproporcionado. Doctrina jurisprudencial: efectos en la atribución causal e inversión de la carga de la prueba.—La doctrina del daño desproporcionado (STS de 6 de junio de 2014) permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume. Así pues, El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS de 19 de julio de 2013). Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS de 30 de junio de 2009 y 27 de diciembre de 2011, entre otras), sin que ello implique la objetivación, en todo

caso, de la responsabilidad por actos médico, sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (*res ipsa loquitur*) (STS de 23 de octubre de 2008). (STS de 24 de noviembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don N. había sido operado de cáncer en 1996, siendo sometido después a un tratamiento de radioterapia en cuello y mandíbula, que concluyó en marzo de 1997. En julio 2008, cuando ya llevaba años curado de aquella enfermedad y no recibía tratamiento ni medicación alguna, acudió a la clínica dental T, S.L., donde tras una primera exploración se le realizaron días después cinco implantes dentarios. Enseguida sufrió fuertes dolores en la boca y mandíbula por lo que se le sometió a diversos tratamientos paliativos hasta que tres meses después fue diagnosticado de osteonecrosis mandibular. La gravedad del padecimiento motivó que por los servicios públicos de salud se le sometiera a pruebas más completas y a unos tratamientos más intensivos, pese a lo cual los dolores no remitieron. Finalmente, en diciembre de 2009 decidió acudir a la sanidad privada. Como secuelas del daño sufrido, N. quedó con diversas cicatrices procedentes de los injertos e imposibilitado para hablar, abrir la boca e incluso comer con normalidad. Interpuso acción de responsabilidad extracontractual contra la Clínica T, S.L., solicitando la indemnización de los daños materiales y morales sufridos a consecuencia de la fallida implantación dentaria y de la falta de información del consentimiento informado. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó a lo solicitado por el actor. La Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación de la parte demandada, al entender que se había roto el nexo causas pues las consecuencias de la colocación de los implantes tuvo lugar debido a una vasculopatía no aparente e imprevisible; considerando además que se había dado una información suficiente y adecuada en relación con las circunstancias del caso. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo viene utilizando con relativa frecuencia, desde los inicios de los años noventa del pasado siglo, la doctrina de los daños desproporcionados como instrumento eficaz para aliviar la extremada onerosidad que a menudo lleva consigo la demostración del nexo causal entre daño y negligencia profesional cuando los perjuicios padecidos exceden notoriamente de los que previsiblemente pudiera haberse esperado del tratamiento recibido. Conocida también como teoría de la culpa virtual, porque su virtualidad está en la deducción o presunción del juez de la culpa del profesional sanitario (VILLANUEVA LUPIÓN, «El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011, p. 133), se ha abierto paso merced a una corriente generalizada en Europa y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y en la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana así como la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual) (O'CALLAGHAN, «Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica», AC, 1, 2001, pp. 17-18). Requiere en general que se produzca

un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima. De suerte que, concurriendo estos presupuestos, existe la posibilidad de imputar responsabilidad al personal médico por aplicación de la prueba de presunciones cuando no concurre ninguna otra causa distinta a la actuación del médico para la producción del mal causado (MUNAR BERNAT, «Daños causados por actos médicos», *PDD*, 18, 2004; ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad civil médica: doctrina del daño desproporcionado», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 697-ss). (L. A. G. D.)

DERECHOS REALES

26. Prescripción adquisitiva extraordinaria sobre bienes muebles. Requisitos: basta la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida durante seis años.—El artículo 609 CC incluye la prescripción adquisitiva o usucapión como modo de adquisición de la propiedad que tiene lugar por la posesión de la cosa durante el tiempo marcado por la ley, con la concurrencia de los demás requisitos que se exigen en cada supuesto.

Concretamente, en el caso de los bienes muebles el artículo 1955 CC dispone que el dominio de tales bienes se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe y también por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición; aunque lógicamente dicha posesión ha de ser, en todo caso, en concepto de dueño, en el sentido a que se refiere el artículo 436 CC, pues el siguiente artículo 447 dispone que solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir para adquirir el dominio.

En cuanto a la posesión en concepto de dueño, la STS de 11 de febrero de 2016, y las que allí se mencionan, dicen lo siguiente: cuando se trata de la prescripción adquisitiva (singularmente en el caso de la extraordinaria) ha de estimarse consumada cuando concurre el requisito de la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (art. 1941 del CC), sin que pueda exigirse para que la posesión pueda ser considerada en *concepto de dueño* que se adquiriera de quien figura como tal en el Registro de la Propiedad, ni confundir este requisito con el de la buena fe (que resulta innecesaria en el caso de la prescripción extraordinaria, según lo dispuesto por el art. 1959 CC).

El requisito de la posesión en concepto de dueño.—La STS de 17 de mayo de 2002, con cita de otras muchas, afirma que la jurisprudencia viene reiterando que el requisito de *la posesión en concepto de dueño* no es puramente subjetivo o intencional, por lo que no basta la pura motivación volitiva (SSTS de 6 de octubre de 1975 y 25 de octubre de 1995) representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo o causal (SSTS de 20 de noviembre de 1964 y 18 de octubre de 1994) consistente en la existencia de actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico (STS de 3 de octubre de 1962, 30 de diciembre de 1994 y 7 de febrero de 1997, entre otras muchas), *realización de actos que solo el propietario puede por sí realizar* (STS de 3 de junio

de 1993); *actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios* (STS 30 de diciembre de 1994).

La posesión mediata a efectos de usucapión.—*La possessio ad usucapionem* no requiere necesariamente un contacto físico directo con la cosa ya que, en ocasiones, coexisten dos posesiones distintas sobre un mismo objeto, que reciben la denominación de posesión mediata y posesión inmediata. Esta última es la del sujeto que detenta materialmente la cosa, y la posesión mediata es, sin embargo, una posesión sin contacto material pero reconocida por el detentador o poseedor inmediato.

El fundamento de la usucapión.—Es de carácter objetivo y consiste en dar seguridad a los derechos de modo que, transcurrido el tiempo fijado por la ley en el ejercicio del derecho y concurriendo los demás requisitos exigidos, tal derecho queda consolidado y cubierto frente a todos, evitando así las dificultades de prueba que pudieran existir para justificar el origen de derechos reales adquiridos en tiempos ya lejanos (STS de 11 de febrero de 2016). (**STS de 16 de noviembre de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Marina y doña Paulina demandaron a don Vicente, solicitando básicamente: 1.º Que se declarase que la espada Tizona (del Cid Campeador) perteneció por mitad y pro indiviso a los hermanos don Bienvenido y doña Aurelia. 2.º Que la mitad indivisa correspondiente al causante don Bienvenido, fue transmitida a su fallecimiento por herencia a los esposos don David y doña Daniela, quienes tuvieron la cotitularidad de dicha espada hasta su fallecimiento, siendo sustituidos por sus herederas. 3.º Que, con carácter subsidiario, para el caso de que el demandado hubiera transmitido la referida espada se condenara al mismo al pago a la parte actora de la mitad de su valor, con los intereses legales. El demandado se opuso a la demanda alegando, entre otros motivos, la adquisición por usucapión de la propiedad de la espada, que pretendían atribuirse los demandantes, por haberse consumado ya por la posesión que ostentó su madre doña Aurelia (que la tuvo depositada en el Museo del Ejército) y, posteriormente, por la posesión por él. La demanda prospera en ambas instancias y el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por don Vicente.

NOTA.—La jurisprudencia que aplica el artículo 431 CC (*La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre*) no es demasiado precisa a la hora de determinar el alcance de este precepto. La STS de 10 de junio de 2008 habla de la posesión en nombre de otro; la STS de 18 de octubre de 2001 invoca el citado artículo para dar validez a una posesión de hecho para otro; en sentido análogo, la STS de 26 de abril de 1962 establece que la situación descrita en el artículo 431 radica, a diferencia del artículo 432, en que uno sea el titular de la posesión y el otro el que la ejerce; las SSTs de 13 de febrero de 1958 y 14 de abril de 1973 reconducen este precepto a la distinción entre posesión mediata e inmediata, cuando otras muchas sentencias lo deducen del artículo 432. Así, las SSTs de 30 de septiembre de 1964, 10 de julio de 1992 y 17 de noviembre de 1999, establecen que a partir del artículo 432 del CC cabe distinguir entre posesión mediata o superior, que se

tiene por medio de otro, y la posesión inmediata o subposesión, de donde se deduce que cuando hay una persona que posee a título de tenedor de la cosa, reconociendo su dominio a otra persona, existen, en realidad, dos poseedores, ya que el propietario no pierde la posesión de su derecho de propiedad, aunque materialmente no posea la cosa. Véase, DÍAZ DE LEZCANO I., en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Andrés Domínguez Luelmo (Valladolid 2010) pp. 554 a 556. (I. D.-L.)

27. Propiedad horizontal: la exención estatutaria genérica de contribución de locales, sin acceso al portal, a gastos de la Comunidad afectada a los de supresión de barreras arquitectónicas a realizar en el ascensor y escalera.—Esta Sala ha declarado con reiteración (SSTS de 6 de mayo y 3 de octubre de 2013, y 10 de febrero de 2014, entre otras), que las exenciones genéricas de gastos que afectan a los locales contenidas en las cláusulas estatutarias, con apoyo en el no uso del servicio, comprenden tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios y, por tanto, los gastos para la conservación y funcionamiento del ascensor, como los precisos para la reforma o sustitución de éste o de las escaleras que ya existen y que simplemente se transforman para adecuarlas a una necesidad nueva, no pueden imputarse a unos locales que no tienen acceso al portal ni a la entrada ni tienen participación en uno ni en otro elemento. (STS de 17 de noviembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Una inmobiliaria, propietaria de dos locales en el edificio de la Comunidad demandada y sin acceso al portal de la casa, sujeta el régimen de la Propiedad Horizontal, solicitó en su demanda la nulidad del acuerdo de la Junta General que le obligaba a contribuir en los gastos originados por la supresión de barreras arquitectónicas a realizar en el ascensor y escalera. Se opuso la demandada, al considerar que la obra de suspensión de barreras arquitectónicas era necesaria, no ornamental y afectaba a todos los propietarios. Quedó probado que los Estatutos de la Comunidad establecían una exención a los locales de la actora, junto con los demás de la planta baja y patio posterior del edificio, de los gastos de conservación, reparación y reconstrucción de las escaleras, y que los dueños de dichos locales no tenían participación en la escalera ni en el ascensor. La demanda no prosperó en ambas instancias. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

DERECHO DE FAMILIA

28. Patria potestad. Privación de patria potestad. Existencia de dos procedimientos, penal y civil, sobre privación de la patria potestad del padre por atentar contra la vida de la madre. Procedimiento civil: necesidad de compatibilizar el respeto a la presunción de inocencia con la protección esencial y efectiva del interés del menor. Sentencia penal firme que acuerda la pena de privación de la patria potestad.—Esta Sala, de acuerdo con el artículo 752 LEC, ha de tener en cuenta la declaración de firmeza de la sentencia penal aportada, sin perjuicio de ello no puede estimarse el recurso,

dado que en la sentencia de apelación no se infringe precepto alguno, dada la documentación que obraba en su poder. El Tribunal de apelación no excluyó la privación, sino que declaró que se habría de estar a lo que declarase la jurisdicción penal. Sin perjuicio de esta causa sobrevenida, en la sentencia recurrida se compatibilizó el respeto a la presunción de inocencia (art. 24 CE) con la protección esencial y efectiva del interés de la menor (art. 39 CE), dado que mientras se sustanciaba el proceso penal (homicidio en grado de tentativa) el padre se encontraba privado del derecho de comunicación y de visita a la menor. Ciertamente la gravedad de los hechos denunciados y el reconocimiento parcial de los mismos por el entonces acusado, como alega el Ministerio Fiscal, exigía unas medidas cautelares civiles y/o penales tuteladoras de los intereses de la menor, como de hecho se acordaron, que se podían adoptar conforme a los artículos 94 CC y 65 LO 1/2004 (STS de 27 de octubre de 2015). De acuerdo con el artículo 170 CC procede que esta Sala de casación tenga por declarada la privación de patria potestad, ya pronunciada en sentencia penal antes referida. **(STS de 25 de noviembre de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arrollo Fiestas.]

HECHOS.—La parte actora solicita el divorcio y la privación de la patria potestad de su marido sobre la hija de cinco años. Se da la circunstancia de que el marido está en prisión preventiva por haber atentado contra la vida de la demandante. El Juez de Primera Instancia acuerda el ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre remitiéndose a la decisión que se acuerde en el proceso penal en curso, que será el que servirá de base para determinar las relaciones entre el padre y su hija. La Audiencia confirma la sentencia recurrida en apelación. Presentado recurso de casación, antes de la votación y fallo, se dicta sentencia penal firme por la Audiencia Provincial en la que se condena al padre de la menor como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, así como a la privación de la patria potestad sobre su hija. Aportada la sentencia penal a los autos el Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—En general, antes de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la jurisprudencia penal no ha sido proclive a la adopción de la pena de privación de la patria potestad, otorgando dicha facultad a la vía civil. Como exponente de esta resistencia a la aplicación, en el propio proceso penal, de la pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las SSTS de 6 de julio de 2001, 12 de noviembre de 2008 y 11 de septiembre de 2000. En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el tribunal penal de las normas del Derecho de familia *ex* artículo 170 CC (el caso se refería a un condenado por homicidio de su cónyuge al que la sentencia de instancia había privado de la patria potestad sobre la hija menor común). Criterio que tiene su precedente en el acuerdo adoptado en el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de mayo de 2000. Sin embargo, la mayoría de dichas resoluciones son anteriores a Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó el Código Penal e introdujo expresamente la privación de la patria potestad como pena distinta a la inhabilitación para su ejercicio (arts. 46 y 55 CP). En concreto, el actual artículo 55 CP prevé la imposición de dicha pena en cualquier delito san-

cionado con pena igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad. En el caso de la sentencia que nos ocupa, ha sido el Tribunal del orden civil quien ha declinado pronunciarse sobre la privación de la patria potestad en tanto no se resolviera, por la jurisdicción penal, la acusación de homicidio, en grado de tentativa, que pesaba sobre el padre de la menor. Solución que es avalada por el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación. (C. O. M.)

29. Custodia compartida y distancia entre los domicilios de los progenitores.—Que el régimen de custodia compartida pueda, en ocasiones, ser el más adecuado para el interés del menor no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen, si se considera desfavorable. En efecto, no procede acordar el régimen de custodia compartida cuando, ya alcanzada la edad escolar del menor, ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas el menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio. (STS de 21 de diciembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En el marco del divorcio contencioso entre don José y doña Benita, el Juzgado dictó sentencia por la que atribuyó a la madre la guarda y custodia de la hija menor de ambos. Don José interpuso recurso de apelación contra la sentencia de instancia. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y revocó en parte la sentencia aumentando las visitas a favor del padre. La Audiencia consideró que la separación de hecho se produjo cuando la madre abandonó el domicilio familiar y trasladó su residencia a otro, y si bien el don José interesó la guarda y custodia compartida anunciando su cambio de residencia a la localidad donde reside la menor, no ha procedido a tal cambio. Afirmó también la Audiencia que no se demostró incidencia negativa alguna en la vida de la menor, y que no existía razón en ese momento para introducir cambios en su vida. (A. I. R. A.)

30. Criterios para decidir la custodia compartida.—Para decretar un sistema de custodia compartida no es necesario que las relaciones entre los progenitores sean idílicas. La falta de esa buena relación no puede ser causa de denegación de ese sistema, pues lo contrario perjudicaría el interés del menor, que puede precisar de la atención y cuidado de ambos progenitores. Por otro lado, la drogadicción tiempo atrás de uno de los progenitores tampoco puede servir como argumento para denegar la custodia compartida cuando no se demuestre que dicha situación de dependencia sigue existiendo en el momento de decidir el sistema de custodia. (STS de 22 de diciembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A presentó demanda de divorcio contra B, en la que solicitaba, entre otras cosas, un régimen de visitas progresivo respecto de la hija menor de edad, hasta llegar al establecimiento de un régimen de custodia compartida. La demandada se opuso a la adopción de dicho régimen de custodia, alegando la mala relación de los

progenitores y la falta de capacidad del demandante para el cuidado de la hija menor. Cabe señalar que, si bien es cierto que hacía 12 años había consumido drogas y había estado en tratamiento, había conseguido su rehabilitación.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de divorcio, pero denegó la custodia compartida, estableciendo un régimen de visitas amplio. A pesar de admitir el Juez que no es necesario que exista una buena relación entre los progenitores para acordar la custodia compartida, entiende que sí es un requisito mínimo que exista cierto diálogo entre aquéllos. En el caso, cuando los progenitores se juntan, lo hacen para discutir y acabar en conatos de agresión.

La sentencia fue recurrida en apelación por la demandada e impugnada por el demandante. La Audiencia Provincial estimó la impugnación del demandante y revocó parcialmente la sentencia estableciendo un sistema de guarda y custodia compartida por semanas. Apuntó que no estaba suficientemente acreditado que A estuviera en ese momento en situación de dependencia de sustancias estupefacientes ni en tratamiento por alteraciones psíquicas, que le haga inadecuado para la educación y crianza de su hija menor de edad. Respecto a las relaciones entre los progenitores, entendió la Audiencia que si no son buenas, ello no puede conducir a denegar una guarda y custodia compartida.

B interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en el error a la hora de valorar la prueba, y recurso de casación, por infracción del artículo 92.5, 6 y 7 CC. El Tribunal Supremo desestima tanto uno como otro. Respecto del primero, indica que de la prueba practicada se deduce la aptitud del padre para la guarda y custodia de la hija menor de edad y que todos los informes presentados por la parte actora son válidos. Respecto al recurso de casación, también desestimado, el Tribunal Supremo apunta las mismas razones que las que le sirvió para desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal. Considera que la aptitud del padre, la falta de diálogo, su drogadicción y el informe psicosocial habían sido debidamente valorados en la sentencia recurrida. En definitiva, entiende que el sustento fáctico que la recurrente pretende para denegar la custodia compartida no se corresponde con la realidad probada.

NOTA.—Sobre la falta de necesidad de buena relación entre los progenitores para aplicar un sistema de custodia compartida, *vid.* STS de 3 de junio de 2016. En cuanto al principio de interés superior del menor en supuestos de guarda y custodia compartida y los parámetros que deben concurrir para su establecimiento, *vid.* SSTS de 29 de abril de 2013, 30 de octubre de 2014, 7 de junio de 2013 o 15 de octubre de 2015. (S. L. M.)

31. Eficacia de las resoluciones judiciales sobre modificación de la cuantía de la pensión de alimentos.—Según el Tribunal Supremo, cabe distinguir dos supuestos: a) aquel en que la pensión se instaura por primera vez; b) aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada, que ha venido siendo percibida por los hijos menores, y lo que se pretende es la modificación de la cuantía.

En el primer caso, la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada se rige por el artículo 148.1 CC, de modo que dichos alimentos deberán prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda. Esta regla tendría que modularse cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

En el segundo caso, cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y 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. Esto tiene su base en los artículos 106 CC y 774.5 LEC. **(STS de 6 de octubre de 2016; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—N y H contrajeron matrimonio en 2003, del que nacieron sus dos hijos. En mayo de 2012, N interpuso demanda de divorcio contra H, en la que pidió que se fijase a cargo de éste una determinada pensión alimenticia mensual para cada uno de los hijos, con carácter retroactivo desde la interposición de la demanda. En la misma demanda, N pidió la adopción de medidas provisionales, entre ellas la fijación de las referidas pensiones. En julio de 2012, H interpuso demanda de divorcio contra N, donde pidió, además, que se fijase la pensión alimenticia a pagar a cada hijo en una cuantía inferior a la solicitada por N, pues ya había venido pagando la pensión a sus hijos. A su juicio, fijar la retroactividad del pago al momento de interposición de la demanda conllevaría una doble imposición o enriquecimiento injusto de N.

El Juez de Primera Instancia obliga a H al abono mensual de una pensión de alimentos para los hijos. En la sentencia no se hace pronunciamiento alguno sobre la petición de N de que las pensiones alimenticias se fijase con efecto retroactivo desde la interposición de la demanda, si bien sí se señala que H había venido abonando la pensión con anterioridad, sin que aún existiera medida u obligación de cantidad cierta alguna.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso planteado por N. Explica que, en el presente caso, se acordó formar la correspondiente pieza separada de medidas provisionales tanto respecto de la demanda de la actora como de la demanda del apelado. Ambos procedimientos se acumularon, si bien en ningún momento se ha acreditado el auto de medidas provisionales que se hubiera dictado en cualesquiera de esas piezas separadas cuya eficacia retroactiva habría de ponderarse en virtud de la petición realizada. Al ignorarse si se dictó dicho auto, siendo algo imprescindible para la resolución de la cuestión planteada en el recurso, la Audiencia procede a desestimarlo.

Contra la sentencia de la Audiencia interpone N recurso de casación, alegando que solicitó debidamente en el suplico de la demanda que la pensión de alimentos, así como todas las medidas económicas, fueran de carácter retroactivo desde la interposición de la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso, al entender

que no han quedado probados los pagos que H había realizado durante la tramitación del proceso en primera instancia. Según el Alto Tribunal, la sentencia recurrida resolvió el caso como si se tratara de un supuesto donde lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, por no tener constancia de que la sentencia del Juzgado fue la primera resolución que fijó las pensiones de alimentos para los hijos. Al no acordarse medidas provisionales en las piezas separadas, se trata de un supuesto en que la pensión se fija por primera vez. En consecuencia, las pensiones alimenticias fijadas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia deberán pagarse desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso, pero descontando las cantidades que conste probado que, desde esa fecha hasta aquella en la que se dictó la sentencia del Juez, H pagó para el mantenimiento de los hijos.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha reiterado aquí la doctrina formulada en sus sentencias de 26 de marzo de 2014, 19 de noviembre de 2014, 23 de junio de 2015 o 14 de julio de 2016. La regla de la retroacción de los alimentos al momento de la interposición de la demanda la ha aplicado en sentencias de 14 de junio de 2011, 26 de octubre de 2011 o 4 de diciembre de 2013. En cambio, la regla de la no retroacción en supuestos de alteración de la cuantía de la pensión de alimentos sirvió para resolver el caso planteado en la STS de 26 de marzo de 2014. (S. L. M.)

32. Atribución del uso de la vivienda familiar al hijo mayor de edad.—Aunque la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo mayor de edad no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de la vivienda, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 ss. CC, la permanencia del hijo en la vivienda familiar, aún alcanzada la mayoría de edad, resulta acorde con la obligación común a ambos progenitores —protagonistas de la ruptura familiar— de darle habitación como parte de la obligación alimenticia. Así, serán las circunstancias de cada caso las que determinen que la decisión judicial haya de producirse en uno u otro sentido a efectos de establecer cuál de los progenitores es titular el interés más necesitado de protección (art. 96 3.º CC). **(STS de 21 de diciembre de 2016;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El matrimonio compuesto por doña Regina y don Matías se declaró disuelto por divorcio mediante sentencia judicial. Dicha resolución acordó atribuir el uso del domicilio familiar don Matías y a la hija —mayor de edad— con la que convive, la cual nació en el año 1993 y carece de ingresos propios.

Doña Regina interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de instancia respecto al uso de la vivienda familiar. La Audiencia Provincial mantuvo el fallo del Juzgado en lo que a la medida del uso de la vivienda familiar se refiere. A juicio de la Audiencia el artículo 96 CC establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, sin distinguir si

los hijos son mayores o menores, de edad. Por ello, continúa la Audiencia, la atribución de la vivienda al padre con el que convive la hija mayor de edad es una decisión acertada y ajustada a las previsiones legales.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia, Dña. Regina interpuso recurso de casación. (*A. I. R. A.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

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

Dirección

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 2018, FASCÍCULO I

	<i>Pág.</i>
In Memoriam	
Manuel Peña BERNALDO DE QUIRÓS, por Antonio Pau	5
Aurelio MENÉNDEZ, por Ricardo Alonso Soto	9
Estudios monográficos	
Xabier BASOZABAL ARRUE: «“Enriquecimiento injusto” comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones»	13
M. ^a Teresa ALONSO PÉREZ: «La promesa pública y unilateral de prestación o recompensa y la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (análisis de Derecho comparado y en contraste con los textos de Derecho contractual europeo)»	79
Lydia NORIEGA RODRÍGUEZ: «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia»	111
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
ARROYO AMAYUELAS, Esther/SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (dirs.): «La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales», por Andrés Domínguez Luelmo	153
CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Derecho internacional privado», por Mariano Yzquierdo Tolsada	162
SCHWEIZER, Urs: «Spieltheorie und Schuldrecht», por Francisco J. Andrés Santos	166
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	171
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO	197